

BOLETIM DE JURISPRUDÊNCIA

N.º 10

dezembro 2021



AIDEF
Asociación Interamericana
de Defensorías Públicas

elaborador por



ANADEP
Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos

PREFÁCIO

O Boletim de Jurisprudência é uma importante e tradicional publicação da Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF), que reúne jurisprudências relevantes em matéria de defesa pública, direitos humanos e acesso à justiça. O material visa levantar as ações mais importantes em defesa de grupos em situação de vulnerabilidades. Com isto, permite a criação de um catálogo com cases regionais, tornando-se referência para os(as) operadores(as) da justiça interamericana e internacional.

Esta edição, foi organizada pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) que tem a honra de apresentar para as defensoras e defensores públicos, entidades de promoção e defesa dos direitos humanos e para a comunidade acadêmica, a sua 10ª Edição, que conta extratos de jurisprudências obtidos com a colaboração da Argentina, Brasil, Chile, México, Nicaragua, Paraguai e Uruguai.

Desejamos a todas e a todos uma excelente leitura. Aproveitem!

Diretoria da ANADEP

Dezembro 2021

ÍNDICE



ARGENTINA

Asociación Civil de la Defensa Pública de la Republica Argentina

Fallos remitidos	5
Jurisprudencia 1	9
Jurisprudencia 2	235

Defensoria General de la Nación Argentina

Fallos remitidos	246
CSJN. "Comunidad Mapuche Catalán". 8/4/21.	251
CFCP (jueza Ledesma). "Rodríguez". 5/3/21.	312



BRASIL

ANADEP

Jurisprudência 1	343
------------------	-----

Defensoria Pública da União

Fallos remitidos	445
ADPF 622	450
ADPF 742	490
ADPF 754	569
ADPF 779	588
ADPF 828	677
Liberdade de reunião - tema 855	719
Decisão 1	844



CHILE

Asociación de Defensoras y Defensores Penales Públicos de Chile

Fallo remitido	846
TOP de Viña del Mar, 09.07.18	
RIT 174-2018	847



COSTA RICA

Defensa Pública - Poder Judicial de Costa Rica

Fallos remitidos	868
Jurisprudencia 1	871
Jurisprudencia 2	880



MÉXICO

Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Fallos remitidos	892
Sentencia N.º 1	908
Sentencia N.º 2	996
Sentencia N.º 3	1083
Sentencia N.º 4	1148
Sentencia N.º 5	1190
Sentencia N.º 6	1207
Sentencia N.º 7	1291
Sentencia N.º 8	1355
Sentencia N.º 9	1521
Sentencia N.º 10	1542



NICARAGUA

Defensoría Pública de Nicaragua

Sentencia 1	1560
Sentencia 2	1566
Sentencia 3	1572
Sentencia 4	1581



PARAGUAY

Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 1	1587
Sentencia 2	1593
Sentencia 3	1597
Sentencia 4	1603
Sentencia 5	1608
Sentencia 6	1612
Sentencia 7	1620
Sentencia 8	1630



URUGUAY

Asociación de Defensores de Oficio del Uruguay

Sentencia 1	1639
Sentencia 2	1643
Sentencia 3	1662
Sentencia 4	1667
Sentencia 5	1672
Sentencia 6	1673



ARGENTINA

AR

Asociación Civil de la Defensa
Publica de la Republica Argentina



AR > Asociación Civil de la Defensa Publica de la Republica Argentina

Fallos remitidos

5

Fallos remitidos

JURISPRUDENCIA 1 [ver fallo completo](#)

País	Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Tribunal	Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires
Materia	Derechos Sociales y Culturales, Derecho a la Vivienda, Derecho a la Educación, Derecho a la Igualdad y no discriminación
Intervino la Defensa Pública Oficial	Sí
Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino	Dra. Graciela E. CHRISTE, Defensora General Adjunta titular de la Defensoría General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Defensoría CAyT nº 2 ante la Cámara de Apelaciones. Defensoría CAyT nº 1 ante los Juzgados de Primera Instancia.
Derechos involucrados	Derecho a la vivienda. Derecho a la educación. Derecho a la igualdad y no discriminación. Tutela judicial efectiva.
Breve relación de los hechos	A través de la interposición del recurso de queja se sostuvo ante la instancia extraordinaria local, el recurso de inconstitucionalidad que la Cámara declaró inadmisibles. El recurso de queja se orientó a reforzar los principios constitucionales de la protección de la familia, de igualdad y no discriminación, y el derecho a la educación, con el fin de revertir la sentencia de Cámara que excluyó injustificadamente del hogar al hijo que alcanzó la mayoría de edad, pese a que se reconociera la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba su grupo familiar, al cual se le reconoció el derecho a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad. La mayoría de los integrantes del Tribunal Superior de Justicia hicieron lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad y, de esa manera, revocaron la sentencia de Cámara en lo que fue objeto de agravio, en tanto lo resuelto, entendieron, vulneró el principio de igualdad, la unidad familiar, la garantía de la tutela judicial efectiva y el derecho a una vivienda digna. En ese sentido concluyeron que excluir de los alcances de la tutela habitacional, otorgada a su grupo familiar, al hijo mayor que se capacita con vistas a su desempeño en el mercado laboral y profesional, implica soslayar los principios constitucionales de igualdad, equidad y la prohibición de discriminación. Es contrario a los principios constitucionales desestimar la pretensión de los jóvenes que se capacitan y privarlos de la tutela del Estado, pues esta solución contribuiría a instalar desigualdades entre las posibilidades de capacitación del hijo mayor conforme a la situación socio-económica del hogar al que pertenezca.
Fundamentos de Derecho	Interpretación sistemática del ordenamiento en materia habitacional a la luz de los principios de equidad, igualdad y no discriminación previstos en la Constitución Nacional (artículos 16 y 75 incisos 19, 22 y 23)
Resolución (link de enlace)	https://drive.google.com/file/d/1GN6YLtaSguW6Obisq5n5cmsZtnnppqAP/view?usp=sharing



AR > Asociación Civil de la Defensa Publica de la Republica Argentina

Fallos remitidos

6

JURISPRUDENCIA 1 [ver fallo completo](#)

Contexto social y económico del caso	La actora, cabeza del grupo familiar monoparental, sin instrucción formal ni trabajo estable, a cargo de cinco hijos, se hallaba en inminente situación de calle al inicio de la acción. La situación de grave vulnerabilidad social del grupo familiar debido a las serias dificultades económicas, agravadas por el estado de salud la jefa de familia (eventración abdominal) y como consecuencia de la violencia de género padecida por la actora por parte del padre de sus hijos. En ese contexto la sentencia de Cámara excluyó injustificadamente de la tutela que otorgó a la actora, a la hija que alcanzó la mayoría de edad durante la tramitación del amparo, quien continuaba capacitándose, colaboraba con su madre en sus problemas de salud y en la atención de sus hermanos menores de edad.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Instancia extraordinaria local, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.
Instrumento y/o criterio internacional invocado	Pueden citarse los artículos 25 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece la protección de la familia, entre otras.
Medidas de reparación integral adoptadas	
Votación por la que fue adoptada	Mayoritario: votos de la Jueza Marcela De Langhe y de la Jueza Alicia E. C. Ruiz, a los que adhirió el Juez Luis Francisco Lozano.
Votos concurrentes o disidentes	Disidencia: voto conjunto de la Jueza Inés M. Weinberg y del Juez Santiago Otamendi
Otros datos de interés	Expte. 17530-19 “C.D.U. (Antúnez) y otra s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en C.D.U. (Antúnez) y otros c GCBA s amparo - genérico.”, sentencia del 28 de octubre de 2020. https://www.tsjbaires.gov.ar/images/stories/boletines/tomos/2020-b.pdf



AR > Asociación Civil de la Defensa Publica de la Republica Argentina

Fallos remitidos

7

JURISPRUDENCIA 2 [ver fallo completo](#)

País	Argentina
Tribunal	Tribunal Oral En Lo Criminal Nro. 1 De Tandil-Departamento Judicial De Azul-Provincia De Buenos Aires
Materia	Pnea -Criminal-
Intervino la Defensa Pública Oficial	Sí
Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino	Diego Araujo-Unidad Funcional De Defensa Nro. 3 Tandil-Departamento Judicial De Azul
Derechos involucrados	Absolución- Legítima Defensa En Contexto De Violencia De Genero.
Breve relación de los hechos	Siendo alrededor de las 19:45 horas del día 13 de abril del año 2013, en el domicilio de callede la ciudad de Tandil, la imputada, con un vidrio en su mano al intentar defenderse provocó una herida en el cuello de su ex pareja, quien previamente la había agredido ilegítimamente, con intensidad y de varias maneras durante esa tarde.Que dicho ataque comenzó con descalificaciones e insultos hacia ella, para después tirarle la mesa en la cual ésta se encontraba trabajando e iniciar un forcejeo tomándola de las muñecas, a la vez que intentaba sacarle de las manos su celular.continúa la agresión empujándola y haciéndola chocar contra la pared de la habitación, le toma la cabeza y se la golpea contra dicha pared de manera persistente. Que paralelamente intentó evitar el ataque, perocontinuó agrediendo, logrando tirarla al piso, quedando boca abajo, subiéndosele arriba y colocándole las rodillas en la espalda. Que en esa posición le empezó a faltar el aire a Marconi, pero sostuvo el ataque, ahorcándola con el cabe de una plancha por sobre una bufanda negra que ella tenía colocada en el cuello. Que instantes después ésta logró reincorporarse y tomó un trozo de vidrio de forma triangular de una ventana de la habitación que ya había sido roto con anterioridad, a la vez que imploraba a viva voz el cese del ataque y que Varela se retirara de la habitación. Que éste se dirigió a la entrada de la vivienda y se quedó apoyado contra el marco de la puerta de acceso, con la finalidad de impedir que la señora se retirara del domicilio. Y en esa circunstancia –siendo ya alrededor de las 19:45 hs.- ella se agachó con a fin de pasar corriendo y salir de la casa para evitar que la agresión prosiguiera y pedir auxilio, pero ... la tomó del brazo derecho con el propósito de mantener la situación de violencia, instante este en el que, en una actitud de defensa lo lastima con el vidrio en la región antero-lateral derecha del cuello lesionándole los planos musculares de vena yugular anterior y la vía aérea superior al penetrar en la parte anterior de la tráquea-... Que como consecuencia de la herida mencionada, la víctima falleció el día 03 de mayo de 2013 previo haber estado internado.
Fundamentos de Derecho	Constitución de la Nación Argentina: Artícuo 1, 18, 33, 75 inciso 22. Código Penal Argentino: artículo 34 inciso 6; Ley 23179/85 de ratificación de la CEDAW; Ley 24.632 de ratificación de la Convención de Belén Do Pará.
Resolución (link de enlace)	Causa, registrada bajo el Nº 2135 (IPP Nº 01-01-001036-13) caratulada “MARCONI, Yanina Andrea – Homicidio agravado por el vínculo o alternatively homicidio preterintencional - Tandil



AR > Asociación Civil de la Defensa Publica de la Republica Argentina

Fallos remitidos

8

JURISPRUDENCIA 2 [ver fallo completo](#) **Contexto social y económico del caso**

Contexto socio-económico de vulnerabilidad

Instancia procesal en la que se emite la sentencia

Primera Instancia-Firme

Instrumento y/o criterio internacional invocado

Convención Belen do Pará- Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la Mujer.

Medidas de reparación integral adoptadas**Votación por la que fue adoptada**

Unanimidad

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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Tandil, a los quince días del mes de julio del año dos mil dieciséis, se reúnen en la Sala de Acuerdos del Tribunal en lo Criminal de esta ciudad los Señores Jueces que lo integran, Doctores Gustavo Agustín Echevarría, Guillermo Alberto Arecha y Carlos Alberto Pocorena, a fin de dictar veredicto en la presente causa, registrada bajo el N° 2135 (IPP N° 01-01-001036-13) caratulada "**MARCONI, Yanina Andrea - Homicidio agravado por el vínculo o alternativamente homicidio preterintencional - Tandil**". Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de la votación, resultó que dichos señores jueces deben hacerlo de la siguiente manera: doctores Echevarría - Arecha - Pocorena.-----

-----El Tribunal, conforme a lo dispuesto en los arts. 371 y 373 del Código Procesal Penal, resolvió plantear y votar las siguientes: -----

CUESTIONES

-----1° ¿Está probada la existencia del hecho en su exteriorización material?-----

-----2° ¿Está probada la participación de Yanina Andrea Marconi en el mismo?-----

-----3° ¿Concurren eximentes?-----

VOTACION

----- **A LA PRIMERA Y SEGUNDA CUESTION**, el señor Juez doctor Echevarría dijo:-----

----- **I.-** Que con los siguientes elementos incorporados por su lectura al debate: informes policiales de fs. 01, 10, 19, 256/257, 665vta.; acta de procedimiento de fs. 02/02vta.; inspección ocular y croquis ilustrativo de fs. 07/08vta.; actas de recogimiento de fs. 09, y 258/258vta.; informes médicos de fs. 12, 14, 23; acta de levantamiento de rastros de fs. 27/29; efecto desglosado de fs. 30/31; copias certificadas de historia clínica de fs. 36/232 y

VICI
LSOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TVI
CIC
OSN



680/713vta.; informes del actuario de fs. 234/234vta., 447, 779, 828; planas SIMP de fs. 235/239vta.; informes del SIC de fs. 251/252; fotografías de fs. 259/260, 632/633, 775; informe y CD de fs. 277/277vta.; informe del centro de despacho y emergencias de Tandil y CD de fs. 279/279vta. y fs. 823/824; pericia fotografía digital de fs. 309/313; informe técnico pericial de fs. 314; autopsia y anexo fotográfico de fs. 316/321vta.; informe del Registro Provincial de las Personas de Bs. As. de fs. 322/323; informe psicológico de fs. 324/325; actas de Cámaras Gesell y Cd respectivos de fs. 337/338vta.; copia certificada de acta de procedimiento e informe de fs. 343/344vta.; acta de Necropsia de fs. 345/345vta.; copia certificada de acta de defunción de fs. 355/355vta.; informe y CD de fs. 359/359vta.; informes de la Municipalidad de Tandil de fs. 361/363, 370/389, 502/504; informe de la Dirección de Observaciones Judiciales, Cds. e informe del Actuario de fs. 399/410, 623/627vta.; informe social de fs. 416/423vta.; informe análisis telefónico y Cd. de fs. 431/446vta.; planas informáticas de fs. 448/453vta.; actas transcripciones de fs. 460/464; pericias químicas de fs. 466/467vta., 519/521, 541/542; informe del CAV de fs. 487/493; informe Hospital Municipal de fs. 502/504; Cd cuya constancia de desglose se encuentra a fs. 518 (agregados en contra carátula de cuerpo IV); Pericias psicológicas de fs. 514/517, 587/590; informe pericial de rastros de fs. 522/526; informe telefónico de fs. 537/540; Cds. en contratapa cuerpo III; declaración prestada en los términos del art. 308 y concordantes del C.P.P de la Provincia de Buenos Aires por la imputada y croquis a mano alzada a fs. 612/620; informe de la Dirección de Antecedentes del Ministerio de Seguridad provincial de fs. 642/643, 671/672; informe del Registro Nacional de Reincidencia de fs. 645; pericia planimétrica y acta de



Chicllana a fs. 555/556, María Fernanda Lappano a fs. 574, Diego Mauricio Lezica a fs. 636/637, Ricardo Ibarbia a fs. 754/755, Aida Iñiguez a fs. 20/21 y 244/246, Lorena Varela a fs. 286/287, Melisa Noelia Marconi a fs. 475/476, Guillermo Humberto Pizzorno a fs. 773/775, Natalia Tavella a fs. 826/827vta., Diego Ceferino Marino a fs. 808/810vta, Silvia Vanesa Hidalgo a fs. 509/509vta., y Erica Elizabeth Visca a fs. 472/472vta., **se encuentra acreditado que:** siendo alrededor de las 19:45 horas del día 13 de abril del año 2013, en el domicilio de calle Magallanes 218 de la ciudad de Tandil, la imputada Yanina Andrea Marconi, con un vidrio en su mano al intentar defenderse provocó una herida en el cuello de su ex pareja Martín Ismael Varela, quien previamente la había agredido ilegítimamente, con intensidad y de varias maneras durante esa tarde. Concretamente Martín Ismael Varela, había arribado pasadas las 17:00 hs. a este domicilio de Magallanes 218, en donde vivía Yanina Andrea Marconi, con la finalidad de cortar el césped. Momentos después ante la negativa de ésta de cebarle mate, siendo alrededor de las 18:00 hs. Martín Ismael Varela, inició una agresión de gran envergadura contra su ex pareja. Que dicho ataque comenzó con descalificaciones e insultos hacia ella, para después tirarle la mesa en la cual ésta se encontraba trabajando e iniciar un forcejeo tomándola de las muñecas, a la vez que intentaba sacarle de las manos su celular. Varela continúa la agresión empujándola y haciéndola chocar contra la pared de la habitación, le toma la cabeza y se la golpea contra dicha pared de manera persistente. Que paralelamente Yanina Andrea Marconi intentó evitar el ataque, pero Martín Ismael Varela continuó agrediendo, logrando tirarla al piso, quedando boca abajo, subiéndosele arriba y colocándole las rodillas en la espalda. Que en esa posición le empezó a faltar el aire a Marconi, pero Varela sostuvo el ataque,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
 ISU
 DE
 N
 CIO
 RA
 SIN
 IN
 MCV
 N
 CIO
 SIC
 JUR
 -
 TAL
 FIC
 CIO
 OSO

ahorcándola con el cabe de una plancha por sobre una bufanda negra que ella tenía colocada en el cuello. Que instantes después ésta logró reincorporarse y tomó un trozo de vidrio de forma triangular de una ventana de la habitación que ya había sido roto con anterioridad, a la vez que imploraba a viva voz el cese del ataque y que Varela se retirara de la habitación. Que éste se dirigió a la entrada de la vivienda y se quedó apoyado contra el marco de la puerta de acceso, con la finalidad de impedir que la señora Marconi se retirara del domicilio. Y en esa circunstancia -siendo ya alrededor de las 19:45 hs.- ella se agachó con a fin de pasar corriendo y salir de la casa para evitar que la agresión prosiguiera y pedir auxilio, pero Martín Ismael Varela la tomó del brazo derecho con el propósito de mantener la situación de violencia, instante este en el que Yanina Andrea Marconi, en una actitud de defensa lo lastima con el vidrio en la región antero-lateral derecha del cuello lesionándole los planos musculares de vena yugular anterior y la vía aérea superior al penetrar en la parte anterior de la tráquea-, a la vez que Marconi para desprenderse, pegó un tirón con su brazo y logró separarse y salir hacia afuera de la vivienda. Que como consecuencia de la herida mencionada, la propia Yanina Andrea Marconi, intentó ayudarlo a Varela, para lo cual interceptó una camioneta y el mismo es llevado al Hospital Ramón Santamarina, lugar en el que es internado e intervenido quirúrgicamente, para luego permanecer en dicho nosocomio durante veinte días, ínterin de lo cual contrae neumonía, para finalmente fallecer Martín Ismael Varela el día 03 de mayo de 2013 en el Hospital Santamarina de esta ciudad -previo haber estado internado también en el Sanatorio Tandil por un breve lapso- siendo que Varela desde antes de este episodio, se hallaba enfermo, por ser portador de HIV inmunodeprimido en un estadio avanzado.-----



-----Como puede observarse he variado sustancialmente la descripción del hecho realizada por el Sr. Fiscal de Juicio Dr. Marcos Eguzquiza, quien imputara en el cuerpo del delito de su acusación final, un homicidio preterintencional. Tal como lo fundamentaré en los capítulos respectivos, el debate reveló una situación de violencia de género de larga data y en el hecho en juzgamiento quedó demostrada una legítima defensa, que justifica la conducta de Yanina Andrea Marconi y en consecuencia debe descartarse la imputación de homicidio preterintencional propuesta por la fiscalía, cuya cadena de causalidad tampoco pudo ser acreditada. Todo esto llevó al cambio en el relato de los hechos -cuerpo del delito-, y a una distinta solución de la controversia con relación a la propuesta por la Fiscalía.---

----- **AUTORÍA DE YANINA ANDREA MARCONI** -----

----- La autoría de la imputada en el hecho que desencadena la herida en el cuello de Martín Ismael Varela, no ha sido cuestionada por las partes, e incluso fue admitida por la propia acusada en su declaración art.308 del C.P.P.-----

----- Si en cambio ha existido controversia en cuanto a las circunstancias particulares y condicionantes que rodearon dicha autoría de la imputada y al encuadre jurídico que hay que darle a los hechos. Por un lado el Sr. Fiscal Dr. Marcos Eguzquiza consideró que terminado el juicio había quedado demostrado el hecho correspondiente a la tesis alternativa postulada en los lineamientos, desistiendo de imputar a Yanina Andrea Marconi por la tesis principal. Consideró también que no existió legítima defensa de parte de la imputada y la acusó por el delito de homicidio preterintencional en los términos del art. 81 inc. 1



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

apartado b del Código Penal, en relación a los arts. 80 inc. 1 y 82 del mismo cuerpo legal.-----

-----Por su parte la Defensa del Dr. Diego Araujo, consideró que si bien fue su patrocinada quien causó la mencionada herida, ello tuvo como antecedente una larga relación previa signada por la violencia de género y una agresión ilegítima, inmediatamente anterior, de envergadura, que justificó su acción en el marco de una legítima defensa.-----

-----Como puede observarse hay severas disidencias entre la acusación y la defensa y de esta manera ha quedado planteada entonces la controversia. Para un mejor ordenamiento trataré en este capítulo las pruebas relativas a la materialidad de los hechos, y la participación en ellos de Yanina Andrea Marconi, aunque necesariamente se mencionen cuestiones que luego serán objeto de un desarrollo profundizado cuando aborde la tercera cuestión relativa a la existencia o no de la eximente, y de la violencia de género en la relación, pretendidas por la Defensa.-----

-----Corresponde entonces el estudio profundizado de las acreditaciones traídas al juicio por las partes. Para lo cual iniciaré el recorrido a partir de las pretensiones plasmadas en el alegato final por el Sr. Defensor Oficial Dr. Diego Araujo, la declaración de la imputada Yanina Andrea Marconi -incorporada por su lectura al debate fs. 612/620- y las declaraciones de los testigos traídos por esa parte.-----

-----En su alegato final -ver acta de debate- el Sr. Defensor se expidió sobre la autoría de Marconi y su teoría del caso expresando: *"...hay dos cuestiones de la postura de la acusación que entiende erradas, la primera vinculada a la cuestión sociológica de la perspectiva de género que ha estado ausente dentro de la instrucción. Que considera que*

VICI
ISU
DE
N
CIC
RA
L
SIN
MDV
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OSN



también hubo de parte del acusador un yerro en la cuestión normológica tenida en cuenta, en razón de que ha requerido la aplicación de la normativa vulnerando arbitrariamente el espíritu del art. 34 inc. 6 del Código Penal. Que no comparte el criterio del acusador en lo vinculado al nexo causal, ni tampoco en lo que refiere a que los menores han sido influenciados en su declaración. Que el Fiscal ha dejado abierta la posibilidad de la existencia de un error de tipo, sin perjuicio que ese no será el eje central de la Defensa. Que su defendida no incurrió en mendacidades al momento de declarar en la oportunidad del art. 308 del C.P.P. Que la reconstrucción de los hechos realizada por la Fiscalía se contradice por lo dicho por el Dr. Julián y el Dr. Leitao. Que el Agente Fiscal ha desistido de la acusación principal y sólo ha mantenido la alternativa del homicidio preterintencional agravado. Que su defendida no causó una lesión que puso en riesgo la vida de la víctima. Que el peligro corrido para la vida de la víctima debe ser inminente, concreto, real, y no potencial. Cita doctrina en respaldo de la gravedad de la lesión que produce un riesgo de muerte. Que en el juicio tanto Julián como Leitao dijeron que las lesiones producidas fueron graves por producir inutilidad laboral, pero no por poner en riesgo la vida de Varela. Que Pizorno y Tabella respaldaron que la víctima no corría riesgo de vida por el sangrado y que la intervención quirúrgica fue sencilla. Que no había en Varela un riesgo de muerte inminente. Que en el fallo de la Casación citado por el Agente Fiscal había una lesión que sí ponía en riesgo la vida de la víctima. Que resulta claro que no hubo intención homicida en su defendida ni tampoco dominabilidad, lo que se vincula al aspecto subjetivo del tipo. Que respecto de la relación causal debe decir que el riesgo creado por Marconi no se ha concretado en el resultado. Que no pudo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
 ISOF
 DE
 N
 OIO
 VRL
 SINI
 MGV
 N
 OIO
 OIC
 SIC
 JUR
 -
 TAL
 OIO
 OSO

establecerse mediante los cultivos cuál fue el germen que provocó la neumonía bilateral que afectó a Varela, circunstancia que impide vincular causalmente a la lesión con dicha enfermedad. Que no puede determinarse tampoco si el germen lo tenía antes de asistir al hospital, que tal vez existía desde antes. Que no existe certeza desde el punto de vista biológico qué germen fue el que causó la infección. Que no puede decirse que hay una multiplicidad de causas cuando ni siquiera puede determinarse una. Que no puede establecerse si el germen surge de la herida, del HIV que poseía la víctima o si se trata de una infección intrahospitalaria. Que por ello no puede determinarse fehacientemente que exista una relación causal directa tal como lo manifestó el Acusador. Que existen contradicciones entre lo manifestado por los Dres. Julián y Leitao. Que el art. 81 inc. b) del C.P. prevé un delito complejo, y su segunda etapa busca no penar por medio de una responsabilidad objetiva. Que si bien puede pensarse como hizo el Fiscal que hubo un inicio doloso en la conducta, en modo alguno el resultado puede haber estado en el marco de previsibilidad de su defendida. Que ni siquiera dos profesionales médicos legistas como Julián y Leitao pudieron ponerse de acuerdo con el nexo causal, lo que respalda la imposibilidad de la imputada de prever el resultado acaecido. Que Marconi hasta aquí sólo debería responder por las lesiones graves agravadas por el vínculo. Pero se da que en el caso hubo además violencia de género, y dentro de ésta, violencia doméstica. Que a partir del fallo "Góngora" estos casos no pueden resolverse con antelación al juicio, y aquí en el debate se acreditó la violencia inusitada por parte de Varela hacia Marconi. Que en estos casos la mirada debe ponerse en el sujeto que cosifica a la mujer y no en la sumisión de la víctima. Cita el marco normativo



internacional y nacional de la perspectiva de género. Que se encuentran constatadas las lesiones que tenía Marconi el día de los hechos por constataciones visuales, médicas, y los testimonios de Faijoo e Iñiguez que respaldan los hechos de violencia de que era víctima Marconi. También por las causas judiciales -1026-, por el testimonio de Marcela Díaz, de Daniela González, también la pericia psicológica de fs. 587 que considera fue mal interpretada por el acusador público. Que los informes de los profesionales como la Licenciada Beatriz Martínez corrobora que había violencia de género. Reitera que aquí está claramente presente la cuestión de violencia de género y cita el informe de la Lic. Julia Méndez agregado como prueba suplementaria y sus dichos en el debate. Los datos revelados en el informe de los Licenciados Lloveras y Loreal fueron revertidos desde que su defendida está en tratamiento psicológico a la fecha y que aquellos datos de esos profesionales no fueron tenidos en cuenta por la titular del Juzgado de Familia. Que hay prueba abundante de que el contexto de violencia de género existió y en tal caso, implicaría el actuar de su defendida cubierto por circunstancias extraordinarias de atenuación que jurisprudencialmente se deben tener en cuenta aún en situaciones preterintencionales. Que entonces cabe evaluar la temática de la legítima defensa. Cita prueba que dice acreditaría la misma y el actuar defensivo de su defendida, mediante un acto instintivo natural. Que si ella tuviese otro interés hubiese tomado un cuchillo y no un trozo de vidrio roto. Que ante los golpes de un hombre, y ser víctima de violencia de género constante, tomó el vidrio de la ventana y en la desesperación lo usó, no en la primera ocasión, sino que trató de que Varela desistiera, y luego se defendió. El Dr. Leitao dijo que era probable que se produjera el hecho como lo describió su defendida. El Dr.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MDV
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
FIC
OSN

*Julián describe una situación dinámica, que se condice con la descripción que hace Lautaro -hijo de la pareja- y que es coincidente con lo declarado por Marconi. Que por ello considera la conducta de Marconi comprendida en la causa de justificación del art. 34 inc. 6 del Código Penal. Que en casos de violencia de género no se puede limitar el análisis sólo al momento de la defensa lesionante -cita jurisprudencia de la casación provincial-. Que aun sacando la cuestión de violencia de género, igualmente considera que cabe la justificación legal propuesta. Que el medio utilizado para la defensa ha resultado idóneo conforme las circunstancias de los hechos; no hay desproporción aberrante. Que no hay prueba que la debilidad de Varela alegada por el fiscal impidiera que el mismo ejerciera la violencia sobre Marconi que considera probada. Que considera que hubo una necesidad racional del medio empleado. Que considera que el testimonio del Dr. Julián es prueba suficiente para acreditar esa circunstancia. Que tampoco hubo provocación alguna de su defendida para la sucesión de los hechos. Que como prueba cita además de los dichos de su defendida, los del hijo de la pareja, Lautaro. Que por todo ello no se puede hablar de homicidio preterintencional, por cuanto no hubo previsibilidad de daños más gravosos al momento del hecho. Que podrían considerarse lesiones graves agravadas por el vínculo pero en un contexto de violencia de género que nos obliga a tener una perspectiva particular. Que solicita la absolución de su defendida porque se debe evaluar la situación vivida en el marco de la violencia de género sufrida y su actuar en legítima defensa...".-----
-----Por su parte la imputada **Yanina Andrea Marconi** en oportunidad de prestar declaración 308 C.P.P. a fs. 612/619 expresó: "...el día del hecho recuerda que habían quedado previamente con Varela que iba a pasar por su casa a cortar*



el pasto. Se habían visto el día previo y habían acordado esto. Recuerda que hacía unos días, a pedido de Varela había retomado el contacto con sus hijos, y como no podía darle dinero en concepto de cuota alimentaria como una forma de ayudarla y estar con los nenes, se ofrecía a cortar el pasto en su casa. Desde que había salido del Hospital solo le había dado la suma de pesos trescientos, los cuales acordaron por mensaje tiempo antes, que ella los pasaría a retirar. Como Varela iba a ir a su casa, la deponente iba a retirarse del domicilio para dejarlo solo con los chicos, y se iba a lavar la camioneta a la casa de su padre. A la hora que habían quedado y estando en la casa de su padre, aproximadamente a las 16.00 hs, luego de rendir cuentas a la pareja de su progenitor por el trabajo realizado, la deponente llama a Varela, para confirmar si realmente iba a ir a cortar el pasto. La deponente hacía cobranzas para la pareja de su papá, Mónica Rezzola, y habitualmente salía con sus hijos a realizar dicha tarea, una vez concluida, alrededor de las 14.00 y 14.30 hs. pasaba por el domicilio de ella en la zona de los Monoblock de Av. Juan B Justo y le rendía las cuentas de la cobranza. Cuando la deponente, ese día, llama por teléfono para confirmar, Varela no respondía, entonces utiliza el teléfono de su padre para llamar, porque cree que ya no tenía crédito en el propio y hasta llaman desde el teléfono fijo de Mónica. Pasado algunos minutos, Varela le responde con un mensaje a su teléfono personal, desconociendo si por watts app o por mensaje de texto, que estaba llegando a la casa de la deponente. La deponente se traslada con sus hijos hasta su casa, no recordando si estaba con todos ellos. La deponente llega antes que Varela aproximadamente a las 17.00 hs. y al verlo llegar nota que estaba sin la máquina de cortar pasto, explicando que la maquina prestada de cortar pasto no había arrancado. Esta



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
 ISOF
 DE
 N
 OIO
 VRL
 SINI
 MCV
 N
 OIC
 OIC
 JUR
 -
 TAI
 OIC
 OSO

circunstancia no había sido explicada previamente por Varela, por lo que la deponente llama a su progenitor para que le prestara su máquina de cortar pasto, pero su padre nunca le respondió. Luego de esto, Varela le dijo a la deponente que si quería ir con su padre podía hacerlo, pero la deponente prefirió quedarse haciendo trabajos pendientes en su casa. Varela le pidió permiso para merendar con sus hijos, accediendo la deponente. Por ello le dio a Varela \$ 22 para que vaya a la panadería con sus hijos y compre facturas, mientras ella preparaba el mate y la leche para sus hijos. En este acto aclara que desconoce si la falta de dinero de Varela se debía a que estaba sin trabajo porque había estado internado y que no podía llevar los chicos a su casa porque el departamento de la madre en que vivía era muy chico, por eso le pedía de verlos en la casa de la deponente. Luego de comprar las facturas, compartieron la merienda y todo estaba muy tranquilo, luego de terminar la merienda, la deponente se dirige a su habitación y se sienta en la cama utilizando una mesita para continuar trabajando. Varela se dirige a la misma habitación y se acuesta con alguno de sus hijos a ver televisión, recordando que eran al menos dos de ellos, pero no puede precisar quiénes eran. Luego, en un momento se van de la habitación a jugar a la play station al comedor. La deponente estaba con su celular el cual sonaba a cada momento porque estaba conectada al facebook mensajeándose. En un momento Varela se presenta nuevamente en la habitación y le pide de tomar mate nuevamente, a lo que la deponente le dice que él lo prepare, que ella tenía que seguir trabajando. Varela insiste con que vaya a la cocina y deje lo que estaba haciendo y la deponente continúa negándose reiterándole que tiene que seguir trabajando. La deponente no se oponía a tomar mate, pero quería hacerlo mientras continuaba en su lugar. En un



momento Varela se comenzó a enojar, ocurriendo esto aproximadamente a las 18.00 hs. refiriendo que la deponente estaba loca, que ella lo usaba comenzado a insultarla como habitualmente lo hacía, y en ese momento le revolea la mesa con la que estaba trabajando y quiere agarrarle el celular. Preguntada por el tipo de mesa a que hace referencia, dice que es una mesa alta, de las que se usan para poner plantas. Preguntada que tenía arriba de la mesa refiere que estaba el cuaderno, la birome y los cigarrillos, el celular estaba sobre la cama. Preguntada por el motivo por el cual Varela quería tomarle el celular, refiere que cree que era por celos, siempre le rompía los celulares, porque quería saber con quién se estaba comunicando en ese momento. La deponente no quería darle el celular porque hacía poco tiempo que lo había comprado y no quería que lo rompa. Comienzan a forcejear por el celular, diciendo la deponente que ella ya era libre y que a él no le importaba con quien hablaba, Varela intentaba tomarle con una mano el celular y con la otra la agarra de las muñecas, continúan forcejeando mientras la deponente trata con su cuerpo de proteger el celular y sacarse a Varela de encima. Varela le decía que le diera el celular, que era una puta. Preguntada por el lugar donde estaban parados refiere que Varela estaba de espaldas a la puerta de acceso a la habitación y la deponente estaba de espaldas a la ventana rota. En ese momento llegan sus hijos a la habitación y al notar la deponente que el celular se le había desarmado entre sus manos se lo da a Emiliano. Luego Varela empuja a la deponente contra el mismo costado que había empujado la mesa, siendo la pared situada a la izquierda de Varela y de ahí fueron hacia atrás. En este acto se realiza un croquis indicando la puerta de acceso a la habitación, la cama matrimonial con sus dos mesitas de luz, un roperito al lado del ventanal, el ventanal, el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
CIBO
OSN

ventilador y sobre el mismo la plancha, el lugar aproximado donde estaba el televisor, un placard sobre la misma pared de la puerta de acceso y la mesita en la cual estaba apoyada trabajando la dicente. Realiza un circulo con lapicera negra que se individualiza con el número 1 siendo la zona aproximada donde comienzan a forcejear, corriéndose luego para la zona de la puerta donde individualiza el lugar con el nro. 2, lugar donde logra alcanzarle el teléfono a Emiliano. Cuando Varela la empuja, no cae al piso sino que choca contra la pared, luego la sigue y la vuelve a agarrar, le toma la cabeza y se la golpea contra la misma pared - indicando en el croquis con el número 3 y continua golpeándola contra la pared indicándose en el croquis con el número 4, llegando a la zona donde está el ventilador con la plancha. En todo el trayecto, Varela seguía golpeándola en los hombros y empujándola. Al llegar al ventilador la deponente se lo choca de atrás, se da cuenta que estaba la plancha por lo que estira la mano para atrás y toma la misma para defenderse e intenta pegarle en la cabeza a Varela con la misma, pero él logra tomarle primero el brazo derecho de la deponente y la tira al piso. La plancha estaba desenchufada y nunca la soltó de su mano. Desconoce que maniobra realizo Varela pero la deponente termino en el piso, "es fácil tirarme, siempre lo hizo" (sic). La deponente queda boca abajo en el piso mirando hacia el televisor y Varela se le sube arriba (indica en croquis con numero 5), colocando sus rodillas en la espalda de la deponente. Preguntada si en ese momento gritaban, la deponente refiere que mientras hicieron el recorrido descrito hasta que cae al piso, la deponente gritaba por ayuda a sus vecinos y le pedía a Varela que pare, pero Varela decía que "ya está, ahora que se cague todo", pero una vez en el piso ya no pudo gritar. Mientras tanto los



chicos gritaban y lloraban en la habitación pidiéndole al padre que dejara de agredir a la deponente. En ese momento la deponente siente dificultad para respirar, pidiéndole a Varela que la suelte porque sentía que le faltara el aire. Preguntada por el tiempo que estuvo Varela con las rodillas en su espalda, refiere que estuvo mucho tiempo, pero no puede precisar cuánto. Preguntada cuanto es mucho tiempo refiere que varios minutos, pero que no media hora. Que cada vez se sentía peor, hasta que siente que perdió la conciencia. Que en ese momento no se daba mucho cuenta de porque se sentía mal y tenía mucha dificultad para respirar, pero era porque Varela la estaba apretando en la espalda y por sobre una bufanda negra que tenía la deponente colocada en su cuello, Varela la estaba ahorcando con el cable de la plancha. Aclara que en ese momento no se dio cuenta de que Varela la estaba estrangulando, que tomo conocimiento de ello por los dichos de sus hijos y por las marcas que después tenía en el cuello. Preguntada cuando se vio las marcas, refiere que las observo al día siguiente y se las señalo al médico que la reviso en la seccional de policía. Que la deponente trataba de tomar con sus manos la bufanda porque le apretaba y dado a su problema de tiroides, habitualmente se ahoga. La deponente sentía que la cabeza le iba a estallar, y que se hinchaba y que sentía mucho calor. Aclara que ni bien Varela se subió a la espalda de la deponente, solo sentía la opresión, pero luego comenzó a sentir el ahogamiento. Luego refiere que pierde la conciencia y solo recuerda que al recobrarla, estaban los dos en la cama, la deponente sobre Varela, enfrentados y sintiendo que tenía toda la cara mojada como con su propia saliva y sentía que su cabeza latía. (Indica en croquis con Nro. 6 el lugar donde estaban sobre la cama) La deponente se dio cuenta de ello, cuando se tocó con sus manos la zona del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OS

cuello y la cara. A esa altura Varela le manifiesta "ah, te haces la loca!" mientras seguía debajo de la deponente. En ese momento Emiliano comienza a gritar que sus hermanos estaban en la calle. Luego la deponente se levanta de la cama, se siente abombada, siente que quería gritar y no tenía fuerzas para hacerlo, tampoco tenía fuerza en su cuerpo y sus miembros no le respondían. Se apoyó como pudo contra el roperito, (indicando con el nro. 7). Emiliano le seguía diciendo a Varela que los chicos estaban afuera, a lo que Varela respondía a Emiliano que los trajera, pero su hijo seguía diciendo que los chicos no venían, evidentemente con intenciones de que cesara la agresión. Mientras estaba de espalda al roperito, gira y con su mano derecha termina de romper el vidrio que ya estaba roto con anterioridad. En este acto dibuja la ventana que contenía el vidrio roto. Refiere que en la hoja que estaba más cerca del roperito estaba rota, Aclara que estaba rajado en varios pedazos, pero que las piezas estaban todas en su lugar, por lo tanto debió darle un puñetazo al vidrio con su mano derecha para terminar de despegar los trozos que ya estaban rotos. Exhibida la foto de fs. 259 refiere que la parte que tomo del vidrio es la que está debajo del cartón. Preguntada por la distancia que se encontraba Varela de la deponente mientras toma el vidrio, refiere que estaba a aproximadamente un metro de distancia. La deponente estaba muy mal, decía todo el tiempo "basta, no no ya basta", que sentía que lo que había hecho anteriormente Varela era muy grave, que estaba muy confundida y en la desesperación, toma el vidrio de la ventana, toma primero uno muy pequeño y lo descarta porque no quería lastimarse y luego toma un trozo más grande. Que Varela se le burlaba de que había agarrado un vidrio. Que ella sabía que Varela no se iba a ir, que la agresión iba a continuar. Ya con el vidrio en la mano, al



que recuerda con forma triangular, toma una remera de la dicente que estaba en un hueco de la mesa de luz, envuelve el vidrio para no cortarse. Varela se acerca a puerta de la habitación, y la deponente busca convencerlo de que saliera de la habitación y fuera a buscar a los chicos. Varela le refiere que ya van a entrar los chicos y la deponente siente que él iba a seguir con la agresión. La deponente entonces con el vidrio en la mano le dice "mira Martin sino me dejas salir yo te corto". Varela le responde "vos me vas a cortar a mí?", y la deponente le dice que no quiere hacerlo, que quiere que la deje salir de la habitación. Varela entonces le dice "para un cachito, ahora vamos a ver" y se retira de la habitación. Mientras mantenían esta conversación la deponente estaba siempre pegada a la ventana y Varela parado en la puerta de la habitación. Exhibidas las fotografías de fs. 310, reconoce que ese es el segundo trozo de vidrio que tomo y envolvió con la remera. Que Varela entonces se retiró de la habitación para traer los nenes. La deponente sabía que la única posibilidad que tenía de salir es por la puerta de acceso de la vivienda, ya que la misma esta toda enrejada en todas sus aberturas. La deponente eligió esa casa especialmente por las rejas porque Varela en otras oportunidades ha ingresado en otras viviendas que vivía la deponente sin su autorización "hasta por el ventiluz del baño se metió " (sic). Ante esta situación la deponente comienza a correr hacia puerta para escapar, dudo primero y en el camino toma nuevamente la plancha, no sabe cuándo ni con que mano. Supone que el vidrio lo mantuvo todo el tiempo con la derecha y la plancha la tomo con la izquierda. Tomo la plancha para defenderse por si Varela la volvía a agredir. Cuando la deponente sale de la habitación, paso por la cocina y sale en dirección de la puerta de calle, observando que Varela estaba apoyado contra el marco de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISTO
DE
N
CIC
RA
RL
SIN
MDV
N
CIC
SIC
JUR
-
VAL
CIC
OSN

puerta de acceso, mirando hacia afuera para ver los chicos y también impidiendo que la deponente se fuera, por lo que se agacho, para intentar pasar corriendo al lado de Varela "porque sabía que esa era mi salvación, la calle" (sic), pasa como puede corriendo por al lado de Varela y él le toma el brazo derecho, ya que Varela estaba parado apoyado en el marco de la puerta del lado de las bisagras. En esa mano, supone la deponente que llevaba el vidrio. Varela le toma el brazo, la deponente continúa agachada y sin detenerse pese a ello. Que la dicente cuando ya lo había superado, pega el tirón con su brazo y sigue corriendo. Que en ningún momento la detuvo, solo alcanzo a tomarle el brazo. Que en ningún momento la dicente tuvo intención de cortarlo, solo quería escapar y ese es el único momento posible en el que Varela pudo salir lastimado, ya que anteriormente desde que tomo el vidrio, no tuvieron contacto. La deponente continua corriendo ya fuera de la casa, y al llegar a una lomita que hay en la vereda de la casa a dos o tres metros de la puerta de ingreso, Varela le dice "mira lo que me hiciste", la deponente se da vuelta y le observa que tenía una lastimadura en la garganta de la cual le salía muy poquita sangre, aparentando una lastimadura pequeña. Que la dicente le dijo "yo no te hice nada" (sic) y siguió corriendo hasta la vereda de enfrente, donde tiró el vidrio y la plancha, quedando en el frente de la casa de una vecina, casa a la que se acercaba a pedir ayuda cuando Varela la atacaba. Aclara que la mayoría de las veces no tocaba timbre, solo amagaba a hacerlo y Varela con ello cesaba la agresión y si no lo lograba, tocaba timbre o llamaba a la policía. Aclara también que en ese barrio llego a tocar timbre en una sola oportunidad y en otras oportunidades han pedido auxilio sus hijos. La deponente llama a sus hijos para que fueran con ella. Varela continua reclamándole lo que le había hecho,



vuelve a cruzar la calle, y ve que Varela le pide ayuda a la vecina de al lado de su casa que estaba en la calle. La deponente se da cuenta de que era algo grave lo que le ocurría porque tenía más sangre. Toma un trapo blanco no sabe de dónde y se lo coloca en la garganta. Lo hace sentarse en una bolsa de arena en la vereda, le pide el celular, ya que el de ella estaba apagado y desarmado y ambos meten la mano en el bolsillo de Varela, llama a la ambulancia desde el teléfono de Varela, Varela vuelve al interior de su casa y antes le muestra a la deponente diciendo "mira" al tiempo que exhala y la deponente ve que le salía sangre de la herida. Una vez que Varela estaba en el interior la deponente le decía que se calmara, que ya llega la ambulancia y él le decía que llamara a su progenitora. Mientras esperaban la ambulancia, Varela abraza a la deponente mientras le dice que se iba a morir, ella le da un beso en la frente y le dice que todo va a estar bien, Varela le pide perdón a sus hijos (en este momento la deponente se quiebra en llanto). En esos momento comienza a detener autos que circulaban en la vía pública para que llevaran a Varela, pero en la mayoría iban niños, hasta que paso una camioneta y la detuvo, lo subió en la cabina junto al conductor, y Varela aún tenía el trapo que la deponente le había dado, colocándoselo cada tanto en la herida. Varela le pide que la acompañe y la deponente le dice que no podía, que estaba con los nenes y después iba a verlo. Preguntada por cuanto tiempo transcurre desde que comienza la discusión con Varela por el tema del mate y el momento en que se produce el corte en el cuello de Varela, estima que ha transcurrido aproximadamente una hora, dado que la mayoría del tiempo la deponente intentaba tranquilizarlo, convencerlo de que se vaya. Recordando que al inicio de la discusión era de día todavía y cuando logró escaparse estaba



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
OIO
S
JURI
-
TAL
CIBO
OSN

oscureciendo. Preguntada si quiere agregar algo más refiere que no. Cedita la palabra al Dr. Devoto, pregunta respecto de las situaciones de violencia anteriores entre la deponente y Varela. Refiere que anteriormente había vivido muchos episodios de violencia con Varela, lo conoce desde inicios del 2001, al principio no había inconvenientes, pero cuando queda embarazada, se la lleva a vivir a la casa de su progenitora. En una oportunidad Varela le pego al progenitor de su hija mayor, Esteban Pulía, en un momento en que iba a hablar con la deponente a la casa de su madre. Pulía radico denuncia de esa circunstancia. Una vez viviendo con Varela, a los cuatro o cinco meses del primer embarazo, Varela la golpea y el niño nació a los siete meses de embarazo por una patada que Varela le había pegado en una pelea. Descubre a los pocos meses de convivencia que Varela no tenía la edad que decía tener sino más edad, encontró una tuca en una oportunidad y descubrió que Varela no era la persona que conocía. Desde el año 2002 cada tanto recibía alguna agresión por parte de Varela. Cualquier cuestión podía ser motivo para agredirla y sea cual fuere el motivo siempre terminaba agrediéndola. Al principio la deponente no decía nada. En cuanto al incidente de la cuchilla entre la deponente y Varela refiere que en momentos en que Varela la sostenía con la cabeza debajo de la canilla, su hijo Emiliano golpea a Varela para que suelte a la deponente, por lo que Varela le pega a Emiliano. Por ello la deponente toma un cuchillo y lo corta en la cara. La deponente siempre se mantuvo tranquila hasta que Varela comenzó a pegarle a sus hijos, golpeando a los más chicos. Refiere que una vez le partió una silla de plástico en la cabeza a la deponente, quedando una cicatriz en el cuero cabelludo pero que nunca concurrió a un centro asistencial. En otra oportunidad también le aplico una patada en la pierna izquierda quedando



una lesión. En este acto se procede a tomar fotografías. Asimismo recuerda que en otro momento recibió martillazos en sus rodillas por parte de Varela, siendo ayudada por una amiga Soledad Sauer quien la ayudo a irse a Mar del Plata a la casa de su madre. Que en todas las oportunidades que denunció, reconoce que manifestaba luego no querer continuar porque Varela la convencía o le daba lástima por el pasado que él ha tenido, aparte porque lo amaba. Él le prometía que iba a cambiar y la deponente le creía. Al último tiempo ya no le creía que llegara a cambiar. Como la deponente concurría a la Iglesia, Varela le decía de ir juntos a terapia con el Pastor y así la convencía. Preguntada el Dr. Devoto como se reestablecía la relación luego de las agresiones, refiere que además de todas las cosas que menciona, indica que Varela buscaba trabajo y entonces tenía drogas y dinero y no había problemas, pero luego ella seguía trabajando y Varela dejaba de hacerlo, entonces empezaban los problemas. Que en septiembre de 2012 la deponente se separa de Varela. Luego de ello Varela comienza a descompensarse físicamente y lo internan en el Hospital. Desde allí la llamaban para que se acerque a ayudarlo. Recuerda que al salir, con seguridad mucho antes de las Fiestas de Fin de Año, la deponente lo recibe en su casa, donde se quedaría hasta tener trabajo. En esos momentos duerme en un sofá en el comedor. Luego, como Varela no buscaba trabajo, el padre de la deponente lo echa de la casa y al tiempo vuelve a caer internado. Preguntado por el Dr. Devoto como era Varela con su tratamiento médico de su enfermedad por HIV, refiere que él no seguía el tratamiento. Recuerda que en un momento el Dr. Gentiles le habla a la deponente, cuando aún vivían juntos, para que convenza a Varela de realizar el tratamiento, ya que su situación era tan grave que no le hacía efecto ningún coctel de pastillas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
 ISU
 DE
 N
 OIO
 VRL
 SIN
 MCV
 N
 OIO
 OIC
 OIC
 JUR
 -
 TAV
 OIO
 OSO

que tomara y el tratamiento recetado era el más fuerte que existe para el caso. Durante un tiempo lo cumplió ya que la deponente le daba todas las pastillas, pero luego lo abandono. Preguntada por el Dr. Devoto cuando tomo conocimiento que Varela tenia HIV, refiere que antes de ponerse de novio con Varela la deponente tomo conocimiento de su enfermedad. La deponente siempre fue consciente de que se iba a contagiarse de HIV si mantenía relaciones sexuales con él, pero aun así por tener una familia con él, no le importo contagiarse. Que no le recriminaba que la hubiera contagiado, sino por todo lo que ella había puesto en esa relación y la forma en que él le retribuía. Que a esta altura la Defensa refiere que no tiene más preguntas para formular. Preguntada por la Fiscalía cual es el abonado telefónico de su progenitor refiere que es 154555882 en ese momento y en la actualidad. Preguntado por su teléfono particular, refiere que en ese momento era 154315077 y preguntada por el teléfono de Martin Varela refiere que era 154319239. Preguntada por los mensajes que se enviaron con Varela en los días previos al hecho y en el mismo día, dice que si bien los guardo ese teléfono celular se rompió, pero aun lo posee. Preguntada si tiene más hermanos refiere que sí, que tiene una hermana de nombre Karina y dos hermanos, Elías de 25 años y Axel de 12 años. Preguntada por el teléfono de Elías al momento del hecho, refiere que no sabe. Preguntado por el teléfono actual refiere que es 154344794. Preguntada por la persona con quien estaba chateando vía Facebook cuando comenzó la discusión con Varela, refiere que chateaba con un amigo de nombre Leo López que vive en Buenos Aires, al cual conoce desde la primaria. Preguntado si mantenía en ese momento alguna relación sentimental con otra persona, refiere que estaba intentando iniciar una relación con un joven de nombre Diego Lezica, pero Varela la mando a



seguir con dos amigos hasta descubrir de quien se trataba, Luego Varela se acercó a él y le manifestó que si la quería que la dejara para volver a juntarse con él, por sus hijos. Preguntado por el lugar donde se puede ubicar a Lezica, refiere que mantiene actualmente una relación con él, pero que no se encuentra autorizada para brindar la dirección del lugar donde actualmente duerme Lezica, que solo brindara el teléfono de la madre de Lezica, que desconoce donde trabaja y sabe que le robaron su teléfono celular. La madre de Lezica se llama Cristina Sanmillan y el teléfono es 154506810. Preguntado por la remera de color rosa con la que tomo el vidrio, refiere que la tiene en su poder, es un regalo de su hija y que luego del hecho la ha vuelto a lavar, pero que no tiene inconvenientes en aportar la remera. Aclara que nunca se la pidieron con anterioridad. Luego de leída el acta refiere que no está segura de que merendaran en el comedor, puede que hubieran merendado todos en la habitación...".-----

*----- Declaración esta que se complementa con el informe social del grupo familiar de la acusada, producido por la Licenciada en Trabajo Social **Juliana Mercedes Cimino** obrante a fs. 416/420vta. en cuanto expresa: "...Defensa Pública, Tandil, 27 de Mayo de 2013.. En la actualidad el grupo familiar de la Sra. Yanina Marconi está compuesto por los siguientes miembros: Varela Lautaro Martín, hijo, 9 años, cursa su 4°- año en la EP N°-21 de la ciudad de Tandil. Varela Emiliano, hijo, 8 años, cursa 2° año en la EP N° 21 de la ciudad de Tandil. Marconi, Santiago Ismael, hijo, 6 años, cursa 1° año en la EP N°21 de la ciudad de Tandil. Varela, Gabriel, hijo, 5 años, cursa sala de cinco en el Jardín N° 903 de la ciudad de Tandil. En lo que refiere a la situación económica del grupo familiar, el ingreso proviene de la tarea que desarrolla la Sra. Marconi*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Yanina como vendedora ambulante de una blanquearía. Por otro lado, la Sra. Yanina Marconi recibe asistencia de la Secretaria de Desarrollo Social de la ciudad de Tandil, con el pago del alquiler de la vivienda que habita el grupo familiar en el domicilio de Magallanes 218. Referencia a la historia familiar de la imputada. La Sra. Yanina Marconi, nace el 13 de marzo de 1985 en la ciudad de Tandil. Vivió toda su infancia y hasta sus 15 años con sus padres. Esta reconoce que ese periodo de su vida transcurrió sin dificultades económicas y familiares, dado que no se evidenciaron conflictos vinculares, y su padre poseía un buen ingreso desempeñándose como contratista. Durante su adolescencia, sus padres se separan debido a que su padre forma otra pareja. Allí se queda viviendo con su madre, un hermano de 12 años, y su hermana de 20 años. Esta situación modificó completamente la vida de la Sra. Yanina y su núcleo familiar, puesto que su padre era el sostén económico, y su madre se encontraba desocupada. Por dicha situación su madre estuvo un año con un cuadro de depresión. De allí, que en ese periodo debieron cubrir sus necesidades básicas con el Plan Social Jefes y Jefas de hogar y de la asistencia de instituciones que cubrían el gasto de luz y una garrafa. Ella recuerda ese periodo de su vida como muy caótico, dado que pierden todo contacto con su padre, al cual no ve por un periodo de dos años, y su madre no se encontraba en condiciones para sobrellevar la situación. Ese mismo año, estando de novio queda embarazada, siendo a los 16 años madre de una niña, Puglia Jimena Nataly. Nacida su hija su pareja se muda a vivir con ella y su familia, colaborando con la economía del hogar. Dicha convivencia dura un año y nueve meses, decidiendo la separación de común acuerdo. Por otro lado, expresa que dada su marco familiar y las dificultades que debieron afrontar, ella había cambiado



mucho lo cual generaba muchas peleas entre ellos. Con dicha separación, su situación se complejiza especialmente desde lo económico, manifestando que llego a vender los pañales que el papá de su nena le daba para contar con dinero. A ello se sumó, que debió intervenir ante los problemas que presentó su hermano menor quien se vio muy afectado por la pérdida de su padre. En tal sentido, todo ello genera que la Sra. Yanina venda un auto que le había dejado su padre para obtener dinero, y así ir a buscarlo a Cacharí pueblo en que este se encontraba viviendo con su nueva pareja. A partir de allí, vuelve a tener vínculo con su padre con quien acuerdan que los ayudaría económicamente, debiendo esta asistir todos los viernes a buscar el dinero. Muchas veces la Sra. Yanina hacía su viaje a dedo para ahorrar la plata del pasaje. Tiempo después su padre comienza a visitarlos en la ciudad de Tandil. Esto generó ciertos problemas con su madre, pero el vínculo con su padre se fortalece conociendo a su mujer y un hermano de esta nueva pareja, y su padre con el tiempo regresa a vivir a la ciudad de Tandil. A los 17 años hace pareja con el Sr. Varela Martín, con quien se fue a convivir llevando con ella a su hija. Su mamá se opuso a ello, a lo cual no le dio importancia dado que estaba en desacuerdo con la vida que esta tenía. Hubo peleas y hasta una situación violenta entre ella. Su mamá a partir de ello decide vender la casa donde vivían. De allí, la Sra. Yanina se quedó viviendo en la casa de los padres del Sr. Varela Martín, y le solicita ayuda al papá de su nena, acordando con este que él se quedaría con la niña. A partir de dicho acuerdo, la niña estaba durante el día con su madre y por la noche dormía en la casa de sus abuelos paternos. Se suscita una pelea entre el Sr. Varela y el papá de su hija, donde este lo denuncia y hasta llegan a juicio. Al mes y medio de estar conviviendo con el Sr. Varela, queda embarazada, y comienza



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIOS
JUR
-
TAL
CIB
OSN

a vivenciar situaciones de violencia con este. Los motivos eran diversos, por celos o porque ella lo cuestionaba cuando descubre ciertas mentiras, en lo que refiere a su edad, consumo de drogas, adulterio y otras cuestiones referidas a su vida laboral. Cuando nace su bebe regresa a vivir con su mama, estaba nuevamente embarazada. Su madre forma pareja y se va a vivir a Mar del Plata por lo que regresa nuevamente a vivir con el Sr. Varela. Referido a la relación con el Sr. Varela esta expresa que siempre fue inestable dada las situaciones de violencia de las cuales era víctima. Por dicha situación, fue atendida por el Área de Fortalecimiento familiar perteneciente a la Secretaria de Desarrollo Social del Municipio de la ciudad de Tandil, a partir de que el Sr. Varela le pega en el hospital mientras esperaban para realizarse una ecografía de control de embarazo. Ante esta situación de violencia de la cual era víctima, ella manifiesta haber realizado diferentes denuncias, las cuales ella daba de baja porque volvía a creer en su pareja. Resalta que él tenía ese poder de convencimiento sobre ella. Según Yanina "siempre me endulzó los oídos con su historia, jugaba con su lugar de víctima por su historia". Siempre justificó su comportamiento por su historia y creía que con su amor lo salvaría. Más allá de las denuncias y la intervención del área mencionada, la Sra. Yanina continúa su pareja con el Sr. Varela siempre con inestabilidad y periodos de distanciamiento por la situación de violencia. En lo que refiere a las instituciones que la asistieron siente que no pudieron brindar la seguridad y las herramientas que ella necesitaba para poder terminar con la relación. El último tiempo, comienza a enfrentar al Sr. Varela para proteger a sus hijos, dado que estos presenciaban episodios de violencia y en una oportunidad agrede a uno de ellos, siendo denunciado por esta y quedando



detenido por ello. Esta empieza a no reconocerle ciertos derechos en relación a los niños dada la carencia en su rol paterno. En especial en lo que refiere a lo económico, siendo que él nunca fue un sostén económico para ella y sus hijos. Por el contrario, la Sra. Yanina se reconoce como el sostén del hogar. Por otro lado, reconoce una relación de sometimiento hacia el Sr. Varela, dado que dejaba de hacer todo aquello que a él le disgustaba, como por ej. trabajo, lugares etc., en sus palabras "quería agradarle y hacerlo sentir bien a él". A los 25 años comienza a pensar de manera diferente, comienza a preocuparle la vida de sus hijos cuando fueran grandes, especialmente que se alejaran de ella por el marco familiar violento en el que vivían, también comienza a tener en cuenta sus deseos, lo que a ella le gustaba, y emprende otros trabajos. A los 27 años decide decir basta, le aclara al Sr. Varela que si no cambiaba su relación terminaría. Durante ese periodo que estuvieron juntos ella trabajaba, él se ocupaba de la casa y del cuidado de los niños, hasta que le descubre una infidelidad y se separan. En este cambio que ella manifiesta, reconoce como muy importante palabras de una Psicóloga, con quien dialogo sobre su relación con Varela, quien le dice "a vos quien te dijo que tenías que hacerte cargo de él". Para la Sra. Yanina esas palabras fueron muy importantes para poder posicionarse de otro modo ante su pareja. Por último, esta acepta haber recibido ayuda de familiares, amigos, de diferentes instituciones pero que ello no alcanzo para lograr la confianza que ella necesitaba para poder salir del circulo de violencia en el cual se encontraba con el Sr. Varela. Vinculación con instituciones de la comunidad. En lo que refiere a las instituciones de la comunidad, la Sra. Yanina reconoce a las instituciones educativas como ámbitos que le brindaron ayuda, apoyo y preocupación por su familia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISTO
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
CIBO
OSN

En principio en lo que refiere a la escolaridad de los hijos de la Sra. Yanina Marconi, se harán las siguientes aclaraciones: El Niño Varela Lautaro cursa su 4°- año en la EP N° 21 bajo un proyecto de integración con la Escuela Especial N° 501. Cabe aclarar que la integración se lleva a cabo desde el nivel preescolar, y se debió que Lautaro sufre Hemiparesia, lo cual afecta su lado izquierdo y genera problemas visuales. De allí, que en el corriente año concurre a la sede de la escuela especial N°- 501 para realizar un taller de fonoaudiología. En lo que refiere a su problema visual, desde las EP N°- 21, durante el corriente año, se realizaron las gestiones correspondientes para realizarle un campo visual. El niño Varela Emiliano, cursa su 2° año en la EP N° 21, sin presentar alguna dificultad. El niño Marconi Santiago, cursa su 1° año en la EP N°- 21, sin presentar dificultad. El Niño Varela Gabriel, cursa su último año de preescolar en el Jardín N° 913 sin presentar dificultad. Desde dichas instituciones se plantea que las trayectorias escolares de los niños se vienen desarrollando sin ninguna dificultad y con un total acompañamiento de su madre, quien se encuentra abierta a cualquier sugerencia que se le haga desde los establecimientos educativos. Por otro lado, desde estas instituciones se ha asistido al grupo familiar con diferentes cuestiones como por ejemplo, ropa para los niños, o lo referido al problema de salud del niño Lautaro Varela. En lo que refiere a la situación de violencia de la Sra. Yanina Marconi nunca tuvieron intervención dado que esta nunca planteó la misma en las instituciones educativas, aunque no lo desconocían. Conclusión: De las intervenciones realizadas se desprenden las siguientes apreciaciones: En primer lugar, cabe señalar que en lo que refiere a la historia familiar de la Sr. Yanina Marconi, la separación de sus padres fue un hecho que



tuvo consecuencias negativas para su vida. Es decir, hasta ese momento esta contaba con un bienestar emocional, económico y familiar, el cual se vio afectado por el abandono de su padre quien deja de asumir su responsabilidad perdiendo contacto con sus hijos. Esto afecta tanto en lo económico, dado que este era el sostén de la familia, como así también desde lo emocional y familiar dado que su madre padece un cuadro depresivo que dificulta poder afrontar la responsabilidad de la crianza de sus hijos. De ello se puede advertir, que la Sra. Yanina transcurrió su adolescencia en condiciones de vulnerabilidad, debiendo responsabilizarse de cuestiones que no eran acordes a su edad, como la situación económica del núcleo familiar, cuidado de su hermano, como así también asumir su maternidad adolescente en dicho contexto socio familiar. Por otro lado, de la entrevista mantenida con la Sra. Yanina Marconi como así también con las diferentes instituciones mencionadas en el presente informe, se puede advertir la existencia de un excelente vínculo con sus hijos, siendo quien ha garantizado, y se responsabiliza en la actualidad por su bienestar, y todo lo referido a la crianza, cuidados y satisfacción de diferentes necesidades, siendo el único sostén económico del grupo familiar. Asimismo se puede establecer que la Sra. Yanina Marconi durante muchos años ha sido víctima de violencia, específicamente de violencia de Genero, entendiéndose que la misma hace referencia a la distribución desigual de poder y las relaciones de asimetría que se constituyen entre hombres y mujer, estableciendo relaciones de dominación masculina y subordinación femenina, cuyo origen está en la estructura de naturaleza patriarcal. En tal sentido, hace referencia a una desigualdad entre los géneros la cual no es biológica sino que es una construcción social. Por su parte, Jorge Corsi define a la violencia de género como: "a todas las formas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
CIB
OSN

mediante las cuales se intenta perpetuar el sistema de jerarquías impuesto por la "cultura patriarcal". Como vemos, se trata de una violencia estructural que se dirige hacia las mujeres con el objeto de mantener o incrementar su subordinación al género masculino hegemónico. Esta violencia se expresa a través de conductas y actitudes basadas en un sistema de creencias sexista que tienden a acentuar las diferencias apoyadas en los estereotipos de género, conservando las estructuras de dominio que se derivan de ellos". La misma asume diferentes formas, violencia emocional, Violencia física, acoso u hostigamiento sexual hasta la explotación sexual, tráfico de mujeres y niñas. Lo planteado se fundamenta, en que el relato de la Sra. Yanina Marconi da cuenta que durante muchos años ha sufrido violencia física y emocional por parte del Sr. Varela Martín, donde esta tenía una relación de subordinación y obediencia a su pareja, respondiendo a sus requerimientos y deseos. En su relato se evidencia, que ésta siempre respondió a las necesidades y deseos de su pareja, tendiendo a cuidarlo y complacerlo. Siguiendo a Rosa Entel "...en las relaciones opresivas lo que prevalecen son las opiniones, acciones y necesidades de él (dominante). Ella la subordinada, no puedo hacer nada por y para sí misma. Sus palabras y actos son descalificados, impedidos, omitidos o castigados...". En tal sentido, se evidencia lo que se denomina el ciclo de la violencia donde se produce la fase de acumulación de tensión, fase de explosión de la violencia y la fase denominada luna de miel. Es decir, de manera cíclica durante años se han producidos diferentes episodios de violencia, por parte del Sr. Varela para con la Sra. Yanina Marconi, que a pesar de denuncias y separaciones temporarias de la pareja, culminaban en el arrepentimiento y diferentes promesas de este, logrando la reconciliación con



su mujer, para luego no poder cumplir las mismas y reincidir con el mismo comportamiento. Por último, quisiera señalar las intervenciones de las instituciones vinculadas a la problemática de Violencia de Genero, las cuales se evidencia no fueron eficientes en el caso de la Sra. Yanina Marconi, dado que quien es la víctima, hoy se encuentra en el lugar de victimario, siendo que lo ocurrido es consecuencia de una situación de Violencia de Genero y podría haber sido evitado. Por todo lo expuesto cabe señalar que se considera esencial garantizar el derecho a la libertad de la Sra. Yanina Marconi tanto para su bienestar como para el de sus hijos teniendo en cuenta que: En lo que refiere a los hijos de la imputada, esta constituye su único referente con quien poseen un vínculo primordial. Es quien se ha ocupado, y garantiza el bienestar de los mismos tanto desde lo afectivo como en todo lo concerniente a sus cuidados y crianza. En tal sentido, es fundamental para el desarrollo integral de los niños contar con la libertad de su madre permitiendo así continuar cumpliendo con su rol materno. Por otro lado, se considera pertinente señalar que la Sra. Yanina Marconi es el sostén económico del grupo familiar. Que teniendo en cuenta su historia familiar como así también, su relación de pareja con el Sr. Varela Martín, se puede indicar que su vida ha transcurrido en un contexto de vulnerabilidad. En tal sentido, cabe señalar que desde su adolescencia no contó con un entorno familiar que garantizara su bienestar social, económico y emocional. Asimismo se entiende fundamental considerar que en su relación con el Sr. Varela la Sra. Yanina Marconi fue víctima de Violencia de Genero, vivenciando diferentes formas de la misma. Por último, se entiende esencial tener en cuenta la responsabilidad del Estado en lo concerniente a la situación de la Sra. Yanina Marconi, puesto que la misma es un claro ejemplo de la no



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
OIO
OIO

eficiencia de las Políticas de Violencia de Genero en lo referido a su tratamiento y prevención, considerando que con una adecuada intervención lo sucedido se podría haber evitado. Por último, cabe señalar que este informe procura hacer hincapié en la vulneración de derechos de los integrantes del grupo familiar. En tal sentido se procura dar cuenta que lo sucedido es consecuencia de la situación de violencia de genero de la cual era víctima la Sra. Yanina Marconi. Es en este sentido, y teniendo en cuenta el "interés superior del niño" apunta a garantizar en los niños el derecho a crecer con su familia tal como lo prevén la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los tratados internacionales de Derechos Humanos y la Ley 13298 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, considerando que, en este caso particular, es fundamental que la Sra. Yanina Marconi pueda continuar desempeñando su rol materno. Por otro lado, se procura promover se garantice el pleno ejercicio de derechos de la Sra. Yanina Marconi, y o en su defecto, generar las intervenciones ante la vulneración de los mismos. En especial promoviendo el derecho a vivir una vida libre de violencia...".-----

-----La declaración producida como adelanto extraordinario de prueba en cámara Gesell, cuyo CD he tenido oportunidad de visualizar, del menor Emiliano Varela Marconi, que a continuación se transcribe: "...tengo 8 años, vivo en Magallanes 218, vivo con mi mamá y 4 hermanos, Gabriel de 5 años, Santiago, Lautaro y mi hermana Jimena. Mi papá se llama Martín, antes vivía con nosotros. Hace mucho mi mamá lo dejó entrar, y cuando mi mamá estaba haciendo una cosa de trabajo, papá le dijo vamos a tomar mate, y mamá le dijo que no porque tenía que hacer cosas, entonces papá golpeó la mesa y todo ese tipo de cosas, y mamá le dijo qué haces?, y papá agarró a mi mamá y le estuvo pegando. La tiró



contra el piso, mamá agarró la plancha para defenderse, y después papá agarró la plancha y con el cable la estuvo ahorcando, y mamá lo empuja para que no le pegue más y agarró la plancha que del otro lado tenía el vidrio. Después le dije a papá que salga afuera porque estaban los nenes, para que salga y no le pegue más, y después mamá fue corriendo, papá dijo que vayan adentro los nenes, la agarró de las manos y ahí papá se cortó. Se cortó con el vidrio, pero mi mamá no fue, fue mi papá y mi mamá sí nos baña, pero poquito porque nos portamos mal a veces. Pero mamá nos baña, nos da de comer. Si papá se cortó con un vidrio acá (se señala abajo del mentón). No sé de dónde sacó el vidrio porque no vi, yo estaba en el comedor, y mamá en la pieza de ella y mi papá. Yo le dije a Santiago y a Gabriel que salgan, mamá salió corriendo, y papá la agarró de la mano e hizo así (gesticula que se corta bajo el mentón). La casa tiene dos piezas, una cocina, un living y un comedor. Cuando mi papá golpea la mesa estaban en la pieza. Yo también estaba en la pieza de mamá mirando tele y Lautaro también. No me acuerdo porqué empezó la discusión entre mamá y papá. El vidrio lo agarró de la pieza de mamá, porque ya estaba roto porque Lautaro había pegado la pelota contra el vidrio, después Gabriel tiró una zapatilla contra el vidrio, teníamos como tres vidrios rotos. No me acuerdo si mamá agarró el vidrio o papá, porque no sé si papá la tiró contra el vidrio. Esto era en la pieza de mi mamá. Yo estaba ahí y después fui para la cocina, papá no estaba lastimado todavía. (Se le exhibe una foto del ventanal a fs. 259 y lo reconoce como el que tenía el vidrio en la habitación de la madre), si, ese vidrio está en la pieza de mi mamá. Papá vivía con nosotros, después se peleó con mamá y se fue a vivir a otro lado, y después nos iba a visitar a casa, todos los días. Entraba en la casa, le pedía alcohol a mi mamá, y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

se seguían peleado, y mamá no lo dejaba entrar porque siempre le pegaba. Papá salió afuera a buscar a los chicos, y le pedimos auxilio a Lorena, que es una amiga que siempre salimos a jugar a la vereda. Gabriel le dijo a Lorena, pero no sé porque yo no escuché, yo estaba adentro. No había más nadie que mamá, papá y nosotros. Sí, papá a mamá le ha pegado en otras oportunidades, le pegó muchas veces, y mamá estaba toda golpeada. No sé por qué le pegaba. Cuando le estaba pegando Gabriel y Santiago salieron a pedir ayuda a Lorena. Después vino la policía y la ambulancia. Mi mamá paró a una camioneta y la llevó, eso pasó en la noche. Cuando vino la policía mamá nos mandó adentro, ella se quedó hablando con la policía y mi abuelo. No sé cómo andaba mi papá de salud. Mamá trabajaba. Antes limpiaba en una casa. Ahora hacía otra cosa, pero no sé qué. Yo no quiero que mamá vaya presa. Con papá antes jugábamos a las cosquillas, antes me trataba bien, y ahora mal, pero no quiero contar eso. La plancha estaba arriba de un ventilador apoyada, la agarró mi mamá para defenderse porque mi papá no la dejaba salir a mi mamá de la pieza...".-----

-----La declaración producida como adelanto extraordinario de prueba en cámara Gesell, cuyo CD he tenido oportunidad de visualizar, del menor Lautaro Varela Marconi, que a continuación se transcribe: "...vivo en Magallanes 218 con mi mamá y mis hermanos. Mi hermana vive con los abuelos, porque su papá y mi mamá se pelearon. Siempre mi papá molestaba a mi mamá si chateaba. El otro día cuando le cortó acá (a la vez que se señala con una de sus manos la zona de la garganta), no mi papá se pinchó, ella no estaba chateando, porque todos le llamaban mensajes, estaba con el trabajo, entonces mi papá le molestaba diciendo vamos a tomar mate, vamos a tomar mate, y las otras cosas no me acuerdo, y bueno, mi papá me jodió a mi mamá y la levantó y



la tiró contra la pared, después contra el piso, entonces mi mamá lo tiro contra la cama, mi papá la ahorcó en el piso con una bufanda, y después con el cable de la plancha. Y después la empujó contra la pared con el vidrio, mamá sacó un vidrio, lo rompió, iba a salir corriendo viste, porque mi hermano le dijo a mi papá para que mi mamá se fuera corriendo ;;;papá, papá, los chicos están afuera!! entonces mi mamá quería salir corriendo, y entonces mi papá le agarró el brazo, entonces, mi mamá se quería soltar, entonces después se pinchó (al decir esta última frase el menor hace la cabeza hacia adelante, y tiene una de sus manos a la altura de la garganta) mi papá se pinchó, el coso de acá (señalando la zona de la garganta) con el vidrio se pinchó, la punta, mamá tenía el vidrio, porque mi papá no la dejaba, y quería salir corriendo mamá. Entonces mi mamá quería parar camioneta, no pararon, entonces mi mamá paro una, y se la llevó un chico en una camioneta, y después se la llevó al hospital. Ese vidrio estaba roto, un día pateé la pelota y lo rompí sin querer. El vidrio es de la ventana de la pieza de mi mamá, viste que está roto, entonces se lo sacó, no lo vi cuando lo saco, yo vi cómo se pinchó mi papá. Se pinchó porque él le quería agarrar el brazo a mamá. Cuando salieron afuera el Gabriel y Santiago querían llamar a la vecina, viste, la otra vecina, y después vino Emiliano, y dijo a mi papá para que mi mamá se fuera. Yo en ese momento estaba al lado de la puerta, jugando en la computadora, al lado de la puerta de salida, en una mesa que está en el comedor, y yo lo vi porque fui a la pieza, y después cuando Emiliano sacó a mi papá mi fui allá, y después mi papá fue, y mi mamá quería salir corriendo, porque mi papá siempre la trata mal. No sé porque la trata mal, no me acuerdo. Papá en esa época estaba viviendo en una casa que hicieron, no estaba viviendo con nosotros. No vivía con nosotros, porque una vez Emiliano



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISTO
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
CIBO
OSN

se portó mal hace mucho y mi papá le pegó una piña en la espalda, no me acuerdo que le decía, después fuimos al kiosco con mi papá, volvimos, mamá se fue y papá le pegó de nuevo una piña en la espalda. Después, cuando vivíamos en la otra casa, Gabriel se meó, y mi papá lo ahorcó contra la pared (hace el gesto con la mano como que lo alza del cuello y lo mantiene contra la pared fuertemente) y le dice por qué te meas, por qué te meas, y mamá le decía para, para. Mi mamá, algunas veces agarra la cuchilla para defenderse, la otra vez cuando se peleó, mamá le hizo así (hace una seña con su mano descendente), le corto un poco acá (a la vez que indican con su mano la zona de su nariz y frente). Se defendía de que mi papá le pegaba. La otra vez hace muchísimos años, cuando era más chiquitos, vivíamos en una casa, no me acuerdo y se peleó, se peleó, papá agarraba de los pelos a mi mamá, y yo me acuerdo que la llevó contra la pared, así, y después mi mamá lo empujó a mi papá, lo mandó a la calle viste, había un portón donde metían los autos, estaba abierto, papá fue para atrás, mi mamá se quería limpiar la nariz porque le sangraba, entonces entró otra vez y le agarró de los pelos, le pegó. Sí, a lo último estaban separados, y no nos quería visitar, porque quiere que mi mamá y él vuelvan juntos, siempre lloraba, de mentira, mi papá. Cuando venía algunas veces entraba en la casa y algunas veces no, mamá le decía no Martín, no va entrar. (Se le exhibe la fotografía existente en la IPP a fs. 259 de un vidrio) lo rompió mi mamá, y el vidrio lo agarró de acá, sí de donde está el cartón (indica que en la zona de la ventana que se observa el cartón, es el lugar que rompió el menor con la pelota y es de donde sacó el vidrio su madre, en la parte superior, indicando el lugar aproximado con una cruz con birome. El menor refiere luego), y después la rompió un poco, de acá, y después mi mamá le puso una remera, la



envolvió con una remera al vidrio, para no lastimar, la envolvió con una remera rosa, y después quería salir corriendo, y mi papá le agarró del brazo, y mi mamá le hizo así (lleva la mano derecha desde el costado hacia frente de él) y mi papá hizo así (se inclina el menor con la cabeza y el cuello hacia adelante, llevando el cuello hacia donde estaba la mano), no sé de dónde sacó la remera rosa, creo que de al lado de un ropero. Yo estaba al lado de la puerta de la pieza, y fui para el comedor. No, el cartón el día de los hechos no estaba. (También aclara que la rotura que se observa en el vidrio al medio, manifiesta que estaba desde antes, que fue roto por Emiliano). Ese día papá fue a cortar el pasto, atrás en el patio, pero no llevó la máquina de cortar pasto, comimos unas facturas, yo fui con él, y después mi papá estaba en el comedor con nosotros, y después le dijo a mi mamá ¿vamos a tomar unos mates? y después ahí la empujó a mi mamá, la tiró contra la pared. No había ninguna otra persona mayor en la casa. Mi mamá llamó a la ambulancia, no venía, paró cuatro camionetas, pero tenían nenes y se asustaban, y paró una más y se le llevó. Y papá decía ayuda, le decía a mi mamá, me muero, me muero, y mamá le decía no, no te vas a morir. Después vino la policía, pero no me acuerdo. Se la llevó una camioneta color amarilla y atrás estaba despintada. De salud lo veía bien a papá, después se sanó de eso, después tuvo una enfermedad, y después se reunió, le dijo a Jesús llévame llévame, sufrió mucho y después se lo llevó. Yo voy al colegio a la tarde, Emiliano a la tarde, y mis otros dos hermanos a la mañana, Santiago va al jardín, y mis otros dos hermanos va a la misma escuela pero a la mañana. Mi papá no trabajaba, trabajaba mucho mi mamá. Mi mamá con nosotros es buena, estamos bien con ella. Ayer sin querer mi mamá me quería



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

agarrar de los pies y le pegué una patada en el pecho, porque me porté mal, y después me quedé en la cama...".-----

-----Estas declaraciones se complementan con las pericias realizadas por la Licenciada Andrea Cantú de fs. 324/325, 514/517 y 777/778.-----

-----A lo anterior le debemos agregar en el análisis las declaraciones de los restantes testigos traídos por la Defensa:-----

*----- a) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **Sandra Elizabeth Varela** quien manifestó: "...a Marconi la conozco desde que esta con mi hermano yo no vivo en Tandil. Mi hermano tenía sida sí. No recuerdo que edad tenía cuando se contagió. Marconi no recuerdo si ya lo conocía. Tres o cuatro hijos tenían estoy muy nerviosa. Sé que la relación de ellos era muy conflictiva, que se peleaban se arreglaban. Es que yo mucho no sé porque yo no tenía contacto yo los veía cuando venía para acá a la casa de mi mama. Nos veíamos en la casa de mi mama y nosotros somos 8 hermanos y estábamos todos juntos. De esas peleas sé que se peleaban y se arreglaban. Se peleaban los dos. Lo sé porque decían ahí cuando yo volvía si mis hermanas saben más de la situación porque yo no vivo acá. Yo cuando estuve el último viaje lo vi bastante deteriorado. Estaba más flaco de lo normal. Si estaba triste y estuvimos hablando. Se vino a Mar del Plata porque se había separado y estaba en la casa de mi mama, estaba triste porque estaba separado estaba mal extrañaba los chicos. La relación con ella después de la separación no me acuerdo como era, el último viaje que yo vine hable eso anda más. Creo que para semana santa fue. Débil en su aspecto físico sí lo vi. Yo lo quería llevar a Mar del Plata, él si quería porque él estaba mal, yo me lo quería llevar, yo vivo sola.*

VICI
LSO
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIC
SIC
S
JUR
-
TAL
CIB
OS



No quiso porque estaba trabajando acá, y le dije cuando terminara que se fuera para allá. Creo que de albañilería estaba trabajando. Me llamaron por teléfono para avisarme, mi hermana. Vine a Tandil sí. Mis hermanos me contaron que ella lo había cortado. No me acerque a hablar con Marconi. Porque no. Yo vine a ver a mi hermano, no quería problemas. El hecho ocurrió en la casa de ellos, estaban separados. Lo que yo me entere acá es que él había ido a cortar el pasto que ella lo había llamado. Y paso que lo cortó es lo que dicen mis hermanos. Yo no pude hablar con él. Siempre estaba intubado. Por señas tampoco. Con migo no, creo que con una de mis hermanas, con Silvia me parece. Los primeros días el estado físico era similar al de semana santa, después se fue deteriorando. Él la quería a Marconi. Nunca me manifestó intenciones de hacerle mal a Marconi. Creo que si Marconi se contagió de HIV. Creo que si vivió mi hermano en Magallanes, no recuerdo haberlo visitado ahí. Unos meses hacia que estaban separados. Lo visite en otro domicilio pero no recuerdo la calle, ellos siempre alquilaron sí. Cuando me fueron a visitar a Mar del Plata no sé qué paso y se pelearon y se fue, no sé si antes ella y después el. Sé que se pelearon porque se fueron. En mi presencia Marconi lo trataba bien a mi hermano...".-----

----- **b)** La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **Silvia Cristina Varela** quien manifestó: "...soy hermana de la víctima sí. Si soy la que más contacto tenía con Martin. A Marconi hace más de diez años que la conozco, desde que empezó a salir con mi hermano, tengo entendido que mi hermano trabajaba en una obra y ella vivía al lado. Ahí se conocieron. La verdad creo que anduvieron un tiempito nomas y ya después se juntaron en la casa de mi mama. No recuerdo cuanto tiempo estuvieron ahí. Ella tenía la nena de la anterior pareja. Si yo vivía en lo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIC
OIC
S
JUR
-
TAL
CIB
OSN

de mama en esa época. La relación era más o menos porque vivían siempre... bueno ella no se trataba con nosotros, la única que se trataba era yo. Ella no era muy fácil tenía su forma de ser y no se trataba mucho con nosotros. Altanera, que se yo. No se dejaba llevar, altanera sí. Por eso no se relacionaba con mi familia, mi hermano me pedía que yo la tratara. A lo primero bien, después bueno no sé, se peleaban se arreglaban, eran muy muy celosos. Los dos sí. Después se empezaron a llevar mal, se separaban y juntaban, siempre eran celos, por ahí ella se iba, después se fueron a alquilar, vivieron en muchos lugares, en Dinamarca y Duffau; después por Duffau otra casa, en Machado, en Magallanes, en San Martín o Sarmiento... se cambiaban de casa no sé, la verdad no sé porque. Después bueno se separaban y quedaba ella. Cuando se mudaban se mudaban los dos juntos. A Magallanes se mudaron juntos. Si presencié actos de violencia entre ellos, discusiones, se decían de todo. Una vez vuelta estaban separados y estábamos en el lugar donde vivía mi hermano también que trabajaba y hacia los departamentos se apareció y empezó a insultarlo delante de todos, sidoso, me decía que no le diera bolilla que se vaya no quiero que este acá, porque miente te ve a mentir. A veces estaba tranquilo mi hermano y era como que siempre le tenía que ir a decir algo, nunca podía estar bien. Esto de que se presentara en el lugar de trabajo pasaba si empezaba a insultar, él estaba trabajando y como mi hermano no le daba mucha bolilla le decía sidoso no servís para nada. Él me decía que se vaya Rulo, para que venís si necesitas algo para los nenes yo te lo voy a alcanzar. No recuerdo el enojo de ella en ese momento era por ahí que si mi hermano no iba o no llevaba plata se presentaba siempre le buscaba algo, que fuera a cuidar a los nenes, o retirarlos de la escuela. En el último tiempo vivió con mi mama, un par de veces les



quiso dar los nenes así y mamá vivía en un departamento muy chiquito. Esto de que lo llamara para ir a cuidar los chicos si pasaba seguido. O que le alcanzara plata, cuando tenía y podía sí, pero la verdad estaba muy enfermo últimamente. Había tenido una diarrea crónica, estaba débil sí. Estaba cansado, no sé. Más allá de todo estaba triste también, estaba mal. Si caminar normalmente sí, pero esa diarrea era como que lo había tirado un poco bajo. Andaba, caminaba sí, no estaba tan bien pero caminaba. Ese día yo no había estado con él, dos días antes había estado en mi casa. No recuerdo cuanto hacia que estaban separados, poco tiempo. Se había ido a vivir con mama estaba triste, decía que estaba cansado, que quería la familia y los hijos, se fijaba en mi porque yo estuve mucho tiempo separada y salía delante sola, y me decía vos pudiste y yo no puedo, yo quiero mi familia y cada vez la veo más lejos me decía. Que estaba queriendo irse a Mar del Plata con mi hermana porque sufría mucho como que quería cambiar si allá podía salir adelante. Pensaba todo el día en los hijos y querer volver con la mujer y estuvimos hablando que él creía en Dios y eso y él decía yo dejo todo en manos de Dios. Mi hermano la amaba más allá de todo que iban y venían siempre... si se habían pegado ellos se llevaban a los golpes. Una vuelta salimos de la casa de mi mama ahí vivía en Rodríguez también y salimos a hacer unas vueltas dice yo voy hasta casa veo los nenes y vuelvo y cuando quise acordar apareció con un corte en la frente y no me decía nada y le digo decime la verdad porque mama te va a preguntar. Y me dice no, me cortó la frente con una cuchilla, me dieron siete puntos y llamo la vecina. El corte era acá (señala entrecejo), llego vendado y todo. Los dos se pegaban. Él dijo me corto pero no me dijo como fue la pelea nada. El de pegarle a ella también sí. Los dos se pegaban. Yo presencie insultos nomás. Marconi es agresiva. Me ha ido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
 ISU
 DE
 N
 OIO
 VRL
 SINI
 MCV
 N
 OIC
 OIC
 S
 JUR
 -
 TAL
 CIO
 OSO

a golpear a mí. Hace poco se presentó en mi casa con la pareja, porque yo no tengo contacto con mis sobrinos no me los deja ver o les dice cosas que inventa, se apareció en mi casa gritando colgada de la reja y no alcanzo a salir me empezó a pegar piñas, patadas, el hombre también me agarro del brazo, y la vecina llamo a la policía y le decía 'quebrale el brazo' al tipo que me tenía con la mano así y yo lo agarre del pelo para que no me siguiera pegando. Esto paso hace poco, tengo los papeles afuera con la denuncia. Aparecen los nenes afuera de casa que vaya a ayudar, que se estaba pegando con el marido. Si me hicieron un informe médico, me citaron porque tenía lesiones, y no quise ir yo, no quise hacer nada, no inste la acción, no claro, porque la verdad bastante tengo con lo que pasamos. Si me agredió en esa oportunidad la señora Marconi. Si esto fue este año hace poco. Los chicos se han escapado y me han ido a ver ha ido Emiliano y Santiago, aparecieron pidiéndome ayuda que le estaban pegando, que la pareja había tirado una heladera, que tenía mucha fuerza, le digo vamos si quiera a la comisaria y se lo cuentan a la policía, e íbamos saliendo de casa y se aparece ella en la camioneta con el hombre y les grita 'súbanse ya a la camioneta, súbanse' los nenes tenían miedo. Al Juzgado de Familia ahora tengo que llevar, ella solicita una asistente que presencie y me habían dado ahora una fecha para llevar testigos y ver si los puedo ver. Antes de todo esto ella me permitió llevarme a dos de ellos a mi casa, y después cuando se los iba a llevar los nenes querían volver a estar en casa, y le pedimos permiso, y ella no los dejo los llevaba a la rastra y de ahí nunca más. Miguel Zumpano es el amigo de él que hablaba con Martin y le decía que estaba mejor, le decía 'estoy más cerca, tuvimos algo'. Claro estaba contento por un acercamiento. Del hecho me avisa un conocido que no me preocupara que mi hermano estaba



internado pero estaba bien. El conocido es Sergio. Que fuera al hospital. Yo el día anterior ya le había escrito y no me contestaba, ahí llego a casa y voy al hospital y de ahí me mandan al sanatorio porque no había cama. Ahí lo vi pero estaba intubado. Si nos pudimos comunicar. Yo en ningún momento se me cruzo preguntarle quien le había hecho eso ni nada porque se ponía mal, le pregunte al chico de ahí y me dijo que tratara de no hablar porque se ponía nervioso. Si le note lesiones en otra parte del cuerpo. Justo había una señora al lado y me dice hija al estar mucho tiempo acostado se hacen escaras... entonces la señora me dio la cremita y cuando le voy a levantar para pasarle tenia las piernas cortadas acá, cortado los brazos... y la enfermera me dice él entro así. Me acuerdo que le vi la pierna y el brazo y me largue a llorar y lo llame al hombre y me dice no él entro así nosotros primero fuimos al corte del cuello nomas. En el brazo era así nomás. El de acá me pareció que era profundo. Un corte no se de vidrio no sé. La oreja tenia cortada también. Mi otra hermana también lo vio, Yesica Betina Varela. Esto a los pocos días de internarse si sí. Si había que girarlo el cuerpo, estando acostado no se veía, yo no me había fijado pero después cuando le moví el pie si, se veía algo. Cortes en el antebrazo y la parte de atrás, brazo izquierdo y gemelo derecho. Después de eso fui a la casa, a hablarle y preguntarle qué había pasado. Me dieron las cosas y me dijeron que estaba en el sanatorio, y ahí fui, pregunte, y cuando entro al comedor me dicen que se fue a la Comisaría de la Mujer. Entonces agarre y salí. No, no vi sangre ahí. Fui a la Comisaría de la Mujer y estaba haciendo la denuncia que yo había ido que tenía miedo de su vida. No yo después no tome contacto con ella. Los amigos sabían cómo se llevaban en el último tiempo que estuvo con el Leonel Díaz. Vive en Villa Italia. Si tengo el teléfono. El



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MGI
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
OIO
OSN

teléfono de Marconi no recuerdo terminaba en 5077, el de mi hermano con 39 terminaba. Salir en el sentido de que no hice pareja y seguí sola con mis cuatro hijos. No el padre no les aporta alimentos, recién ahora los trata. En su momento me molestaba, estaba ausente como padre. Mi hermano se refería a que yo no hice pareja. Pero ella se separaba y tenía pareja. Eso es lo que no entendía él. No sé porque no lo referí en esa situación, no sé, estaría mal, pero estaba el enfermero que lo vio. Eso es lo que me pareció raro después de que hicieran la autopsia. Estas lesiones. Esto o vi en el hospital, pasaron unos días, porque la señora me dijo se hacen escaras. Llame al enfermero cuando le vi lastimado, habla con el que estaba en ese momento ahí. Me dijo que entro así y que ellos le habían atendido el cuello. No busque explicaciones médicas después. Mi hermano tenía problemas con drogas, consumía marihuana y cocaína. Si lo he visto bajo esos efectos. Hablaba de lo que le pasaba cuando estaba así. Yo la veía a veces marcada a Marconi, le veía los moretones. En la cara sí. El 5 de octubre si fui a la casa porque los nenes habían estado conmigo y el 5 de septiembre era le cumple de mi hija y querían permiso para venir al cumple de mi hija, y dicen tía no está pero esperala y pedile permiso. Y yo digo bueno, espero acá afuera a que llegue, llegó, bajo de la moto, cerro a puerta y empezó a gritarle a los chicos porque me habían atendido por la ventana. Si le dije asesina sidos. La relación con ella no es buena. Los dos consumían drogas, ella también. Si tenían restricciones de acercamiento entre ellos, no sé si Martin las violaba, porque por ahí tenía la restricción y después iba y le pedía que fuera a buscar a los chicos. Era como una tomada de pelo a la policía. El episodio de la cuchilla no sé cómo fue. Primero lo denunciaba y por ahí después se arreglaban las cosas y andaban juntos y se



olvidaban de la restricción. La relación entre ellos no sé, no los veía. Si le aconseje a Martin, que ya estaba, que por más que tuviera los hijos si no iba la relación, pero lo que pasa es que tenía... por ahí estaba todo mal y por ahí le daba un poquito así de ilusión de que iba a estar todo bien e iban a volver... Le decía que era un pobre albañil. Una vuelta estaba ahí trabajando y empezó a mirar unas revistas de casas y decía 'yo que hago con este pobre albañil'. Si se lo decía ahí. Estaban discutiendo afuera. Si los dos gritaban mi hermano vivía ahí y ella apareció en la moto y... si estaba separados, si se le apareció ella en la moto. Yo seguí de largo. Después la vi apareció en mi casa y nada, andaba con un cuchillo serrucho en la cintura decía yo tengo que andar así. Ella lo iba a buscar creo que se bañó en mi casa mi hermano estaba viviendo solo en Ugarte y ella andaba dando vueltas sola en moto. Era como para que yo me pusiera a hablar. Si ese día que fue él estaba trabajando, apareció, se bajó de la moto y cuando salí que yo estaba adentro, estaba insultando. Que le diera plata le decía. No recuerdo textual que le decía, sí que le decía sos un negro de mierda, y él me decía deja Rulo que se vaya viene a llenarte al cabeza. Si ella le reprochaba que él la había contagiado, culpa tuya estoy enferma. En ningún momento la obligo él. Si me llevo un papel de la comisaría, mama lastimo a papa y después se los llevo el abuelo. Estaba en una casa particular en Nigro estaba por la usina. No sé a qué hora se fue de la obra, a la tarde, dice que estuvo comiendo ahí que ella lo llamaba desde temprano. El papa de Yanina se dedica a la construcción. Esta circunstancia de andar con el cuchillo no sé si era porque estaba preocupada o asustada. Le pedía plata y hablarle mal. Me parece que no le tenía miedo porque si tenían que discutir ella encaraba, discutían los dos. Eran lesiones abiertas las que le vi. Yo la verdad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
CIBO
OSN

es que no vi que le hayan hecho curaciones. La enfermera dijo que estaba así. Yo quede confiada que cuando le hicieran la autopsia le iban a ver. Si a los días de estar internado. Si ese día era grande, estaban medio como secando las heridas. Yo la vi profunda. Yo la vi abierta y me pareció raro. Era grande pero estaba medio seca. Yo las vi y las vio mi hermana y estaba el enfermero. E corte de la oreja tampoco. En el hospital fue. Cuando ya lo pasaron. Después de unos días que lo vi. Habrán pasado tres o cuatro días desde que lo internaron, no recuerdo. La herida de la pierna era así, una línea, el brazo también. No era un corte no era una escara. Mi hermana también vio. HIV le diagnosticaron hace 10 años atrás o 12, se había ido a vivir con mi mama y estaba tomando las pastillas queriendo hacer la cosas bien. Después cuando volvió dejo las pastillas, no se alimentaba bien. Gentile lo trataba y la doctora que no recuerdo, que esta acá en el hospital...".-----

----- c) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **Miriam Varela** quien manifestó: "...soy mayor que Martin. No nos visitábamos frecuentemente pero nos veíamos charlábamos nos encontrábamos capaz en algún cumpleaños. Cuando vivían con mis padres cuando lo encontraba a mi hermano hablábamos algo. La relación entre ellos no era muy llevadera, se llevaban bastante mal. Se peleaban. Cuando vivían con mis padres presencie peleas, mi hermano tenía que salir de la pieza, hacerle la leche la nene, hacer de mama y papa. Era como que se lo permitía mi hermano estaba re enamorado de ella. Ella estaba en la pieza encerrada. No se haciendo que. Entre ellos la relación era de celos, los dos se llevaban mal, discutían, no era una relación... había gritos de ambos. Mientras vivieron en casa de mis padres, yo iba de visita no viva ahí. Si ella lo manipulaba, era como que lo compraba, él estaba totalmente



enamorado de ella y ella le decía que hacer. Hace esto o hace lo otro. No, no, yo no estoy diciendo que mi hermano haya sido manso los dos eran bravos, los dos tenían carácter bastante fuerte, no lo estoy justificando para nada. Si ella le decía hace esto hace aquello. Por los chicos surgían discusiones. Yo no presencie maltrato físico, pero si tome conocimiento recuerdo que me han dicho que se han pegado pero yo no vi. Sí que se pegaban los dos. A ella no la he visto lastimada. La última de mi hermano estaba con mi mama viviendo. Yo le conozco varios domicilios machado, Villa Italia, y si por cerca del centro. Siempre juntos. No sé porque se mudaban. No le puedo decir porque no lo sé. Si presencie este incidente en casa de mi mama, en casa de Machado hace años, y después en Sarmiento para el cumpleaños de uno de los nenes que fui con mi mama. Eso fue un ratito ahí no pasó nada. La última vez que lo veo el 13 de abril en la casa de mama en Magallanes en una visita. Estaba bien ahí, ahí no estaba complicado, él tenía su... creo que había estado internado, después estuvo con mi mama, los primero días medio bajón pero después cuando yo lo vi lo note mejor. Si había tenido internaciones por diarrea, si estaba delgado, era delgado de por sí pero estaba delgado por las internaciones. Ahí estuvo un ratito y se fue a un Cyber, si por lo que me había dicho se trataba bien, por lo que se los llevaba de visita. Tome conocimiento del hecho al otro día por mi hermana, fui a verlo. Estaba en terapia sí. Si pude entrar a verlo. Estaba tapado y no me acerqué a ver si tenía otras lastimaduras aparte de la traqueal. No tuve contacto con Marconi después de eso. Porque no. nunca la vi a Marconi con cuchillos. No la veía mucho. No sé si Marconi se contagió HIV. No, no es relevante que tenga que hacerle la leche al hijo, me llamo la atención nomas. Una como mujer se da cuenta el decirle molestarlo al trabajo para que vaya que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

los chicos que los chicos y al final termino mi hermano así es manipular a mi hermano con los chicos. Es meter a los chicos en el medio. Estaba separados. A mi hermano lo veía esporádicamente cuando lo veía en lo de mis hermanas o mi mama, no somos de visitarnos nos encontramos en alguna reunión familiar. Si capaz me lo encontraba en la calle. Eran unos minutos de charlas, nada personal ni de uno ni de otro. Varela estaba enamorado de Marconi. Nunca le oí decir que quisiera lastimarla, medio había bajado los brazos, él estaba cansado de esa relación, se había puesto firme que cada cual por su lado. Si cuando le paso eso estaba trabajando de albañil me parece, no sé con quién. Si me había comentado mi hermana que él se quería ir a Mar del Plata, me lo comento mi hermana con la que se quería ir. Si me parece que si una vez Marconi lo lastimo. Yo n lo vi. Me comento mi hermana, creo que si no se si fue un corte con un cuchillo o algo. Si algo de eso sí. No sé cuánto tiempo antes de esto. No sé si mi hermano trabajo con el padre de Marconi, no recuerdo. No sé si lo del corte Martín lo denunció. Éramos ocho con Martín, siete mujeres y el. Él era el cuarto...".-----

-----d) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **Julia Andrea Méndez** quien manifestó: "...Soy funcionaria oficial del ministerio público desde fin de año pasado, asumí en diciembre de 2015. Me desempeño en defensoría general en un programa especial que se llama Programa de Abordaje de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad. Conozco a Marconi, nos conocimos personalmente en enero/febrero de 2016. En los años previos del ejercicio profesional -yo llevo 20 años de ejercicio profesional-, conocía la situación de Yanina. Sí, podría decir que la situación de Yanina Marconi presenta características propias de la violencia de género. Para



explicar por qué, en realidad yo quisiera primero aclarar que cuando me notifican de la pericia en primer lugar no la conocía personalmente a la señora Marconi, sí conocía su situación de violencia de género que había atravesado por más de diez años por los diferentes espacios donde me yo he desarrollado mi trayectoria laboral, tanto dentro del Municipio de Tandil, el Servicio Local, y en el sistema educativo, nunca me había tocado tener que abordar la problemática y por eso en los pedidos de pericia si bien el punto uno planteaba realizar todo un diagnóstico social actual de la situación de la señora Marconi y sus hijos, me pareció propicio ampliar los puntos de pericia retomando aspectos esenciales que estaban en los registros sobre todo del área de fortalecimiento familiar que aborda desde el 98 en la ciudad de Tandil las situaciones de violencia contra las mujeres. En el expediente no aparecía la atención y el abordaje brindado desde esta área entonces me pareció propicio sumar a los puntos de pericia la entrevista que mantuve con la Lic. María Slasch coordinadora del Área de Fortalecimiento desde su creación, quien me facilitó el legajo personal que está archivado dentro del área de fortalecimiento que depende de la Secretaría de Desarrollo Social, en donde por los criterios de abordaje profesional de esta área, su legajo está escrito de puño y letra por eso no lo anexamos, pero mi colega me facilitó la posibilidad de leerlo en conjunto y ahí consta una primera intervención del área de fortalecimiento en el año 2003, en un momento donde se muda Desarrollo Social desde la calle Chacabuco hasta donde está actualmente y el área específica de fortalecimiento familiar provisoriamente queda dentro de la dependencia de salud del hospital Santamarina. Estando un día de atención dentro del Hospital hay una atención de urgencia en el área del servicio de ginecología, en donde



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
IST
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
CIB
OS

avisa personal del hospital que había una persona de nombre Martín Varela -esto todo en el registro, escrito- que presenta un episodio de violencia contras su actual pareja que era una joven menor de edad de 17 u 18 años, con un embarazo avanzado, que estaban a la espera de hacerse una ecografía y empieza a golpearla violentamente, siendo que los médicos y enfermeros no los podían separar. A raíz de eso, desde el área de fortalecimiento se acercan a hablar con la señora Marconi, ahí también está el registro, hacen una primera intervención, abren un nuevo legajo en esta área y dejan asentado en la historia clínica el hecho ocurrido. Por las características del abordaje de este área en donde es a propia voluntad de las personas el acercarse, no realizan un seguimiento salvo que la persona se acerque, no tienen contacto hasta el 2005 donde voluntariamente se presenta no ya dentro del hospital sino ya funcionando dentro de la actual Secretaría de Desarrollo Social, se presenta la señora Marconi para solicitar acompañamiento y abordaje correspondiente del área. En esa primera entrevista que, me explicó la licenciada Slasch que es una entrevista donde se trabaja básicamente toda la historia familiar de la señora Marconi, ella hace referencia a episodios de gravísima violencia física donde se habían utilizado caños, mangueras y cadenas, esto siempre en el transcurso de los dos primeros embarazos que había tenido en relación con el señor Varela. Ella explicaba en esa entrevista que tenía otra hija, que esto constaba también en los antecedentes penales de Varela, porque había un Expte. en el ex Juzgado de Menores, que luego logro constatar que esto era así, que se abre ese expediente a fines del año 2002 / 2003, a raíz de un episodio de violencia de Varela contra la ex pareja de Marconi, de apellido Puglia me parece, al que agrede físicamente y en donde estábamos con la antigua ley 10.067,



la señora Marconi era menor de edad en ese momento hasta los 21 años y el ex Juzgado de Menores resuelve la tenencia provisoria y luego definitiva con los abuelos paternos de una niña que tenía meses de vida. Pero el expediente se abre a raíz del episodio de violencia. En esa entrevista con el área de fortalecimiento aparece este antecedente, la señora Marconi habla de otros antecedentes penales de Varela con episodios de violencia con las fuerzas de seguridad y con vecinos. El abordaje desde el área de fortalecimiento consta en el legajo es de dos años y medio aproximadamente, donde da cuenta de la violencia y los momentos cíclicos de la relación; hay momentos que regresa la convivencia con Varela, el fallecimientos de familiares de del señor Varela que complica aún más la situación porque permanentemente hace pedidos recurrentes de volver a la convivencia con sus hijos y esa necesidad que él sostenía que tenía de convivir con la señora Marconi, hay referencia también del posicionamiento de la iglesia a la que ellos pertenecían donde se insistía mucho en la importancia de la unión familiar y la convivencia cuando hay niños en común, y que los episodios comienzan a ser recurrentes en los momentos de los embarazos, eso queda claro en todo el registro del área de Fortalecimiento: las situaciones cómo se van agravando durante el transcurso de los embarazos de la señora Marconi. Donde en uno de esos embarazos hay una indicación médica de hacer reposo y tener una vida tranquila y un peligro de provocarse el parto; según consta en el legajo el señor Varela parecía que no lo entendía, la señora Marconi era jefa de hogar, con lo cual significaba que era la que sostenía la economía familiar, y continuaba desarrollándose laboralmente para garantizar la subsistencia de sus hijos. Otro aspecto importante el rol que cumplía la familia se la señora Marconi, durante todo el abordaje que realiza el área



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

cumple un rol importante, siempre dentro de las estrategias que van planteando y se van acordando en el área junto con la señora, tiene que ver con un rol protagónico de los papas y los hermanos de la señora Marconi, como red de apoyo en los momentos más críticos de la relación. También en un momento ya con el cambio legislativo desde el área de fortalecimiento se hacen intervenciones directamente con la Lic. Arregui en ese momento del Centro de Atención a la Víctima donde figura que se solicita la intervención, se mantiene una entrevista en sede de fiscalía, y el señor Varela ve que su pareja sale de la fiscalía, hace consultas a ver en qué área había estado específicamente y hay un nuevo episodio esa misma tarde de violencia física contra Marconi por haber ella insistido en querer radicar denuncia. En todo el legajo se constatan por lo menos, más de diez instituciones donde también desde el área de fortalecimiento se realizan contactos desde el área educativa, de infancia, luego servicio local, porque toda esta situación vino acompañada con diferentes cambios legislativos, apertura de nuevas instancias, en ese sentido siempre desde el área de fortalecimiento se la ha orientado y efectivamente la señora Marconi había realizado las consultas. La última intervención que figura es en el 2008 donde la señora Marconi le escribe una carta al intendente municipal solicitando se la acompañe en la obtención de un terreno, explicando la situación familiar que estaba atravesando y desde la Secretaría Privada del municipio solicitan al área de Fortalecimiento Familiar y a la Subsecretaría de Desarrollo Social que se comience a dar respuesta, un poco tomando dimensión de la gravedad de la situación. La situación de la señora Marconi fue una situación muy presentada por el área de fortalecimiento en ateneos y en diferentes instancias siempre por supuesto con todos los



resguardos profesionales necesarios pero era una situación que preocupó durante muchísimos años dentro de la secretaria, a mí me tocó en el año 2007/2008 ser miembro del equipo de la Dirección de Desarrollo Social donde supervisábamos dicha área y era una de las situaciones más relevantes que señalaban las tres profesionales que trabajaban en el área como la situación más crítica que tenían, por la edad, por la cantidad de niños, por todo el entramado de violencia durante más de, en ese momento más de 6 o 7 años que llevaba la relación de pareja, donde también estaba el riesgo de salud de cada uno de los integrantes. Otro de los aspectos que me pareció importante destacar en la pericia tenía que ver con el rol que había realizado el sistema educativo en la trayectoria educativa de los niños, donde también eran efectores dentro del sistema de Promoción y Protección de Derechos, que daban cuenta de la situación de violencia que era víctima la señora Marconi e indirectamente sus hijos; sí aparece dentro de todos los informes del sistema educativo tanto de las escuelas primarias como de la escuela especial donde acude uno de los niños bajo un proyecto de integración, todos dan cuenta de haber estado en conocimiento de la situación de violencia de género, los relatos de los niños en todo momento en los informe escritos a los que pude acceder hablan de violencia de Varela hacia la mama y hacia ellos y que dieron nuevas intervenciones ya no al ex Tribunal de Menores y sí al Servicio Local, donde se abren nuevos legajos, donde se aborda esta situación junto con el sistema educativo y el área de salud, ahí pude constatar en las diferentes historias clínicas de los cuatro niños que la señora Marconi garantizó durante el período de embarazo, el nacimiento, y amamantamiento de los niños todas las medidas necesarias para no contagiar a sus hijos de HIV, hay en algunos de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
 ISOF
 DE
 N
 OIO
 VRL
 SINI
 MCV
 N
 OIO
 OIC
 OIC
 S
 JURI
 -
 TAVI
 OIC
 OIC
 OSO

niños tres análisis de control, en otros cuatro, unos hechos en Tandil y otros según nos informaron en servicio de infectología que informo al servicio social del hospital de niños, que es con quien tuve la entrevista y donde se realizó la historia clínica, algunos a raíz de diferentes inconvenientes no figuran, están en el registro de infectología, no figuran en la historia clínica, pero se realizaron en convenio con el Hospital Garrahan. Esos fueron los aspectos más importantes. Otra cuestión que yo introduje en la pericia que realicé desde el sistema educativo posterior al fallecimiento del señor Varela, piden los equipos de orientación escolar de las diferentes escuelas a la inspectora de la modalidad, máximo representante del sistema educativo, que se realice una nueva intervención con el equipo especializado, que se llama COF dentro del sistema educativo, que es Centro de Orientación Familiar que es un equipo interdisciplinario dependiente de la Dirección General de Escuelas, que realiza una revisión de toda la situación familiar y presentan un informe al Servicio Local. Me pareció importante porque las profesionales que realizan ese informe y que hablan de toda la trayectoria familiar con la mirada dentro del sistema educativo, dan que hay interrupciones en la escolarización de los niños, que dan cuenta de las graves situaciones de violencia y las permanentes situaciones de mudanza del grupo familiar. Nosotros pudimos constatar alrededor de siete domicilios diferentes que en el plazo de 8 años tuvieron que realizar la señora Marconi con sus hijos, con el impacto subjetivo que esto tiene en los niños, y en todo el grupo familiar, el cambio permanente de domicilios. Cuando realizo la pericia lo converso con la señora Marconi a fin de que me pudiera contar por qué se daban estos cambios y que eran a raíz de episodios de violencia y de intentos de separaciones, pero



un aspecto que yo destaco en la entrevista tuvo que ver con que ella relata que en los periodos en que ella buscaba diferentes casas, muchas veces no se fijaba en las comodidades o condiciones materiales del interior de esa vivienda, sino las condiciones de seguridad externas, debía priorizar la seguridad externa porque sabía que una de las permanentes intentos en las separaciones era irrumpir en horarios nocturnos rompiendo puertas, intentando ingresar violentamente en las casas, entonces era un aspecto que lo trabajaba junto con el área de fortalecimiento que era quien acompaña durante muchos años el pago de los alquileres, en conjunto con la familia Marconi que también ha acompañado el tema de acceso a la vivienda. El aspecto, el relato que realiza la señora Marconi en la pericia con respecto a esta cuestión, de cuáles eran las características de las viviendas que ella tenía que ir alquilando, en detrimento que a veces no cumplía con los requisitos necesarios para garantizar una mejor habitabilidad para sus hijos, bueno fue uno de los aspectos sumado con otras de las cuestiones que tiene que ver con la violencia sexual, los momentos en que debió atravesar durante los embarazos. Esos fueron los dos puntos que mayor consideración realizo en las entrevistas que tuvimos. La situación de la señora Marconi es una situación que se ha conversado mucho en el interior de los encuentros que realizamos los trabajadores sociales, yo soy hace seis años presidenta del Colegio de Trabajadores Sociales del Distrito, es uno de los casos específicos que siempre desde la ciudad de Tandil se ha presentado en los debates a la hora de pensar las modificaciones de la política pública, de todos los cambios legislativos y las instancias que por suerte hemos avanzado como sociedad en los últimos años, pero esta necesidad de tener el correlato de las instancias, de cómo el armado profesional de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
 ISOF
 DE
 N
 OIO
 VRL
 SINI
 MGV
 N
 OIO
 OIOS
 JUR
 TAL
 FID
 OSO

recursos, de debatir los abordajes, todo a construir cuando se producen estos cambios legislativos, y siempre desde esta cuestión evaluado por las diferentes profesionales tanto de trabajo social como de psicología, en los espacios profesionales del sistema educativo, evaluando esta cuestión de la violencia de género y destacando por lo menos en la intervención desde el área de fortalecimiento familiar, esto lo deja muy claro la Lic. Slasch, descartando la posibilidad de violencia cruzada, porque dentro del área de fortalecimiento ellos no abordan situaciones de violencia cruzada en la pareja. Durante los años en donde la señora Marconi fue atendida por los diferentes efectores del sistema público del municipio de Tandil se descartó la posibilidad de existencia de violencia cruzada. En relación a si hubo un cambio de paradigma a lo largo de este tiempo, hay una gran discusión con respecto a esta cuestión, desde la Secretaría de Desarrollo Social el dispositivo continúa siendo el mismo que desde el área de fortalecimiento, es una dispositivo que con un perfil de abordaje que quizás hoy, luego de 15 años o 20 años casi de su creación muchos profesionales se ha planteado al ejecutivo municipal de repensar si es el abordaje, no adecuado, sino si no es necesario ampliar, inclusive para realizar un abordaje interdisciplinario, y no únicamente abordado desde el área de trabajo social, tanto la nueva legislación de violencia de género establece la obligación del estado de creación de nuevos programas que atiendan y den respuesta a la complejidad de situaciones de violencia. Por eso sostengo, creo que hacen un excelente trabajo desde el área de fortalecimiento pero es necesario repensar si es el único abordaje que como sociedad y como comunidad en nuestra ciudad debemos tener. Con respecto al Sistema de Protección y Promoción de los Derechos del Niño que son los dos cambios



legislativos, que son las dos instancias que intervención en estos diez años donde ocurrieron las situaciones de violencia de género con este grupo familiar, sí uno puede evidenciar dentro del Servicio Local que son los efectores que han realizado el acompañamiento y las intervenciones dentro de los últimos seis años, ha habido una modificación, han adecuado las prácticas y el abordaje que han realizado desde el Servicio Local a los fines de repensar y acompañar las medidas de protección que han tenido que adoptar con este grupo familiar que han sido medidas de protección simples, nunca se llegó a evaluar tomar una medida de protección excepcional que es una medida de abrigo, pensando que es necesario que los niños convivan con algún otro referente familiar o en alguna institución; esto siempre fue descartado. Sí se han modificado los abordajes en relación al análisis que iban realizando los profesionales, ahí sí desde un equipo interdisciplinario, ahí en el legajo del Servicio Local figuran intervenciones desde el área de psicología, trabajo social y de derecho dentro del Servicio Local y que han repensado y modificado las intervenciones que han realizado, en relación con la señora Marconi como de sus cuatro hijos. El expediente que estaba vigente hasta el 28 de junio de este año, hasta hace unos días, un expediente judicial en el Juzgado de Familia N° 1 de Tandil, las actuaciones no se dan en sede del juzgado sino que las actuaciones que figuran en el expediente son en sede del Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos. En una primera instancia luego del fallecimiento de Varela que se inicia este expediente sobre protección de personas, de los cuatro niños, el Servicio Local informa al Juzgado de Familia que se piensan diferentes medidas de protección simple que tienen que ver con el abordaje de acompañamiento con diferentes tratamientos tanto en la señora Marconi como



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OSI

de los niños a través de efectos públicos de salud, esto es centros de salud y centro de salud mental. Ahí aparecen informes de los diferentes efectores donde hay ciertas dificultades para hacer el abordaje planteado por el Servicio Local por lo cual hace un año y medio aproximadamente hacen la propuesta de incorporación de los niños a un programa especial que funciona en la ciudad de Tandil, perteneciente a una fundación, que es el programa Unicornio, es un programa especial de atención a niños con dificultades en su adaptación y es un dispositivo que está acompañado del gobierno de la Pcia. de Buenos Aires a través de becas con supervisión del equipo del Servicio Zonal y que es un dispositivo de abordaje terapéutico a través de diferentes actividades artísticas, talleres de expresión artística, en donde los niños semanalmente trabajan aspectos terapéuticos; está dirigido por psicólogos pero en conjunto con otros profesionales, de teatro, de educación artística. Se incorporan, ante esta dificultad, con los efectores de la salud pública del municipio, se hace esta nueva propuesta desde el Servicio Local, se incorporan en primera instancia a dos de los niños menores a este programa y se garantiza el dispositivo terapéutico privado, garantizado, pago por el Servicio Local, con una licenciada en el espacio particular. En el programa Unicornio lo que evalúan y es un requisito del programa aparte de la asistencia de estos niños, es obligación para dar continuidad a este dispositivo, que los papas de estos nenes asistan a espacios grupales, terapéuticos donde se suma y es la señora Marconi quien garantiza y tiene una concurrencia perfecta en todos los espacios y donde también se comienza a trabajar, esto figura en uno de los informes, la necesidad de un espacio terapéutico individual sumado al espacio grupal de padres. Efectivamente comienza la señora Marconi también con su



espacio terapéutico, con lo cual en parte de 2015 y 2016 los cinco integrantes del grupo familiar -los cuatro niños y la señora Marconi- a solicitud y como medida de protección de derechos del Servicio Local concurren a los tratamientos, sumado con acciones que se acuerdan con el sistema educativo, en la escuela N° 5 tres de los niños y con un cambio de nivel porque comenzó el secundario del mayor de los niños. Se hace una nueva evaluación a finales de mayo, principios de junio, pide una evaluación el Servicio Local informes a los establecimientos educativos, mantiene entrevistas, consta en el legajo, entrevistas de la Lic. Mariana Pedersen, que es la profesional a cargo de la situación familiar dentro del Servicio Local. Desde todo el sistema educativo y espacios terapéuticos se plantean los avances significativos en los niños y dentro de los espacios terapéuticos con lo cual hacen una presentación en el expediente del Juzgado de Familia y por eso desde el Juzgado de Familia se cesa la intervención sin perjuicio que debe continuar el Servicio Local las actuaciones correspondientes. Esto es lo que finaliza en el mes de junio. Ninguno de los establecimientos educativos plantea dificultades. En los informes hablan puntualmente que los abordajes que han tenido que hacer, en especial los equipos de orientación escolar con los niños, tuvieron que ver con situaciones comunes de cualquier niño dentro de estas escuelas, que no ha habido nada relevante desde fines de 2015 y el primer semestre de 2016. Con respecto al tratamiento de los dos niños mayores está interrumpido desde hace un mes pero a sugerencia y en acuerdo de los profesionales en conjunto con la mamá, porque se consideraba que era necesario esta cuestión, bueno, es una evaluación profesionales que realizan quienes están a cargo de estos tratamientos, sí la señora Marconi y los dos niños más



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
SIC
S
JUR
-
TAL
FIC
OSN

pequeños continúan tanto en el programa Unicornio como en el tratamiento individual. El cese de la intervención del Juzgado de Familia obedece a la evolución favorable del tratamiento grupal e individual. Esto se ha visto reflejado en los informes del expediente del Servicio Local y del Juzgado de Familia. Perduró durante todo el tratamiento la inexistencia de violencias cruzadas, en la entrevista mantenida en el área de fortalecimiento, es uno de los aspectos esenciales que plantea mi colega cuando realizo la pericia. Todo lo plasmado en el legajo del área de Fortalecimiento Familiar son claramente aspectos que encuadran dentro de la situación de violencia de género. Las secuelas que pueden aparecer en la mujer o eventualmente en los hijos en una circunstancia de violencia doméstica o de género, uno de los aspectos más importantes es el bajo nivel de autoestima que comienzan a tener las víctimas de violencia, su aislamiento, el aislamiento social, con respecto a sus familias de origen y a las relaciones sociales, sumado a eso en este caso particular el rol que a mi entender ha tenido la iglesia en la que ellos participaban que culturalmente consideraban la necesidad de priorizar la unión familiar ante la protección de las personas ante una situación de violencia de género; el aislamiento a mí me parece un aspecto esencial que me parece importante destacar y posterior al fallecimiento del señor Varela hay un momento que figura tanto en los legajos como también lo constato dentro del relato de la señora Marconi que tiende a esta necesidad de no tener contacto con el exterior, de no poder hacer sus tareas laborales, sumado a una situación de crisis de los niños que se evidencia claramente dentro del sistema educativo y que habla de esta necesidad de poder poner en palabras esta situación de la gravedad y la magnitud que habían tenido los episodios de



violencia. Sí se encuentra reflejado en los informes la voluntad de la señora Marconi de generar cambios en la situación de violencia; en los intentos de separación y cambios de domicilio y toda esta situación que figuran tan claramente en el legajo en el área de fortalecimiento y la carta al intendente explicándole la gravedad de su situación y la necesidad de contar con un espacio de protección propios que no le generara estos cambios permanentes de viviendas, esos son claros ejemplos. Sumado en el legajo que figura en el área de infancia, que también está archivado, y que era un área que contaba el Municipio de Tandil antes de la modificación de la ley de Promoción y Protección de Derechos, también la señora Marconi da cuenta de la situación de violencia en la que vive y sus intentos de poder modificar esta situación solicitando el acompañamiento de los diferentes sectores, que en el año 2005 cantábamos en la ciudad de Tandil: área de infancia, Comisaría de la Mujer, Fortalecimiento Familiar, dentro de los centros de salud, en todos los lugares figura que la señora Marconi hace mención de la situación de violencia que estaba atravesando. Además de la fuente directa dada por la entrevista a la persona involucrada, tuve acceso a otras fuentes. De las fuentes escritas se pidió del sistema informático de Desarrollo Social toda la nómina de los apoyos económicos que ha recibido a lo largo de los diez años desde el momento en que se inicia la intervención desde el área de Fortalecimiento Familiar, que es la primera vez que hay registro de asistencia económica de la Secretaría de Desarrollo Social, que eso continúa hasta a la actualidad. Luego legajo del área de infancia, que funciono dentro del municipio y de la Secretaría de Desarrollo Social hasta mediados del 2007 cuando se inaugura y firma convenio el municipio con la provincia y se adhiere a la ley 12398 de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
JUR
-
TAL
CIB
OS

Promoción y Protección de Derechos, ahí figura esta situación en el legajo del área de infancia, figura en los legajos de los niños en cada uno de los establecimientos educativos y en los expedientes judiciales del Tribunal de Menores y del Juzgado de Familia. Esas son las fuentes escritas. Y las historias clínicas de los cuatro niños que están en el hospital público de Tandil. De éstos últimos pude corroborar que la señora Marconi hizo estudios de HIV a los hijos y que les brindó tratamiento para evitar que adquirieran la enfermedad, de eso dio cuenta el servicio de infectología, figura en forma escrita de que se deriva al Garrahan la realización de estos análisis y como no estaba el resultado dentro de la historia clínica consultamos con el servicio de infectología y en los registros de ellos, que no los vi pero dieron cuenta los profesionales de la existencia de esos análisis. Las historias clínicas sí me las facilitaron, hay historias clínicas en formato papel y luego hicimos la revisión porque actualmente ya es sistema informático. Los primeros análisis de los niños más grandes figuran en las historias clínicas en formato papel, no en la historia clínica digitalizada. [Fs. 423/v. informe social de Juliana Cimino, condiciones de vulnerabilidad en la adolescencia de Romina Marconi]. Hay una situación concreta en la historia de vida de la señora con respecto a una crisis familiar que atraviesa su grupo familiar de origen en su adolescencia, esta irrupción en la vida familiar con la separación de sus papas dan cuenta de una situación de elevada vulnerabilidad en la que queda expuesta la señora Marconi sumado a un embarazo adolescente con la imposibilidad a raíz del episodio del señor Varela de crianza de su hija, eso obviamente tiene un impacto en la subjetividad de cualquier sujeto, que esos son elementos a considerar ante una situación posterior de violencia de



género. A preguntas de la Fiscalía: Trabajo en la Defensa sí; dentro del Ministerio Público, en el programa que hoy nombré, dependiente de la Defensoría Oficial, no es dependiente de la Asesoría. En el domicilio de Magallanes 218, de la documentación que he podido ver el contrato está a nombre de la señora Marconi. No me consta que a Magallanes fueran juntos con Varela, me consta que el alquiler lo realiza la señora Marconi en el contexto de 4 o 5 meses anteriores al último episodio. [El contrato de alquiler es de enero de 2012]. No me consta cuándo se separaron. Estamos hablando de una situación cíclica. No tengo conocimiento si Varela vivió en ese domicilio, vivía la señora Marconi con sus cuatro hijos. No me consta si desde enero de 2012 en adelante Varela vivió en ese domicilio. Tampoco consta en ninguna de las fuentes escritas. Revisamos mucha documentación dentro del sistema educativo y los chicos acudían a la escuela cercana a ese domicilio..., estoy intentando recordar así le puedo dar la respuesta. (Se le lee 901, en relación al momento y forma en que se enteró que Varela tenía HIV -que se lo habría comentado a Marconi su mamá-). No recuerdo si Marconi comentó cuándo se enteró que su pareja Varela tenía HIV. Lo que acaba de leer [que se habría enterado que tenía HIV en el último período de su tercer embarazo, habiendo tomado las medidas necesarias para no transmitírselo a su hijo] inclusive está en el legajo de fortalecimiento está en el abordaje de las profesionales es uno de los puntos que insisten en las entrevistas la necesidad reconfirmar si la señora Marconi tenía HIV. Corroboro con la historia del área de Fortalecimiento familiar. Yo reviso la historia clínica de los cuatro niños de la señora Marconi, porque uno de los puntos de pericia tenía que ver con dar constancia si los niños sufrían de alguna enfermedad crónica. No revisé la historia clínica de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
OIC
OIC
S
JUR
-
TAL
CIB
OSN

la señora Marconi. [En referencia a la contradicción que refiere el Fiscal del momento en que Marconi se enteró que Varela tenía sida, en 2003 o en 2006] Según como uno pueda observar esta cuestión, porque una de las cuestiones es saber si la pareja de uno, primero estamos hablando de que en el momento de inicio del noviazgo la señora Marconi era menor de edad con una diferencia importante de edad con el señor Varela, por lo que pudimos constatar, el señor Varela ya había sido diagnosticado con HIV. Ahí es cierto, sí, podemos hablar de una cierta... en el embarazo donde confirman, eso es lo que figura en fortalecimiento, la confirmación del análisis no es inmediata la confirmación del análisis, no sólo del análisis en sí, sino de la manifestación de la enfermedad en la persona. En el 2003 transcurre el embarazo del primero de sus hijos. En el transcurso del embarazo del mayor de los hijos de la familia Varela seguramente que por protocolo se han tenido que realizar. Ella se entera por dichos de su madre, eso me relata la señora Marconi en la entrevista. En el contexto de la medida de la atención del servicio local hay un pedido de evaluación y acompañamiento que hoy hice referencia a salud mental y al centro de atención de Villa Italia. Hice referencia que en el abordaje desde Servicio Local se solicita a la señora Marconi entrevistas psicológicas en salud mental y en los centros de atención primaria, creo que es de metalúrgicos y Villa Italia, los dos centros de salud. [Respecto del informe de 9/12/2013, firmado por los directores del Centro de Salud Mental] Sí, me consta. Leí las conclusiones. [El Fiscal lee algunas de las conclusiones del informe: falla de realidad, descuido, negación a la realidad, agresión física y verbal, pensamiento místico, etc.] No, no lo dije porque no me consta. Sí, sé que están en el expediente, y lo leí y lo recuerdo y fue uno de los



puntos en la entrevista con la Lic. Pedersen del Servicio Local lo conversamos. Dentro del sistema de Promoción Y Protección De Derechos una de las funcione que tienen es redefinir las estrategias de abordaje ante ese informe, de ese y de otros puntos que el equipo interdisciplinario del Servicio Local realizan, es que se define pedir una nueva intervención y ahí se recurre al programa especializado para atención de los niños, Unicornio que hoy explique, dentro de las medidas de protección que adopta el Servicio Local. Justamente ese cambio en el abordaje de los tratamientos tuvo que ver concretamente con esos informes y con esa evaluación que se realiza. Dentro del programa Unicornio evalúan otras cuestiones que fue uno de los puntos esenciales que dio cese a esa causa judicial. Por supuesto que era uno de los aspectos que nos preocupó. Hay una evaluación de perito psicológico del Juzgado de Familia. No esta mencionado en el informe porque no accedí. Sí está en el expediente. No recuerdo las conclusiones del cuerpo técnico en este momento para decirlas textualmente. En el momento en que realizo la pericia en el mes de febrero los niños estaban en tratamiento y estaba siendo garantizado ese tratamiento luego de la situación post traumática que habían transcurrido ese grupo familiar. Recuerdo que en ese expediente hay una evaluación, de la perito... a ver, no me pareció significativo, me pareció mucho más... no, quiero decir el concepto claramente, cuando mantengo la entrevista con el Servicio Local en febrero de este año conversamos sobre esta evaluación, lo converso puntualmente con el Servicio Local porque es quien ha intervenido y es quien ha diseñado todas las estrategias de abordaje con este grupo familiar y es en el marco de la ley 13.298 quienes actualmente están interviniendo. Luego la figura del asesor como de la justicia de familia tuvo que ver más con la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
JURI
-
TAL
CIC
OSN

legalidad de estas medidas y el acompañamiento, no hay intervenciones concretas ni hay pedidos de ampliación de ampliar las intervenciones desde ninguno de los otros ámbitos. Cuando revisamos la situación de intervención, y que inclusive ha habido cambios de los profesionales al interior del servicio local, es uno de los puntos donde marca la profesional que se evalúa la necesidad de concurrir a un programa especializado como es Unicornio, donde tiene inclusive todo el acompañamiento y la supervisión del Servicio Zonal, que es otro de los efectores que contempla la ley. Esto es uno de los puntos esenciales que marca la ley a la hora de determinar las funciones y objetivos que tienen los servicios locales de promoción. No es que no le di importancia. Por supuesto tengo obligación de ser imparcial. Evalué otros aspectos como más importantes, no estoy diciendo que no lo evalué como importante, esa es una apreciación personal de usted. No lo consigné porque consideré a la hora de elaborar el informe pericial los aspectos importantes que están realizando el abordaje correspondiente a proteger los derechos de los niños y de este grupo familiar y que son diseñados por el sistema de promoción y protección del niño. Sí me acuerdo que está el informe, ahora el contenido o el diagnóstico puntual no lo recuerdo en este momento, que es de la psicóloga. Recuerdo que está, el contenido no claramente en este momento. Sí recuerdo que lo tuve en consideración a la hora de hacer la pericia, no recuerdo el contenido, no es parte de mi profesión y no quiero cometer un error. La entrevista con la señora Marconi tuvo que ver en primera instancia con los puntos de pericia. Referían a la situación actual de los niños y la Sra. Marconi. Previo a la entrevista con ella realizo las consultas y entrevistas con los otros espacios. Yo no, en la entrevista no focalice en la relación puntual



porque eso era parte de la investigación que ya se había realizado, los puntos de entrevista tenían que ver con su actual situación. No le podría dar esa respuesta porque no es mi área, en la entrevista puedo destacar la predisposición, su hubo momentos en la entrevista en donde la Sra. Marconi planteo cuando nombro cuestiones que figuraban en el legajo, especialmente de los episodios de golpes con martillos y mangueras hubo un quiebre en la entrevista y ella refiere no recordarlos y hubo un momento de angustia importante, intente no provocar situaciones que no iba a poder abordar por mi profesión si fue marcada su predisposición a conversa una persona tranquila que pudo detallar la situación de cada uno de sus hijos, y de todo el contexto familiar y social de todas las instituciones que trabajaban habitualmente. Hubo momentos de la entrevista donde hubo que hacer referencia a esos episodios y al vínculo pero hablo de sumisión porque aparece en la evaluación de los profesionales en los legajos, donde obviamente hay apreciaciones profesionales. Relación de sumisión con Varela si hay a mi criterio... Una de las causas correccionales finalizó con prisión... Se determinó la prisión domiciliaria debía permanecer durante la noche en comisaría el sr. Varela, eso es lo que recuerdo. En el legajo de fortalecimiento familiar figura al menos que ellos acompañan a la Sra. Varela en el momento que el Sr. Varela debía permanecer en comisaría y durante el día las permanentes situaciones de persecución que sufría Marconi en ese contexto. Figuran varias entrevistas en ese periodo de la historia familiar. Si se lo que significa la disponibilidad de la acción penal...".-----

----- También tengo en cuenta las declaraciones



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

incorporadas por su lectura al debate a instancias de la Defensa:-----

----- **e)** La declaración testimonial de **Ana María Varela** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 293/293vta. en cuanto expresa: *"...que la deponente resulta ser hermana de la victima de autos, que respecto a los hechos que se investigan desea manifestar que su Hermano Martin era muy compinche con su hermana Silvia, ya que le contaba todo sobre su vida. Que es así que la dicente tomo conocimiento por parte de su hermana Silvia que Martin le había contado que Yanina lo llamaba continuamente para que fuera a la casa y cuando este iba ella lo echaba. Que siempre tuvieron una relación conflictiva la cual se agravo con la separación de ambos. Que su hermano desde unos meses a la fecha vivía con su madre en calle Arana 1685, es decir desde que se separaron con Yanina. Preguntado por los médicos que atendían a su hermano, refiere que se atendía en el Hospital con el Dr. Gentile y la Dra. Hernández de Infectología, preguntada si cumplía con el tratamiento indicado por los médicos, dice que "pienso que si..."*-----

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIC
OIC
S
IUR
-
TAL
VICI
OIO
OSN

----- **f)** La declaración testimonial **Sara Isabel Lechuga** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 548/549 en cuanto expresa: *"...que la deponente es docente integradora de Lautaro Varela desde el año 2007, cuando Lautaro concurría al Jardín de Infantes 903. Luego de terminado el Jardín de Infantes, la deponente retoma su trabajo con Lautaro cuando él cursaba el segundo año en la escuela Nro. 21. Refiere que Lautaro es un niño muy cariñoso, pero desde el principio tanto la deponente como sus pares del Jardín de infantes, podían notar que tenía actitudes un poco violentas hacia sus compañeros, sin llegar a ser cuestiones graves. Tanto la*



deponente como otros docentes, interpretaron estos actos como consecuencia de la violencia que Lautaro vivía en su hogar. Sin embargo, Lautaro es un niño muy bueno y querido por sus docentes y con un poco de contención, enseguida podían calmarlo. Sabe por relatos que espontáneamente realizaba Lautaro, ya desde la sala de cinco del Jardín, que existían episodios de violencia en la familia, conociendo dichas circunstancias también a través de la trabajadora social de la escuela 501, que era quien tenía mayor vínculo con la familia. Si bien Lautaro le ha hecho referencia a estos episodios la deponente, nunca ha ahondado en la cuestión y simplemente trata de escucharlo y desviar el tema, para contenerlo desde otro lugar. Que en cuanto a Yanina Marconi, refiere que siempre fue una mama muy preocupada por su hijo, que siempre ha estado en las reuniones de la escuela, cuando ha sido convocada para hablar cuestiones vinculadas a Lautaro, refiriéndole a la docente que ella "quiere lo mejor para Lautaro" y teniendo la docente muy buen concepto de ella respecto de la educación de sus hijos, sabiendo que hace todo por Lautaro dentro de sus posibilidades. Que en cuanto al hecho que se investiga, luego de producido, la deponente se acercó a la casa de Yanina para ofrecerle la ayuda que necesitara respecto de Lautaro. En esa oportunidad Yanina nada le comento respecto de lo ocurrido y la deponente tampoco hizo preguntas. Lautaro simplemente le ha manifestado, mientras su papa estaba internado, que no podía ir a visitarlo, circunstancia que le preocupaba y, luego de su muerte le ha referido a la docente que lo extraña, pero no ha hecho referencias al momento en que se produjo el hecho. Sabe por dichos de otras docentes de la escuela 501, que Lautaro ha realizado algunas manifestaciones como por ejemplo, ante la Terapeuta Mónica Chiclana. Que Lautaro asiste a talleres en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la escuela 501, asistiendo con la Fonoaudióloga Patricia Nicolari y también a Kinesiología, no recordando con cuál de las profesionales del área se encuentra trabajando. Asimismo, en la escuela Nro. 21 su docente es Laura Ferreira y Silvia Mussini. Desea agregar que el Sr Varela nunca asistió a las reuniones a las que fue citado por el personal de la escuela 501 conjuntamente con el Jardín o escuela por la que estaba transitando Lautaro, que solo concurría la Sra. Marconi. Asimismo refiere que la Trabajadora Social de la escuela 501 es la Sra. Victoria Constanzo...".-----

-----g) La declaración testimonial de **Sandra Mabel Silvagni** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 294/294vta. en cuanto expresa: "...que la dicente es enfermera del hospital Municipal de Tandil, desde hace veintitrés años a la fecha, desempeñando funciones de enfermera jefe de traumatología. Que la deponente conoce a Martin Varela desde hace varios años, ya que el mismo tenia HIV, y la deponente trabajaba en infectología en su tratamiento junto al Dr. Jorge Gentile. Que Varela concurría cotidianamente, dos o tres veces por mes a los fines de su atención. Que la dicente le administraba la medicación por el HIV. Que si bien la deponente hace horas extras en emergencias, el día que ingresara Martín Varela lastimado, la deponente no estaba en la guardia. Que la dicente se enteró del ingreso de Varela al hospital, cuando ya estaba en terapia intensiva entubado. Que desconoce cómo sufrió las lesiones Martín Varela. Que en el hospital a Varela lo conocían todos, ya que concurría siempre. Que nunca en el hospital Varela fue agresivo, era querido por todos, más allá de que pudiera ser insistente con su enfermedad, "paranoico con su enfermedad" (sic). Que Varela era desprolijo para tomar su medicación, y por ello a veces se descompensaba, que era inmaduro en

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
CIBO
OSN



cuanto a la enfermedad que padecía. Que la dicente se compromete en poner en conocimiento de esta fiscalía, para el supuesto de tomar conocimiento, sobre la existencia de alguna persona del hospital que haya recepcionado a Varela. Que una enfermera que se hallaba en la guardia al momento del ingreso de Varela sabe que es Chila Rut, quien actualmente está en la guardia del hospital, quien tal vez pueda a saber algo respecto a las manifestaciones de Varela ya que lo asistió...".-----

----- **h)** La declaración testimonial **María Victoria Costanzo** Sánchez prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 553/554 en cuanto expresa: "...que se desempeña como Trabajadora Social en la Escuela Nro. 501 de Tandil desde el año pasado. Refiere que Lautaro el año pasado solo asistió a la escuela nro. 21 donde se encuentra integrado. Se trató de que Lautaro asista a los talleres en la tarde a la escuela 501, pero cuando se citó a la Sra. Marconi, esta refirió que debía realizarse un tratamiento, porque tenía que hacerse estudios ginecológicos, comprometiéndose a concurrir a las reuniones con el cuerpo de profesionales de la escuela en cuando terminara el tratamiento médico. Como ya estaban sobre el final del año, se pasó para el inicio del corriente ciclo lectivo, la concurrencia de Lautaro a los talleres. Finalmente luego del fallecimiento de Varela, Lautaro asiste a los talleres. En cuanto a la Sra. Varela, refiere que siempre que ha sido citada por el cuerpo de docente y profesionales de la escuela, ha concurrido, preocupándose por la educación de su hijo. En cuanto al hecho refiere que antes del fallecimiento de Varela, ni la Sra. Marconi ni Lautaro, hicieron referencia a la existencia de hechos de violencia, teniendo conocimiento de estas circunstancias por dichos de sus compañeras de trabajo que conocían a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISTO
DE N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OSN

familia desde hacía más tiempo que la dicente.- Que luego del hecho, la Sra. Marconi solo refirió que ahora estaba sola porque Varela había fallecido, sin hablar de las circunstancias en que se produjo el hecho. Respecto de Lautaro refiere que estando con la Terapista Ocupacional, Mónica Chiclana, el niño comienza a relatar cómo había sucedido el hecho, por lo que Mónica, va a buscar a la deponente para pedirle que estuviera presente. Al llegar escuchó a Lautaro contar que sus padres se estaban peleando y que en el forcejeo (precisa que el menor acompañaba con gestos su relato), su papá se pinchó (señalando el cuello) y que le hacía "psss", como aludiendo con ello, a que le salía aire de la tráquea, supone la deponente. Que no recuerda si Lautaro conto con que se pinchó. Además le preguntaron quien estaba con ellos en la casa y Lautaro refirió que estaban los cuatro hermanos, y no recuerda con exactitud si Lautaro le dijo que ellos o su mamá salieron a la calle, frenaron una camioneta y lo llevaron al Hospital. Que relato esto como un cuento, de una manera muy natural, no parecía asustado, pero si se notaba que tenía mucha necesidad de hablar, de contar lo que había pasado. En ese mismo momento Lautaro dijo que sus papas se peleaban mucho. Además refirió que su papá no se murió por el hecho que relató, sino porque no tomaba los medicamentos que tenía que tomar, que estaban en el baño y que él no los tomaba, suponiendo la dicente que se refería a la medicación para el HIV. Esto ocurrió el primer día que Lautaro comenzó a concurrir a los talleres, esto es el 20 de mayo del corriente. Como refiriera anteriormente, Yanina nunca hablo del tema, más que para decir que ahora estaba sola y que por esa cuestión estaba complicada, más el tiempo que estuvo sin trabajo, refiriendo que no tenía ropa y que durante mucho tiempo solo comió



arroz, pero que ahora estaba más contenta porque tenía trabajo...".-----

----- **i)** La declaración testimonial de **Mónica Noemí Chiclana** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 555/556, en cuanto expresa: "...que la deponente atiendo a Lautaro desde los 8 meses aproximadamente en estimulación temprana. Que luego al egresar a los 3 años, lo siguió atendiendo en la Escuela 501 en forma esporádica. Que este año 2013 la atención de Lautaro se realizó los días lunes a la mañana a partir de las 09:00 hs. que siempre la deponente trato con la madre de Lautaro, quien es una mamá muy responsable y presente, que al padre de Lautaro no lo conoció. Que recuerda que fue un día lunes que Lautaro retomo su actividad, ya que había un tiempo que no concurrió, retomando luego del fallecimiento del padre. Que en esos momentos la deponente le ofreció tomar la leche ya que la combi lo pasa a buscar por su casa muy temprano, ofreciéndole también realizar alguna actividad y eligió dibujar en una hoja haciéndolo con una lápiz negro el cual eligió entre varios colores. Que Lautaro comenzó a dibujar y es entonces que la dicente le pregunto que estaba dibujando, respondiendo que "a su papá", diciéndole ¿sabías que mi papá está muerto?"., "ahora mi papá está mejor, él siempre estaba enfermo no tomaba los remedios, era malo y siempre discutía con mamá". Que continuó manifestando que su mamá estaba trabajando y que el papá le dijo hacete unos mates. Que su mamá le dijo que no, que él estaba ahí, pero su papá le dijo dale hacete unos mates, vos siempre estás trabajando y comenzaron a discutir entonces él se pinchó con el brazo de mama.. Que la deponente ante esta situación llamo a su compañera María Victoria Costanzo. Que Lautaro continuó con el relato, diciendo que mi papá se pinchó o se lastimo con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

la mano de mamá y fue al baño y le salía como un silbido haciendo el niño el sonido, entendiendo la compareciente que es el sonido típico de una traqueotomía. Que también dijo que a su papá le salía sangre. Que también dijo que "mi mamá salió a la calle a pedir auxilio y paro una camioneta y lo llevo a mi papá al hospital "Sic. Que esto lo manifestó Lautaro a la vez que dibujaba, más bien garabateaba. A otras preguntas dice que desconoce si el dibujo que realizo ese día quedo guardado, de ser así lo acompañara a la brevedad. Que a otras preguntas dice que luego de que la dicente atendió a Lautaro este continuó la actividad con la kinesióloga Dra. Fernanda Lapano. A otras preguntas manifiesta que la dicente sabia de la existencia un la situación de violencia hacia la mamá de Lautaro, ya que en varias oportunidad la ha visto golpeada, a pesar de que siempre fue muy reservada...".-----

-----j) La declaración testimonial de **Diego Mauricio Lezica** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 636/637 en cuanto expresa: "...que el deponente conoce a Yanina Marconi ya que de chicos fueron novios. Que hace alrededor de un año y medio aproximadamente el deponente comenzó a trabajar con el padre de Marconi, razón por la cual se reencontraron pero esta vez como amigos. Recuerda que en una oportunidad, en marzo, a mediados de marzo del año pasado Varela fue a su casa a preguntarle si "andaba con ella" sic, respondiendo el deponente, que no, que se habían encontrado pero como amigos. Que Varela le refirió que el, quería volver con ella. A preguntas que se le formulan manifiesta que en ningún momento Varela le pidió que dejara de ver a Marconi, solo quería saber si tenían una relación sentimental. Que a Varela lo conoce también de chico, que la charla fue en buenos términos. A preguntas dice, que al deponente Varela

VICI
ISOF
DE
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OS



lo vio en la casa de Yanina, en varias oportunidades razón por la cual le pregunto respecto a si tenía una relación con Marconi. Preguntado si Marconi, en las oportunidades en que concurría el testigo a su casa le hizo algún comentario respecto a la relación con Varela, indica que en solo en una oportunidad le conto que habían discutido y que Varela se había quedado sentado afuera, luego de la discusión. Preguntado si sabe que Varela pudiera ser violento con Marconi, dice que ella no le conto nada, pero el comentario en la calle es que si era violento con Marconi. Preguntado si posee alguna relación sentimental con Marconi, dice que no que solo son amigos y que hace rato que no la ve. Que preguntado si en algún momento Marconi le relato el hecho que se investiga en autos, dice que no y que para él le resultaba incomodo preguntarle. Preguntado si los hijos de Marconi le hicieron algún comentario al respecto, dice que no, tampoco comentaron nada. Preguntado por el número de celular actual de Marconi, dice que "no sé si lo tengo" Sic, buscando en este acto en su agenda telefónica y posee dos números 154-315077 y 154-012942, no recordando cuál de los dos números es el actual. Que ha ingresado a la habitación matrimonial de la casa de calle Maritorena, a reparar una caja de luz y recuerda la existencia de un ventanal y no sabe si los vidrios estaban o no sanos, ya que la misma poseía una cortina. Preguntado respecto a cómo lo vio a Varela en marzo del 2013, dice que lo vio normal, que siempre fue flaco. Preguntado si posee conocimiento respecto a si Varela tenía algún problema de salud, dice que sí que sabía que tenía Sida...".-----

----- **k)** La declaración testimonial de **María Fernanda Lappano** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 574/574vta. en cuanto expresa: "...que la deponente sólo llevó a cabo una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

evaluación kinésica respecto al menor Lautaro Varela, no recordando fecha exacta pero sí que fue en el mes de mayo del corriente año. Que esa fue la única oportunidad en que vio a Lautaro. Que hasta estos momentos desconocía los detalles que habían ocurrido, es más la deponente suponía que la que había fallecido era su madre. Que no alcanzó a hacer ningún vínculo con el menor, ya que lo vio solo una vez. Que Lautaro en la oportunidad en que lo vio, no le manifestó nada respecto a su familia...".-----

*-----1) La declaración testimonial de **Ricardo Alberto Ibarbia** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 754/755 en cuanto expresa: "...que el deponente fue contratado por el Sr. Sebastián Rodríguez, propietario de la vivienda sito en calle Magallanes Nro. 218, para llevar a cabo una reforma en la misma. Que el deponente realizo un quincho con una habitación arriba, eso como construcción nueva, y de lo ya existente se refacciono y amplio el baño y se refacciono la cocina. Que esa fueron las únicas reformas y construcciones que realizo. A otras preguntas dice que las habitaciones no se "tocaron", solo se amplió el baño y la cocina se refacciono, pero respetando las medidas ya existentes. Que en este acto procede a realizar un croquis a mano alzada -naranja- con la distribución de los ambientes de la casa de casa Magallanes nro. 218, antes de que el dicente llevara a cabo las reformas. Preguntado por el ventanal -color verde-, cuya fotografía luce agregado a fs. 259, dice que corresponde a la primera habitación, el cual sigue colocado en el mismo lugar. Que cuando el deponente comenzó a hacer las refacciones antes indicadas existía en la parte delantera del terreno un comedor quedaba hasta la línea de edificación que aparentaba estar hecho recientemente, es más el numeral "218" se hallaba en el interior del comedor Que*

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
OIO
S
JURI
-
TAL
CIBO
OSN



al lado del numeral había quedado una canilla y los aisladores de entrada de luz. Que en relación a la reforma del comedor desconoce quién lo llevó a cabo. Que la puerta de ingreso -verde- a la vivienda previo a la reforma del comedor era de madera la cual fue cambiada por el deponente y colocada una de chapa, en el mismo lugar, teniendo ambas medidas estándar, es decir, de 90 cm. de ancho. Que no existía ningún pasillo interno en la cocina comedor que desemboque en la puerta de acceso a la casa. Preguntado por las dimensiones de los dormitorios dicen que son aproximadamente de 4 metros por 3 metros, que no se modificaron. Que también se resalta con color verde una ventana balcón y otra ventana alargada ambas con rejas, ubicadas en el comedor. Que también se señala la existencia de una puerta de chapa que fue extraída por el deponente para ampliar el baño. Preguntado quien podría tener los planos originales de la vivienda dice que seguramente los debe tener Rodríguez, y que el teléfono de contacto de Sebastián Rodríguez, dice que es el número 0249-154-571287, quien vive en dicho lugar...".-----

----- 11) La declaración testimonial de **Ana Beatriz Cifarelli** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 300/300vta. en cuanto expresa: "...que la deponente se hace presente por pedido de las hermanas de la víctima, ya que Varela trabajo en la casa de la dicente colocando unos pisos en un departamento que se está haciendo su hijo. Que Varela trabajo en su casa hasta el sábado a la tarde, del día del hecho, alrededor de las 16 hs. Que Varela le comento que tenía las llaves de la casa de su señora y que esa noche dormiría en su casa, con su señora y sus hijos, Que la deponente sabía que la relación entre Varela y su esposa no iba bien, ya que Varela le había comentado que estaban



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

separados, pero que de todos modos se mandaban mensajes entre ambos. Que antes de que a Varela lo internaran por su enfermedad un día llego Varela en moto con una chica, de la cual no recuerda marca ni color, que Varela le comento que lo había traído su esposa, siendo esta la única oportunidad en que la vio a la chica, que no lo conoce. A otras preguntas responde que Varela le había dicho a la dicente que su esposa lo buscaba y quería seguir la relación pero el ya no la quería, no quería seguir con ella, recuerda que en una oportunidad en que a Varela le sonaba el teléfono, este le pidió a la dicente que atendiera ya que lo llamaba su esposa, teniendo que atender la dicente y decirle que Varela se había olvidado el teléfono, ya que Varela no quería atenderla...".-----

VICI
ISOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MDV
N
CIC
CIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

-----Hasta aquí la prueba producida por la Defensa que deberá ser analizada para resolver la controversia planteada, y la incidencia que tiene para su resolución en el capítulo venidero.-----

-----Para el más completo estudio de los puntos controvertidos corresponde recorrer también la prueba traída al juicio por la acusación. Para ello debe tenerse presente que el **Sr. Fiscal Dr. Marcos Eguzquiza** acusó a Yanina Andrea Marconi por el delito de homicidio preterintencional en los términos del art. 81 inc. 1 apartado b del Código Penal, en relación a los arts. 80 inc. 1 y 82 del mismo cuerpo legal - tesis alternativa postulada en la requisitoria fiscal-, y consideró que no existió legítima defensa de parte de la imputada. -Adelanto que el análisis del alegato fiscal es tratado en profundidad en el próximo capítulo para un mejor ordenamiento en el estudio del caso-.-----

-----La Fiscalía también trajo al juicio los siguientes elementos de prueba:-----



----- 1) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de Ramiro **Darío Javier Larraburu** quien manifestó: *"...en ese momento estaba trabajando en la comisaría Tercera y fui comisionado al momento del hecho si bien no llegue primero... a Varela lo conocía si por la función policial. Lo conocía de haber ido en tiempo atrás varias veces, cuando la chica ésta vivía en calle Duffau, ella llamaba que este chico la molestaba y tenía restricción a veces, fuera de eso no, no los conozco. Yo me desempeñaba en Comisaría Tercera, me pasan por radio, por el 101, era la tardecita, no estaba de día, ya estaba medio oscureciendo sí. Si mal no recuerdo andaba solo en el móvil, yo andaba en la calle. Llego al lugar y llegó primero Palavecino, el otro compañero que estaba en el otro sector. Palavecino no recuerdo si andaba solo. Llego al lugar, veo que estaba mi compañero con esta chica creo que en la vereda, o ahí en la entradita, pero si me acuerdo que dije '¿qué paso?' y dijo que el muchacho este Varela habían discutido, que la había agarrado en la pieza, forcejearon, no sé si él la apretó la quiso ahorcar algo de eso, rompen una ventana y ella toma un pedazo de vidrio y se lo clava. Y que después él sale de ahí y ella justo para una camioneta... Forcejearon y se rompe una ventana y ella toma un pedazo de vidrio y se lo clava al muchacho en el cuello. Esto pasó en una habitación de la casa. Esto me lo contó Marconi sí, nosotros no preguntamos nada, fue lo que dijo ella. Si mal no recuerdo se lo había clavado en el cuello. Que Varela se retira cuando le pasa eso y ella sale por atrás y salen a la calle y para una camioneta con un masculino y este muchacho lo lleva hasta el hospital y ella se queda ahí. Lo que yo entendí es que él salió y ella por detrás y en ese momento se le debe haber cruzado ella la camioneta para que pare. No recuerdo si había manchas de sangre y eso no recuerdo. El exterior era*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
JUR
-
TAL
CIB
OSI

una casa con paredón bajito y la casa estaba un par de metros adentro. Esa es la imagen que tengo. Si había sangre en la casa sí, en la pieza y no me acuerdo si había... había vidrio pero sé que un perito lo analizó. Es lo que ella nos contó lo del vidrio, no recuerdo si se encontró porque como nosotros no podemos tocar nada de eso lo hace el perito no recuerdo. Ella estaba nerviosa, pero nada llamo la atención, pero uno en estos casos siempre piensa que por lo general terminan mal las cosas, lamentablemente la noté nerviosa, como normal, como normal de una situación de pelea, ninguna otra cosa que me llame la atención no. Cuando nosotros llegamos Varela no estaba. No se pudo identificar la camioneta creo que no, por lo menos ahí en el momento tratamos de averiguar y no, pero no sé si más adelante se logró. Si mal no recuerdo ella dijo que él en un momento la tenía apretada contra el piso a ella. Nada más no. La voz la tenía normal, no le sabría decir cómo. No me llamo la atención la voz no. El rostro no recuerdo si tenía alguna marca o algo. Después fuimos al hospital y ya después se hicieron cargo el oficial de servicio y demás. Después de ahí no recuerdo si fui al hospital yo, o mi compañero y yo baje a la comisaría, no recuerdo. Si siempre queda alguien, no recuerdo. No me acuerdo de presenciar la tarea del perito. No me acuerdo creo que sí había chicos pero no se lo puedo asegurar. Yo no hice relevamiento vecinal. Creo que no hubo testigo presencial, no sé si después cuando salen afuera la verdad eso no lo sé. No recuerdo haberle visto lesiones a Marconi. Fui por incidentes previos pero no a esa casa, era Duffau entre Dinamarca y Ameghino o entre Ameghino y Pasteur. A mitad de cuadra. Era siempre parecido, ella llamaba que el muchacho la iba a molestar y por ahí tenía restricción de acercamiento y él quería verla y ella no quería. Siempre así. Por lo general sí, por lo general



llegábamos y no estaba más. La verdad es que seguramente figurara el oficial de servicio en el acta de procedimiento. No sé porque no estoy. Hará dos años y pico, tres que ocurrió este hecho, en un momento si entré al domicilio. A los chicos me parece haberlos visto pero no lo puedo asegurar. Puede ser que por ahí me confunda con lo de los chicos pero no sé. El perito en rastros llegó después, no recuerdo si yo estaba presente cuando llegó. No la verdad es que no puedo aseverar haber visto sangre en la habitación. Cuando llego le pregunto qué había pasado, no recuerdo si ella contó o nosotros le preguntamos. No recuerdo si le hicimos saber los derechos que posee. Pero nosotros no constatamos nada ahí. El vidrio no recuerdo donde lo encontraron. Sí recuerdo haber declarado en fiscalía antes. (Reconoce firma de fs. 353/354) Creo que una vez hubo que atenderlo, creo que sí, pero no tenía restricción, le pedimos que se retirara y se retiró. Cumplía funciones en Tercera también. No recuerdo la fecha fue un tiempo antes. No estoy seguro de haber entrado a la habitación. O sea, si entre pero no, no recuerdo si había sangre. Ahora se me mezcla si lo vi el vidrio roto, no estoy seguro. Después en el hecho una vez que me fui de ahí no volví más a la casa estoy seguro que entre. Cosas tiradas que den indicio de forcejeo no recuerdo. No recuerdo haber visto una plancha. Al baño no entre. En la autopsia si estuve, estaba flaco, no estaba muy distinto, lo normal de haber estado tantos días internado, era reconocible. Muy cambiado no, lo note igual sí. Colaborar, hablar telefónicamente con la comisaría para ver que hacíamos, pedimos directivas, esperamos que llegue el oficial de servicio, que no entre nadie. Si entramos seguramente ella nos dejó entrar no recuerdo. Lo tenemos presente que no podemos entrar sin orden de allanamiento. No recuerdo si ingrese con algún fin o solo a hablar con ella.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Por lo que yo entendí agarro el vidrio para defenderse. Es intencional supongo yo. Si la única versión que tuve fue por boca de ella, no porque al muchacho no le pudimos preguntar nada porque no estuvimos nunca con él. Hace 16 años que estoy en policía. No por ahí no me ha tocado intervenir en hechos de este tipo. De este tipo casualmente no. He tenido persecuciones, en el momento parecía una lesión, en el momento ese. Dos o tres incidentes recuerdo haber ido a Duffau. Era el llamado que nosotros recibíamos a veces íbamos y no había nadie, estábamos con ella y ya se había ido. En esas oportunidades, en una me acuerdo que estaba en estado de ebriedad, con problemas más que nada para hablar, aliento. En los hechos anteriores no pude ver nada, no, por lo general le decíamos que se retirara o no había nadie ya no estaba...".-----

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
CIBO
OSN

----- 2) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **Matías Gastón Prado** quien manifestó: "...soy perito hace más de diez años. Sí, recuerdo haber concurrido al lugar del hecho. Me llaman de Comisaría y voy al lugar, y cuando voy al lugar me habían manifestado que había habido una pelea y que había sido por medio de un vidrio que había una persona lesionada. Sí, que había habido una pelea. Yo procedo a tomar los recaudos necesarios y recojo un vidrio que estaba si mal no recuerdo en la calle, en el cordón. Yo no recuerdo bien doctor pero tengo entendido que era al costado me parece de la vivienda, sobre la misma vereda. El vidrio era con bordes irregulares y lo que recuerdo es que lo procedo a preservar en un sobre papel, firmado por el testigo, para la legalidad. No me acuerdo bien doctor pero me parece que era medio triangular, así como un boomerang, más o menos. [Se le exhibe vidrio. Reconoce firma de cadena de custodia. Preguntado por si se observa la mancha que se determinó químicamente que era



sangre, responde que sí]. Yo no lo vi doctor si tenía un envoltorio, si no lo hubiese... Yo lo observé y le hice las diligencias ahí en el lugar, las de rigor y, a mí me enseñaron en la escuela que cuando la superficie tiene algún indicio pegado hay que llevarlo y trasladarlo en su estado con toda la preservación, para que el especialista en ese estudio ya sea sangre, saliva o pelo haga bien el estudio. No recuerdo bien quién encontró el vidrio, pero me habían comentado que ese podía llegar a ser el vidrio del conflicto. Era de noche y había poca visibilidad, cuando yo lo recojo y lo ensobro. [Reconoce fotografías 310/313]. Estaba en el cordón. No recuerdo bien pero lo que más me llamó la atención fue trozo de vidrio, no recuerdo haber visto alguna mancha hemática. Plancha tirada no recuerdo, trapo con sangre tampoco. De haber existido lo hubiera recogido, sí. Ingrese a la casa, me acuerdo que ingresé, había dos chiquitos, después salieron ahí a la vereda, pero hay cosas que no me acuerdo. En la casa no recuerdo si encontré sangre, me parece que no. No recuerdo haber visto sangre en el porche. No recuerdo haber ingresado a las habitaciones del lugar. Cuando fui al lugar me aboqué a preservar el vidrio que estaba afuera y después como había mucha gente adentro, recuerdo una señora, los nenes que entraban y salían. Es lo que más o menos me acuerdo. No verifique si ese vidrio tenía correspondencia con virio roto de otro lugar de la casa, no porque había humedad esa noche, había algo que me llevó a preservarlo, no sé si eso o que había mucha gente en el lugar. Fui con personal policial sí, no recuerdo con quien. Sí, me convocan y me llevan hasta el lugar, no recuerdo cuanto personal policial había. No recuerdo si eran todos varones o había mujeres policías. Era de noche y me aboco a llevar el maletín, los reactivos, hacer bien la tarea, como es de noche tengo que llevar luz...



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
OIO
SIC
S
JUR
-
TAL
FID
OSN

Sí tengo la certeza de que recogí el vidrio del cordón de la vereda. No recuerdo si constaté la presencia de manchas en el interior de la casa. Mire yo doctor lo que, no estaba el lugar bien preservado, había gente adentro, no recuerdo si era la parte victimaria o imputado. No creo que me hayan comentado que haya habido alguna mancha en el interior del domicilio. Un policía o alguien dijo, yo me aboqué a la pericia, pero sé que alguien comento que había habido una pelea entre un varón y una mujer y que bueno como que era una pelea entre marido y mujer y nosotros tenemos un protocolo que tenemos que avisar cuando hay un hecho grave a La Plata y pregunté y me dijeron que no era grave que era una pelea entre una señora y un señor y nada más. Claro la primera versión es que era un hecho que no era grave. Se hizo la pericia en el lugar y ahí alguien comenta que habían peleado. Yo no recuerdo si era la víctima, porque algunos lloraban y gritaban algo había que no me dejaban escuchar bien, pero yo estaba abocado a hacer la diligencia que era ahí en el área, en la vereda, el vidrio para recoger. Yo fui de noche, me acuerdo que era de noche, no recuerdo cuanto había pasado del hecho, un rato sí había pasado. Cuando hacemos recogimiento llamamos testigo, sí. Yo le pregunto al policía que me consiga un testigo y me traen un testigo. Tengo entendido que era del ahí del lugar, vecino o algo. Sí recuerdo haber hablado con el testigo yo le tomo los datos en el acta. Sobre el hecho no recuerdo si comentó algo el testigo. El vidrio estaba así, sí, sí yo tengo recuerdo porque hago mucho cotejo de huellas y tengo mucha memoria de observar así la evidencia. No, no, estaba así el vidrio doctor. Lo ubiqué en el cordón del lado de la calle, está el cordón de material y abajo está el otro, el cordón de abajo. Sobre la cuneta sí. A cinco metros más o menos estaba de la puerta. Me lo indicó un policía, si un policía me dio a



saber 'ahí hay un vidrio Prado, fíjese'. Lo que pasa es que cuando es vía pública se trata de recogerlo porque un indicio que está en la vía pública corre riesgo que alguna persona lo patee o algo. Yo era de noche si cuando llegue, no muy tarde pero de noche sí. Había como una especie de niebla o llovizna o algo así. Sí tengo una linterna. Mirando del frente la casa cinco metros hacia la izquierda. Las fotografías son todas del exterior. Yo foto saco al indicio en sí y donde está, el lugar, para dejar asentado en la diligencia nada más. Si saco foto de una colilla o saco digamos la superficie. Sí recuerdo de haber entrado a la casa, no recuerdo por donde anduve bien, pero sí que entre a la casa, que había dos chiquitos jugando y no recuerdo cómo era la casa. Entré, me acuerdo que había un piso tipo mosaico como rojo y blanco algo así y era un tipo living ahí. Y entraba y salía gente sí. Había dos chiquitos jugando sí. Yo no recuerdo bien, no conozco mucho pero doctor pero alguien hablaba como que se habían peleado varón y mujer, pero no recuerdo quién lo dijo. Alguien que hablaba fuerte escuchaba mientras trabajaba, algo que me llamaba la atención, pero no recuerdo si era de adentro de la casa o de afuera. Me parece que era un femenino, estaba así como en un llanto. Ne escuchaba bien lo que decía. No me acuerdo bien quien era. Yo no la conozco a Marconi doctor, no recuerdo. No recuerdo haberlo visto a Larraburu ahí. No sé quiénes eran que estaban porque no tengo, yo estoy en el área de policía científica, me lleva mucha gente, siempre son distintos, en un día capaz tengo 6, 7 salidas o 10 pericias y me llevan o me traen distintos organismos, por eso no me acuerdo. Estoy solo yo...".-----

----- 3) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **Cristian Ariel Palavecino** quien manifestó: "...soy funcionario policial. Hace 11 años. Me



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
CIO
VRL
SINI
MCI
N
CIO
SIC
JUR
-
TAL
FIC
OSN

desempeño en María Ignacia Vela en este momento. En el 2013 en comisaría tercera, era chófer. Me convoca emergencia por un conflicto familiar en Magallanes al 200, yo andaba cuadrícula 6, y móvil 12247; cuadrícula 6 es de la ruta 226 para este lado, jurisdicción tercera, ahora cambió, es Cuarta; y de la 226 para el lado de villa Aguirre sería cuadrícula 7. Demoraré 5 o 6 minutos para llegar desde esa cuadrícula al lugar. Al llegar al lugar había varios vecinos afuera en la calle y me informan que ellos mismos habían llamado porque habían escuchado ruidos y gritos, me acerco y me atiende la señora esta Yanina que me dice que había tenido un conflicto con el marido y que le había pegado y que en un momento agarró un vidrio y se lo clavó en el cuello. Le pregunté si ella estaba lastimada o algo, le pregunté dónde estaba y me manifestó que paró un vehículo particular y lo trasladaron al hospital. O sea, dijo que habían tenido una pelea, que el marido le había pegado y en defensa ella para que no le pegue más agarró un vidrio y se lo clavó en el cuello. Creo que esto sucedió en el comedor. Después de clavarle el vidrio, salen al exterior y pedían ayuda me dice y pararon un vehículo, no recuerdo si me dijo un auto o una camioneta, que es la que lo traslada al hombre éste y ella se queda en la casa con los chicos. Cuando me cuenta esto recuerdo más o menos que estaba medio... medio tranquila y un poco alterada, tranquila digamos. Además le note los golpes en la cara que tenía ella, se notaba así hematomas en la cara, en los pómulos y tenía colorado así en esta zona y los ojos. Lo pómulos colorados, no recuerdo si muy, sé que estaba golpeada la señora, se notaba que estaba golpeada la señora. De la voz no recuerdo nada. No dijo nada más; que lo había lastimado con un vidrio; el vidrio se encontró después cuando apareció el perito y el oficial de servicio. No recuerdo cómo era el vidrio, no recuerdo



haberlo visto. Entré en la casa hasta la parte del comedor. No recuerdo haber visto sangre. Entré solo, yo andaba solo. Fui el primero en llegar. No verifiqué la presencia de sangre pero tampoco estuve buscando sangre, yo estuve con la señora y después salí a llamar al oficial de servicio para informarle la novedad de la persona esta y permanecí con ella ahí. Se hizo presente el oficial de servicio, el ahora Subcomisario Gauna, le informo lo que había ocurrido, lo del hombre que había sido trasladado apuñalado en el cuello y después aparece el perito. Las tareas que se realizaron en el lugar fueron las normales, se consulta con los vecinos, se hace un rastrillaje para ver si encontraba el arma, yo no la encontré. Recuerdo que se encontró en la calle, contra la vereda más o menos, no era cerca de la puerta, eran 7 u 8 metros más o menos. No recuerdo para qué lado. No recuerdo que hubiera algo más tirado en la vía pública, no. Adentro de la casa en este momento no recuerdo si estaba desordenado o roto. No le sabría decir si ella dijo que el incidente también había pasado en el comedor, recuerdo eso que le dije, que había sido en el comedor, otra cosa que me haya comentado no recuerdo. Yo no entré a las dependencias de la casa, yo solamente donde hay una mesa así, creo que es el comedor. El procedimiento lo tomó el oficial de servicio, Gauna, también se hizo presente el perito y después algún otro policía pero no recuerdo quién...yo fui el primero en llegar. Hablo primero con los vecinos y después con Marconi. La vi con golpes en la casa. Tenía así como cuando uno recibe un golpe, hinchado cerca del ojo, como una cosa así. O sea, tenía hematomas, golpe en los ojos y en los pómulos. Sí recuerdo haber escuchado que le clavó el vidrio para que no le pegue más. Los que había llamado fueron los vecinos porque habían escuchado ruidos y gritos...en la cara tenía cerca del ojo, como hinchado; a raíz de un golpe yo he visto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que cuando le pegan en la cara a alguien se hincha, cerca de los ojos, los pómulos. No recuerdo de qué lado. Eso es lo que yo alcancé a ver en la primera instancia cuando yo llego. O sea, en la cara lo único que vi fue el golpe en el ojo y en el rostro, cuando se nota que está golpeado, hinchado, nada más...era la primera vez que me tocaba ir a ese domicilio por un incidente así. Para mí, ya al pasar el tiempo, para mí estaba tranquila la señora, no recuerdo muy bien el estado de ánimo pero yo recuerdo que estaba tranquila. No recuerdo si tenía alguna preocupación o algo...".-----

-----4) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **María Lorena Faijoo** quien manifestó: "...soy vecina de Marconi. A Varela lo conocía de hola y chau. Otro vínculo con ellos no. Vivo en Magallanes 238, está el terreno al lado de la casa de ella, y al lado la mía. Ahí vivo con mi suegra, mi marido, mi hijo. Mi suegra es Aida Iñiguez. Esta depresiva mi suegra, empezó a deprimirse porque le robaron, y la está atendiendo Garaguso. A veces no quiere recordar los momentos porque son feos. Con Marconi éramos vecinas, ahora no. Ahí no me acuerdo cuanto tiempo vivió. Tenía yo 33 y ahora tengo 36. Yo creo que años vivió antes que pasara esto. Yanina no vivió sola, ella vivió con los hijos y el marido, Varela sí. No sé cuánto tiempo vivieron juntos, después en un momento se separaron, después nos e. si en un momento vivieron juntos ahí. La relación entre ellos a veces estaba bien y a veces mal, se sentían discusiones. Cuando tenía un problema ella o el chico la agredía o hacia algo, los nenes iban corriendo a pedirme auxilio a mí que le estaba pegando a la madre y ella miles de veces se ha ido escapada de él, se ha metido en mi garaje, para protegerse. Supuestamente él fue a pedirle auxilio a mi suegra. Cuando lo agredió con el vidrio sí.

VICI
LSOF
DE N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIC
OIC
S
JUR
-
TAL
CIB
OSN



Antes que ese día él no fue nunca a pedir auxilio. Un corte en la nariz de Varela no lo vi, no tuve conocimiento no. El del vidrio, el del accidente que paso ahí no lo vi yo, me conto mi suegra. No antes de ese accidente Varela no fue nunca a pedir auxilio. No la he visto golpeada. El día del hecho yo no estaba en la casa, estaba con mi hija en el Puente Azul. Cuando yo fui a mi casa, vi la vereda mojada, era tarde, me extraño verla mojada, porque nunca se baldea de noche, entro y le pregunto a mi suegra que había pasado y me contó el accidente. Me conto que fue agredido el chico y que tenía un corte, y que habían baldeado la vereda porque había sangre. Había un bolsón de arena y estaba ahí. Cuando fue Varela estaba mi suegra y mi hijo. Yo no fui a hablar con ella. Días siguientes sí, le pregunte si estaba arrepentida por lo que había hecho, no me contesto nada. La note mal, yo la note mal, no sé. No es nada lindo, fueron pareja. Si estaba preocupada por el estado de salud de Varela, estaba mal. Si pase adentro de la casa. No hablamos nada más. No me conto como habían sucedido los hechos. La note mal, en la voz no le note nada raro. En la cara no le vi golpes. Si me dijo que fue a la habitación y que la tenía apretada en el piso y ella para defenderse tuvo que romper un vidrio. Supuestamente habría pasado todo en la habitación. No vivió mucho tiempo más, al tiempo se mudó, no sé adónde, no volví a tener trato con ella. Esto de que vinieran a pedir auxilio los nenes era seguido, porque el papa agredía a la mama sí. Ella entraba en el garage de mi casa, si no se sentía que entraban salía y estaba ya adentro y él en la vereda, obviamente algo le quería hacer. Ella si se manifestaba asustada en ese momento. El motivo de que quisiera ingresar era por Varela. Cuando se separan él iba a ver a los hijos. Yo lo veía a la tarde. A la noche no recuerdo. No recuerdo que ella no quisiera abrirle. Si



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIO
S
JUR
-
TAL
CIB
OIO
OSN

recuerdo haber visto un hecho de violencia de él hacia ella. Cuando discutían así él la empujó un día me acuerdo contra un alambrado a ella, y bueno, él le decía cosas a ella. Si ella se cae al piso. Le decía que era una hija de puta, que andaba con machos, y ella le decía callate drogadicto. Recuerdo haber visto una remera con sangre en el lugar. Yo le pregunte de quien es esa remera y me dijo mi suegra que del chico. Sí vi un vidrio en el lugar, estaba en el cordón de la vereda. No sabíamos que Varela tenía sida. Enfermo sí sabíamos, si es drogadicto es porque es enfermo. Yo corrí el vidrio. Estaba en el cordón de la vereda frente al bolsón y lo corrí con una pala hasta el terreno. El bolsón de arena estaba en la vereda de la casa de mi suegra. Ahí estaba Varela sí. Y ahí estaba el vidrio claro, él estaba ahí y el vidrio en el cordón, abajo del bolsón. Yo lo corrí con una pala, hasta el terreno. Después llega la policía, se llevan el vidrio sí. La relación de Yanina con los chicos era buena. Si era una madre preocupada por ellos. No sé quien mantenía los chicos. Cuando venían a pedir ayuda a casa los chicos venían llorando, nerviosos. Si recuerdo que ella cuando venía estaba asustada. (Se le exhibe 262/263, reconoce firma). Si cuando no estaba con él los dejaba solo por cuestión de necesidad y después cuando se separó los mantenía ella, si es así. Si el problema surgía a la noche cuando él se quería meter a la casa por la fuerza. Yo veía que él estaba ahí, cuando yo entraba o salía él estaba ahí. No lo vi haciendo fuerza no, lo vi nada más. No, no sabía que tenían HIV. El vidrio lo corrí con la pala. La remera no estaba manchada, la agarre con la pala porque sí, porque yo cuando me entere, fui pregunte a mi suegra. Como era el vidrio no recuerdo, era chico, no recuerdo la forma ni lo mire, yo lo corrí. Marconi es una persona tranquila. Varela hola y chau nada más. No tenía conversaciones ni nada.



Siempre fue flaco él. Siempre lo vi flaco. No me acuerdo cuanto hacia que estaban separados ni idea. Se le hace escuchar los llamados al 101 para reconocimiento de voz. No la reconozco la voz. Es parecida a la voz de mi suegra sí. Mi hijo es ese. Si recuerdo que mi suegra comento que Yanina le pidió un teléfono para llamar a emergencias. Mi suegra le dijo que no. Si recuerdo que ella intento llamar y llamaba al 111, le había errado de número. Varela era alto. No recuerdo que altura estimada, mucho más alto que yo, sí. No me mido ni me peso yo. Si más o menos la misma altura que Yanina. El episodio que vi ellos justo salían y yo también y lo vi porque lo vi él la agredía y trate de separarlos, que no se agredieran, él la empujo sí. Fue un empujan. Lastimada no. El garage de mi casa, nosotros entramos la camioneta porque el portón pega con la parte de atrás, entonces golpeó un poquito el portón para meterse ella pero entro, lo que pudo entrar entró si. Esto fue una sola vez. Varela quedó afuera. Él dijo disculpe perdón dijo él. Nada más. La señora estaba asustada sí...".-----

----- **5)** La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **María Laura Atela** quien manifestó: *"...soy policía no tengo vínculo alguno con las partes. Trabajaba en Comisaría de la Mujer. Nosotros intervenimos más a nivel administrativo, no vamos a lugar del hecho. Conocía a Marconi de causas anteriores, y a Varela de vista. Fuera de eso no. Hace ocho años que trabajo en Comisaría de la Mujer. Era Oficial de Servicio en el momento del hecho. Me lo informa Comisaría Tercera vía telefónica, primero intervienen ellos, después nosotros seguimos la causa. Cuando nos llamaron a eso de las 20:00 horas por ahí, ya era nohecita. El comentario de la Tercera que había una conflictiva familiar por eso nos hacen intervenir a nosotros. Concurrí al lugar sí, fui con el chofer, Llantada.*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
JUR
-
TAL
CIB
OSI

Cuando fui al lugar estaba la chica Marconi, había alguno de los nenes no recuerdo cuántos, en el ingreso de la casa había algunas manchas de liquito rojizo, vi el vidrio roto que ella nos permite el ingreso y nos muestra que es lo que había pasado y después tuve la oportunidad de dialogar con varios vecinos porque hicimos un amplio relevamiento. Hable con Marconi, si seguramente, no recuerdo si le tome declaración puntualmente. Si ahí en el lugar del hecho hablé con ella, me contó algo de un forcejeo de que Varela la agarró del cuello, la tiro al piso, una situación así y después me cuenta del vidrio y de la clavadura, de cómo lo corta defendiéndose de las agresiones. Si me dijo que fue para defenderse, ya tenía causas previas de violencia. Agarro un vidrio y lo corta para defenderse sí. Esto ocurrió en la habitación, si todo en la habitación. Las manchas de sangre estaban ya en el ingreso. No recuerdo si en la habitación había sangre. La mancha del porche era un recorrido de gotitas pero no era muy amplio, en el porche estaba, hay una puerta transversal a la vereda y ahí en el ingreso nomas. Es una casa que tiene una ventana al frente, hay un porche, cuando se ingresa hay un comedor que dobla, una barra y a la izquierda una puerta donde se ingresa a la habitación donde fue el hecho. Sobre el lado izquierdo había una especie de terreno y al fondo una casita. (Se la invita a dibujar en la pizarra). De la calle es pared, acá debe haber una ventana, esta es la puerta que digo que es transversal, pared, este es el porche., la casa, acá hay como un terreno y acá una casita al fondo medio precaria, o incluso capaz sin habitar. La puerta de calle es esta. Las gotas que yo digo estaban en esta parte nada más, acá hay una especie de comedor que parece que es una ampliación de la casa porque la casa sigue para este lado, esto es pared. Yo veo sol acá sangre. Acá hay una barra chiquita de madera



rectangular, esto es cocina y pasada y esta es la habitación donde fue el hecho y la ventana con el vidrio esta de este lado. Después para el fondo no seguí. El baño no sé dónde está. El vidrio estaba roto en el ventanal si, si tenía cortina, no sé cómo estaba la cortina pero esto me lo explica todo la señora Marconi cuando me explica que pasó, recuerdo que me dijo que habían forcejeado en la habitación a esta altura de la habitación acá está la cama, esto es pared, ellos forcejean a esta altura el vidrio estaría más acá entonces, y tiene un redondel grande, ahí la tiró al piso. Como llegan hasta el vidrio no lo sé. Con un trapo agarra el vidrio y fue cuando lo lesiona al marido. Después el sale de la vivienda y se dirige a la casa, acá hay un terreno y la familia de acá es la que el prestó auxilio o llamo a la ambulancia. Fuimos nosotros, ahí hablamos con los vecinos. Sé que estaba por acá el vidrio pero eso por comentarios de los vecinos me parece porque ya lo había recogido científica o tercera antes que nosotros. La casa del vecino no vi sangre. Con ellos conversé, con todos hable, pero los de enfrente sabían más de lo que había pasado. Me contaron que sabían de antes que tenían problemas, que el no vivía ahí y que iba a la casa que hablaba con los nenitos por la ventana en algún momento y que siempre quería meterse en la casa. No recuerdo haber verificado una puerta violentada u otra abertura, si lo hubiera consignado si lo veía. Después hice relevamiento vecinal, tome declaraciones a los testigos., si los vecinos de enfrente sabían mucho acerca de la familia. Ah después hago un acá de recogimiento de un sweater que entrega en forma voluntaria la señora Marconi. Lo tenía puesto el sweater. Me lo da porque tenía unas gotitas rosas. Desconozco si se encontró el trapo con el que agarró le vidrio, eso lo hace científica nosotros no. Tome testimonial



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
JURI
-
TAL
FIC
OSN

a los vecinos y después en el relevamiento vecinas y por lo menos con siete vecinos hablé. La noté nerviosa y preocupada por la situación de salud de Varela. Estimo que estaba preocupada porque es el padre de sus hijos. Me preguntaba si sabía cómo estaba, lo que pasa que en ese momento desde el hospital a nosotros no nos informan de esa situación. En la voz no le note nada raro. En la cara no tampoco, si pregunto varias veces si sabía por el estado de él y días después son sé si fue citada o por cuestiones mismas de la causa ella volvía a preguntar cómo estaba. Los chicos no dijeron nada no, no hable yo con los chicos. Que yo recuerde en voz alta no, sé que estaba ahí pero la señora los saca del lugar y yo hable con ella nada más. El vidrio roto si vi, lo que no vi es el pedazo. El vidrio que faltaba en la ventana era un círculo grande sí, es una ventana alta. (Exhibe foto de fs. 259. reconoce vidrio). Tenía el cartón en ese momento si estaba el cartón y tenía cortina me parece. Seguro que la foto la saque yo. Si estaba si con el cartón si es esta la ventana. Tenía cortinas. Tenía idea de que era un poco más chica la rotura. Si puede ser que se haya rajado más porque me parece que era más chico el agujero. Si me da el sweater sin problemas, si ella tuvo una actitud de colaboración. Si pude notar que estaba nerviosa y preocupada por el estado del señor Varela. De algún hecho en particular no recuerdo, si sé que constaba en la Comisaria alguna denuncia o exposición y que tuvieron orden de restricción en algún momento desconozco si en ese momento estaba vigente. Las causas de violencia previa eran de él hacia ella. Violencia ejercida sobre Marconi sí. Si las únicas manchas que note estaban en la zona de ingreso. Estuve recorriendo otros sectores sí, no advertí manchas de sangre allí. Yo creo que no le dijimos los derechos porque fue todo muy ahí en el momento, nosotros fuimos al lugar no es que ella fue a hacer



una denuncia. En la pieza había una cortina sí. Estaba cerrada, yo no la corrí, todo me lo fue mostrando la señora. Corrió la cortina y vi que estaba el vidrio roto sí. No vi ninguna plancha tirada en la vereda. La distancia con el hospital menos de 15 cuabras. Durante la instrucción me parece que no declaré. El vidrio me parece que ya estaba roto y ella lo raja en el momento eso seguro y lo envolvió en un trapo. No me dijo para qué lo envolvió. Yo regrese al domicilio para sacar las fotos sí. Si ella no tuvo objeción de que sacaran fotos ni nada. Si prestaba colaboración. Todo lo que ella iba diciendo era relato espontáneo no le íbamos preguntando. Fue algo rápido, hago mi diligencia y me retiro yo. Fui yo que hable con los vecinos. Comentaban que él iba muchas veces y no vivía ahí. Que habían forcejeado en otra oportunidad en la puerta y que él quería ingresar y ella no le permitía. Quienes eran los de la casa de enfrente no recuerdo el nombre, justo la casa enfrente que tiene una ventana grande que da a la casa, que son gente grande. No recuerdo que digan de una discusión previa los vecinos, mas tenían presente el desenlace cuando el sale. Si recuerdo haber intervenido en los incidentes anteriores. Como lo que paso no fueron, más bien discusiones o agresiones verbales o amenazas de ese tipo, no recuerdo de haberla visto golpeada en algún momento. Si más bien ella es nerviosa es de carácter nervioso pero todo producto de la situación que vivía. Hice un informe de relevamiento. (Se le exhibe fs. 256/257 reconoce firma). Si es lo que comente recién de algún forcejeo...".-----

----- **6)** La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **Diego José Gauna** quien manifestó: "...a Varela me parece que lo conocía por estar alojado en Comisaria Segunda, conocimiento laboral nomas. Hace 20 años que me desempeño. En la tercera como oficial de servicio.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
SIC
JURI
-
TAL
FIC
OSN

Para ser sincero por el tiempo que ha trascurrido yo no recuerdo precisamente todo lo que paso. Le puedo decir que me acerque a calle Magallanes, no recuerdo la altura, sí que había una vivienda sentido circulación hacia arriba, mano derecha, estaba ya el personal, el of. Palavecino, mano derecha una casa que tiene una especie de porche, la puerta no está de frente a la vereda, me acuerdo de la persona si de la chica. Estaba oscuro pero no recuerdo la hora exacta. Lo que recuerdo que la chica había dicho que había sufrido maltrato físico, estaba la chicha en el lugar unos nenes, el móvil Varela no estaba no. Creo que andaba Palavencino solo y después vino móvil de la otra cuadrícula. Yo a la chica la vi afuera y después ingresó, justo había otra mujer más, nos entrevistamos con una vecina también que había escuchado algo unos ruidos, no recuerdo bien que había escuchado. Dijimos que no tocara nada, preservamos, di comunicación a la Comisaria de la Mujer porque por lo que decía la persona había sido un caso de violencia de género, recuerdo que la chica dijo que había roto una ventana no sé si en situación de lucha o algo y con uno de esos vidrios se había defendido. Que había una ventana, creo que era en situación de lucha o forcejeando se había roto la ventana. Cuando ingreso a la casa en el porche, no estoy seguro había una puerta, o una ventana, no recuerdo, sí recuerdo haber visto vidrios en el suelo y a un costado no sé si era izquierdo, vi manchas de color rojo. No recuerdo si estaban cerca del vidrio, es vaga la memoria no releí el acta ni nada, no tenía copia de las actuaciones. Si creo que más que habitación era una cocina o comedor, algo de eso era. Si donde estaba el vidrio roto, y en cercanías estaba la sangre, no recuerdo bien. Si recuerdo que había vidrios del lado interno de la casa, del lado interno de la vivienda. El tema de la sangre no recuerdo bien donde, me acuerdo que las



vi, pero no donde estaban. Me parece que vi manchas de sangre. Se había defendido con el vidrio dijo. Creo que en el cuello lo había lastimado que yo recuerdo en este momento no dijo más nada, en la situación que llegamos ya le había dicho algo a Palavecino, que le dijo que paso, y ahí ella le comenta, fue solamente la pregunta y ahí ella narró. A ella la note mal, estaba mal, lloraba, estaba nerviosa. Tampoco me acuerdo si le tomamos declaración nosotros o la identificamos nada más. No recuerdo haberle visto golpes a ella. En la voz no le note nada raro, hablaba normalmente, claro, sí nerviosa, pero algo que me llamara la atención no. Sí para mí la sangre era en el sector de la ventana pero no recuerdo en otro lado. Tengo entendido que fue Prado, estoy recordando que Prado levantó vidrio, no recuerdo si era el vidrio, creo que había algo en la vereda o en la vía pública. No recuerdo si yo lo vi el vidrio. Algo me acuerdo cerca del cordón cuneta de la vereda, creo que algo levantó de ahí el perito, no se si no era ahí que lo levantó. No me acuerdo de la forma del vidrio pero sí que levantamos vidrio de la calle, me parece que estaba manchado el vidrio, no estoy seguro eh, pero me parece que sí. Que yo recuerde en este momento no había más nada en la calle. Adentro de la casa no recuerdo haber visto cosas fuera de lugar o tiradas como de lucha. Tengo imagen de un lugar como abierto, no recuerdo mesa o muebles, u objetos tirados. Conversamos con una señora, de la casa esa creo que quedaba hacia la derecha, mirando de frente la señora vive a la derecha. El vidrio no recuerdo, me acuerdo haber visto el móvil cerca del vidrio porque les dije que lo corrieran... el móvil estaba creo que casi enfrente de la casa, y yo dije corran el móvil de acá porque quería preservar más abierto. No recuerdo donde estaba. Era una mujer mayor que la chica no recuerdo la edad. En cercanías de la casa de la mujer creo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
JUR
-
TAL
CIB
OSI

que dijo que el muchacho se había acercado a pedir auxilio o algo a la casa de esta señora y que había sangre en la vereda de la casa de la señora. Tengo esa idea, que el joven había estado pidiendo auxilio. No recuerdo si el vidrio estaba ahí cerca, sé que en la vereda pegado al cordón tengo la imagen de haberlo visto al vidrio pero no se me orientar a que altura. Que había venido a pedir auxilio y que el chico estaba lastimado, había estado hablando algo como 'me mataste' o algo así había dicho, es lo que la señora nos mencionó pero después nada más. Y creo que a esta persona a Varela lo lleva un vehículo particular que también me lo comenta esa señora, que igual por eso yo cuando fui ya no estaba, no recuerdo si yo pedí a la Comisaria de la Mujer que se acercaran al hospital por teléfono o por radio. Si creo que les pedí. Yo particularmente no tenía conocimiento de incidentes anteriores de la pareja. Creo que estuvo preso, creo que Varela iba con Quiroz y alguien más morigerado, a dormir en la Comisaria, no sé porque hecho. No lo recuerdo. Cuando llego en el lugar estaba el móvil que me da aviso Palavecino, no recuerdo si yo voy con el otro móvil, o voy solo, o en mi vehículo particular, si tengo vaga idea de que estuvo Larraburu pero eso fue posterior. Cuando llegamos al lugar yo me acuerdo de la joven de la chica, me acuerdo de haber estado con la otra señora, no recuerdo si había otra persona más y unos nenes, estoy en duda con eso la verdad. Si algún curioso también fue no me acuerdo. La joven estaba afuera, y le preguntamos ya Palavecino me había dicho que había tenido un altercado con la pareja, y se refieren a un vidrio, Varela ya no estaba, recuerdo haber ingresado hasta el porche, a la derecha, y mirando al fondo, ese ventanal. No hubo objeción de Marconi a que ingresáramos, si bien ella refería haber sido agredida, ella decía que se tuvo que defender, ella estaba



nerviosa, lloraba estaba mal, tratamos de asistirle también como víctima. No hubo objeción. No sé cuánto demore en llegar desde que me aviso Palavecino, pero no creo que mucho pero hablando con suposiciones, habitualmente avisamos a superiores y fiscalía e inmediatamente nos dirigimos al lugar. Pero en este caso no recuerdo. No recuerdo ninguna circunstancia anormal o que nos hayamos demorado por algo. Yo no recuerdo si fui con el móvil Prado estuvo no sé si llegamos juntos en el mismo móvil, me acuerdo de Prado, del perito, no sé si yo no lo llame de la Comisaria y como Científica no tiene móvil habitualmente si queda uno disponible lo va a buscar. Creo que lo mande a buscar con el otro móvil lo que no recuerdo si yo me fui en mi auto y llegamos juntos, o los dos en el mismo. (Se le exhibe 2/2 vta. reconoce firma). Es posible que nos haya preguntado por la situaron de Varela, recuerdo de lo que ella me comentó focalice en el hecho, pero hablamos mucho, se la trato de calmar, lo que pasa es que en el dialogo no recuerdo todo, pero es posible que me haya preguntado, de hecho le pedí a la Comisaria de la Mujer que me averiguara como estaba esta persona. (Reconoce firma en su declaración testimonial fs. 349) Si tenía un cartón el vidrio. Por lo que yo recuerdo la rotura fue en el forcejeo, el vidrio que encontramos en la calle no sé si correspondía a ese vidrio roto, había varios restos de vidrio en el interior, yo no sé si quien nos indica que ese vidrio... yo no estoy seguro por eso no quiero... porque no recuerdo bien como damos con el vidrio, si es que nos indica la chica, o como llegamos, y si era igual o no. (Se le exhibe). Sí puede ser este. No recuerdo la forma sí de haber visto unas manchas yo no me acuerdo si hable con prado y si el vidrio interno lo levantamos, si tengo idea de que era trasparente, traslúcido. En el baño no recuerdo si había sangre. No recuerdo que Marconi me haya mostrado el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

cuello, no recuerdo haber visto lesiones en ella, pero si puede ser que sindicara que la tomo del cuello y algo como que la tiro al piso, algo de eso. Yo no recuerdo haber visto lesiones. Después ya le digo no sé porque creo que una vez que terminó el perito mandamos a la chica a la Comisaria de la Mujer. Había nenes, pero no recuerdo, eran muy chiquitos doctor. Entre Magallanes y el hospital estamos hablando de aproximadamente... para mi debe haber 10 o 12 cuadras. No recuerdo que hubiera aberturas violentadas como que hubiera entrado por la fuerza a la casa, debería estar en el acta, creo que hablamos con la mujer que la inspección ocular la iba a formalizar ellos. A Varela si lo conocía, cuando estuvo alojado en Comisaria Segunda que estuvo mucho tiempo era flaco de pelo largo, alto y de pelo largo, 1,85 o 1,90. Para mí era alto, porque ya le digo yo ni la vi a la víctima ni fui al hospital...".-----

*----- 7) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de Dr. **Roberto Leitao** -médico de policía- quien manifestó: "...el primer informe de Martín Varela lo realizo en el Hospital. Lo habían intervenido quirúrgicamente, pero no recuerdo dónde estaba, si después del quirófano fue a terapia o no. No recuerdo, porque después de quirófano él necesitaba respirador, pero no recuerdo específicamente si lo ví ahí en terapia o en guardia, porque a veces cuando no tienen camas, van a la guardia y consiguen un respirador. Después de cirugía estaba entubado. Él tenía un herida en los anillos traqueales, entonces va a quirófano para solucionar ese tema de la fístula traqueal, para realizar la cirugía requería anestesia. La entubación es un tubo que es por vía oro, o sea por la boca, y va a la tráquea, por la vía aérea superior, con la finalidad de ventilar al paciente y con la finalidad también de desfuncionalizar a la lesión que tiene*



en la tráquea, se hace un sutura a lo que está dañado, y para que la zona dañada no tenga que funcionar con esa sutura, porque eso puede predisponer a que se fistulicé o se filtre. Para tratar de cuando se sutura eso esté en lo más en reposo posible, no funcionando, se desfuncionaliza. En éste caso, en la vía aérea lo mismo, por eso es que se lo entuba para hacer la anestesia, y después para preservar y desfuncionalizar esa vía aérea que está suturada. La práctica normal sí, es explorar, cuando hay una herida penetrante, y se comprueba clínicamente o se sospecha que puede haber una fistula aérea o una lesiones interna en el cuello, se explora quirúrgicamente, para solucionar, para ver y para explorar. Primero se puede hacer una exploración, y ver con anestesia local, depende. Después de la reparación, para desfuncionalizar es mejor que quede entubado, para que siga más estable. Es lo más recomendable, porque además también depende del estado general del paciente, hay circunstancias que a veces predisponen a que tenga que quedar en terapia y con asistencia respiratoria. En este caso es un paciente con inmunodeficiencia marcada, con defensas disminuidas en forma importante, porque cursaba una patología importante que afectaba sus defensas e inmunodeficiencia, era un paciente de gravedad por la patología que cursaba. De gravedad en el sentido de las complicaciones posibles. No recuerdo dónde estaba. Estaba con ventilación asistida, es un respirador que manda aire. Hay en las camas de terapia, y cuando faltan camas, y un paciente requiere intubación, en el shockroom que es cuando el paciente llega a guardia y que requiere esa intubación se la hace ahí, y a veces ese paciente cuando hay una cama en terapia que necesita ventilación, después se lo pasa a terapia. Cuando se puede pasar a terapia porque no hay respirador, se trata de buscar una cama en alguna terapia de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
LSOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
CIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

las instituciones privadas, o se trata de conseguir respirador dentro del hospital o en otra institución que lo pueda aportar, y dejarlo en la guardia, pero con asistencia hasta que se pueda conseguir un lugar en terapia. Tenía suero, es un complemento, de asistencia para memocrisis, para hacer una hidratación parenteral y la mediación adecuada para dormirlo para hacerle analgesia, para que pueda tolerar el respirador, y después la medicación antibiótica correspondiente. La herida de la garganta estaba tapada, no la destapé en ese momento. Los médicos en ese caso es una reciente cirugía y destaparla no es conveniente. Está en la historia clínica, no es bueno, y los médicos no van a querer y yo considero que no es necesario destapar una herida en forma inmediata postquirúrgica. En la revisión se destapa a la víctima, a la persona, lo que no reviso realmente es darlo vuelta y verle la espalda, pero verlo, la cara superior, miembros inferiores y superiores, el resto del cuerpo sí. La cara posterior no, porque no es de buena práctica movilizar al paciente entubado, y sobre todo si en el registro de la H. Clínica no hay también constatada una lesión, ese examen de la cara posterior, a los efectos de un médico legal no es tan necesaria como una práctica clínica. Examiné a la señora Marconi, la revisé al otro día o a los dos días no recuerdo bien pero fue en una comisaría. El día que la reviso fue cuando fui solicitado, pero no sé qué día fue. No recuerdo por qué fue al otro día, no recuerdo otra circunstancia, más allá de que cuando fui solicitado, fui. Verifiqué herida contuso escoriativa de forma redondeada localizada en la frente del lado derecho, es esta zona que me estoy señalizando doctor, pequeña, no recuerdo exactamente, pero cuando son pequeñas no ponemos el tamaño, es pequeña. Además es el lado derecho, porque si no involucramos toda la frente o hemifrente, pero la lesión era



pequeña, no era de gran magnitud. Herida equimosis de color azul rojiza, localizada en la zona del costado del ojo, herida escoriativa lineal en la espalda zona media, interescapular, entre las escapulas u omoplatos de la espalda, en la línea media, entre las dos escapulas, en la parte media, había escoriaciones que no eran de gran magnitud. Marconi no tenía otras lesiones. Por lo que menos no las constaté. Si ella me hizo referencia no recuerdo sobre alguna marca en el cuello. Si me hizo referencia y yo no lo consigno, es porque no lo constato. Cuando alguien refiere una lesión, voy a constatar ese lugar, y se consigna. En Varela no constaté otras lesiones traumáticas. A Varela creo que los días posteriores lo volví a ver en el sanatorio, en terapia intensiva, es ver su evolución. Estaba con fiebre, recuerdo eso porque específicamente hable con el médico no sé quién estaba, pero miro la historia, y veo que estaba febril, una cosa de cómo está el paciente, está estable pero febril. Cuando ingresó al hospital no sé, yo no lo constaté que tuviera fiebre, pero no constaba en la historia clínica, o no me acuerdo. El venía cursando un episodio de diarrea crónica, presentaba un adelgazamiento, era notorio, su patología de base con un adelgazamiento y con la diarrea crónica que venía con distintas consultas de diarrea crónica que no se solucionaba y creo que no realizaba el tratamiento correspondiente. Era un adelgazamiento marcado, no podría decir extremado, esas calificaciones a veces son similares marcado o extremado. Tuvo complicaciones debido un poco su patología de base con sus defensas disminuidas debido a la carga viral que tenía ya es un factor predisponente, y debido a es en parte a la lesión sufrida porque involucra una herida penetrante con un elemento productor sucio, es una lesión séptica por sí misma, con lesión de la vía aérea superior que provoca una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE N
CIO
VRL
SINI
MDV
N
CIO
SIC
S
JUR
-
TAL
FIC
OSN

fístula aérea y al tener que colocarle una asistencia respiratoria también se predispone si hay gérmenes de la lesión en la piel, y gérmenes que también pueden introducirse y pueden penetrar y ya empiezan a actuar la vía aérea también tiene sus gérmenes, y si la herida, la vía aérea abierta las secreciones se acumulan y eso va a acumular también gérmenes y la asistencia ventilatoria es otro motivo que generalmente también cuando hay mucho tiempo respiración asistida se predispone a la infección por ventilación asistida, que de hecho genera complicaciones respiratorias, neumonías. También la venocrisis, o sea las punciones venosas externas, la sonda vesical, son todas puertas de entrada a gérmenes de un paciente que tiene que estar internado y toma tiempo, y hay predispone a que aparezcan las infecciones. No sé si estaría con fiebre al inicio, pero sí después empieza con picos de fiebre muy elevado. Si estaba con diarrea crónica puede haber sido un poco febril, pero después ya empieza con un estado febril de mayor importancia. La permanencia en la intubación es a mi criterio, si bien a primera vista es para desfuncionalizar la vía aérea, una vez que continúa internado de acuerdo a los parámetros respiratorios y hemodinámicos el médico va a tratar de destetar de la ventilación asistida o sacarlo, siempre y cuando los parámetros tanto ventilatorios como respiratorios y hemodinámicos, pero sobre todo los ventilatorios permiten sacar esa ventilación, a veces se va intentando, tratan de sacar la ventilación, pero si el paciente no responde con una oxigenación adecuada de sus tejidos o ventilación adecuada debe permanecer en esa ventilación asistida, que de hecho debió permanecer con la ventilación asistida. Yo practiqué la autopsia, ahí constaté que había una fisura en la vía aérea, se reconfirma esa lesión que había sido suturada. No se encuentran lesiones



más allá del compromiso pulmonar, que él tenía una neumonía, y que al seccionar y cortar salía un líquido compatible con esa infección pulmonar, después tenía lesiones propias de decúbito por estar mucho tiempo internado, en los talones, porque él estaba en decúbito dorsal, o sea donde hay reparos óseos apoyados con mala circulación y adelgazados por poca masa muscular eso genera esas lesiones. En los brazos no constaté lesión compatible con traumatismo. En forma hipotética, pudo haber habido por el tiempo transcurrido, sí pudo haber habido alguna lesión que comprometiera piel, que se cicatrice en diez o quince días, una lesión menor pudo haber existido, pero no constaté. Recuerdo el informe que practiqué de Marconi, y los informes de evolución. La lesión al momento del ingreso estimé que era grave, porque lo determiné en ese momento fue por la inutilidad laboral, y sigo pensando lo mismo, y lo sigo pensando hoy en día. Se puede realizar una exploración, como cuando se prueba a veces se explora una herida posiblemente penetrante ya sea en abdomen, tórax o el lugar donde sea, ahora que de hecho supongo que una breve exploración se ha hecho, porque cuando llega un paciente a la guardia algo se explora. A ver, uno explora sobre todo cuando la lesión pasa el tejido de piel y celular, cuando vemos que una lesión penetrante ya sea en cuello, tórax o abdomen pasa o compromete el tejido celular hay una obligación de explorar más en profundidad, porque el cuello es tanto como el abdomen tiene tejidos blancos en las caras antero-laterales, que permite que una presión, un elemento productor de una lesión penetre más allá igual del tamaño del elemento, se comprime al igual que el abdomen, el tórax no tanto, pero si vemos en el cuello en la exploración primaria que hay un compromiso o por lo menos hay una profundidad que no podemos determinar bien, pero sabemos que en el cuello hay tejidos vasculares importantes, hay una vía



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
SIC
JURI
-
TAL
CIB
OSN

aérea y pasamos el tejido celular, ahí corresponde hacer una exploración más profunda, que de hecho le corresponde al cirujano y es el que intervino. Él tenía su historia clínica en el hospital, porque él se atendía ahí. Cada caso es particular, entonces en realidad hay una respuesta que es el médico que está actuando, porque hay en medicina cosas que uno las tiene que decidir en el momento y no hay un protocolo. Lo último que se termina diciendo es que en el momento que el médico considere, y en esa consideración a veces hay distintas variables. En este caso lo de la patología previa sí es un riesgo potencial para la complicación, porque una persona inmunodeprimida, cualquier herida pero específicamente en cuanto a la lesión no hay una evaluación de decir si éste paciente se me puede complicar más, no lo voy a explorar. Sí se puede evaluar en cirugías más importantes en una persona de edad por ejemplo pensar que si la exploramos podemos perder al paciente en una anestesia o quirófano. Pero una persona joven, aunque sea inmunodeprimido con una lesión que ha empezado a soplar algo, porque si tengo una fístula aérea, si quiero soplar aire con bolsa, me va a salir aire como en un neumotórax, entonces no solamente el riesgo de la infección, sino también un enfisema subcutáneo, que es cuando el aire sale de la vía aérea empieza a cubrir el celular, ese celular puede comprimir, o un enfisema subcutáneo más importante. Entonces estimo que en ese momento si bien una exploración con una anestesia local, el medico si considera que es suficiente en ese momento, lo tiene que evaluar él en ese momento, ahora supongo que ha evaluado que no es suficiente, y además para explorar la vía aérea, la parte posterior, los anillos traqueales no es tan sencillo hacerlo con una anestesia local y un paciente que está lúcido y que se va a mover y está molesto, dolorido, entonces esas exploraciones



en una zona delicada uno puede hacer, pero en el cuello explorar con anestesia local, vuelvo a decir, es el cirujano el que va a decidir, pero hay que ver cómo está el paciente, si está excitado o no, si está tranquilo, qué sospecha el cirujano, si se va a quedar tranquilo con esa exploración local. En ese momento ha considerado que no era suficiente, supongo, o que si constató la lesión de vía aérea por soplido o por algo requería una sutura que por supuesto no se puede hacer con anestesia local y explorar bien la vía aérea. Generalmente se toman cultivos de distintos lugares, cuando hay un proceso febril se van haciendo cultivos de los catéteres, de la herida, a veces de la orina, pero si fueron dando negativo me parece que uno puede tener cultivo negativo, y si hay un proceso febril hay una antibiótico-terapia. El motivo a veces puede ser porque no hay bacterias suficientes, o porque el cultivo no cultivó, o no se toma bien la muestra o si se contamina, no sé específicamente que cultivo dio negativo, si todos fueron negativos. La evolución clínica no lo sabría decir, quizás un médico terapeuta le podría decir. Un paciente que está en esas condiciones se le da un antibiótico en forma empírica, suponiendo los gérmenes habituales. Nosotros tenemos gérmenes habituales en el tracto digestivo, en la piel, en la vía biliar. Esos tratamientos unos los hace en forma profiláctica. A veces aparecen, y a veces no por eso se sigue con una terapia empírica. Pueden no aparecer porque no hay una cantidad suficiente para que aparezcan en el cultivo. A veces la toma de muestra, no es en un lugar precisamente donde está. Esas son preguntas que no nos hacemos, si es negativo, seguimos con...no nos preguntamos mucho porqué nos dio negativo, sabemos que en algún momento va a aparecer, en algún momento va a dar positivo. Ahora eso no significa que no hay un proceso infeccioso porque después



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISTO
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIO
S
JUR
-
TAL
CIB
OS

radiológicamente se constató que había un proceso infeccioso, y una neumonía. También a veces hay muchas respuestas del organismo, aparecen leucocitos la respuesta del organismo, y no se encuentra le bichito, y no aparece. Los gérmenes en terapia suelen ser más resistentes a la medicación, sigue siendo necesaria la entubación en terapia, en la medida en que haya un compromiso respiratorio, si uno empieza con una neumonía. Terapia significa mayor control, es un paciente digamos que está indicado para que esté en la sala de terapia, no es que todas las habitaciones, a veces por una necesidad por no tener cama en terapia se arma algo similar en un piso común, pero terapia significa más estricto de todos los parámetros, respiratorio, hemodinámica, cardiovascular, ese es el sentido de un paciente en terapia. Las lesiones en Varela que constaté fue en la parte anterior, uno destapa al paciente y ve, no vi el dorso digamos. No constate otra lesión más allá de la de cuello, que no destapé porque estaba cubierta, pero si vi la H. Clínica. En la autopsia, lo examiné, lo revisé en forma completa. El tubo orotraqueal, entra por la boca y sale tráquea y bronqueo y sale por encima de la boca, y eso es lo que se conecta después a las cánulas que van al respirador. Eso también en la mucosa hay un apoyo permanente del tubo, entonces en la zona que nosotros comprimimos durante un tiempo prolongado, se va provocando una lesión, que en la piel son las lesiones por decúbito, pero también el tubo oro-traqueal puede provocar, aunque se trata de tomar precauciones, a veces se lo cambia de lugar, o se lo corre un poquitito, pero se generan lesiones producto de ese tubo. Las lesiones en el decúbito, localizadas en la cara antero externa de ambas rodillas, y talones, las superficies óseas que chocan, y los talones chocan contra la cama haciendo presión digamos. Tiene que ver con la postura que tiene que



tener en forma prolongada. Si hubiera habido otra lesión producto del hecho que se investiga lo hubiera hecho constar. En nariz y oreja no constaté ninguna lesión. Del informe médico a Yanina Marconi, las lesiones hice una descripción ahí, pero la equimosis está dentro de lo que llamamos lesiones contusas, porque hay en elemento productor que golpea o el cuerpo se golpea contra una superficie, la diferencia en que en una alcanza a lastimar las zonas superficiales de la piel, que son las escoriativas en la frente y en la zona inter-escapular, y la de la zona externa infraorbitaria, esa no provocó lesión de piel, entonces hablamos de un elemento que por lo menos no es rugoso o no tiene filo o no tiene una superficie que puede lastimar la piel, eso sería un elemento contuso propio o contra una superficie no irregular. Las escoriativas ya hablamos de que hay un elemento que provocho o raspo la piel por ser una superficie irregular, o porque el elemento que golpea es irregular. Un golpe contra un piso que es baldosa por ahí puede ser solamente equimosis, a veces depende también de la intensidad. Una equimosis de coloración azul rojiza puede ser de un golpe de puño. Si ahí en la espalda, sobre todo si uno estima que puede ser contra una superficie que ha sido irregular, y ha habido un poco de fricción y se produce la lesión en la espalda. Si pero si no recuerdo bien el tema es por eso son lesiones por sí mismas, la lesión no determina si se provocó en defensa, o si estoy diciendo que puede ser golpe de puño la equimosis, o que me golpeo contra un elemento contuso. Entonces no es una lesión típica de defensa, que generalmente la mencionamos en los miembros superiores, pero a veces pueden ser lesiones por ataque por querer agredir a alguien. En general las lesiones defensivas están en los miembros superiores. La contusión escoriativa no puedo determinar exactamente si son defensivas, pero el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

que recibe o tiene esa lesión uno puede pensar más que ha recibido esa agresión, como ser un golpe de puño. La de la espalda puede ser por una caída, me caigo de espalda y me hago la escoriación, lo mismo que en la frente. En el cuello de Yanina Marconi, si hipotéticamente ella fuera asfixiada por una bufanda, va a depender de la intensidad, si yo la bufanda la utilizo para hacer maniobras de ahorcamiento, va a quedar un surco más ancho y no tan profundo como si utilizo por ejemplo una cuerda y puede quedar algún signo en la piel. Si yo a una persona con bufanda le comprimo el cuello quizás que no, por supuesto, entonces no va a tener signad e asfixia ni nada porque se supone que la intensidad no va a ser tan fuerte, para no dejar marcas de nada, yo puedo agarrar a alguien del cuello, no va a quedar ninguna marca, tampoco provoco una lesión entonces importante. Con una bufanda una estrangulación sostenida, por supuesto voy a provocar una asfixia y voy a tener una marca. Por eso le digo generalmente cuando vemos en forma hipotética las compresiones que provoquen asfixia mortal, o no, y a veces no siempre pero puede quedar, a veces cuando el elemento que comprime el cuello es de una consistencia blanda, vamos a tener menos evidencia de un surco, que generalmente va a ser más ancho que una soga o una cuerda, y por lo tanto no se marca tanto, y no es tan profunda, ahora va a depender de esa intensidad para que deje una equimosis, en ese caso vamos a encontrar una equimosis o una eritema, que es un enrojecimiento, pero va a depender de hasta dónde es la compresión. El tiempo de exposición es el tiempo de compresión, que nos va a dejar o no una marca. Sí, sí una bufanda puede o no dejar marcas. No necesariamente debe dejarlas. La lesión descrita de Varela fue lesión con elemento punzocortante, en ese sentido no fue la descripción, en realidad después sabiendo el elemento, sí es



un elemento idóneo para provocar la lesión, no la definí para ser sincero correctamente, porque uno habla de punzocortante cuando tiene un elemento de punta y filo como arma blanca. En realidad es un elemento que puede cortar, no tiene la punta como puede ser para describir un arma blanca, a veces uno con el ánimo de esclarecer, en éste caso sería más desgarrante, porque el vidrio tiene que penetrar, o sea tiene que haber más presión que si fuera un arma blanca, eso es real de porqué la describí como punzo cortante, que en sí hace a la descripción de la lesión real, pero en sí en cuanto al elemento productor no fue la descripción correcta. Es en cuanto a definición de elemento productor. Lo de punzo cortante por eso es específicamente cuando nosotros hablamos de arma blanca. Recuerdo de alguna mecánica, pero no recuerdo si leí la declaración de la imputada en sí, o si hablamos hipotéticamente de cómo pudo haber sido la mecánica, eso no recuerdo bien. La mecánica descrita por ella es de posible ocurrencia. Cuando describí la relación causal, hablé de venocrisis es cuando se pone un suero en una vena, para pasar líquido o medicación, todo paciente que está internado tiene un suero en vena periférica o central, sonda vesical. Mi criterio es, por lo menos que el elemento primero, la lesión tiene que estar es necesaria en una evaluación de causas, y que el cuerpo, la victima biológicamente estaba en un estado que predispuso después a la complicación, yo le encuentro un hilo conductor en éste caso, cada caso es particular, y en este caso hablamos de un paciente que tiene su importancia su inmunodepresión. Cuando tenemos que valorar entonces hasta dónde una lesión, o a veces cambia la carátula de una lesión también, porque lo que quiero decir es que en este caso la inmunodepresión incluye muchísimo, pero también la lesión en este caso particular tiene su factor de importancia. Yo en un criterio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
LSU
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OS

clínico ahí yo encuentro cierta certeza y cierta relación. Desde el punto de vista biológico quizás habría que hablar con un bioquímica o bacteriólogo para determinar cuál de todas las bacterias fue la productora de..., y eso va a ser difícil porque pueden introducirse por distintas vías, y es imposible determinar si no tenemos el cultivo específico. Ahora lo que no se encuentra en lo químico, lo tenemos en la clínica, y tenemos un cuadro de neumonía bilateral y es producto de un cuadro infeccioso, y la asepsia, entonces no podemos determinar el bichito pero si podemos dar respuesta de que fue un proceso o cuadro infeccioso. No podemos determinar le punto de partida, pero específicamente la lesión a mi entender influye porque fue una lesión sucia. El riesgo de vida en el momento en el ingreso se estima por el grado de descompensación que tenga en ese momento y en ese momento creo que si está bien encuadrada la lesión como fue descripta. Porque una lesión que no tenía riesgo de vida inminente, después por eso, ahora teniendo en cuenta por eso, lo que no puedo tener certeza de que gérmenes fueron los que más actuaron porque no hay un cultivo, pero creo que la lesión inicial contribuye a ese cuadro posterior. Haciendo hincapié al estado previo de inmunodepresión de la víctima. Durante la internación, siempre hay protocolos de alimentación a veces de zona nasogástrica, por vía digestiva con productos que se van pasando por zona nasogástrica, y también a veces se recurre a alimentación parenteral, o sea por venocrisis por una vena, se pueden pasar hidratos de carbono, ácidos grasos y elementos proteicos, no le puedo responder en forma específicamente, porque eso lo van evaluando por protocolos. Es el soporte vital. Lo que más mantiene al organismo es el soporte fisiológico, con un tratamiento de soporte vital en un paciente que no podemos sacarlo de la cama, ni del respirador, aunque se le pasen



todos los nutrientes de acuerdo al protocolo de acuerdo a la cantidad y todo eso, el organismo con un proceso infeccioso no recepciona, no logramos darle una vitalidad adecuada, por lo tanto a pesar de... el deterioro a veces se produce igual. Lo ví el día de la internación mucho más adelgazado, nosotros hablamos de un estado caquético. En la autopsia estaba con mucha atrofia muscular. Al momento de ingreso al hospital estaba con un estado de adelgazamiento importante. Para hablar de la causal del muerte de Varela no me puedo detener en una sola, interpreto que la lesión en este tipo de paciente, quizás en un paciente no hubiera tenido la inmunodeficiencia que tenía esta víctima hubiera tenido hipotéticamente otro tipo de evolución, ahora en éste caso en particular esa lesión que quizás esa persona en un buen estado de salud hubiera evolucionado favorablemente, en éste caso no, entonces yo hago una relación con esa lesión en este caso en particular como desencadenante. La prolongación de la internación de Varela es el desencadenante, pero creo que es más producto de su inmunodeficiencia. Yo no le saco la relación con la lesión primera porque no tuvo una recuperación, ahora las complicaciones es más por su estado de insuficiencia que no puede responder, cada vez más infección y menos estado de respuesta por parte del paciente, por si misma en una persona supuestamente sana esa lesión no tiene esa evolución, pero me parece desde el punto de vista clínico no la dejo de lado, después en la evolución es muy importante a mi criterio el estado previo del paciente...".-----

----- Declaración esta que se complementa con los informes del médico interviniente Dr. Roberto Leitao producidos durante la IPP: "...siendo las 23:00 horas, en el Hospital Municipal Ramón Santamarina, examen médico legal del ciudadano identificado por la instrucción como Martin



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
S
JUR
-
TAL
CIB
OS

Varela, de 37 años de edad, quien ingresó por guardia en la fecha con diagnóstico de herida punzo cortante en cara antelo lateral derecha de cuello, con lesión de planos musculares, de vena yugular externa y lesión pequeña de vía aérea superior, fue intervenido quirúrgicamente de urgencia. Se tramita traslado a Sanatorio Tandil. Al momento del examen con asistencia respiratoria, hallándose en condiciones de prestar declaración. Ingresó al hospital termodinámicamente compensado. La lesión sufrida cura salvo complicaciones en tiempo estimado de 20 a 30 días, comprendidas en lo normado por el art. 90 del C.P. con inutilidad laboral mayor a un mes" -informe de fs. 12- ; "Quien suscribe, Dr. Roberto Leitao, médico legista, informa a Ud. bajo juramento de ley y demás prescripciones legales, haber procedido en la fecha, siendo las 15:00 hs., en el asiento físico de la Comisaría 1ra. Local, al examen médico de la ciudadana quien dijo ser y llamarse Yanina Andrea Marconi, de 28 años de edad, quien al momento del examen se encuentra lúcida, ubicada en tiempo y espacio. Se constata herida contuso-escoriativa de forma redondeada localizada en la frente en su lado derecho, equimosis de coloración azul-rojiza localizada en zona infraorbitaria externa de ojo izquierdo. Heridas escoriativas lineales localizadas en la espalda, en zona media, en región interescapular. Las lesiones descriptas son de una evolución estimada menor de 24 horas del presente examen, y curan salvo complicaciones en un tiempo estimado de cinco a siete días, comprendidas en lo normado en el art. 89 del C.P.." -informe de fs. 14-.-----
-----8) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **Julio César Julián** quien manifestó: "...soy perito oficial me desempeño en la Dirección de Homicidios yo estoy encargado del Gabinete de Investigación Forense de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.



(Reconoce su firma en la pericia de fs. 813/820vta.). Soy cirujano especialista en medicina legal. Todos los elementos que están ahí volcados son los que constan en la causa, los tres centímetros de longitud de herida creo que lo dice el cirujano. El lugar del hecho la habitación de la imputada surge de la lectura del expediente. Todos los elementos que están ahí volcados son los que constan en la causa, los tres centímetros pueden ser lo que se amplió al momento de la intervención quirúrgica. No recuerdo exacto en algún lugar le puedo asegurar que debe decir tres centímetros puede ser en la autopsia si puede ser, yo tuve todo el expediente, si no me equivoco. Lo que digo surge de los dichos de ella, yo no estuve en el lugar, no conozco a la persona, lo digo por los testimonios. La verdad es que no recuerdo pero entiendo que sale ella primero de la casa. Yo no recuerdo debería leerlo, en ese momento la víctima estaba herida y la señora salió a pedir auxilio, o a parar algún vehículo, no recuerdo bien. En cuanto a la mecánica de la pelea una posible ocurrencia del hecho es que el victimario... yo lo que hice fue una posibilidad en cuanto a la secuencia fáctica de que la persona como son dos cuerpos que están en movimiento en un momento tomara el vidrio y lesionara el cuello en forma directa enviando el instrumento hacia el cuello o que hubiera existido un acercamiento por parte de la víctima hacia el agresor. A mí me parece que es algo combinado que las personas están en movimiento hay uno que agrede y otro que circunstancialmente se puede acercar de alguna forma se produjo el contacto. La otra persona era más alta por lo que para llegar al cuello tiene que haber alguna situación en que la víctima este agazapada, más cerca. Yo lo que recuerdo del informe es que en un primer momento toma una plancha y el victimario se la arrebató entonces aparentemente había un fragmento de vidrio y eso es lo que ella toma para intentar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
SIC
JUR
-
TAL
FIC
OSN

defenderse. La toma del brazo y en ese momento hay una especie de forcejeo y ella dirige el fragmento de vidrio hacia el cuello de la víctima. Yo ratifico lo que escribí pero no me lo acuerdo de memoria. Yo creo que si no me equivoco me pareció más coherente la versión que decían los chicos. Sí recuerdo le vidrio. La lesión provocada es una lesión punzocortante o contuso cortante en este caso, es una lesión prácticamente superficial, lo que sucede es que los vasos del cuello en la región anterior del cuello están en una situación muy superficial, de hecho cualquiera de nosotros puede observar cómo se digita las venas del cuello, y más en una persona delgada en la región anterior. Es una situación muy accesible. En este caso es un instrumento circunstancial, no es un elemento punzo cortante el vidrio, circunstancialmente actuó como tal pero no tiene la característica de ser un instrumento ofensivo. Pero las lesiones que presentaba la víctima son superficiales, no requerían mucha... lo que pasa es que el vidrio tiene un borde cortante. Cualquiera de nosotros se habrá cortado alguna vez con un vidrio, tiene un elemento cortante pero no tiene la sección que tiene un arma blanca, es mucho más grueso, tiene un borde filoso y eso es lo que genero la sección de la piel. De hecho no tiene profundidad suficiente para generar una lesión realmente importante, la lesión que tiene en la tráquea es de un centímetro aproximadamente, y entre el tercer y cuarto anillo traqueal, y seccionó la vena yugular anterior derecha si mal no recuerdo. Yo le repito que son elementos vasculares que están prácticamente... no hay tres centímetros ni de casualidad, y menos en el señor Varela, yo he visto las fotos de la autopsia y era una persona extremadamente delgada, debe haber menos de un centímetro entre la superficie y la vena yugular anterior. Sí, el vidrio se puede impregnar de sangre porque el



elemento... el elemento seccionado es una vena y es abundante la hemorragia que produce, pero al mismo tiempo de que es abundante no es lo mismo que si fuera una lesión arterial. La gravedad es totalmente diferente. Estamos hablando de una vena yugular anterior que del cuello que es la más chica de la región anterior del cuello, y es un elemento venoso nada que ver si hubiera sido arterial. Prácticamente se colapsa con el dedo no necesita demasiada presión para obturarlo. Tengo entendido que el Sr. Varela tenía un estado sidótico, y que no había continuado o había discontinuado el tratamiento, entonces es una persona con inmunodepresión importante, diría grave, es una situación grave sin tratamiento. Yo recuerdo que está mencionado un estrangulamiento previo por la imputada pero medicamente no lo recuerdo. En una maniobra de estrangulamiento podría llegar a haber quizás una excoriación, un enrojecimiento de la piel, un hematoma, un estigma ungueal, todo depende de la duración... de cómo se produjo. Con un cable arriba de una bufanda difícilmente haya quedado algún vestigio esa maniobra. Signos de estrangulacion puede haber infinidad, pero esto no... epitequias en las conjuntivas es cuando hay una estrangulación en donde la persona fallece, o que queda viva y fallece después, yo esto se lo puedo asegurar porque hace 30 años que estoy en la profesión, las petequias conjuntivas, las petequias cutáneas se deben al aumento de la presión pulmonar, con lesión capilar por la hipertensión pulmonar, pueden ser pequeñas generalmente inclusive tienen manifestaciones cerosas, cardíacas y pulmonar es lo que se llama petequias... el signo de thoinot... pero a nivel conjuntival para que haya un petequado tiene que ser una maniobra realmente prologada donde está al límite de la estrangulación y generalmente se acompaña de otro tipo de lesiones secundarias. Porque nadie se dedica a estrangular,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
CIBO
OSN

y más si tiene las manos libres, tendría que haber tenido la víctimas otras lesiones propias de la defensa del estrangulado, mínimo estigmas ungueales... o sea, los efectos naturales que tendría la defensa del que está siendo estrangulado. Afonía o disfonía podría tener, todo depende. El surco de estrangulación este vivo o fallezca, si la estrangulación llegara a producir petequias como las que usted dice se ven eh... el surco se ve, mínimamente, atenuado quizás porque tiene una bufanda, porque no llegó a producir las lesiones típicas de la estrangulación... Lo más probable o lo más esperable en este caso que tiene un acolchado yo hubiera dicho simplemente un enrojecimiento, en las manos de la víctima por ahí tejido epitelial del victimario, en las zonas accesibles del atacante como para defenderse. Confusión mental dependería del grado de hipoxia, de estrés postraumático. Todo depende de la intensidad. Si tiene pérdida de conocimiento lo primero que sucede... el mecanismo de muerte en la estrangulación es triple. Dentro de las tres formas, una es por hipoxia, lo primero que ocurre en la hipoxia es la pérdida de conocimiento, por eso muchas personas fallecen antes por la inhibición que por la asfixia. Puede haber confusión cuando recupera el conocimiento. Todo depende de la magnitud del tiempo de la hipoxia y del tiempo de la inconciencia, no necesariamente tiene que tener confusión, generalmente lo que tiene más es amnesia dentro de la inconciencia. Usted se imagina que yo eso lo imagino como algo probable como un mecanismo factico que pudo haber ocurrido pero es mi opinión nada más, no sé si fue de esa forma. Soy cirujano, médico legista y docente universitario sí, en la UBA y en algunos institutos privados. Tengo 32 años como cirujano de guardia. Hace 26 que trabajo en el Ministerio de Seguridad. Siempre como médico de policía y en diferentes áreas, he estado en cuerpo



médico, servicios especiales de investigación, policía científica y luego en la división homicidios. En la división homicidios hace 19 años. El informe se hizo a requerimiento de la fiscalía. Creo que lo hice con el expediente o con un resumen y con la autopsia... las fotografías de la autopsia yo las vi. Si leí todas las testimoniales de otros profesionales actuantes sí. Yo lo que dije es que era una lesión de tipo grave, la enmarque dentro de las lesiones graves y para que se entendiera la magnitud con una incapacidad laboral de 30 días. Yo lo que quise decir y creo que es lo que puse, es que para darle un marco de gravedad puse que con 30 días aproximadamente esa persona se hubiera curado. Lo que quiere decir es que no es una lesión gravísima, eso es. No consideré con riesgo de vida no, la persona entró deambulando al hospital, hablaba, eso es lo que recuerdo, no puede ser nunca una lesión... El riesgo inminente tiene que ser actual y tiene que tener una entidad mortal ahora. El paciente a mi entender nunca estuvo en peligro de muerte por estas lesiones. Tiene una lesión perforativa de la tráquea no mayor de un centímetro y una herida o sección de la vena yugular anterior derecha. Como se resolvieron esas lesiones, la vena yugular fue ligada y la lesión de la tráquea se le hizo uno o dos puntos, o sea, eso no es una lesión mortal, es imposible. Librado a su suerte, esta persona con la simple compresión de la vena yugular hubiera dejado de sangrar y lo peor que le podría haber sucedido con la lesión traqueal, es una fístula traqueal, no hubiera ocurrido otra cosa. Lo de la coleta de salida tiene relación con qué tipo de 'arma' era, yo dije que, en determinados instrumentos en algún momento pueden ser circunstancialmente un arma pero no tienen la entidad ni las características de las armas blancas, y entre ellas están por ejemplo si tiene punta y un solo filo o punta y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
SIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OS

doble filo, de producir coletas de salida, que es lo que nos permite saber la dirección de la salida del instrumento que se utilizó y de qué lado estaba el filo. Por ejemplo un cuchillo de cocina va a generar un borde romo y un borde agudo, no necesariamente tiene coleta de salida, pero si puede determinarse de qué lado estaba el filo y suponer en qué mano lo cargaba. También hay una coleta de entrada, que eso se ve más en las heridas quirúrgicas que son las lesiones inciso cortantes que produce el bisturí, donde hay una coleta de entrada y una coleta de salida por la característica propia del instrumento. En este caso, no tiene coleta de salida, o sea que el recorrido que ha llevado es corto. No ha sido utilizado con mucha presión, porque tampoco la característica del vidrio permitiría utilizarlo con mucha presión, porque tampoco es un arma blanca. El arma blanca es un arma delgada, como dijimos recién que puede tener punta, filo., en cambio en este caso si yo mal no recuerdo, el vidrio tendría no más de cinco milímetros. Y tiene bordes cortantes. Pero no tiene filo, tiene borde cortante, pero no es un filo como el de un arma blanca. Uno no utilizaría un vidrio como instrumento de ofensa. Cosa que con el arma blanca sí. Yo me guío por lo que vi en el expediente, la lesión es superficial. Ahí habla del músculo cutáneo del cuello o platisma, un músculo extremadamente delgado que está inmediatamente después del plano cutáneo y debajo está el paquete vascular anterior del cuello, eso es lo que yo le decía, cualquiera de nosotros se puede tocar la tráquea y está ahí, puede haber un centímetro, no hay más. Justamente por eso porque no hay movimiento de corte, es muy pequeño, el tejido se dislacera porque se pone en contacto con el filo. Todas las lesiones están prácticamente en tres o cuatro centímetros, no hay un deslizamiento, es una interpretación mía, es mi opinión, no



es una lesión de cuello que uno cuenta con diez centímetros a ver que puedo cortar para lesionar, estamos hablando de tres centímetros donde está todo, la lesión de la tráquea y de la vena yugular anterior, no hay deslizamiento prácticamente en tres centímetros con un fragmento de vidrio creo que no hubo deslizamiento. Y lo marca que no hay coleta de salida, o sea que tampoco hubo una presionen la acción. Me parece que es el contacto directo del instrumento con el cuello, y ahí se produce todo junto y la víctima se estaría moviendo y el victimario también, entonces se producen esos tres o cuatro centímetros. Si hubiera sido en otro sector del cuello podría haber sido generador de peligro de muerte, pero en el sector anterior del cuello no, no porque no hay ningún elemento anatómico que pueda llevar a la muerte a la persona, en el lateral sí, pero en el anterior no. El sector anterior del cuello es donde está el mango del esternón y la mandíbula, el mentón. Este es el sector anterior del cuello. A los laterales están las dos venas yugulares. En la región lateral está la vena yugular superficial y debajo del músculo esternocleidomastoideo que nos permite girar la cabeza esta la vena yugular interna al lado de la arteria carótida. Esa región es mortal, es mortal aun cuando nosotros operamos un cuello, esa región es mortal si nosotros la lesionamos, porque tiene determinadas características. En cambio la región anterior del cuello, puede sangrar y pareciera que es un mar de sangre, pero no se va a morir. Cuando nosotros hacemos una traqueotomía, que vamos a hacer una cirugía de cuello, generamos lesiones de 3 o 4 centímetros, colocamos un tubo que es la famosa cánula endotraqueal, y después esa cánula se saca y queda un orificio de dos centímetros de diámetro que las enfermeras aspiran, limpian curan, que es lo que queda, y eso paulatinamente se va cerrando solo y si no se cierra queda



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
SIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OSN

una fístula traqueal como secuela de esa persona. En este caso la lesión que tenía era de un centímetro, nunca se hubiera muerto, es imposible por esa lesión. Debajo de lo que se dice la nuez de adán están el tercer y cuarto anillo traqueal, y los orificios de traqueotomía están generalmente inmediatamente arriba del mango del esternón, el huequito, ahí se hace la incisión. Yo me imagino que la dinámica fue como la describí, de alguna manera alguno se acercó al otro sino es imposible el contacto. Así como dijimos antes que nadie se va a quedar inerte dejando que alguien lo estrangule, entiendo que una persona que ve que alguien le dirige algo hacia el cuello mínimo va a intentar defenderse también, o correrse, para que no llegue a lesionarlo. Si lo lesiono es porque hubo un acercamiento, un contacto entre las dos personas. La victima fallece por una neumonía bilateral. Eso es una infección hospitalaria, es una complicación del riesgo que implica intubar a un paciente y que permanezca en un área de terapia intensiva. Es muy frecuente en pacientes inmunodeprimidos que sufran neumonía, y en este caso de tipo bilateral, y ese es el motivo de la muerte. La neumopatía puede deberse a infinidad de causas, el resultado final es que es una infección intrahospitalaria, puede ser una bacteria A o B pero el resultado final es una neumonía hospitalaria. Es un poco contradictorio que los análisis bacteriológicos den negativo sí, pero desconozco, no sé en qué condiciones se toma el cultivo, no le podría decir. Si yo no me equivoco en la autopsia hace referencia el medico al estado de los pulmones como patológicos y es concordante con la causa de la muerte. El hecho de que den negativo los cultivos es simplemente a los efectos del diagnóstico puede ser la bacteria A o B que diferencia el tipo de tratamiento, tenemos que entender que se trata de un paciente inmunodeprimido y que la infección



puede ser multibacterial y no sé de qué forma le pudieron haber hecho el cultivo. Si tiene una neumonía tendría que haber dado positivo, por lo menos un neumococo, algo común, a veces son bacterias mucho más graves, es amplio el espectro, pero evidentemente tiene que tener algún proceso infeccioso sino no tiene neumonía. Un tratamiento empírico hasta que esté el resultado bacteriológico. Eso se puede diagnosticar clínicamente, cualquier medico puede determinar o diagnosticar una neumonía, independientemente de que tenga bacteria A o B, yo no necesito hacer un cultivo para saber que tiene neumonía. Eso no existe, se puede hacer clínicamente, lo que uno pide el cultivo es para hacer un tratamiento específico que le va a hacer mejor al paciente. Lo que faltaba era la anatomía patológica, ahí el anatomopatologo puede decir si se trata o no de un block neumónico. Eso es un pulmón con un cuadro de neumonía, tiene esa característica. El anatomopatólogo puede decir en que estadio de la neumonía se encuentra. Puede dar negativo si fue mal tomada la muestra, si fue mal remitida, si no se tomó la muestra en el lugar donde había que tomarla... yo puse que es un causa intrahospitalaria porque es lo más común, es una neumonía, para diferenciarlo que esta persona no falleció a consecuencia de las lesiones del cuello, so es lo que yo quise expresar. Termina muriendo con producto de una infección intrahospitalaria. Se puede prever que un paciente inmunosuprimido grave, con un cuadro de SIDA y que no está en tratamiento es probable que sufra alguna complicación infecciosa porque es propenso y generalmente en las área cerradas, son las más riesgosas, los gérmenes son mucho más resistentes que los que están en otros sectores del hospital. Los gérmenes en quirófano son más resistente que los de áreas abiertas, eso es algo infectológico probado y comprobado. Después si se podría haber tomado recaudos de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
OIO
SIC
JURI
-
TAL
CIC
OSN

aislamiento, hacer alguna profilaxis pero eso no quiere decir que se hubiera evitado. En mi opinión lo más importante me pareció es poder separar que la causa de la muerte es independiente de las lesiones que tenía. El médico de policía establece una conexión y no tiene ninguna conexión, no es a mi criterio, no existe la relación, en donde estaría desde el punto de vista médico, no tiene ninguna conexión la lesión de la vena yugular con una neumonía. Claro podrían haberlo operado de apéndice y haberse complicado con una neumonía, pero no tiene relación la lesión del cuello con la neumonía, no la tiene. En todo hay varios criterios, no hay una sola forma de operar, usted puede operar un apéndice de cinco formas diferentes y las cinco son válidas. Si yo lo veo desde afuera, yo soy cirujano de guardia, mi actitud por ahí es diferente, algunos son más conservadores otros más intervencionistas. Si yo lo veo de afuera, si yo con un dedo le puedo cortar la hemorragia y con el otro le puedo obstruir la fistula traqueal, le hago anestesia local y lo dejo internado unos días. No puedo decir que esté mal operarlo porque las lesiones del cuello... o sea, lo que pensó el cirujano, por lo que hizo, le hizo un tránsito esofágico a ver si estaba lesionado el esófago, porque él no sabe si la lesión es anterior y posterior y para qué lado fue, él no lo puede adivinar. Yo viéndolo desde afuera con eso se lo solucionaba, se hace la ligadura en una camilla con anestesia local. Si, si por supuesto tenía que estar internado, asistencia médica si necesitaba, él había perdido sangre, obviamente había que hacerle análisis... El hecho de intubarlo en cualquier paciente, por eso siempre tratamos de no intubar, que la intubación sea lo más corta posible, justamente porque aparecen estas complicaciones y se hace difícil, depende el caso, extubar al paciente. El paciente a



mi entender no era un paciente grave, a mi entender no. Por sus circunstancias personales si, era un paciente si porque el resultado mismo... era un paciente inmunosuprimido. Es un paciente que se puede agravar, no es un paciente grave. No ha habido una descompensación porque simplemente porque lo dice la historia clínica, cuando él ingresa ingresa con Glasgow que es el estado de conciencia 15-15, la presión arterial estaba perfecta, entro caminando y hablando. O sea que esta compensado desde todo punto de vista. Justamente desde donde se produjo el hecho, lo que digo es que cuando el ingresa a hospital ingresa compensado. No hay un error en lo que usted dice, si entre el lugar del hecho y el ingreso había medio metro o 50 kms. Es exactamente lo mismo, porque él ingresó en perfecto estado hemodinámico. El sangrado no influyo en la distancia, porque él ingresó así. Yo no sé cuánto tardó, yo digo como ingresó. Digo que no pasó, digo cómo ingresó. Ingresó bien, así no hayan sido 50 kms. el ingresó bien, o sea que la magnitud del sangrado... le vuelvo a repetir, si hubiera sido arterial es diferente, pero el venoso si bien es muy abundante, las vena del cuello no tienen válvulas entonces sale mucha sangre, pero es venosa, no es arterial, es diferente. Si a una persona la golpean muchas veces la cabeza contra la pared por lo menos aparece un cefalohematoma, o entre nosotros un chichón. La herida de la víctima es una herida sucia, puede producir infección. Es una herida cortante común que podría estar en cualquier parte del cuerpo y por rutina nosotros indicamos tratamiento antitetánico, y un antibiótico común. Si un paciente inmunodeprimido igual, después se verá si es necesario, si responde bien, si hay alguna complicación se puede rotar el antibiótico, pero en general ese tipo de herida con un antibiótico común entiendo que debería haber andado bien. Algunas partes del cuello son zonas vitales, las que están



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OS

protegidas sí. De las zonas vitales del cuello, a la herida de Varela, están aproximadamente a unos diez centímetros más o menos, pueden estar las venas de mayor importancia y peligrosidad. Estamos hablando de sangrado venoso. Le dije que está la yugular anterior que es de las más chiquititas. La región lateral del cuello es la que tendría mayor impacto y no la región anterior. Si usted está hablando del plano arterial. Lo tiene que tomar por debajo del musculo esternocleidomastoideo. Usted lo toca y por debajo esta lo que se denomina el paquete neurovascular del cuello. Por delante la vena yugular anterior. Lo tiene dibujado yo se lo dibuje. La neumonía bilateral ingresa generalmente a través de los filtros de los respiradores. Los respiradores desgraciadamente por más que... hay filtros, tiene todo un sistema de filtrado el respirador, pero le explique recién que los gérmenes encerrados son más virulentos y más difíciles de erradicar y por eso están en el ambiente intrahospitalario. El traslado de la persona en estas condiciones si la persona va intubada no varía. Dónde pudo generarse la infección es imposible saberlo. Herida contuso escoriativa redondeada puede ser golpe de puño si, puede ser con cualquier elemento contuso, contundente. Lo que sucede es que si no tenemos un dato específico no podemos decir con que, sino no es más que una lesión contusa. Si no se hubiera decidido hacer la intubación, hubiera sido internación breve, sí, tal cual. Sí, yo lo que decía es el temperamento de cada uno, porque hay momentos que uno por la urgencia hay determinados protocolos, si yo digo que esta persona... yo lo veo de afuera no estaba en ese momento con el cirujano, por eso digo que es válido lo que hizo él, pero viéndolo fríamente desde acá, si tiene un lesión de un centímetro no hubiera interesado más allá, porque si yo tengo un vidrio triangular, y tengo un centímetro no ingreso más que un



centímetro, nunca hubiera llegado a la región posterior de la tráquea, porque el diámetro externo es tan chiquito que obviamente no ingresó demasiado, el diámetro es muy chiquito. La internación se alarga porque se complicó por su problema pulmonar, lo que prolongó fue el tratamiento de la neumonía, usted doctor fíjese que solamente se hizo una ligadura de la vena yugular y solo uso o dos puntos en el orificio de la tráquea, eso en 15 o 20 días tiene que haber estado solucionado, no digo curado pero sí solucionado. No recuerdo de la historia clínica cuándo surge la infección. Podría haber sido externado, se lo podría haber extubado y se levantaba y se iba a su casa. O sea yo no lo digo así ligeramente, es una forma de demostrar que la lesión no era tan... o sea, a él no se lo intubó porque necesitara un respirador, sino porque para manejar la vía aérea, para que no tosa, por las secreciones, por un montón de cuestiones prácticas, quedó con el tubo. Yo cirujano hubiera dicho lo dejamos un par de días y le sacamos el tubo. Pero el paciente en un corto tiempo hizo un cuadro neumónico... o mejor dicho, porque la neumonía es lo que uno ve después, él lo que hizo es un cuadro séptico, lo que el médico ve en terapia es la sepsis no la neumonía, la neumonía se va constituyendo, no es que hoy estoy bien y mañana tengo una neumonía en los dos pulmones y me muero, se va gestando el cuadro de sepsis, aumentan los glóbulos blancos, disminuye por decir, aumentan los valores de la queratitina en sangre, ahí recibe antibióticos que son diez días, hemocultivos, y ver de donde es la infección y después uno se encuentra que es una neumonía, y para eso ya pasaron diez días. En cambio la lesión del cuello se podría haber ido 2 o 3 días. La creyelas son los gérmenes más... hoy en día desgraciadamente se trata de no llevar los pacientes a terapia, van porque no hay otra, pero las áreas cerradas son terribles en cuanto a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
SIC
S
JUR
-
TAL
FID
OSN

las infecciones intrasanas, son resistentes aún a los antibióticos que está probado que son efectivos para ese germen, porque van mutando. Ni que hablar de las endocarditis bacterianas, que a veces van junto porque en esta persona tenemos una neumonía, pero no se si no tendría también una endocarditis dentro del cuadro de sepsis. Generalmente es multiorgánico, no es solamente el pulmón. Y más esta persona en las condiciones en las que estaba, la gravedad es mayor. El primer mecanismo del cuerpo ante una infección es la fiebre. Desde que se produce una infección hasta que aparece la fiebre no es algo constante, no hay un parámetro, puede no tener fiebre, si está en shock séptico no tiene fiebre. Yo creo que sí estaba en shock séptico, y por eso fallece, es que no es al final, hay que ver los estudios. Una persona común, usted, yo, una angina, debutamos con fiebre, pero un paciente inmosuprimido no sé si debuta con fiebre, y más si está entubado, generalmente los controles los hace enfermería, y habría que ver los controles de enfermería qué valores de temperatura tiene. Pero no hay un estándar de decir a la media hora, al otro día. Porque si yo digo que tengo un paciente séptico y tuvo temperatura es muy probable que después no la tenga porque se le dan antitérmicos ya de rutina. Entonces son va a tener temperatura, porque la temperatura actúa sobre las células cerebrales, sobre el corazón, entonces el terapeuta no quiere que el paciente tenga temperatura... si bien es un síntoma. Si hay un síntoma, el primero puede ser la temperatura, si el sistema de termorregulación anda bien el primero va a ser la temperatura, sino tampoco...".-----

*-----9) La declaración testimonial prestada en la audiencia de debate de **Juan Sebastián Rodríguez** quien manifestó: "...a la señora Yanina Andrea Marconi le alquilé una casa de mi propiedad en Magallanes nro. 218, mi señora*



es Verónica Alejandra Suarez. [se le exhibe el contrato] Es la firma de mi mujer. Mira si mal no recuerdo, me lo hizo Jorge Coronel al contrato. Yo le dije a el que me lo hiciera, creo que fue con el que me lo hiciera directamente, y yo no vivía en Tandil, vivía en Carmen de Areco y lo maneje por teléfono, y la que firmó fue mi señora. Como inquilina sí figura Marconi, ella cuando me habló de la casa era para vivir con los hijos. No me dijo si estaba en concubinato con alguien. Yo le hablé cuando le mostré la casa que fue a verla y después creo que no. Cuando fue a verla fue sola, si se la mostré yo, fue en una moto, sí. No sé si después fue a vivir una pareja. Cuando me enteré fué por el diario, Magallanes 218 salió en el diario que había muerto una persona ahí. Cuándo se fue Yanina, fecha no te puedo decir cuando se fue. Yo tenía un campo en Carmen de Areco, viví 6 meses cerca de Tandil y después me fui a otro campo más grande entre Lamadrid y Coronel Suarez. Se fue porque había falta de pago, y todas esas cosas, no pagaba el Municipio y habían pasado todas esas cosas, y quería que me abandonaran la casa. Lo cobraba mi señora en realidad. Había falta de pago, pero se hizo cargo el Municipio. Isabel Rodríguez no sé. Cuando recibí la propiedad la recibí mal, con cosas rotas, una puerta, un vidrio. Es una puerta balcón que yo tengo en el living, el vidrio estaba partido, no destruido. Una puerta placa también rota. Después rayadas las paredes con lápices, de los chicos. Si te tengo que decir, yo vine porque quería que me dejaran la casa. Mira creo que fue en verano que la desalojamos porque yo me había ido de vacaciones y cuando volví, pasé por la intendencia para que no renovaran el contrato, ni me pagaran más el alquiler de la casa, y no sé si a la semana o a las dos semanas se fué. Yo estaba pensando en venirme ya para Tandil a vivir y quería refaccionar y todas esas cosas...".-----



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

-----A estas probanzas corresponde sumarle las declaraciones testimoniales también incorporadas por su lectura al debate por acuerdo de partes que se desarrollan a continuación:-----

-----10) La declaración testimonial de **Marcos Gastón Herrera** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 510/510 vta. en cuanto expresa: *"...que se hace presente en esta dependencia policial previamente citada. Que preguntada para que manifieste todo en cuanto sepa del delito investigado en I.P.P. 1036/13 caratulada "Varela, Martín Ismael S/ Homicidio, refiere que no recuerda fecha exacta, pero que se encontraba de guardia en la Sección Guardia del Hospital Municipal Ramón Santamarina, ese día en que ingresó Varela, en horas de la tarde. Que el trabaja en la ambulancia. Que Varela al momento de ingreso de Varela justo estaba en la sede de la Guardia. Que el mismo ingresó por sus propios medios, perdiendo mucha sangre, el Doctor Guillermo Pizzorno le indicó que le coloque suero y el médico lo entubó muy rápido. Consultado acerca de si escuchó que Varela dijera algo, puede aportar que en forma prepotente decía "AYUDENME" (sic). Que luego el dicente se retiró a otro llamado y no sabe más de lo acontecido..."*-----

-----11) La declaración testimonial de **Justo Leonardo Márquez** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs.508/508 vta. en cuanto expresa: *"...que se hace presente en esta Dependencia Policial previamente citado. Que preguntado para que manifieste todo en cuanto sepa del delito investigado en I.P.P. 1036/13 caratula "Varela Martín Ismael S/ Homicidio", refiere que no recuerda fecha exacta, pero que se encontraba de guardia en la Sección Guardia del Hospital Municipal Ramón Santamarina, ese día en que ingresó Varela. Que el*



traba en las ambulancias, pero cuando se desocupa ayuda adentro. Que ese día tenían tres casos graves, recibieron un llamado de calle Magallanes al doscientos; cerca del "pelotero", pero cuando fueron se encontraron con efectivos policiales y la víctima ya no se encontraba allí. Que los policiales le avisaron que ya fue trasladado. Que cuando regresa al Hospital se encontró con Varela ya enturbado en la sala de Shock Room (Alta Complejidad), sedado y esperando para llevarlo a terapia. Que sólo el deponente arregló la sala. Consultado si en el hospital se comentó algo referente al ingreso de Varela, refiere que no. Además puede aportar que ya conocía a Varela por otras internaciones, cree en infecto por neumonía y, en sección trauma por síndrome febril unos tres días...".-----

----- **12)** La declaración testimonial de **Hugo Eduardo Cordero** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 264/264 vta. en cuanto expresa: "...que se hace presente previamente citado a los efectos de aportar todo lo que supiere de lo acaecido. Que conocen a la pareja causante. Que puede aportar que el masculino, de quien desconocía sus circunstancias personales hasta que lo leyó en los medio, no vivía allí. Que de ella sabe que se llama Yanina, ya que siempre lo escuchaba a él insistir con "Yanina abríme". Que notaba junto a su esposa, que siempre que discutían ella salía para afuera, al principio no entendía porque esto de exteriorizar la situación, pero luego llegaron a la conclusión de que seguramente le tendría miedo y por eso no se encerraba. Que siempre los veían discutir en la calle, notaba que discutían porque hasta gesticulaban con las manos, o sea hacían tipo ademanes no que le dijera algo con gestos. Que un día escucharon que alguien hablaba y cuando se asomaron, eran ellos los cuales hablaban sentados en el paredón de su casa.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Que desconoce el tema por el que dialogaban. Asimismo refiere que nunca los vio agredirse físicamente. Puede aportar que siempre tuvieron problemas, que muchas veces vio luces de patrulleros en la morada, pero que Varela no vivía allí. Respecto de lo acaecido, refiere que escucharon revuelo y desde la ventana de su casa vieron que el caminaba hasta lo de una vecina, a quien le pidieron que lo lleven al hospital. Que luego se enteró por comentarios que habían parado una camioneta y, fue trasladado. Que antes de que se lo llevaran vio que el masculino en la vereda de enfrente a su casa, se sacó la remera o una camisa, no recuerda con exactitud y se tapaba el cuello. Que escuchó al masculino decía "llama la ambulancia me muero" (sic). Que también vio a los chiquitos llorando y gritando. Que es lo que logro divisar ya que ya estaba oscuro el día. Que más tarde vio gotas de sangre hasta en su vereda, por lo cual considera que estuvo allí..."

VICI
ISU
DE
N
CIC
VRL
SINI
MDV
N
CIC
CIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

-----13) La declaración testimonial de **Ana María Calvo** prestada durante la IPP incorporada por su lectura al debate, por acuerdo de partes, obrante a fs. 265/266, en cuanto expresa: "...que se hace presente previamente citada a los efectos de aportar todo lo que supiere de lo acaecido. Que conocen a la pareja causante. Que puede aportar que el masculino, de quien desconocía sus circunstancias personales hasta que lo leyó en los medio, no vivía allí. Que de ella sabe que se llama Yanina, ya que siempre lo escuchaba a él insistir con "Yanina abríme". Que notaba junto a su esposo, que siempre que discutían ella salía para afuera, al principio no entendía porque esto de exteriorizar la situación, pero luego llegaron a la conclusión de que seguramente le tendría miedo y por eso no se encerraba. Que siempre los veían discutir en la calle, notaba que discutían porque hasta gesticulaban con las manos, o sea hacían tipo



ademanes no que le dijera algo con gestos. Que una mañana mientras hacía los quehaceres domésticos escuchó que alguien hablaba y cuando se asomaron, eran ellos los cuales hablaban sentados en el paredón de su casa. Que desconoce el tema por el que dialogaban. Asimismo refiere que nunca los vio agredirse físicamente. Puede aportar que siempre tuvieron problemas, que muchas veces vio luces de patrulleros en la morada, pero que Varela no vivía allí. Que él siempre iba a ver a los niños y les hablaba por a través de la ventana. Respecto de lo acaecido, refiere que escucharon revuelo y desde la ventana de su casa vieron que el caminaba hasta lo de una vecina, a quien le pidieron que lo lleven al hospital. Que luego se enteró por comentarios que habían parado una camioneta y, fue trasladado. Que antes de que se lo llevaran vio que el masculino en la vereda de enfrente a su casa, se sacó la remera o una camisa, no recuerda con exactitud y se tapaba el cuello. Que escuchó al masculino decía "LLAMA LA AMBULANCIA ME MUERO" (SIC). Que también vio a los chiquitos llorando y gritando. Que es lo que logró divisar ya que ya estaba oscuro el día. Que más tarde vio gotas de sangre hasta en su vereda, por lo cual considera que estuvo allí. Que aparte de lo que declaró su esposo, puede decir que notaba que Varela era muy insistidor de ir a la casa, todos los días aparecía. Que recuerda en una oportunidad, vio que el masculino hablaba con la chica, y estuvo hablándole y tratando de convencerla o manipularla, hasta que luego ella le dejó llevar a los niños. Al respecto refiere que luego de lo sucedido, los chiquitos comenzaron a salir más a jugar y a andar en bicicleta, como con más libertad, notando que seguramente antes no los dejaba salir por temor. Por ultimo agrega que escucho un rumor de que uno de los niños dijo en la escuela que el padre estaba



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
CIB
OSN

internado y que la mama iba a ir presa, preguntando a ver si alguien lo quería adoptar...".-----

*-----14) El **acta de procedimiento policial** de fs.02/02 vta., en todo aquello que fue ratificada por los testigos que declararon en el juicio en cuanto expresa: "...en la ciudad de Tandil, partido homónimo Provincia de Buenos Aires, a los trece días del mes de abril del año dos mil trece, siendo las diecinueve horas y cuarenta y cinco minutos en circunstancias en que el suscripto Oficial de Policía Cristian Palavecino, numerario de la Comisaría Tercera de Tandil me hallaba a bordo del móvil 12247 soy comisionado por el radio operador de turno para que me constituyera en calle Magallanes al 200 de este medio donde se habría originado una pelea. Que una vez constituido en el lugar observo a varias personas aparentemente vecinos del lugar hacían señas indicándole el domicilio ubicado en Magallanes numeral 218 de este medio en donde el suscripto se acerca al domicilio en donde sale una mujer a la cual le pregunto si había sucedido algo a lo que la misma me responde que se había peleado con el marido y le cortó el cuello con un vidrio, manifestando espontáneamente que comenzó a golpearla por ese motivo se defendió. Que seguidamente se identifica a la mujer la cual resulta ser y llamarse Yanina Andrea Marconi, argentina, instruida, soltera, ama de casa, 28 años de edad, DNI n° 32.181.083, nacida el 13/03/85, quien manifestó que su concubino resulta ser MARTIN ISMAEL VARELA, el cual fue trasladado en una camioneta particular de la cual se desconoce datos y quien fuera la persona que lo auxiliara. Que ante esta circunstancia el suscripto dio informe a la superioridad policial, dándole la directiva de permanecer en el lugar y tratar de hallar el vidrio utilizado en la agresión. Que seguidamente se realiza una búsqueda del vidrio, hallando el*



mismo sobre la cinta asfáltica pegado a la vereda a unos diez metros de la casa de la ciudadana Marconi hacia calle Vicente López. Que seguidamente se hace presente el Oficial Principal Diego Gauna, juntamente con el perito en levantamiento de rastros Sub Teniente Matías Prado, quien realizó su experticia en el lugar y labró acta por separado de la presente. Que seguidamente el Oficial Gauna se entrevista con una vecina domiciliada en calle Magallanes n° 238 de este medio la cual es identificada como Aida Iñiguez, Argentina, instruida de 77 años de edad, viuda, dda. En Magallanes n° 238 de Tandil, DNI n| 01.971.289, teléfono n° 0249-154547121, la cual manifestó que se encontraba dentro de su casa cuando siente ruidos en la vereda y al salir a ver se encuentra con el vecino todo ensangrentado con una lesión en el cuello y le pedía auxilio, también se encontraba la esposa del mismo a la cual le decía textualmente "me mataste me mataste mira como estoy", por lo que la ciudadana Iñiguez llamó al 101 dando aviso de lo sucedido. Que seguidamente y finalizadas las tareas del perito y habiéndose recibido directivas de la Comisaría de la mujer de Tandil de que se debía trasladar a la ciudadana Marconi hasta la sede de dicha dependencia a los fines de ser notificada de la formación de la presente causa y de los derechos que la ley le otorga es donde la nombrada manifiesta espontáneamente que su concubino comenzó a golpearla por lo que tomó un trozo del vidrio de la ventana rota que posee en la parte posterior de su vivienda y lo agredió con el mismo para defenderse, viendo que la misma aparenta tener lesiones en el rostro. Que seguidamente el Oficial Palavecino traslada a la ciudadana Marconi al asiento de la Comisaría de la Mujer local...".-----

*----- 15) La declaración testimonial de **Aida Iñiguez** de fs. 20/21 donde expresó: "...que en fecha 13 del corriente se*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OS

encontraba en el interior de su vivienda, más precisamente en la habitación recostada. Que siendo aproximadamente las 19:00 hs, la declarante escucha gritos que provenían del exterior de su vivienda "LORENA LORENA" sic., refiriéndose a la nuera de la declarante que no se encontraba en el domicilio. Ante esta situación la declarante procede a levantarse y sin abrir la puerta de acceso a la vivienda puede observar que en la vereda se encontraba la ex pareja de Yanina Marconi quien es vecina de la declarante tirado en la vereda y todo ensangrentado quien le refiere a la declarante " MIRE SEÑORA LO QUE ME HIZO ME QUIZO DEGOLLAR" sic. Ante lo observado la declarante procede a llamar al 101 emergencias. Momentos después Yanina hace detener la marcha a un vehículo, que sólo recuerda que se trataba de una camioneta blanca nueva con un masculino en su interior desconocido de quien se trata. Luego el masculino levanta del piso a la pareja de Yanina y lo lleva al hospital. Preguntado para que diga si Yanina luego de ocurrir el hecho le refirió algo a la declarante, la misma refiere que no, que después de lo sucedido Yanina se encerró en su vivienda. Preguntado para que diga cuanto tiempo hace que conoce a la pareja, la dicente refiere que sabe que alquilan la casa lindante a la suya desde hace dos años a la fecha. Preguntado para que diga si con anterioridad al hecho del día 13 del corriente, han ocurrido hechos similares, refiere que sí, que hace aproximadamente cinco meses atrás Yanina lo había cortado con una cuchilla en la entreceja, motivo por el cual fue derivado al Hospital Municipal, que sabe lo sucedido por el motivo de que la ex pareja de Yanina cada vez que discuten o pasa algo se dirigen a pedir ayuda a la casa de la declarante. Que refiere que son constante las veces que Yanina agrede físicamente a su ex pareja. Que refiere que la ex pareja de Yanina también la ha agredido



físicamente pero sin llegar a usar ningún tipo de elemento o arma para lesionarla...”, y la de fs. 244/246, donde agregó: “...Que ratifica íntegramente su declaración testimonial prestada anteriormente y que obra a fs. 20/21. Que al momento del hecho, se encontraba sola en su casa junto a su nieto de 15 años de nombre Braian. Que refiere que siendo alrededor de las 19:00 hs., del día sábado 13 de abril, se encontraba en la cocina de su casa, recién se había levantado, cuando escucha que alguien golpeaba la reja de la entrada de su casa. Que inmediatamente la dicente abrió la puerta de ingreso a su casa y vio desde ahí, que Martín Varela estaba sentado en un bolsón de arena que estaba ubicada en el frente de su casa, que Varela decía "mire como me hizo señora" tomando con su mano su cuello del cual emanaba abundante sangre. Aclara que no salió a la vereda sino que lo vio desde el porch de su casa, ubicado a unos dos metros, ya que le dio miedo que se le introdujera dentro de su casa, ya que sabía que tenía sida y estaba sangrando mucho. Que junto a Varela se encontraba su pareja Yanina Marconi, quien lo agarraba y trataba de auxiliarlo, a quien se la notaba desesperada, muy nerviosa, que la dicente le decía a Yanina que le apriete el cuello, que le pusiera un trapo, haciendo que Yanina se sacara la remera que tenía colocada y se la colocara en su cuello haciendo fuerza contra el mismo para que éste dejara de sangrar. Que Varela le recriminaba a su mujer porque le había hecho eso, que le decía "me mataste, no era para tanto, me quieres matar?". Que en ese momento Yanina no decía nada pero se la veía muy asustada. Que la dicente empezó de tratar de llamar a la policía y marcaba 111 y como no le contestaban llamo a su nieto que estaba en el departamento de arriba y con el celular de la dicente su nieto llamo al 101 y a la ambulancia. Que Yanina desesperada empezó a parar los autos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

que pasaban, que la camioneta que lo auxilio paso por su frente por lo cual, Yanina lo corrió y esta se detuvo, casi frente a la casa de Yanina, que era una camioneta doble cabina color blanca. Que cree que lo subieron en la caja de la camioneta, aclara que no lo vio, ya que la camioneta se detuvo en la esquina y Varela fue hasta allí caminando por sus propios medios. Que desde su casa la deponente no vio si alguien subió atrás en la caja con Varela para acompañarlo, lo único que puede decir es que Yanina permaneció en su casa con sus hijos, que la dicente no salió de su casa. Que resultaba claro que la autora de la lesión había sido Yanina ya que Varela constantemente le reprochaba "porque me mataste, mira lo que me hiciste", que en ese momento Yanina no tenía nada en la mano. Que aproximadamente a los 10 minutos de irse la camioneta llego la policía y luego la ambulancia, que no sabe que conversó Yanina con la policía. Que en el mismo momento que esperaban la ambulancia uno de los hijos de Yanina de 8 años, el segundo cree, se acercó a la deponente y le preguntaba a la deponente " papa se va a morir?" a lo que la dicente le decía que no, que el chiquito le conto que su mama había lastimado al papa con un vidrio de la ventana. Que esa misma noche, cerca de las 20:00 hs., cuando su nuera Lorena llego a la casa, encontraron un vidrio con manchas de sangre, casi al lado del bolsón donde había estado Varela sentado cuando le pedía ayuda, que era un vidrio medio cuadrado con sangre, que sabe que la policía luego recogió el vidrio. Que cree que hace dos años que Yanina vive en ese domicilio, que al principio vivían juntos con Varela allí y luego quedo viviendo solo Yanina con sus hijos. Que desde que los conoció cada tanto tenían discusiones, que Yanina ha ido a su casa a pedir auxilio junto a sus hijos en varias oportunidades porque Varela según refería la golpeaba, que Varela iba por detrás pero



siempre cuando Yanina era auxiliada por la dicente Varela se calmaba, que esto ocurrió cuatro o cinco veces, que esto ocurrió cuando estaban juntos. Que cree que hace dos meses que Yanina estaba separada de Varela, que hace como dos meses que Varela no entraba a la casa, que cuando iba se quedaba en la ventana o jugaba con los hijos afuera de la casa. Que cree que el motivo de la discusión que lo hizo separar fue una discusión en la cual Yanina lo corto con un cuchillo, que fue cerca de las 19:00 o 20 hs., hace aproximadamente dos meses, Varela salió de su casa pidiéndole auxilio a la dicente, con un corte en la frente, que vio que detrás de Varela estaba Yanina con un cuchillo en la mano y le gritaba a Varela "te voy a matar", que en ese momento llego la policía y la ambulancia quien lo traslado al hospital, mientras que no recuerda si a Yanina la llevo la policía, que la dicente entro a su casa y no sabe que paso, solo refiere que Yanina gritaba delante de todos que lo iba a matar, que cree que estaba su nuera Lorena quien trató de calmar a Yanina. Que Yanina tiene muy buena relación con su nuera Lorena. Que luego de este incidente se separan cree definitivamente, pero Varela concurría casi todos los sábados a la tardecita a ver a los hijos. Que recuerda en una oportunidad haber visto a Varela empujar a Yanina en momentos en que Yanina iba hacia su casa corriendo y pidiendo auxilio. Que nunca vio a Yanina golpear a Varela como así tampoco a Varela golpearla, que sabe por su nuera que Varela obligaba a Yanina a tener relaciones sexuales, o al menos lo intentaba, y en esas circunstancias se golpeaban. Que a su criterio Yanina no le tenía miedo a Varela, que era más bien de enfrentarlo, de defenderse, pero aclara que la relación entre ellos era muy conflictiva. Que desconoce si Yanina tenía alguna relación con otra persona ya que la dicente nunca vio nada, quien más concurre a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OS

vivienda es el papa de Yanina. Que antes de que llegara la policía observo a Ana Cordera vecina de enfrente quien se encontraba mirando y llamo a la policía también. Que en muchas oportunidades en que la pareja tenía conflictos, los hijos iban a su casa llorando. Que con relación al hecho investigado, refiere que antes del pedido de auxilio de Yanina llamando a Lorena no había escuchado gritos o ruidos provenientes de la casa de ellos. Que a Yanina esa noche no la vio golpeada. Que los días posteriores al incidentes del día 13 no volvió a hablar con ella, la que si hablo con Yanina fue su nuera Lorena. Que entre la casa de la dicente y la casa de Yanina hay un terreno baldío. Que Yanina trabajaba vendiendo ropa pero luego de este incidente fue despedida, que Yanina cuando iba a trabajar dejaba a sus hijos solos, que trabajaba todo el día, que de mañana quedaban sus hijos más grandes solos, ya que los chicos iban al jardín, y de tarde quedaban solos los más chicos en la casa, hasta las 17:00 hs que los dos más grandes regresaban del colegio, que Yanina regresaba cerca de las 21 o 21:30 hs., pero que durante el día Yanina se hacía escapadas del trabajo para ver a sus hijos. Que los chicos quedaban solos en la casa, y Yanina cerraba la puerta de calle con llave. Que Lorena le ha contado que Yanina tenía miedo de que Varela le robara los chicos, es por ello, que la única autorizada para retirar los chicos del colegio, además de Yanina era Lorena. Que aclara que los hijos más chicos tienen 4 y 5 años y el más grande tiene 9 años que cree que tiene un problema psicológico, que la casa es alquilada por Yanina a una persona que vive en el campo, desconoce su identidad. Que la dicente desconoce el número de teléfono de Yanina, quien lo sabe Lorena ya que se comunicaba con ella por teléfono. Que Varela con sus hijos era muy cariñoso, que en una oportunidad, la dicente le pregunto a Yanina si no



tenía miedo que Varela le hiciera algo a los chicos a lo que esta le respondió que no, que con los chicos era bueno que el problema era con ella.-----

----- Hasta aquí la prueba producida por las partes, que como lo anticipara en el inicio de este capítulo, es todo el material que permitirá resolver los puntos controvertidos. En lo que hace a la autoría de Yanina Andrea Marconi en la lesión con un vidrio en el cuello de Martín Ismael Varela, ha quedado plenamente acreditada a través de todo el material probatorio precedentemente transcripto, e incluso por la propia admisión de ella en su declaración en los términos del art. 308 del CPP. Los restantes puntos en los cuales hay un desacuerdo radical entre la acusación y la defensa: si existe o no un cuadro de violencia de género, si existió o no un homicidio preterintencional y si hubo una legítima defensa, los abordaré en su conjunto en la próxima cuestión, pero teniendo en cuenta todo el material probatorio desplegado y transcripto en el presente punto.---

----- Con los elementos arriba referidos tengo por acreditada la materialidad del hecho imputado como asimismo la autoría de la mencionada **Yanina Andrea Marconi** en la comisión del mismo, en virtud de lo cual doy mi respuesta afirmativa a las cuestiones planteadas, por ser esa mi sincera convicción (Arts. 371 tercer párrafo ap. 1° y 2° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal).-----

----- A la misma primera cuestión el señor juez Dr. Arecha dijo: adhiero al voto del Dr. Echevarría en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 1° y 2° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.----



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

-----A la misma primera cuestión planteada, el señor Juez Dr. Pocorena dijo: adhiero al voto de mis colegas preopinantes en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 1º y 2º y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-----

-----**A LA TERCERA CUESTION** el señor Juez Dr. Echevarría dijo:-----

-----Atento que han sido discutidas en el juicio, entiendo que en esta tercera cuestión debo resolver los siguientes puntos de disputa:-----

-----**I)** ¿Existía un vínculo entre Yanina Andrea Marconi y Martín Ismael Varela signado por la violencia de género conforme lo planteado por la Defensa Técnica?-----

VICI
ISOR
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
OIO
OIOS
JUR
-
TVI
CIBO
OSN

-----**II)** ¿Existió en el caso en juzgamiento una causa de justificación -legítima defensa- que le quitara la antijuridicidad a la conducta de lesionar de Yanina Andrea Marconi?-----

-----**III)** ¿Corresponde la imputación a Yanina Andrea Marconi del delito de Homicidio Preterintencional por el que fue acusada?-----

-----Tal como fuera adelantado, el nudo central del juicio quedó circunscripto: por un lado con la pretensión de la Fiscalía de encuadrar el caso en el delito de homicidio preterintencional en los términos del art. 81 inc. 1 apartado b) del Código Penal, en relación a los arts. 80 inc. 1 y 82 del mismo cuerpo legal. Y en el otro extremo la invocación del Señor Defensor Dr. Diego Araujo de dos cuestiones centrales: a) la existencia de un vínculo entre la víctima Martín Ismael Varela y la acusada Yanina Andrea Marconi signado por la "violencia de género" del primero



sobre la segunda, de larga data; y b) respecto del hecho en juzgamiento que deriva en la herida en el cuello de Varela, provocada por la Sra. Marconi, que la misma fue producto de una conducta justificada, por cuanto esta última actuó bajo las previsiones del art. 34 inc. 6° del Código Penal, al ser agredida ilegítimamente por la víctima sin provocación alguna de su parte y tuvo la necesidad de emplear un medio racional para repeler el ataque, no sólo porque objetivamente las circunstancias lo requirieron --una agresión intempestiva y sostenida de su ex pareja, que por tratarse de un sujeto de sexo masculino y por sus características físicas que a pesar de su enfermedad, tenía una superioridad de fuerzas--, sino porque también desde una apreciación subjetiva a partir de la mirada de quién actuó para defenderse ese era el medio racional y necesario para repeler el ataque, proteger su vida, su libertad de movimiento, y su integridad física/psíquica, todo lo cual fue manifestado por la propia imputada en la audiencia del art. 308 del C.P.P. obrante a fs. 612/620.-----

----- Entrando entonces en la postura integral de la acusación a cargo del Dr. Marcos Eguzquiza, debo señalar que esa parte, no dio crédito a la tesis de la defensa y al descargo de la imputada Yanina Andrea Marconi entendiéndole que: a) no se trata el presente de un supuesto de violencia de género; b) que no existió en el caso legítima defensa; y c) consideró que había quedado demostrado el hecho correspondiente a la tesis alternativa postulada: homicidio preterintencional en los términos del art. 81 inc. 1 apartado b del Código Penal, en relación a los arts. 80 inc. 1 y 82 del mismo cuerpo legal.-----

----- Así en las grandes líneas de su alegato final en el juicio el Sr. Fiscal Marcos Eguzquiza, sobre el nudo central de la controversia sostuvo:-----



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
CIB
OSN

----- "...que entiende acreditada la tesis alternativa de la requisitoria fiscal, y desiste de la tesis principal. Que considera que Marconi con la finalidad de lesionarlo lo atacó intencionalmente, pese al conocimiento de su enfermedad. Lesiones que implicaron un riesgo de vida. A raíz de la lesión debieron asistirlo a fin de reparar la vía aérea. Siendo internado en Terapia Intensiva. La asistencia médica respiratoria ininterrumpida produjo el agravamiento de su cuadro y se ocasiona deceso. Por lo que considera consumado un Homicidio preterintencional agravado por el vínculo, del Art. 82 inc 1° del C.P. Que existió dolo de lesionar en su accionar. Y que conocía el delicado estado de salud de la víctima y deterioro evidente que tenía. Que el perito médico Dr. Julián indicó que un vidrio así tiene gran capacidad de dañar y por eso ella agarro el trapo. Que Marconi expresó 'yo te corto', no dijo 'yo te mato'. Que la testigo Aída Iñiguez a fs. 642 dijo que ella le decía que no se iba a morir. Lo asistió, lejos de huir, pidió auxilio. Que descarta legítima defensa. En primer lugar, se remite a la prueba valorada en la requisitoria de elevación a juicio. Que con relación a los testimonios directos de Lautaro Varela y Emiliano Varela, que son los 2 testigos presenciales, más allá de la influenciabilidad puesta en evidencia por Cantú, los testigos indican a la imputada como la persona que agredió con un vidrio a Varela. Se demuestra el ánimo de no perjudicarla...Que valora también la circunstancia que surge de la propia declaración de la imputada Marconi, que reconoce haber tenido el incidente, tomado el vidrio, envolverlo en trapo y cortar a Varela, obviamente no reconoce haberlo hecho intencionalmente. Destaca mendacidad en Marconi en cuanto a cómo relata que se produjeron los hechos. En lo relativo a la mecánica su relato no se corresponde con lo descripto por perito médico



Dr. Julián. Que no desconoce la violencia existente en esta pareja. En todo momento el MPF ha reconocido que Varela era agresivo. Existía violencia intrafamiliar. A fs. 234/238, inmediatamente al conocimiento de la muerte de Varela, la primera diligencia que se hizo fue recabar todos los conflictos existentes de la pareja. Por lo tanto mal se puede decir que este Ministerio Público no reconoce la situación de la pareja. Respecto de la situación de la violencia de género en causa n° 32812, "Videla Carlos Alberto", la Cámara de Azul expresó: La violencia de género requiere como elemento normativo una interpretación que va más allá de la relación inequitativa entre los géneros, la actitud de dominación y control, no es por la modalidad de ataque sino por el móvil. Idea de mujer cosificada. Delitos de sometimiento. Idea de censura a la que la mujer acude libremente. Méndez habla de situación de sumisión de Marconi en la pareja. No comparto esta idea, se contrapone con todos los informes psicológicos de la imputada. Rudolff a fs. 587/590, nos habla que Marconi recurre a la omnipotencia, tendencias reactivas, no reflexiva, nivel de tolerancia disminuida, minimización de conflictos, pensamiento mágico con frustración al estado de ánimo. Méndez, relativizó los informes de Centro de Salud Mental. Loreal y Lloveras en el CSM, 553/554 anexo 1, indicaron que presenta signos psicopatológicos, psicosis, rasgos descuidados, negación de la actualidad, pensamiento místico. El Cuerpo Técnico del Juzgado de Familia, Lic. Dupleix y Romero, causa 12714, indican que la imputada se presentó enojada irritable, angustia, inestabilidad emocional, escaso control de los impulsos. Falta de empatía. Proyecta la responsabilidad de sus problemas en las instituciones. Peleas con pares en escuela, violencia cruzada con sus parejas, depresión, ideas de muerte. Trastorno borderline de la personalidad, constata



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
LSO
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

que es una afección mental que la lleva a tener reacciones impulsivas y caóticas. Se valora también informe de la Lic. Ghezzi, por una representación de Emiliano Varela fs. 137. Emiliano refiere hechos de violencia vivenciados por su madre. Servicio de Promoción y Protección de los Derechos del Niño golpiza de la madre al chico. Fue bastante después que hubiera muerto Varela. Que las hermanas de Varela relatan maltrato, molestias de Marconi a Varela. Que a fs. 75 anexo 3, se habla de paciente -Marconi- negligente que no concurre a controles. Se va sin el alta. Que a fs. 226, se describe a Marconi muy agresiva con las personas que la atienden. Que destaca que en 2011, se realizó una mediación en la ORAC. -surge de fs. 35/410 anexo 1: con Varela imputado. A propuesta del Sr. Defensor Dr. Araujo, y que allí desde Varela se solicitó la intervención de la ORAC.

Hay un acta, en la que Marconi manifiesta que hacía mucho tiempo que ya Varela no la agredía y había cambiado. Lic. Martínez del Centro de Asistencia a la Víctima no supo dar respuesta como no se intervino si era tan tajante la situación de violencia. -Que según surge de la historia clínica los hechos de violencia habían cesado mucho antes 2003/2004, en 2011 ya no había ingresos por golpizas. Que la situación de vulnerabilidad e inequidad no es tan evidente. Si una de las dos partes estuviera en estado de inequidad no se puede mediar como lo hizo la ORAC. Surge que seis meses antes en septiembre de 2011 la Lic. Martínez no vio ese estado de vulnerabilidad. Al domicilio de calle Magallanes se fueron a vivir juntos en enero de 2012. Y cuando se separan se retira Varela. Que la imputada Marconi queda viviendo con sus hijos. Eso le demuestra autonomía..Marconi tenía mayor independencia aprendió a poner límites. No puede ser catalogada como actitud de sumisión, que pudo haber existido hace años pero Marconi había cambiado de actitud en



los últimos tiempos. Sin duda estamos en casos de violencia pero no producto de sumisión... Que valora especialmente, entre otros el testimonio de Iñiguez, que menciona que dos meses antes de este suceso, en enero de 2013, Varela sale de la casa requiriendo ayuda con corte en la frente y la ve a Yanina con cuchillo en la mano y le gritaba a Varela que lo iba a matar. Que considera que la imputada Marconi lo instigaba, era violenta. Que fue a la casa de Silvia Varela y la golpeó, hay certificado médico en la causa adjuntada. Que es sabido que la "violencia familiar" adopta dos formas: a)-violencia y agresión o b)-como violencia castigo. En esta última hay relación asimétrica, cosificación, posición dominante de uno sobre otro. En este caso claramente existe violencia de género se cosifica a la mujer. Relación de asimetría, poco importa que uno sea más fuerte físicamente...que quien domina en lo físico puede no hacerlo en lo psicológico. Es cierto que Varela tenía más fuerza física que Marconi, pero Marconi tenía poder de decisión sobre las personas, los domicilios, la independencia económica. La víctima no fue a acosarla a la imputada, fue porque ella lo llamo en dos oportunidades (fs. 254), él le respondió a las 16:47 y 16:50. A fs. 442vta. Él le contesta que ya estaba yendo y no tenía batería. El día anterior Marconi también había llamado a Varela. La imputada reconoce que lo dejó entrar, que le dio dinero para comprar facturas. Denota que Marconi no estaba a disgusto con su presencia. Que con relación a la "autoría" de Marconi, la considera probada, que ella misma la reconoce. Que también los hijos Lautaro y Emiliano la sindicaron. También el testigo Iñiguez y los policías. A todos les reconoce haber lastimado a su esposo. Que respecto a la responsabilidad: hay que hacerse la pregunta ¿cómo ocurrió el hecho?. Y aparece la mendacidad de Marconi. Ella indica que la lesión fue en la puerta de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MDV
N
CIC
CIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

calle. No se compadece con la prueba. Lautaro y Emiliano dicen que sucede en su totalidad en la pieza, no en la puerta. Es inverosímil que haya entrado y salido. Hubiera manchado más lugares de la casa. Destaco lo descripto por el perito médico Dr. Julián valoro como la versión más creíble, los dos cuerpos en movimiento. Coincido con ello. Cuando se produce la herida, Marconi sin duda tenía su brazo extendido y Varela en movimiento descendente. Que afirma esto porque tienen mucha diferencia de altura. Que así entonces el tema de la herida se produce en forma descendente. Varela a su criterio tiene que haber estado medio agachado...Que entiende que para esto existió dolo. Que la lesión fue intencionalmente cometida por Marconi. Que Marconi le dijo a Varela dejame pasar o te corto. Que respecto a la forma en que se produce el corte, es penetrante, fue asestado para penetrar en la piel. Que el Dr. Leitao lo describe como un golpe con fuerza. La testigo refiere que a los policías les dijo que fue intencional. El dolo de lesiones está en su agresión. Que con respecto a la causa de justificación - legítima defensa-, describe sus requisitos técnicos. Nadie tiene porque soportar... derecho de rechazar o hacer cesar la agresión ilegítima en curso. Racionalidad. Que minimiza las lesiones que sufrió Marconi. Que solo se verifico en su cuerpo que tenía pequeños raspones en su espalda, escoriación en su frente. Que escoriación es la más leve de todas las lesiones, y pequeño hematoma infraorbitario según informe médico Dr. Leitao. Que las prendas de vestir de ninguno de los dos evidencian forcejeo de importancia. Que respecto a la asfixia con cable, entiende que está demostrado que no existió. Que los médicos que llegan corroboran que estaba normal, que su cara no tenía signos de asfixia, hablaba normalmente, sin afonía ni disfonía. Sobre todo marcas en el cuerpo de la atacada, rasguñones, golpes,



o marcas... no se demostró. No estaba la plancha tirada. No había un solo mueble o elemento desacomodado o roto. Los niños lo refieren pero fueron influenciados. Cantú habla de intención de posicionar mejor a su madre. La madre dice que estaban afuera y ellos que vieron todo. Indudablemente existió un forcejeo, Marconi había sufrido una agresión pero no era actual, la agresión había cesado al momento que la corta. Ella dice que ella pensó que continuaría haciéndolo. No era actual la agresión. Luego de tomar le vidrio se lo clavó en la línea de la tráquea. Sorpresivo y certero del golpe. No era necesario el medio empleado. No existió racionalidad en el medio empleado. Y subsidiariamente para el caso que no se comparte el criterio solicita se lo califique como exceso en la legítima defensa. Que con relación al nexo causal, manifiesta que a raíz de la herida y posterior internación fue necesario intubarlo. No era aconsejable una práctica distinta, salvo la opinión divergente del perito Dr. Julián. Que Varela estaba compensado, que no tenía riesgo de vida inminente pero tenía un deterioro general crónico, inmunodeprimido. Que en el Anexo 5, en la primer hoja está graficado todo este cuadro de base. Que la acción sufrida a manos de Marconi ha contribuido a la muerte, sin duda la intervención quirúrgica era necesaria, no podía quedar sin resolver, para tratar la herida debieron intubarlo, lo que produjo la neumonía bilateral, lo que produjo su muerte. Que fue una lesión grave con riesgo de vida, más aun en Varela con su estado delicado de salud. Que de fs.808/810 surge que lo recibe en el Sanatorio Dr. Marino, lo trasladan al Sanatorio por falta de respiradores, intentan hacer una derivación en Mar Del Plata y no pudieron. Que el Dr. Marino lo atiende al ingreso. Estuvo a cargo del paciente, continuaba con ventilación. El mismo día de la internación presento tres



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VIC
IST
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCM
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OS

registros febriles. Que se pensó en un probable foco infeccioso respiratorio. Que en la tercer toma se decide cultivo. En todo momento estuvo con antibiótico por neumonía bronco-aspirativa. Que indica infección original por herida que deriva en infección intrahospitalaria. Que si al paciente no hubiera sido necesario intubarlo no hubiera muerto por infección intrahospitalaria pero si por la lesión de su cuello. Que era una herida sucia. Cita el fallo de la Sala I TCPBA 33.763, donde se sostiene que no existe impedimento a que una cadena causal. Que la víctima nunca abandonó el hospital. Que aun invocando correctores de adecuación o relevancia esa causación no se pierde. Sostiene que hay nexo causal con la autora de la lesión. Que por ello entiende acreditada la autoría penalmente responsable en el hecho de Marconi...". Hasta aquí entonces la tesis de la Fiscalía.-----

-----Planteada así la controversia, adelanto que la prueba producida en el juicio, no permite tener por acreditada la existencia de un homicidio preterintencional como lo pretende la Fiscalía. Y, a su vez, el debate suministró base probatoria más que suficiente para dar por plenamente probada la existencia de una situación previa de violencia de género, y también se acreditó que la lesión producida en el cuello de Varela -objeto de este juicio- por parte de Yanina Andrea Marconi, fue en el marco de una situación de legítima defensa que, como tal, se encuentra justificada desde el punto de vista jurídico. En los párrafos subsiguientes fundamentaré acabadamente las razones de este temperamento.-----

-----**I.-** Paso a tratar el primero de los puntos controvertidos, relativo a **si existía un vínculo entre Yanina Andrea Marconi y Martín Ismael Varela signado por la violencia de género.**-----



----- Para ello, y atento la oposición del Sr. Fiscal, entiendo necesario abordar el análisis a partir de un marco más amplio que el del mero suceso puntual acaecido en la tarde del 13 de abril de 2013, en el domicilio de Magallanes 218 de Tandil. En tal sentido gracias a la comprometida e intensa actividad de las partes, el juicio fue muy generoso en información, lo que permitió completar un panorama más general y abarcativo de lo que fue la relación entre la imputada Yanina Andrea Marconi y Martín Ismael Varela. Así entonces, considero imprescindible visualizar la situación vincular global entre ellos, ya que de otro modo no podrían entenderse ni desentrañarse adecuadamente los hechos en juzgamiento, sin enfocar la película completa de los acontecimientos totales, producidos durante varios años y que marcaron la convivencia de la pareja Marconi/Varela.----

----- Así entonces terminado el debate oral, me encuentro en condiciones de definir con absoluta certeza que estamos ante un claro caso de "violencia de género", ejercida durante años por parte de la víctima Varela sobre Yanina Andrea Marconi. Y el suceso en juzgamiento, debe ser analizado dentro de ese marco más amplio de conocimiento. En otras palabras, para comprender las características del evento traído a debate, deben tenerse muy presente cuales eran las particularidades de la relación y el clima de violencia cíclica que imperaba desde mucho tiempo antes, y que persistió aún después de la separación de la pareja.----

----- En este orden de ideas, considero que el vínculo Marconi/Varela era un supuesto de "violencia de género" y que a la luz de esta postura conceptual, debe ser enmarcado y entendido el hecho traído a juicio, desde una "perspectiva de género" tal como lo propusiera la Defensa.-----

----- Pero para realizar esta afirmación, resulta menester hacer un exhaustivo relevamiento de lo que el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
CIBO
OSN

juicio puso de manifiesto de manera abrumadora sobre este tema.-----

-----Así surgieron de la prueba aportada por las partes numerosos elementos objetivos, que demuestran acabadamente que estamos ante un caso "crónico" de violencia de género que paso a detallar:-----

----- a) La testigo **María Laura Atela**, Sargento de la Comisaría de la Mujer, relató que conocía a Marconi "de causas anteriores" y que "ya tenía causas previas de violencia... De algún hecho en particular no recuerdo, si sé que constaba en la Comisaria alguna denuncia o exposición y que tuvieron orden de restricción en algún momento desconozco si en ese momento estaba vigente. Las causas de violencia previa eran de él hacia ella. Violencia ejercida sobre Marconi sí. ...Comentaban que él iba muchas veces y no vivía ahí. Que habían forcejeado en otra oportunidad en la puerta y que él quería ingresar y ella no le permitía... Si recuerdo haber intervenido en los incidentes anteriores. Como lo que paso no fueron, más bien discusiones o agresiones verbales o amenazas de ese tipo..."-----

----- b) Por su parte **María Lorena Faijoo**, vecina, contó que: "Cuando tenía un problema ella o el chico la agredía o hacía algo, los nenes iban corriendo a pedirme auxilio a mí que le estaba pegando a la madre y ella miles de veces se ha ido escapada de él, se ha metido en mi garage, para protegerse. Supuestamente él fue a pedirle auxilio a mi suegra. Cuando lo agredió con el vidrio sí. Antes que ese día él no fue nunca a pedir auxilio... Esto de que vinieran a pedir auxilio los nenes era seguido, porque el papa agredía a la mama sí. Ella entraba en el garage de mi casa, si no se sentía que entraban salía y estaba ya adentro y él en la vereda, obviamente algo le quería hacer. Ella si se manifestaba asustada en ese momento. ...Si recuerdo



haber visto un hecho de violencia de él hacia ella. Cuando discutían así él la empujó un día me acuerdo contra un alambrado a ella, y bueno, él le decía cosas a ella. Si ella se cae al piso. Le decía que era una hija de puta, que andaba con machos, y ella le decía callate drogadicto... el problema surgía a la noche cuando él se quería meter a la casa por la fuerza... El episodio que vi ellos justo salían y yo también y lo vi porque lo vi él la agredía y trate de separarlos, que no se agredieran, él la empujo sí. Fue un empujón".-----

*----- c) La Sra. **Daniela Marisa González** aportó nuevas situaciones de violencia, al relatar que eran "...una pareja que tendría que haber terminado muchos años antes que yo los conociera, se llevaba mal, maltrato, falta de respeto, pasaba ya los límites del maltrato normal. A mí me contaban en realidad más los problemas de violencia de Varela a Marconi, yo no presenciaba, yo iba cuando ya habían pasado los episodios, nunca estuve presente en el momento, la escuchaba a ella porque él no estaba. Si hable con él. Lo que sí presencie una vez, me mandaron a llamar porque ella estaba encerrada atemorizada en la asistencia social que hay en 4 de Abril y Arana, y la tuve que ir a buscar yo y sacarla y hable con Martín y le dije que si tenían diferencias no era el momento, que se retirara y esperara que las cosas estén calmas, no recuerdo las palabras pero él se fue y yo la pude retirar a ella del lugar, no recuerdo cual era el conflicto en esa oportunidad. ...Este conflicto no sé cuántos años hará, no puedo opinar, pero siempre fueron años de violencia, todos. ...Entre ellos la relación siempre estuvo mal. ...Ella siempre me llamaba que había sufrido violencia con él... Cuando yo la conocí no podía creer, cuando ella me llamaba me contaba los hechos que había ya vivido, yo estaba cuando ya habían pasado las cosas y ella me*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MGI
N
OIO
OIOS
IURI
-
TUI
CIB
OSI

contaba todo lo que había vivido. Por supuesto que estaba mal cuando lo contaba. Muchísimas veces la asistí, incluso muchas veces llamaba a la policía y me llamaba a mí. ...Muchísimas veces si por ocasiones de violencia, si la misma situación emocional de ella. ...Recuerdo una vez en especial cuando ella vivía en Duffau, que le tenía el pie en la cabeza sobre el piso, que la había obligado a tener relaciones sexuales y que la insultaba todo el tiempo... No él no cesaba en el hostigamiento pese a esa actitud. ...él ha violado las restricciones, siempre había una excusa para acercarse siempre había un argumento... No sé con qué frecuencia eran los hechos pero serían mensuales, sí... Terribles los episodios, siempre había agresión física brava, siempre fue tirada de pelo, arrancada, violaciones, o sea, no eran solo de palabra, eran de hecho y muy violento, ella lo aguantaba porque lo amaba y porque no quería que los hijos se quedaran sin papá, entonces aguantaba y aguantaba, nunca la pude convencer de que lo dejara. Ella siempre me decía que lo amaba, aun lastimándola...".-----

*-----d) También fue testigo de hechos de violencia la Sra. **Marcela Díaz**, quien relató en debate que: "...Yo la conocía de vista hasta ese momento y en esa oportunidad fui a su casa de ahí fue cuando presencié el primer hecho de violencia. Yanina me hizo pasar como si me conociera y estaba un poco tensa la situación, yo pensaba en ese momento que era yo la que estaba molestando, y Martín me pidió que lo dejara solo que quería hablar con Yanina. Era en una casa de calle Machado. Martín me pidió que los deje solos que quería hablar con ella y empecé a retirarme y Yanina empezó a gritarme que no me vaya que le quería pegar, yo me puse en el medio, el nene lloraba y bueno él la sostenía del pelo de un lado y le pegaba conmigo en el medio, y en un momento la soltó y se fue... Hubo otros hechos sí, yo no los presencié*



pero la he visto a Yanina golpeada, una vez la acompañe muy lastimada a hacer una denuncia, en otras oportunidades llamamos al papá, esa vez que la acompañe estaba cortada porque se habían roto vidrios de la habitación y tenía las manos y la cara lastimada. No, no la llevo a lastimar la vez que yo estaba ahí. Si muchas veces la vi golpeada. ...Aparte de los golpes sí, Yanina me ha contado que la obligaba a mantener relacione sexuales. Insultos también sí... Recuerdo que estaba el nene en una cunita cerca de un año tendría el nene que hoy tiene 12 años, así que debe hacer doce años o un poquito menos. Si yo estaba en el medio él la sostenía del pelo, fue breve porque yo lo empujaba para que la suelte y en un momento la dejo. Si le pegaba piñas de costado".----

*----- e) Su padre, **Osmar Hugo Marconi**, conto: "Situaciones de violencia de Varela a mi hija sí viví. Fue una relación de un tiempo bastante extenso donde varias veces vi a mi hija con algunas marcas de golpes y muchas veces fui también a buscarla a alguna equina de la ciudad porque ella me llamaba que Martín le había pegado o la había echado. Como padre en algún momento la llevé a un hotel a dormir algunas noches, otras veces la acomode en otra casa, otra vez le alquile un departamento en Darragueira... después se volvían a arreglar... fue una relación muy larga, muchas veces de violencia y yo como padre tenía ese temor de que pasara a mayores, y que un día sonara un teléfono y sea para avisarme que mi hija estaba muerta, porque siempre uno ve lo que pasa con la violencia de género y siempre termina la mujer muerta por el hombre. ...Era muy difícil esa relación siempre le aconseje que tomara distancia pero él tenía restricciones, las violaba y se acercaba y terminaba golpeándola... Tenían un tiempo que andaban bien y por allá Yanina me llamaba papi estoy en una esquina, Martín me pegó, me hecho de la casa, no tengo donde ir, lo que conté recién,*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIOS
IUR
-
TAL
OIO
OSN

y se hacían las denuncias, me daban para que no se acercara, pero después al tiempo lo mismo que nada. Un hotel fuimos una vuelta al Hotel Italia... Otras veces le presté un domicilio en Villa del Lago, una vuelta que Martín le pego y la echó y ella no tenía donde ir y como yo no tenía a nadie ahí viviendo se la di, estuvo como tres meses ahí viviendo. ... La mayoría de las veces le dejaba alguna marca. Una vuelta hubo un incidente en Darragueira ...y Yanina me llamó porque estaban discutiendo fuerte y fui y ahí tuve un cruce de palabras fuerte y él se levantó un poco a pegarme y nos tocamos un poco pero no paso más nada. Y otra vuelta en Magallanes me llamó mi hija un miércoles, estaba Martín y ella afuera porque Martín le había querido pegar. ...Esa vuelta que yo le alquile el departamento a Yanina que él le había pegado. Ellos Vivian en Quintana y la otra calle donde está la vía, cuando la saque de ahí y le alquile en Darragueira y Cuba yo la acompañe a la Comisaría Tercera a hacer la denuncia y él estuvo como 4 o 5 días detenido y ahí nos mandaron a la Comisaría de la Mujer, pero él estuvo detenido... ir al hospital por los golpes sí, varias veces. Cuando ella hacía denuncias le hacían ver por un médico y varias veces fue al hospital... Creo que era el Hotel Italia sí. En Espora. ...Siempre es lo que pasaba siempre él le pegaba y la echaba".-----

*----- f) También su madre, **Juana Esther Domínguez**, relató al menos tres hechos violentos distintos: "...al mes y medio de haberlo conocido a Martín estaba Yanina vivía conmigo con Juan Esteban y mi nieta ellos se habían empezado a conocer y él le pegó al papá de mi nieta, a raíz de eso yo le pedí que se fuera de mi casa. Yanina tenía 18 años ahí. Le pego al papa de mi nieta, a la ex pareja de Yanina sí, yo le pedí a Martín que se retire que no lo quería mas en mi casa, levanta el puño para pegarme y le digo '¿me vas a*



pegar?' y me dice 'si porque vos no me quieres', eso fue el primer episodio"; "Cuando fue a Mar del Plata toda golpeada con mis cuatro nietos el más chiquito tenía dos meses, en la terminal la quise abrazar y no pude porque estaba toda golpeada y me pidió que la suelte... Si ya tenía los cuatro chiquitos, el más chiquito tenía 9 meses. La fui a abrazar y se quejó si me pidió que la suelte porque tenía moretones en las costillas, que él la había sacado de la cama a la noche y la había tirado al piso y la había pisado y golpeado..."; "...un fin de semana mi nieto tenía 5 días, Emiliano, y me llaman por teléfono y vengo al hospital y estaba Martin Varela frente al hospital en el cordón de la vereda de la plaza y me dice 'yo no le hice nada Esther', yo todavía no había entrado al hospital. Y cuando entro me dicen que había operarla de urgencia porque estaba con mucha hemorragia y necesitaban autorización porque ella tenía 20 años. Se recupera, pasa unos días internada, y estaba... sí, sí, la operaron para detener la hemorragia. ...Yanina me dijo que él le había dado una paliza y se tuvo que ir caminando al hospital. Fue porque ella estaba con cesárea doctor, y le agarró hemorragia interna. El chiquito tenía 5 días y el chiquito también estuvo internado porque también no había quien lo cuidara. Hemorragia vaginal sí", "...Si sé que tuvo que sacarla el papa a otra casa, alquilarle departamentos o llevarla a un hotel... En la casa de Sarmiento la he tenido que llamar yo con mi hermana y la policía para que él no le pegue, porque él le había arrancado el cuero cabelludo, yo las fechas no se las puedo dar porque no las recuerdo, 18 o 20 años" "...Si me conto ella de la golpiza después de la cesárea, pasados unos días, me conto que le había pegado y la había tirado al piso, que le había pegado patadas".-----

----- **g)** Incluso las propias hermanas de Varela aceptaron la existencia de situaciones de violencia de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Martín Varela para con Marconi. Así, **Silvia Cristina Varela** relató: "Sí presencie actos de violencia entre ellos, discusiones, se decían de todo. ...Los dos se pegaban... Yo la veía a veces marcada a Marconi, le veía los moretones. En la cara sí". **Miriam Varela** dijo por su parte: "Yo no presencie maltrato físico, pero si tome conocimiento recuerdo que me han dicho que se han pegado pero yo no vi. Sí que se pegaban los dos". Por último, **Yesica Betina Varela** contó: "Sí mi hermano le pegaba a Yanina. Lo sé porque he estado, lo he visto. Si vi episodios de violencia de él hacia ella. Cuando ella lo provocaba tanto y mi hermano se sacaba a ella le daba miedo sí. A veces lo sacaba y mi hermano se quedaba tranquilo".-----

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
OIO
S
JURI
-
TAL
CIC
OIO
OSN

-----g) La trabajadora social **Julia Andrea Méndez** aportó diversas informaciones que llegaron a su conocimiento en sus diversos ámbitos laborales diciendo: "consta una primera intervención del área de fortalecimiento en el año 2003... Estando un día de atención dentro del Hospital hay una atención de urgencia en el área del servicio de ginecología, en donde avisa personal del hospital que había una persona de nombre Martín Varela -esto todo en el registro, escrito- que presenta un episodio de violencia contra su actual pareja que era una joven menor de edad de 17 u 18 años, con un embarazo avanzado, que estaban a la espera de hacerse una ecografía y empieza a golpearla violentamente, siendo que los médicos y enfermeros no los podían separar... el 2005 donde voluntariamente se presenta no ya dentro del hospital sino ya funcionando dentro de la actual Secretaría de Desarrollo Social, se presenta la señora Marconi para solicitar acompañamiento y abordaje correspondiente del área. En esa primera entrevista... ella hace referencia a episodios de gravísima violencia física donde se habían utilizado caños, mangueras y cadenas, esto siempre en el



transcurso de los dos primeros embarazos que había tenido en relación con el señor Varela... y que los episodios comienzan a ser recurrentes en los momentos de los embarazos, eso queda claro en todo el registro del área de Fortalecimiento. ...También en un momento ...del Centro de Atención a la Victima donde figura que se solicita la intervención, se mantiene una entrevista en sede de fiscalía, y el señor Varela ve que su pareja sale de la fiscalía, hace consultas a ver en qué área había estado específicamente y hay un nuevo episodio esa misma tarde de violencia física contra Marconi por haber ella insistido en querer radicar denuncia... dentro del sistema de Promoción y Protección de Derechos, que daban cuenta de la situación de violencia que era víctima la señora Marconi e indirectamente sus hijos; sí aparece dentro de todos los informes del sistema educativo ... oit+ los relatos de los niños en todo momento en los informe escritos a los que pude acceder hablan de violencia de Varela hacia la mama y hacia ellos... Nosotros pudimos constatar alrededor de siete domicilios diferentes que en el plazo de 8 años tuvieron que realizar la señora Marconi con sus hijos... lo converso con la señora Marconi a fin de que me pudiera contar por qué se daban estos cambios y que eran a raíz de episodios de violencia y de intentos de separaciones".----

*----- h) Asimismo, de las **copias agregadas de IPP 1264/09** surge que en fecha 16/4/2009 se denuncia por las autoridades de la Escuela 501 situaciones de violencia contra el menor Lautaro Varela, al que han visto golpeado en su cuerpo en reiteradas oportunidades, y quien días anteriores a la denuncia había relatado una situación de violencia entre sus padres en la que su padre había tomado un arma blanca y se la había colocado a su madre en el cuello y de la que él mismo resultó herido en su mano. A*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
LSOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
WGV
N
OIO
CIS
RUR
-
TVI
CIB
OSN

raíz de dicha denuncia, se tomó declaración a Marconi quien relativizó el hecho y se archivó la causa.-----

-----i) De las copias de **causa 3308 (2326) del Juzgado Correccional: "VARELA, Martín s/ Violación de domicilio y lesiones leves en concurso real"**, surge que el 06/05/08 Varela se presenta en su casa, que forcejea con la puerta e ingresa sin su consentimiento en el domicilio. La tira contra un sillón, le pateo la espalda, le pega un golpe de puño en el rostro y se retira. Surge además que en fecha 21/07/2008, en ocasión en que Varela ve a Marconi charlando con un vecino con quien compartían cable, luego le reprocha desde cuando andaba con ese chico y por qué no lo respetaba, se pone muy violento, la comienza a insultar y a obligarla a tener relaciones sexuales, Marconi se niega y Varela le propina golpes en el brazo y en la cara, la tira al suelo y le da rodillazos en la espalda. Ante pedidos reiterados de Marconi (19/05/2011 y 7/9/2011) de que las causas no prosigan se sobresee a Varela en el Juzgado Correccional en fecha 31/10/2011).-----

-----j) De las copias **Extpe. Juzgado de Flia. n° 3.248 "MARCONI C/ VARELA s/ violencia familiar"**, surge que en fecha 04/02/2011, Marconi solicita exclusión de hogar en virtud de que "el día anterior Varela se puso violento nuevamente y se tuvo que ir de la casa que alquilan con subsidio del Municipio local".-----

-----k) De las copias **Extpe. Juzgado de Flia. n° 6.517 "MARCONI C/ VARELA s/ violencia familiar"** surge que en fecha 23/09/2012 Marconi solicita nueva exclusión de hogar, en virtud de "Que hace dos meses que finalizaron la relación pero Varela sigue viviendo en su domicilio por no tener donde ir. Que discutieron y Varela la golpeó en el ojo izquierdo".-----



----- Hasta aquí algunos de los sucesos que signaron la pareja Varela/Marconi durante los años de convivencia y después de la separación que por su volumen, cantidad y gravedad a mi criterio constituyen el basamento fáctico para calificarlos como violencia de género.-----

----- Teniendo en cuenta los mismos, estimo conveniente recurrir a una mirada especializada para fundamentar porqué este sustrato de hechos se encuentra alcanzado por los postulados técnico- científicos del concepto de violencia de género.-----

----- Así lo explica con mucha claridad **Leonor Walker**:
"...el ciclo de la agresión parece estar compuesto de tres fases distintas, las cuales varían en tiempo e intensidad, para la misma pareja y entre las diferentes parejas. Estas fases son: (...) Fase Uno: la etapa de aumento de la tensión: Durante esta etapa, ocurren incidentes de agresión menores. La mujer puede manejar estos incidentes de diferentes formas. Ella generalmente intenta calmar al agresor a través de la utilización de técnicas que previamente han probado ser eficaces. Ella puede ser "chineadora", condescendiente, y puede anticiparle cada capricho, o puede permanecer fuera del camino de él. Ella le permite saber al agresor que acepta sus abusos como legítimamente dirigidos hacia ella. No es que ella crea que debería ser agredida sino, más bien, que ella cree que lo que hace evitará que su enojo aumente. (...) A ella no le interesa la realidad de la situación, porque está intentando desesperadamente evitar que él la lastime más. Con el propósito de mantener este rol, ella no debe permitirse a sí misma enojarse con el agresor. Recurre a una defensa psicológica muy común, llamada por supuesto "negociación" por los psicólogos. (...) Ella busca excusas tales como: que tal vez ella merecía la agresión, identificándose con frecuencia con el razonamiento



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDV
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
OIO
OSN

equivocado del agresor (...) También ella puede culpar a una situación en particular por el estallido de su esposo. Si por cada incidente aislado se le echa la culpa a un factor externo y no al agresor, es fácil para ella negar su propio enojo. (...) Ella razona que, si aguarda un tiempo más, la situación cambiará y traerá una mejora en el comportamiento de él hacia ella. Este razonamiento desafortunadamente no trae ninguna mejora, solamente el aplazamiento de la segunda fase del ciclo: el incidente agudo de agresión. Las mujeres que han sido agredidas durante mucho tiempo saben que estos incidentes menores de agresión solamente irán en aumento. Sin embargo, usando la misma defensa psicológica, ellas se niegan a aceptarlo, (...) niegan el terror por la inevitable segunda fase, al convencerse a sí mismas que tiene algo de control sobre el comportamiento del agresor. Durante las etapas iniciales de esta primera fase, de hecho tienen algo de control limitado. Al aumentar la tensión sin embargo, pierden rápidamente el control. Cada vez que un incidente de agresión menor ocurre, hay efectos residuales de aumento en la tensión (...). En la medida en que el agresor y la mujer agredida sienten que está aumentando la tensión durante esta primera fase, se hace más difícil que sus técnicas para enfrentarla funcionen. Cada uno se vuelve más frenético. El hombre incrementa su sofocamiento posesivo y su brutalidad. Sus esfuerzos para humillarla psicológicamente se hacen más agudos, sus peroratas verbales duran más tiempo y son más hostiles. Los incidentes menores de agresión se hacen más frecuentes y el enojo resultante dura por períodos más largos de tiempo. (...) Exhausta, debido a la tensión constante, ella generalmente evita al agresor, temiendo que, inadvertidamente, pueda provocar una explosión. Él empieza a avanzar más opresivamente hacia ella en la medida que observa su retiro. Empieza a buscar manifestaciones de la



ira de ella (...) Él la ronda dejándole escasamente espacio para respirar. La tensión entre los dos llega a ser insoportable...".-----

----- Luego esta autora define técnicamente la denominada fase dos del ciclo de la violencia de género, "el incidente agudo de agresión" indicando que: "...la fase dos se caracteriza por una descarga incontrolable de las tensiones que se han venido acumulando en la fase uno. Esta falta de control y su gran destructividad distingue al incidente agudo de agresión de los incidentes menores de agresión de la fase uno. Esto no quiere decir que aquellos incidentes de la fase uno no son graves y no constituyen un ataque injusto, pero son ambas, la seriedad con que los incidentes de la fase dos son vistos por la pareja, como su naturaleza incontrolable, las que marcan una diferencia entre las fases. Durante la fase dos, tanto el agresor como la mujer agredida aceptan completamente el hecho de que su ira está fuera de control. (...) termina sin comprender lo que pasó. Su rabia es tan grande que engegece su control sobre su comportamiento. El comienza por querer enseñarle una lección a su mujer, sin ninguna intención de causarle ningún daño en particular y se detiene cuando siente que ella ha aprendido la lección. En este momento, sin embargo, ella generalmente ha sido gravemente golpeada. (...) La mujer agredida, ocasionalmente, provoca un incidente de fase dos. Cuando esto ocurre, la pareja, generalmente, ha estado implicada en el comportamiento agresivo durante mucho tiempo. La mujer con frecuencia percibe que el período de inevitabilidad está muy cerca, y no puede soportar su terror, enojo o ansiedad por más tiempo. También, sabe por experiencia que la tercera fase de calma seguirá al incidente agudo de agresión. Ella preferiría pasar la segunda fase en lugar de seguir temiéndola; por lo tanto, provoca al agresor para que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
OIO
S
JUR
-
TAL
CIC
OS

explote. Ella entonces tiene el control sobre el cuándo y por qué ocurre el incidente, más que sólo estar a merced de él. (...) La segunda fase del ciclo es la más breve de las tres fases. Generalmente, dura de dos a veinticuatro horas, aunque algunas mujeres han reportado un continuo reino del terror por una semana o más. (...) La mujer agredida cuenta que, durante un incidente agudo de agresión, generalmente, ella funciona bastante bien. Esto no significa que se defiende del agresor, sino más bien, que cuando él está enfurecido, ella puede evitar incitarlo más. (...). En la mayoría de las veces, ella no se resiste; trata de permanecer calmada y espera que pase la tormenta. Ella no siente tanto el dolor como el sentirse psicológicamente atrapada e incapaz de huir de esa situación. (...) Hay también un sentimiento de alejamiento del ataque real. (...) Cuando el ataque agudo termina, generalmente es seguido del choque inicial, negación e incredulidad de que realmente ha ocurrido. Ambos, los agresores y las víctimas, encuentran formas de racionalizar la seriedad de los ataques. Si ha habido violencia física, la mujer agredida, con frecuencia minimizará sus heridas. (...) La mayoría de las mujeres agredidas no busca ayuda durante este período que sigue, inmediatamente después al ataque, a menos que estén tan gravemente heridas que requieran de atención médica inmediata...".-----

----- Finalmente Leonor Walker describe la fase tres del ciclo, denominada: "amabilidad, arrepentimiento y comportamiento cariñoso" indicando que: "...el final de la fase dos y el avance hacia la fase tres del ciclo de agresión es bienvenido por ambas partes. Así como la brutalidad está asociada a la fase dos, la tercera fase se caracteriza por un comportamiento extremadamente cariñoso, amable y de arrepentimiento por parte del agresor. Sabe que



ha ido demasiado lejos y trata de compensar a la víctima. Es durante esta fase que se completa el proceso de hacer una víctima a la mujer agredida. La tensión acumulada durante la fase uno y liberada en la fase dos han desaparecido. En esta fase, el agresor se comporta, constantemente, de manera encantadora y cariñosa. Generalmente, se siente arrepentido de su acción en las fases previas y manifiesta su arrepentimiento a la mujer agredida. Suplica que lo perdone y le promete que no lo hará nunca más (...) cree que le ha enseñado a ella tal lección. Que ella nunca más se comportará de tal forma y, por lo tanto, él no estará tentado a golpearla. Se las arreglará para convencer a todos los que estén involucrados que esta vez es, realmente, cierto. Iniciará acciones con el propósito de demostrar su sinceridad. Dejará de beber, de ver a otras mujeres, de visitar a su madre, o de cualquier cosa que afecte su estado interno de ansiedad. (...) Puesto que la mayoría de las mujeres agredidas se apegan a los valores tradicionales acerca de la permanencia del amor y el matrimonio, son presa, fácilmente, de la culpa que acompaña al rompimiento de un hogar, aún si éste no es uno muy feliz. La mujer agredida también obtiene el mensaje de que el agresor necesita ayuda, implicando que si ella se queda con él, él tendrá esa ayuda. (...) La mujer agredida quiere creer que no tendrá que sufrir abusos nunca más. La moderación del agresor apoya su creencia de que él realmente puede cambiar, debido a su comportamiento cariñoso durante esta fase. (...) La pareja que vive en tal relación de violencia llega a ser un par simbiótico -uno depende tanto del otro que cuando uno intenta irse, ambas vidas llegan a ser drásticamente afectadas-. Es durante la fase tres, cuando el cariño y la amabilidad son más intensos, que este lazo simbiótico realmente se estrecha. Ambos se engañan uno al otro y a sí



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
CIBO
OSN

mismos al creer que juntos pueden luchar contra el mundo. El sentimiento de dependencia y confianza excesivas de uno en el otro es obvio en cada fase del ciclo. Puesto que casi todas las recompensas del estar casados o en pareja ocurren durante la fase tres para la mujer agredida, éste es el momento cuando es más difícil para tomar la decisión de terminar la relación. Desafortunadamente, es también el tiempo durante el cual las personas que la ayudan están en contacto con ella. Cuando ella se resiste a abandonar la relación y alega que ella lo ama verdaderamente, basa su referencia en el comportamiento cariñoso actual de la fase tres, más que en el doloroso comportamiento de las fases uno y dos. (...) Su autoimagen se marchita a medida que es consciente de que se vende a sí misma por los breves períodos de la fase tres. Ella se vuelve cómplice de su propia agresión. (...) No ha sido aún determinada la cantidad exacta de tiempo que dura la fase tres. Parece más larga que la fase dos y más corta que la fase uno. Sin embargo, en algunos casos parece difícil encontrar evidencia de que esta fase dure más que un breve momento. Tampoco parece haber un final característico de esta fase. La mayoría de las mujeres reportan que, antes de que se den cuenta, el comportamiento cariñoso y la calma, dan lugar otra vez a los incidentes pequeños. Se repite la fase uno de aumento de la tensión y, un nuevo ciclo de comportamiento agresivo empieza..." -conf. The Battered Women. (Las Mujeres Agredidas). Leonor Walker, Harper and Row Publishers, Inc. Nueva York, 1979., pág. 55.-

-----En el mismo orden de ideas de la autora citada, se ha expedido el Excmo. Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires definiendo los contornos de la denominada "violencia de género", al expresar en fallo reciente: "...sentadas las bases de la impugnación e ingresando en su análisis, considero pertinente efectuar una



aclaración previa puesto que nos enfrentamos a una causa caracterizada por la presencia de violencia de género dentro del ámbito conyugal, lo que impone analizar un concepto fundamental para comprender situaciones como las aquí presentadas. Las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina a través de la ratificación y jerarquización constitucional de ciertas normas del derecho internacional de los derechos humanos (art. 75 inc. 22), establecen la necesidad de cambios coyunturales en las leyes y la administración de justicia. Dentro de dicha normativa se encuentra la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979). Esta Convención tiene el objetivo, ni más ni menos, de incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos, en palabras propias de su texto. Esta incorporación implica no solo la reafirmación de la igualdad de género frente a los derechos y, en consecuencia, el respeto de la dignidad humana, sino también la incorporación de medidas o planes de acción que los Estados deben llevar a cabo con el fin de cumplir con los requisitos establecidos en dicho instrumento jurídico. De estos fines normativos, de garantizar las obligaciones estatalmente asumidas, es de donde surge el concepto de "perspectiva de género." Lo propio surge de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará (1994), documento que goza de jerarquía constitucional y de cuyo texto se infiere la necesidad de aplicar una perspectiva de género, a raíz del reconocimiento de que los patrones socioculturales y las relaciones históricamente desiguales han generado la violencia contra la mujer todas sus formas, como anteriormente lo ha sostenido esta Sala VI (Causa n° 58.758 "Rodríguez, Jorge Daniel s/ Recurso de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISTO
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
JURI
-
TAL
CIB
OSN

Casación" del 29 de agosto de 2014). Así queda también expresamente establecida esta perspectiva en la legislación nacional a través de su incorporación expresa en la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres. La perspectiva de género implica, entonces, "el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la supervisión y la aplicación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros" (ONU Mujeres, 2016).-----

-----Continúa afirmando la ONU que "la incorporación de una perspectiva de género integra la igualdad de género en las organizaciones públicas y privadas de un país, en políticas centrales o locales, y en programas de servicios y sectoriales. Con la vista puesta en el futuro, se propone transformar instituciones sociales, leyes, normas culturales y prácticas comunitarias que son discriminatorias" (Ob. cit.). El análisis exhaustivo de la situación de desigualdad global de los géneros, ha concluido que la concepción androcéntrica de la humanidad dejó fuera a la mitad del género humano, es decir, a las mujeres. Y a pesar de existir en un mundo genéricamente desigual, las mujeres han sido realmente relevantes en cada uno de los aspectos propios de las distintas sociedades que se fueron desarrollando a lo largo de la historia. La perspectiva de género tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y



social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde una perspectiva inclusiva de las mujeres. Esta perspectiva reconoce, asimismo, la diversidad de géneros y la existencia de las mujeres y los hombres, como un principio esencial en la construcción de una humanidad diversa y democrática. Sin embargo, esta perspectiva plantea a su vez que la dominación de género produce la opresión de género y ambas obstaculizan esa posibilidad. Una humanidad diversa y democrática requiere que mujeres y hombres (refiriéndonos puramente al sistema binario al solo efecto de clarificar conceptualmente para el presente caso) seamos diferentes de quienes hemos sido, para ser reconocidos en la diversidad y vivir en la democracia genérica (Larrauri, E., "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal." Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, Nº. 13, 2009, págs. 37-55). El derecho y la administración de justicia no pueden ser ajenos a ello. Y en consecuencia, la perspectiva de género debe ser entendida como comprensiva también del derecho en general y del derecho penal en particular. En lo que respecta a la perspectiva de género en el campo puramente legal, cabe destacar la doctrina jurisprudencial surgida en los países escandinavos en la década del 70, que se fundamenta en la determinación discriminadora de la ley actual y en la necesidad de un cambio con una perspectiva de género en la interpretación judicial, ya que facilitaría velozmente la adecuación del sistema jurídico a la igualdad empírica. Esta corriente doctrinaria sostiene que la jurisprudencia existente es masculina porque responde a la conexión entre las leyes de un sistema patriarcal y los seres humanos, leyes que presumen que dichos seres humanos son hombres (Patricia A.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

Cain, "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories," 4 Berkeley Women's L.J. 191 (1989), 2013. Disponible online en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bglj/vol4/iss2/1>). Así pues, corresponde a la ley incluir a todos quienes pertenecen a la sociedad en diversidad de género, pero también a quienes formamos parte del sistema de justicia corresponde realizar una interpretación legal abarcativa de esta perspectiva. Ahora bien, cuando abordamos el análisis de la perspectiva de género particularmente en el derecho penal, las distintas posturas tendientes a la igualdad de género han sostenido que tanto las normas penales como la aplicación que de ellas hacen los jueces están dotadas de contenido desigual, porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto. Por consiguiente, cuando el juez aplica la norma tal como ésta ha sido comúnmente interpretada en la doctrina y precedentes, la norma reproduce los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tendera a discriminar a la mujer puesto que ni su género ni el contexto en el cual la mujer necesita de la norma, han sido tenidos en consideración al elaborar los requisitos (Larrauri, E., "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal." Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, Nº. 13, 2009, págs. 37-55). Pues entonces, la aplicación de una perspectiva de género en el análisis de la normativa, persigue el fin de crear un derecho verdaderamente igualitario e inclusivo -de la otra mitad de la población-, en donde los paradigmas propios de las sociedades androcéntricas sean finalmente destruidos. En conclusión y teniendo en cuenta, como mencioné anteriormente, que la cuestión debatida posee incidencia



sobre una mujer que fuera víctima de violencia de género en el ámbito de su hogar conyugal, debe incorporarse la "perspectiva de género" como pauta interpretativa constitucional. Así lo indica también la jurisprudencia interamericana en el "Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú", donde la Corte IDH utilizó, en una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres, el "impacto diferencial de género como criterio interpretativo, tanto para establecer los hechos, como la calificación y consecuencias jurídicas de los mismos" (Cfr. HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L., "La no discriminación contra la mujer", La Ley 22/11/2011; La Ley 2011-F, 1067; cita online: AR/DOC/5696/2011). Asimismo, en el "Caso Loayza Tamayo c. Perú", la Corte IDH criticó al Tribunal haber desaprovechado la oportunidad de juzgar con perspectiva de género, resaltando la importancia y obligatoriedad de dicho principio... -Conf. Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Jueces Maidana y Natiello en las causas N° 69.965 y 69.966, caratuladas "L, S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por Particular Damnificado" y "L., S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal", 5 de julio de 2016-.....

----- También ha sostenido el Excmo. Tribunal de Casación Provincial: "...Retomando el tema, debo destacar que la República Argentina adhirió a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer por intermedio de la ley 24.632... de esta forma, sin dejar de tener en cuenta el estadio procesal en el que se encuentra el caso, los hechos acontecidos en el sub lite se adecuan en la normativa del art. 2 de la Convención citada y no se puede deslindar de la primera parte del art. 7 de la citada Convención que condena todas las formas de violencia contra la mujer y que pone en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

cabeza del Estado la obligación de investigar y sancionar tal situación... la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para") los jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos al cumplimiento del mismo (Cfr. Corte I.D.H., Sentencia Almonacid Arellano del 26 de septiembre de 2006, considerando 124)...también ha expresado la Corte Interamericana que "según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno" (Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A. Nro. 14, párr. 35)... Ahora bien, el art. 7 de la aludida Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer establece que "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación



interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención" (El resaltado me pertenece)..." (Conf. Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa N° 60.831 de este Tribunal, caratulada: "AGUILERA, José Gumercindo s/ Recurso de Casación". KOHAN-NATIELLO, 18 días de febrero del año dos mil catorce).-----

----- En la misma línea del Excmo. Tribunal de Casación se ha expedido este organismo jurisdiccional que integro, en precedentes anteriores al expresar:-----

----- "...Violencia de género también es violencia, pero se nutre de otros componentes, diferentes a aquéllos que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
OIO
OSN

caracterizan a los crímenes violentos convencionales: un sujeto pasivo femenino, un sujeto activo masculino y un contexto específico en que germina la conducta para doblegar y someter a la víctima... violencia de género es violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género. Esta presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor... En nuestro ordenamiento interno, la Ley Nro. 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres"... La ley define a la violencia contra las mujeres como "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal..." -Conf. "Los Delitos de Género en la Reforma Penal (LeyNro.26.791) Jorge Eduardo Buompadre. Revista Pensamiento Penal. www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf.- En el mismo sentido se considera en cuanto al bien jurídico protegido que: "...el fundamento de la mayor penalidad debemos buscarlo, como decíamos, en la condición del sujeto pasivo y en las circunstancias especiales de su comisión: violencia ejercida en un contexto de género. De aquí que el asesinato de cualquier mujer, en cualquier circunstancia, no implica siempre y en todo caso femicidio, sino sólo aquella muerte provocada en un ámbito situacional específico, que es aquél en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer hacia el varón, basada en una



relación desigual de poder. Sólo desde esta perspectiva, merced a este componente adicional que acompaña a la conducta típica (plus del tipo de injusto: la relación desigual de poder) se puede justificar la agravación de la pena cuando el autor del homicidio es un hombre y la víctima una mujer. De otro modo, se estaría concediendo mayor valor a la vida de una mujer que a la de un hombre, en iguales circunstancias, lo cual pondría de manifiesto un difícil e insalvable conflicto de constitucionalidad...” -Conf. “Los Delitos de Género en la Reforma Penal (LeyNro.26.791) Jorge Eduardo Buompadre Revista Pensamiento Penal www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf.- (Causas n° 2099 “SAMUDIO, Francisco - Homicidio agravado por la relación de pareja mantenida con la víctima y por ser perpetrado mediante violencia de género, en grado de tentativa en concurso real con privación ilegal de la libertad agravada - Tandil” y acumulada n°2111).-----

----- Al amparo de estos conceptos antes referenciados considero que no asistió razón al Sr. Fiscal cuando minimizó la existencia de violencia de género en la pareja Varela/Marconi. Si bien es cierto que en un principio el acusador reconoció que Varela era una persona agresiva, que existía violencia en el seno de la familia y destacó las numerosas investigaciones dirigidas a sancionar las conductas de este último, más adelante en su alegato le dio un rol preponderante en la generación de dicho clima de violencia a la acusada Yanina Marconi.-----

----- Para ello el Sr. Fiscal entendió que no estábamos ante una relación inequitativa entre géneros, ni ante una actitud de dominación y control por parte de Varela sobre Marconi. Y que la situación de la acusada no era la de una mujer atrapada en una suerte de sometimiento, sino que la situó en un plano de paridad, de provocación y de tomar la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIOS
IUR
-
TAL
CIBO
OSN

iniciativa en muchos de los incidentes de violencia entre ellos. En definitiva a su criterio no hubo un cuadro relacional asimétrico, y de posición opresiva de uno sobre otro como lo exige la violencia de género.-----

-----Para este enfoque, el Sr. Fiscal Marcos Eguzquiza, basó su estrategia tendiente negar la existencia de una situación de violencia de género en algunos informes en los que se destacan características psicológicas presuntamente negativas de Yanina Andrea Marconi afirmando en su alegato final en el juicio: *"...la licenciada Rudolff a fs. 587/590, nos habla que Marconi recurre a la omnipotencia, tendencias reactivas, no reflexiva, nivel de tolerancia disminuida, minimización de conflictos, pensamiento mágico con frustración al estado de ánimo... Loreal y Lloveras en el CSM, 553/554 anexo 1, indicaron que presenta signos psicopatológicos, psicosis, rasgos descuidados, negación de la actualidad, pensamiento místico... el Cuerpo Técnico del Juzgado de Familia, Lic. Dupleix y Romero, causa 12714, indican que la imputada se presentó enojada irritable, angustia, inestabilidad emocional, escaso control de los impulsos..."*-----

-----Más allá que estas características hayan tenido o no incidencia en las confrontaciones de la pareja, lo concreto es que no neutralizan el carácter de agresor que tuvo Varela en los innumerables episodios probados en los que la atacó. Por otra parte, aun cuando Marconi respondiera a ese estereotipo trazado por algunos de los profesionales en psicología, ello nada tiene que ver, ni invalida tampoco la calidad de víctima continua de episodios de violencia reiterados que ostentaba la imputada -circunstancia probada en juicio-; y no justifica ni compensa las agresiones físicas que le dirigía Varela. Y en el caso que nos ocupa quedó absolutamente acreditado en el debate que Yanina



Andrea Marconi no provocó la agresión que llevara adelante contra ella Martín Ismael Varela y que ocasionó la acción defensiva de la misma.-----

----- Por último respecto a los episodios de violencia que habría llevado adelante Yanina Andrea Marconi contra su hijo Emiliano Varela después de fallecido el progenitor referidos por el Sr. Fiscal, en nada invalidan las conclusiones de la evaluación que se ha hecho de esta causa traída a juicio, y en todo caso deberían ser objeto de una nueva investigación si el titular de la acción pública entendiera que se trata de noticias fiables y verosímiles en ese sentido que ameritaran su persecución penal.-----

----- Así entonces, en sentido contrario a lo sostenido por la Fiscalía, a través de la prueba más arriba desplegada, se ha acreditado en autos el ciclo típico de los episodios de violencia de género, en el cual se traslucen las tres etapas descriptas por la autora precitada -Leonor Walker-.-----

----- Con las declaraciones de Yanina Andrea Marconi, de sus hijos Lautaro y Emiliano Varela, de las testigos Daniela Marisa González y Marcela Renee Díaz, María Lorena Faijoo, Osmar Hugo Marconi, Esther Domínguez y de los propios integrantes del entorno familiar de Varela, se ha podido reconstruir en el juicio una relación marcada por la violencia de género.-----

----- Se observan a través de estos testimonios, las tres fases del ciclo, y el último incidente que termina con la herida de Varela en el cuello es un claro ejemplo de estas etapas sucesivas de la violencia.-----

----- Así pudimos constatar los numerosos episodios demostrativos de "incidentes agudos de agresión", que dieron origen a causas penales y actuaciones policiales. Muchos de ellos aún en presencia de terceras personas ajenas a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
CIC
TRA
SIN
MDV
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
FIC
OSN

pareja, lo que habla incluso de una escalada y un llamativo menosprecio al entorno, a la vez que la pérdida absoluta de los frenos inhibitorios en Varela. Obsérvese en ese sentido la agresión desarrollada en presencia de la testigo Marcela René Díaz en la que Varela atacó a Yanina Marconi con golpes de puño en la cara, claramente se trataba de un episodio de naturaleza incontrolable propio de la fase dos del ciclo pre-mencionado -Leonor Walker-: *"su rabia es tan grande que enceguece su control sobre su comportamiento"*. También el juicio dio numerosos ejemplos de otras conductas típicas de esta etapa, como cuando Yanina Andrea Marconi debió huir de su casa corriendo de manera desesperada, al punto de ingresar sin tocar timbre en la casa de una vecina María Lorena Faijoo-. Obsérvese que esta conducta brinda otra evidencia de una percepción característica de la segunda fase del ciclo descrito por la autora precitada, dado que evidentemente Yanina Marconi al llevar adelante dicha acción -ingreso intempestivo, huyendo a la casa de un vecino-, ha considerado: *"...que el período de inevitabilidad está muy cerca..."*.-----

-----Es cierto que según señalaron algunos familiares -hermanas de la víctima-, en ocasiones Yanina Marconi ha golpeado también a Varela. Esto no convierte, a su conducta en una suerte de violencia bi-direccional, como insinuó el Sr. Fiscal, pretendiendo con esto sacar la relación vincular de la "violencia de género". En este sentido como vengo afirmando el juicio fue categórico, en cuanto a que la violencia estaba orientada eminentemente desde el Sr. Varela hacia Marconi y en ocasiones también dirigida hacia sus hijos.-----

-----Varias circunstancias me persuaden de la existencia de la violencia en único sentido predominante: la diferencia de edad existente entre ellos; la distinta



contextura física; el hecho de que en los diferentes sucesos que llegaron a conocimiento de las agencias estatales fuera Varela el agresor; las observaciones y percepciones de los especialistas y personas del más cercano entorno -ya enumeradas-. Todas ellas coincidieron en que se trataba de una violencia en un sentido preponderante desde Varela hacia Marconi y en algunas oportunidades también hacia los vástagos.-----

----- Que alguna vez Yanina Marconi reaccionara o utilizara violencia en su defensa, no saca esto de la definición conceptual de violencia de género, sino que de alguna manera reafirma una de las características de la fase dos señalada por la especialista ya citada Leonor Walker cuando afirma: *"...ella preferiría pasar la segunda fase en lugar de seguir temiéndola; por lo tanto, provoca al agresor para que explote. Ella entonces tiene el control sobre el cuándo y por qué ocurre el incidente, más que sólo estar a merced de él..."*.-----

----- También se han comprobado instancias reiteradas de reconciliación, y reanudación del trato, pese a los gravísimos incidentes anteriores. Esto no solo tuvo lugar cuando a través de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos la Licenciada Beatriz Martínez logró una conciliación/acuerdo y el cierre de una causa penal, a instancias de las partes en el proceso -Fiscalía/Defensa-, sino que según surgió del juicio hubo numerosos reencuentros, mudanzas y reanudaciones de la convivencia. Todo lo cual es también característico de las tres etapas de la violencia de género que venimos tratando: *"...el ciclo de la agresión parece estar compuesto de tres fases distintas, las cuales varían en tiempo e intensidad... ella generalmente intenta calmar al agresor a través de la utilización de técnicas que previamente han probado ser eficaces... recurre a*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

una defensa psicológica muy común, llamada por supuesto "negociación" por los psicólogos... si por cada incidente aislado se le echa la culpa a un factor externo y no al agresor, es fácil para ella negar su propio enojo... ella razona que, si aguarda un tiempo más, la situación cambiará y traerá una mejora en el comportamiento de él hacia ella...".-----

-----La prueba producida en el debate trajo variadas evidencias reflejadas en las conductas de Varela y Marconi, de la denominada fase tres de "amabilidad, arrepentimiento y comportamiento cariñoso", lo que conducía a que la pareja reanudara el vínculo. Así se vio en los testimonios de Julia Méndez, Osmar Marconi, Juana Esther Domínguez y Daniela Marisa González.-----

-----En definitiva este ciclo de la violencia de género, con sus etapas bien diferenciadas, surgió de manera palmaria de todo el contexto de la prueba producida, de manera repetida y fundamentalmente muy extendido en el tiempo.-----

-----Las circunstancias particulares y llamativas que se vivieron la tarde del día 13 de abril de 2013, en el domicilio de Magallanes 218 de Tandil, reflejan también de manera contundente este curso característico, al cual la imputada Yanina Andrea Marconi no podía sustraerse. Obsérvese que esa tarde concurre Varela con un plan previo: cortar el césped. Luego se desarrollan acontecimientos absolutamente pacíficos, en los que incluso Varela fue a comprar facturas. Luego ante un requerimiento del mismo hacia Marconi -tomar mate-, explota un incidente de gran magnitud con agresiones físicas de todo tipo, llegando incluso al ahorcamiento de su ex pareja.-----

-----Concluido el episodio nuevamente los ánimos se tranquilizan, la acusada le presta auxilio logrando que lo

VICI
LIST
DE
N
CIC
VRL
SINI
MDV
N
CIC
CIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN



llevara al hospital una camioneta, pero previo a ello, Varela ya más tranquilo baja el tono de la disputa.-----

----- A la luz de estas evidencias recogidas en el juicio, considero que estamos ante un caso claro de violencia de género ya que durante largo tiempo Martín Ismael Varela sometió a Yanina Andrea Marconi a una desigualdad de trato vincular, no respetando su dignidad, sus derechos básicos como la integridad física, libertad de movimientos etc., y sometiéndola a una suerte de cosificación, generando y repitiendo cíclicamente episodios de violencia contra ella, y en ocasiones también contra sus pequeños hijos. Estas conductas persistentes, se vieron repetidas, aún pese a la intervención de agencias estatales, tendientes a pacificar los conflictos o eventualmente sancionar los delitos cometidos y, lejos de obrar en la psiquis de Varela como freno a sus impulsos, éste se mantenía en la repetición circular de episodios violentos, a la vez que impedía que Yanina Andrea Marconi tomara distancia de él y de estos episodios, acercándose continuamente a la misma, oportunidades en las cuales generaba nuevos hechos cruentos, construyendo así un vínculo asimétrico, basado en la fuerza, en el cual no contaba la voluntad de Marconi, y en el que se instaló una suerte de dominación y opresión sobre ella.-----

----- Por último también se expidieron en el sentido que se trataba de una relación signada por la violencia de género, varios testigos en el juicio. Particularmente destaco la perito **Licenciada Beatriz Emilce Martínez**, quien realizó un profundo estudio social del grupo familiar de la víctima y la acusada. En el debate expresó que: *"ratifico que todo lo relatado, básicamente pude determinar la existencia de una conflictiva relación vincular de pareja, con una historicidad desde los inicios prácticamente de*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OS

violencia de género, atento básicamente a las condiciones preexistentes al hecho que se investiga. Hubo a mi criterio profesional, una existencia del claro desvalimiento de Marconi por parte del Sr. Varela, desvalimiento, proceso gradual de desapoderamiento, ir quitándole poder. Ellos se separaron unos meses antes del hecho. A partir de la separación, que fue una convivencia muy fluctuante, muy inestable, muy particular, posterior a la separación continuó el vínculo, no de igual manera, por persistencia del Sr. Varela de presentarse en la casa, de querer ver a sus hijos, y a dichos de la Sra. Marconi utilizaba a los hijos como una forma de llegar a ella. ...En el caso específico si noté en el relato de Marconi y en el análisis de esta situación, podría determinarse que se han cumplido las etapas del ciclo de la violencia, con momentos de la entrevistada donde podía reflexionar e incluso alegar una relación de afecto que la ligaba al Sr. Varela. Y por momentos estaba en la tercer etapa, haciéndose cuestionamientos de cómo podían no llevarse bien amándose tanto, casi textuales palabras, aparece claramente en esa parte la tercer etapa. Respecto a la mediación donde participé como mediadora Marconi lo refiere como una esperanza de que si culminaba la causa penal podrían mejorarse las condiciones de relación. Si es característico de lo que refiero, en este caso puntual pude tener el hilo conductor desde la instancia de mediación hasta la instancia de asistenta a la víctima... Tal vez no se daba con la frecuencia por la no convivencia pero había un hostigamiento en el acercamiento, en el intentar quedarse en la casa. Desconozco que ella lo llamó en dos oportunidades para que fuera a la casa el día del hecho. Parte de las características de las personas víctimas de violencia de género es precisamente esta dependencia emocional... Hay



cuestiones traumáticas en la subjetividad de quien ha sido víctima de violencia de género. Ha habido según relatos de Marconi varias interrupciones en la convivencia porque aparentemente el Sr. Varela se retiraba del hogar y aparecía y desaparecía, y era habitual que se retomara esta convivencia. Yo creo que había una alta probabilidad de retomar la relación convivencial si este desenlace no hubiera ocurrido".-----

*----- También tengo en cuenta dos opiniones a mi criterio muy relevantes, ya que se trata de personas vinculadas a la Iglesia a la que concurrían la imputada y Martín Ismael Varela, quienes estuvieron cerca de ambos en momentos de crisis y de manera categórica se expidieron en el mismo sentido. Así lo expresaron las testigos **Marcela Renee Díaz**, y **Daniela Marisa González**. Resalto lo que esta última particularmente expresó: "Terribles los episodios, siempre había agresión física brava, siempre fue tirada de pelo, arrancada, violaciones, o sea, no eran solo de palabra, eran de hecho y muy violento, ella lo aguantaba porque lo amaba y porque no quería que los hijos se quedaran sin papá, entonces aguantaba y aguantaba".-----*

----- Todo lo antes analizado me persuade que tuvo la razón en el juicio, la Defensa del Dr. Diego Araujo y que efectivamente estamos ante un caso de violencia de género.--

*----- **II.-** Aclarado el punto anterior paso a analizar si existió en el hecho en juzgamiento una **causa de justificación -legítima defensa-** que le quitara antijuridicidad a la conducta de Yanina Andrea Marconi.-----*

----- Así entonces bajo esta perspectiva de género, paso a analizar el suceso traído a debate, sin perder de vista las postulaciones del Sr. Fiscal Dr. Marcos Eguzquiza que se inclinó por homicidio preterintencional en los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
CIC
RA
SINI
MDV
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

términos del art. 81 inc. 1 apartado b) del Código Penal, en relación a los arts. 80 inc. 1 y 82 del mismo cuerpo legal. Y la pretensión de la Defensa que impulsó una teoría del caso que gira alrededor de la hipótesis que si bien fue Yanina Andrea Marconi, quien causó la herida en el cuello de Varela, ello tuvo como antecedente una larga situación previa de violencia de género, y una agresión ilegítima anterior de envergadura que justificó su acción en el marco de una legítima defensa. Y en consecuencia esa parte descarta categóricamente el homicidio preterintencional, también por falta de relación causal.-----

-----Luego de un análisis profundizado de la prueba traída a debate, también me inclino por la hipótesis de la accionada, según la cual estamos ante un supuesto de legítima defensa. Para llegar a esta conclusión tengo en cuenta como principales columnas probatorias las declaraciones -en cámara gesell- de los dos hijos Lautaro y Emiliano Varela, que resultaron testigos directos de los hechos. También la declaración de la propia imputada Yanina Andrea Marconi y las restantes probanzas que más adelante desarrollaré que vienen a corroborar y dar verosimilitud a las declaraciones pre-mencionadas.-----

-----En este sentido entiendo que el juicio ha demostrado que la acusada dijo la verdad y al momento de declarar ha hecho una fiel descripción de la realidad de los hechos. Varias son las evidencias exógenas a su declaración que me persuaden que la acusada es sincera. Pero antes de avanzar sobre el análisis de los hechos que desembocan en la herida en el cuello de Martín Ismael Varela, considero necesario detenerme por unos instantes en las exigencias jurídico-penales de la legítima defensa.-----

-----Así se ha sostenido que *"...En primer lugar tiene que haber un atacante (a diferencia del estado de*



necesidad), la amenaza al bien solo se concibe como obra del hombre, es decir, tiene que mediar una **agresión ilegítima**. Por tal se entiende un ataque (en curso o inminente) contra un bien jurídico, que no esté autorizado o justificado por el derecho. A ello responden muchos principios planteados como axiomas a lo largo de la evolución de la doctrina penal, p. ej., "no hay legítima defensa contra la legítima defensa", "no hay legítima defensa contra el que ejerce un derecho o cumple con su deber". No es indispensable que el ataque constituye un "delito"; basta que sea antijurídico (por eso es posible la legítima defensa contra el actuar del inimputable). El ataque constitutivo de la agresión ilegítima **no tiene que haber sido provocado por el agente** (que se defiende). Se entiende que ha sido provocado por él cuando se ha colocado voluntariamente en peligro inmediato de que se produjera la agresión, dolosamente (p. ej., desafiando a pelear al que resulta atacante) o, en algunos casos, hasta actuando con culpa consciente (p. ej., el cazador que dispara en forma peligrosa en el potrero cercano a los edificios de una chacra y no atiende el pedido del encargado para que cese en dicha actividad). Pero sólo la provocación suficiente es la que coloca al agente fuera del cuadro de la legítima defensa, es decir, aquélla que según un sentido social de normalidad, tiene idoneidad como motivación para el ataque (en principio, por ejemplo, no lo es la simple broma o el displicente silencio). El acto de defensa debe ser "**necesario**", entendiéndose por tal el que es suficiente para neutralizar el ataque antijurídico. La ley se refiere a este requisito requiriendo la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión; dicha racionalidad depende de la magnitud del peligro que corre el bien jurídico que se intenta defender (no de la comparación de aquél con el bien jurídico que se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
LSU
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OS

vulnera con la defensa), de las posibilidades de efectividad en el caso concreto (no es lo mismo usar el cabo del rebenque para impedir el ataque a golpes de puño de un escuálido vejete, que dispararle el revólver) y de la eventual extensión de la agresión ilegítima a otros bienes jurídicos (no es lo mismo oponerse a un hurto de mandarinas que lleva a cabo un grupo de gentes, con armas de fuego a la vista, empleando una escopeta, que disparándola contra niños que se están apoderando de ellas mientras cazan pájaro con una pequeña honda). La ausencia total de este requisito coloca al agente al margen de la justificante; su aspecto parcial ante situaciones de exceso (art. 35, Cód. Penal). Aunque en principio cualquier bien jurídico es defendible en esa forma, aun vulnerando bienes jurídicos del atacante que sean de mayor valor que el que se intenta salvar (...), se menciona la vigencia de un criterio de "equidistancia" entre el bien atacado por la repulsa y el que se procura salvar (defender) con ella, invocándolo como comprendido en el concepto dogmático de "racionalidad del medio". La racionalidad o necesidad del acto de defensa se conceptualiza de distinta forma en la doctrina contemporánea. Por ejemplo para Bacigalupo la defensa es necesaria "si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaban a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta"; para Zaffaroni, implica que "la defensa no puede ser en condiciones tales que afecte la coexistencia más que la agresión misma", causando "un mal inmensamente superior" al constituido por ésta. Si bien en la legítima defensa no es necesario parangonar los bienes jurídicos en juego, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad, el criterio de la necesidad de la defensa y racionalidad del medio nos conduce a incluir en ella un concepto de proporcionalidad o equidistancia que, en



general, podría expresarse diciendo que no puede haber la legítima defensa contra ataques de bienes de escaso valor. La racionalidad del medio nos conduce a la necesidad racional de la defensa misma (Bustos Ramírez). Sin embargo, no se puede decir que los efectos de tal exigencia - implícita- hayan sido uniformemente determinados o por la doctrina: para algunos ello implicaría un límite cuando, por ejemplo, la defensa ataca bienes jurídicos fundamentales de las personas, como la vida, para proteger otros más alejados de dicha personalidad, como la propiedad (Zaffaroni); para otros llega a excluir el derecho de defensa en casos de "estrechar relaciones personales", en las que se debe emplear el medio menos gravoso" aunque sea inseguro". Pero la verdad es que ha de ser por la vía del criterio de necesidad racional de la defensa como se solucionen las situaciones extravagantes de legítima defensa.- [CARLOS CREUS, Derecho Penal Parte General, 3° Edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, Págs. 164/167].-----

----- Zaffaroni, expone acertadamente en este sentido que "...como todo derecho, el ejercicio de la legítima defensa tiene límites, de modo que aquí la necesidad conoce una ley que la limita, la racionalidad. (...) El requisito de racionalidad significa que se excluyen de la legítima defensa los casos de lesiones inusitada o aberrantemente desproporcionados. (...) En la legítima defensa no existen límites que provienen de la ponderación de males propios del estado de necesidad, sino los que impone la racionalidad como ausencia de disparidad escandalosa. (...) Este límite implica reconocer que no existe ningún orden jurídico que admita un individualismo tal que lleve a la defensa de los derechos hasta el extremo de hacer insostenible la coexistencia, convirtiendo la vida social en una selva, porque tal extremo no sería otra cosa que su propia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

negación. ...Cuando la ley dice necesidad racional del medio empleado, no se está refiriendo al instrumento, sino a la conducta con que se lleva a cabo la defensa. La ley no exige equiparación ni proporcionalidad de instrumentos, sino la ausencia de desproporción aberrante entre las conductas lesiva y defensiva, precisamente en sus respectivas lesividades. Así no será irracional la defensa... de quien emplea un arma blanca o de fuego frente a quien lo agrede a golpes de puño, si la superioridad física del agresor le impide detenerle con igual medio. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal Parte General, Ediar, 2006, Pág. 475 y sigs.) .-----

-----En cuanto a la actualidad de la agresión y los límites temporales de la acción defensiva, Zaffaroni refiere que "...esta puede realizarse mientras exista una situación de defensa, la que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que haya cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos. Si bien la agresión no necesariamente es típica, cuando lo sea, no deben identificarse estos momentos con la tentativa y la consumación, porque puede haber legítima defensa contra actos preparatorios, como también puede haberla **después de la consumación**. ...Aunque la doctrina requiere inminencia en la agresión, el texto legal no la demanda expresamente. Es correcto exigirla si con este término se designa el requerimiento de un inmediato signo de peligro para el bien jurídico. Pero no sería correcto identificar la inminencia con la inmediatez en el tiempo cronológico entre la agresión y la defensa. La agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse como una amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad del agresor". (ZAFFARONI,

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
OIO
OSN



Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal Parte General, Ediar, 2006, Pág. 475 y sigs.).-----

----- Y fundamentalmente tengo en cuenta las directrices trazadas por el Excmo. Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, sobre una situación similar a la presente en la que imperaba la violencia de género, cuyo contenido me permito desgranar para echar luz sobre el presente caso traído a juicio.-----

----- En primer lugar, el análisis de este fallo brinda herramientas para orientar a los Tribunales en la identificación de un caso de violencia de género, sin perder de vista que la misma se caracteriza por su "clandestinidad", que casi siempre ocurre en el seno de un hogar, por lo que generalmente presenta mayores dificultades probatorias: "...el A Quo decidió por mayoría absolver a la imputada mediante la eximente de la legítima defensa estipulada en el art. 34 inc. 6 del C.P., fundada en la violencia de género a la que S. B. L. había sido sometida por su esposo durante el matrimonio y en la noche del evento que culminó con la muerte de éste último. Evaluó a tal fin la situación de la violencia de género, también aceptada por la Fiscalía, comprobando unánimemente su existencia en extrema intensidad mediante el análisis de lo expresado por la imputada y la totalidad de los testigos y profesionales...toda vez que la violencia de género que ocurre de manera doméstica, es decir, puertas adentro y en la intimidad del hogar sin la presencia de otros testigos que los propios actores en dicha violencia, se inviste de una clandestinidad que indefectiblemente se traduce en la existencia de problemas probatorios, que llegan al grado extremo de complejidad cuando existe únicamente la declaración de la víctima de violencia..." -Conf. Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Aires, Jueces Maidana y Natiello en las causas N° 69.965 y 69.966, caratuladas "L, S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por Particular Damnificado" y "L., S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal", 5 de julio de 2016-.....

-----Así entonces, nuestro superior recomienda en su análisis el abordaje interdisciplinario para la comprensión y resolución de un conflicto de esta índole, siguiendo las directrices de la Corte IDH: *"...y es justamente frente a esta coyuntura en donde el juez debe aplicar sus conocimientos interdisciplinarios, con la ayuda de expertos, para valorar la credibilidad de la declaración de quien fuera víctima de violencia de género...En consecuencia, ignorar la violencia de género preexistente y profesionalmente acreditada para comprender los hechos que dan origen a los trágicos sucesos que derivan en la muerte de Márquez y que conllevan como consecuencia directa la negación del sufrimiento físico y psicológico de S. B. L., resulta contrario a la normativa constitucional y de derechos humanos, cuando no irracional, toda vez que la violencia de género implica "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (Convención de Belém do Pará, 1994), así como "las amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad," constituyendo no solamente una violación de los derechos humanos, sino también "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases". (Corte IDH Caso del*

VICI
LSOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MDV
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OSN



Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, y Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010). El sistema probatorio consagrado por el art. 210 C.P.P. no prevé formas determinadas para acreditar un hecho delictivo, lo que procura afianzar la búsqueda de la verdad como objeto del proceso, e impide sostener que sus reglas sometan la convicción acerca de un determinado hecho o circunstancia, a su comprobación por un medio de prueba específico. Por ésta razón, no existen obstáculos para que, a partir del testimonio de la imputada, los sentenciantes edifiquen su absolución en base a otros elementos indirectos suministrados en el proceso (arts. 209, 210 y 373 C.P.P.). Cabe resaltar que la indiferencia, minimización y/o rechazo de los antecedentes e indicadores de violencia de género, obrantes en el caso, originan asimismo responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones asumidas mediante la normativa internacional de derechos humanos (Corte IDH "Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México," Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; "Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala," Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009; y "Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador," Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012) A partir de dicha violencia, la mayoría del tribunal A Quo establece que el comportamiento de la imputada se encuentra comprendido dentro de la causal justificante del artículo 34 inc. 6 del C.P., es decir, la legítima defensa...Para ello es necesario aplicar la antes citada perspectiva de género a este instituto penal. Parte de la doctrina penal ha explicado que la "cuestión femenina"



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

lleva no sólo al examen de los valores que el derecho estima dignos de protección, sino también al examen de los comportamientos que el derecho supone y exige de los partícipes en el sistema jurídico (Larrauri, E., "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal." Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N°. 13, 2009, págs. 37- 55)..."

-----De igual manera la Casación hace hincapié en el seguimiento estricto de la postura de la Corte IDH, que advierte sobre la precaución que hay que tener por la influencia en los operadores de patrones socioculturales discriminatorios que pueden dar como resultado una descalificación de la credibilidad de las víctimas que podría afectar en forma negativa la investigación de los casos: *"...siguiendo esta postura, la Corte IDH advirtió que "la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima [de violencia de género] durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos [...]. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales" (Corte IDH "Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México"). Lo propio se ve reflejado en el caso de la legítima defensa de mujeres víctimas de violencia de género. Por ello, la pregunta que se genera este sector de la doctrina es la siguiente: ¿Cómo exigir a las mujeres -cuyos procesos de socialización no comprenden generalmente reacciones físicas (corporales)- rechazar un ataque físico con medios*

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
SIC
JUR
-
TAL
CIB
OSN



proporcionales a las circunstancias, es decir utilizando la fuerza física? (Ob. cit.). A tal fin, es necesario considerar en primer lugar que las reglas de la legítima defensa, como la mayor parte de la normativa penal, han sido desarrolladas "[...] para absolver a un hombre que mata para protegerse a sí mismo o a su familia de un ataque proveniente de un hombre de tamaño y fuerza similares con quien el defensor, por lo general, sólo ha tenido ese único encuentro" (Rosen, C.J., 1986. "The Excuse of Self-Defense: Correcting a historical accident on behalf of battered women who kill." The American University Law Review, Vol 36:11, pág. 34)..."

----- En el mismo orden de ideas, nuestro Tribunal de Casación realiza una distinción cuando se trata de mujeres que usan la fuerza eventualmente mortal, en cuyo caso entiende que se requiere la utilización de la perspectiva de género para la equitativa interpretación y aplicación de la solución al caso: *"...por el contrario, las circunstancias en las que las mujeres usan la fuerza mortal son muy diferentes, y comúnmente el hombre al que se enfrentan no es un desconocido, teniendo éste a la vez mayor tamaño y fuerza (Ob. cit.). En consecuencia, este enfrentamiento entre una mujer y un hombre, requiere la utilización de la perspectiva de género para su equitativa interpretación y aplicación. Esta interpretación no arriesga ni busca establecer la ampliación de la legítima defensa, ni justificar la excesiva autoayuda o la venganza o represalia, sino, por todo lo opuesto, tiene como objetivo la "aplicación igualitaria de la doctrina general de la legítima defensa en casos en que es la mujer maltratada quien mata al hombre" (Larrauri, Elena, 2008. "Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica." Buenos Aires: Euros Editores). En este sentido, y aplicando la perspectiva de género en un contexto de violencia, se*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISTO
DE
N
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OS

manifestó la Sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán al afirmar que "... es preciso repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia. Es que un análisis del asunto que ignore la complejidad del fenómeno de la violencia contra la mujer arraigaría aún más las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres y las notas propias del ciclo de la violencia en la que suelen permanecer las 'víctimas' de violencia devenidas en 'victimarias', profundizando el injusto jurídico", (Causa XXX s/Homicidio Agravado por el vínculo", de fecha 28/04/2014). Así pues, frente al requisito de la agresión ilegítima, ha quedado comprobado que S. B. L. durante el matrimonio y en la noche del evento que culminara en la muerte de su marido, sufrió maltratos, vejaciones, y agresiones físicas, psicológicas y sexuales de manera permanente y continua, así como también sufriera su hija -de apenas unos 45 días de edad- amenazas contra su vida. La imputada manifestó en su declaración que desde el inicio de la relación, Gastón Maximiliano Márquez, la maltrataba y amenazaba a punta de pistola, diciéndole que iba a matarla a ella junto a su familia (fs. 4 vta. causa acumulada 69.966). Situación que se repitió, luego de una violencia sexual exacerbada, en la noche en la que la imputada dio muerte a su marido...Todo esto claramente constituye, además de violencia de género, una agresión ilegítima, lo que torna innecesario analizar este requisito esencial a la legítima defensa...".-Conf. Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Jueces Maidana y Natiello en las causas N° 69.965 y 69.966, caratuladas "L, S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por



Particular Damnificado" y "L., S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal", 5 de julio de 2016-.-----
----- El fallo de mención luego brinda pautas a considerar sobre la apreciación de la posibilidad de un daño inminente, para legitimar el amparo de la causal de justificación: *"...ahora bien, cabe determinar si dichas agresiones provocaron la apreciación de la posibilidad de un daño inminente, tal como lo requiere la ley para utilizar la justificante de la legítima defensa. Para ello, es necesario considerar entonces el requisito de la actualidad de la agresión ilegítima y su significado desde una perspectiva de género, puesto que pretender que la actualidad sea concebida de una manera puramente temporal y entendida como tiempo presente implicaría negarle a la mujer toda posibilidad de salir airosa frente a este tipo de enfrentamiento. En este sentido, no debe entenderse a la violencia de género doméstica como compuesta por hechos aislados sino como una agresión continua, incesante, porque existen ataques en forma permanente a ciertos bienes jurídicos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica. En relación a este tipo de delitos, Claus Roxin ha sostenido que también "cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque este´ formalmente consumada, aún no este´ materialmente agotada o terminada. Por eso es admisible la legítima defensa especialmente en los delitos permanentes, en tanto se mantenga la situación antijurídica," y ejemplifica, como gran parte de la doctrina, con el allanamiento de morada y la detención ilegal, en los que si bien se han consumado los hechos con las acciones de entrar y de encerrar, la agresión sigue siendo actual mientras el intruso este´ en la casa o la víctima este´ encerrada (Roxin, C., 1997. "Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VI
IS
DE
N
O
V
SIN
M
N
O
S
JUR
-
TAL
C
OS

Delito.” Tomo I. Madrid: Civitas, pág. 621). La violencia de género tiene justamente la característica de la permanencia puesto que la conducta ilegítima del agresor hacia su víctima, en la situación de convivencia, aparece en todo momento y bajo cualquier circunstancia desencadenante, generando en la víctima temor, preocupación y tensión constantes que la tienen a la espera permanente de una agresión inminente, como lo manifestara la imputada... Frente a ello y ante una causa con características similares al presente caso, la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires afirmó que “...fragmentar la situación que vive la mujer en ese contexto, entendiéndolo que su defensa sólo puede tener lugar en el preciso momento en que sufre un golpe, sería olvidar que ha sido golpeada anteriormente y volverá a ser golpeada después, amén de su menor fuerza física respecto del hombre. Tanto el condicionamiento social de género como la especial situación de continuidad de la violencia a que está sometida la mujer golpeada, obligan a entender que el ámbito de la legítima defensa necesariamente debe extenderse más allá del momento preciso de la agresión ilegítima, y esto por cuanto la agresión ilegítima no es algo que ocurre en un momento aislado, sino que forma parte de un proceso en que se encuentra sometida la mujer golpeada y del cual no puede salir por razones psicológicas, sociales, e incluso por amenazas que sufre de parte del agresor. Y amén de ello, en las situaciones en que -como en el presente caso- conviven con la pareja niños menores de edad, el instituto de la legítima defensa no sólo tiene por objeto la propia vida de la mujer, sino también la integridad física y psíquica de aquéllos” (“N.H.M. s/Recurso de casación”, de fecha 16/08/2005, causa número 10406, Provincia de Buenos Aires). Asimismo, la doctrina penal mencionada, sostiene que al no



tener ambos contendientes la misma fuerza ni socialización, debe entenderse que la actualidad de la agresión no refiere a que ésta se esté produciendo sino a que sea inminente y, por lo tanto, "las amenazas son una agresión ilegítima que permiten la defensa del mal anunciado cuando exteriorizan inequívocamente el propósito de causar un mal inminente" (Larrauri, E., 2008. "Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica." Buenos Aires: Euro Editores, pág. 62)....".-----

----- Prosiguiendo con el trazado de la aludida senda interpretativa en este tipo de casos, el Tribunal de Casación de nuestra provincia equipara a la violencia de género con delitos permanentes que constituyen una verdadera agresión incesante, que si bien pudo haber sido interrumpida por alguna circunstancia, ello no significa que haya cesado, por lo que debe considerarse que subsiste la necesidad de la defensa: "...y refiriéndose expresamente a los delitos permanentes, explica que son una agresión incesante que, aunque haya sido interrumpida por alguna circunstancia, no significa que haya cesado, subsistiendo así la necesidad de la defensa (Ob. cit.). Y, justamente por ello, en el conflicto entre inminencia y necesidad debiera prevalecer la necesidad, pues debiera considerarse que la actualidad de la defensa no es un requisito autónomo sino una forma de precisar que la defensa sea necesaria (Ob. Cit.). Y así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en el precedente mencionado, al afirmar que "...la violencia doméstica como fenómeno que se arraiga con carácter cíclico en la vida cotidiana familiar, debe ser considerado como un 'mal inminente' que -a priori- habilita la materialización de una conducta defensiva" (Causa "XXX s/Homicidio Agravado por el vínculo", de fecha 28/04/2014). Y del mismo modo se manifestó la Sala II de la Suprema Corte de Mendoza al entender que la legítima defensa "no implica que el sujeto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
LST
DE
N
CIC
VRL
SINI
MDV
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
OSN

agredido deba esperar a ser atacado para defenderse, ya que la ley argentina permite la defensa no solo frente a la agresión que ha comenzado sino que abarca la última etapa de la preparación, situación permitida por la ley al permitir la defensa tanto para impedirla, como para repelerla' (art. 34, inc. 6°, Cód. Pen.)" ("F.C/XXX P/Homicidio Simple s/Casación," Causa No 110.919)..."

-----Continuo con la referencia al fallo aludido a fin de desentrañar la conducta de Yanina Marconi en este caso para lo cual tengo en cuenta que el Tribunal de Casación en el fallo que vengo aludiendo, de similares características al presente, entra en el estudio del requisito de "necesidad racional del medio empleado", realizando un agudo análisis en cuanto a la ubicación que debe guiar al órgano decisor situándose más en la realidad que en "el reino de lo ideal", ya que no debe perderse de vista que muchas veces las mujeres víctimas, se encuentran ante la imposibilidad tanto objetiva como subjetiva de escapar fácilmente del círculo de violencia doméstica: "...como tercer requisito, nuestra ley impone la "necesidad racional del medio empleado," lo que implica la idoneidad de la defensa mediante el empleo del medio más benigno posible. Y frente a este requisito, tanto en el caso concreto como en similares, se aprecian diferentes sugerencias de los impugnantes, acerca de lo que debería o podría haber hecho la mujer en lugar de matar a su marido con un arma de fuego. Sin embargo, todas esas propuestas -denunciar, huir con su hija, separarse- parecen únicamente realizarse en "el reino de lo ideal," pues la realidad -plasmada en las estadísticas- demuestra lo opuesto, reflejando la imposibilidad tanto objetiva como subjetiva de escapar fácilmente del círculo de violencia doméstica. A la vez que éstas contradicen el contenido de los instrumentos internacionales y normas internas sobre la



materia, como fuera sostenido por la Corte Suprema al declarar que "aquella afirmación [...] para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso -a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario-, deriva que [la imputada] se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido (CSJN "Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple," del 1/11/2011). Y resulta nuevamente interesante y aplicable al presente caso traer a colación lo expresado por el jurista Roxin y los ejemplos utilizados: "Sólo cuando las advertencias y otras medidas defensivas más benignas impliquen peligros para el agredido, podrá éste elegir un medio defensivo más duro, pero seguro. Por eso, ante agresores especialmente peligrosos (p.ej. ante un amenazante peligro para la vida procedente de unos brutos matones) puede estar justificado efectuar disparos mortales aunque no se haya hecho antes la advertencia de usar las armas o no se haya efectuado un disparo de aviso" (Roxin, C., 1997. "Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito." Tomo I. Madrid: Civitas, págs. 193/197)..."-----

----- Finalmente, tengo en cuenta para resolver la presente lo recomendado por el Tribunal de Casación, en cuanto a que muchas veces lamentablemente no alcanza para resolver los problemas de violencia de género las medidas disuasivas y/o advertencias al decir: "...no resulta idóneo impedir o repeler una agresión en circunstancias de violencia doméstica utilizando medidas disuasivas y advertencias, pues éstas podrían provocar reacciones aún más violentas; por lo tanto, el medio más idóneo será el medio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VI
IS
DE
N
O
V
SIN
M
N
O
O
S
JUR
-
T
C
O
S

más seguro, que es muchas veces el más grave o duro. En las situaciones en donde el enfrentamiento es entre una mujer y un hombre -con el que ésta convive- no siempre existe la posibilidad de elección entre un medio más grave o menos grave, sino en la utilización de la única forma posible de defensa. Y por las características particulares de socialización, educación experiencias personales -inclusivas o no de violencia doméstica- y, muchas veces, contextura física de la mujer, es claro que ésta debe defenderse cuando el hombre se encuentra desprevenido y con sus defensas bajas, a diferencia del hombre que comúnmente no necesita de esta circunstancia para consumir su defensa. Así, el arma, que surge generalmente como demostrativa del dolo de matar y como indicador de mayor peligrosidad, se presenta en estos casos como el medio necesario para llevar la defensa, ya sea de lesiones o de muerte (Larrauri, E., 2008. "Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica." Buenos Aires: Euro Editores). Esta diferencia hombre/mujer necesaria a la hora de analizar la violencia de género doméstica, se agrava en el caso en cuestión, puesto que el marido de la imputada, por su condición de suboficial de la policía, tenía entrenamiento físico y con armas fuego, armas que, como fuera expuesto, utilizaba para efectuar amenazas hacia ésta y la hija que tenían en común. En referencia a ello, las mencionadas causas jurisprudenciales de Tucumán y Mendoza citan nuevamente a Claus Roxin en su análisis de la violencia de género y la legítima defensa, cuando éste manifiesta que "...una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc. Y en segundo lugar, ninguna esposa tiene por que soportar malos tratos continuos (incluso leves), que



denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse" (Claus Roxin, "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", Civitas, Madrid, año 1997, p. 652, n° 83, CSJN Caso "Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple" 2011). Por lo expuesto, no se observa en el presente caso, irracionalidad o desproporcionalidad en la necesidad del medio utilizado a la luz de las amenazas proferidas contra la imputada y su hija bebé, las agresiones físicas, psíquicas y sexuales sufridas y las circunstancias generales de una violencia de género doméstica impeditivas de otras opciones pasibles de provocar un daño menor..." - Conf. Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Jueces Maidana y Natiello en las causas N° 69.965 y 69.966, caratuladas "L, S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por Particular Damnificado" y "L., S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal", 5 de julio de 2016-.-----

----- A la luz de estos conceptos entiendo que los hechos probados en el juicio abastecen plenamente los requerimientos típicos de esta causa de justificación.-----

----- En primer lugar tengo en cuenta la narración y descripción de los sucesos realizada por la acusada Yanina Andrea Marconi, en donde describió con fidelidad cada una de las instancias fácticas configurativas de una agresión ilegítima que me permito puntualizar: a) "...en un momento Varela se comenzó a enojar... comenzado a insultarla... en ese momento le revolea la mesa... quiere agarrarle el celular...";



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

b) "...la agarra de las muñecas..."; c) "...luego Varela empuja a la deponente..."; d) "...la sigue y la vuelve a agarrar, le toma la cabeza y se la golpea contra la misma pared..."; e) "...continua golpeándola contra la pared..."; f) "...en todo el trayecto, Varela seguía golpeándola en los hombros y empujándola..."; g) "...él logra tomarle primero el brazo derecho de la deponente y la tira al piso..."; h) "...la deponente queda boca abajo en el piso... y Varela se le sube arriba... colocando sus rodillas en la espalda de la deponente..."; i) "...la deponente gritaba por ayuda a sus vecinos y le pedía a Varela que pare..."; j) "...en ese momento la deponente siente dificultad para respirar, pidiéndole a Varela que la suelte porque sentía que le faltara el aire..."; k) "...que cada vez se sentía peor, hasta que siente que perdió la conciencia... se sentía mal y tenía mucha dificultad para respirar...era porque Varela la estaba apretando en la espalda..."; l) "...y por sobre una bufanda negra que tenía la deponente colocada en su cuello, Varela la estaba ahorcando con el cable de la plancha..."; ll) "...la deponente trataba de tomar con sus manos la bufanda porque le apretaba y dado a su problema de tiroides, habitualmente se ahoga. La deponente sentía que la cabeza le iba a estallar, y que se hinchaba y que sentía mucho calor..."; m) "... ni bien Varela se subió a la espalda de la deponente, solo sentía la opresión, pero luego comenzó a sentir el ahogamiento. Luego refiere que pierde la conciencia...".-----
----- Como vengo adelantando, he dado absoluta credibilidad y verosimilitud a estas manifestaciones de la acusada Marconi. No solo por su coherencia interna, sino por la posibilidad de ser corroboradas a través de numerosos y contundentes elementos de prueba que enumero a continuación y, que colaboran a tenerlas por ciertas.-----

VICI
LSU
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
S
JUR
-
TAL
CIB
OS



----- En primer lugar evidencias empíricas avalan sus dichos. Así computo las lesiones constatadas en su cuerpo luego del hecho, que se corresponden con el accionar llevado adelante por Varela que ella describió. Obsérvese lo expuesto por el médico de policía Dr. Roberto Leitao al revisarla el día 14 de abril de 2013 quien verificó: *"...herida contuso-escoriativa de forma redondeada localizada en la frente en su lado derecho, equimosis de coloración azul-rojiza localizada en zona infraorbitaria externa de ojo izquierdo. Heridas escoriativas lineales localizadas en la espalda, en zona media, en región inter-escapular..."*.-----

----- Obsérvese además que las lesiones coinciden absolutamente con la descripción que tanto la imputada como sus hijos realizaron de las acciones violentas. A excepción del ahorcamiento, sobre el cual el médico interviniente Dr. Leitao aparentemente no observó huellas. En este sentido, entiendo que dicho procedimiento -de ahorcamiento- fue realizado conforme lo explicaran los declarantes con el cable de la plancha por sobre la bufanda, lo que evitó que quedaran rastros significativos, lo que a mi criterio no le quita gravedad a la agresión, al punto que Yanina Marconi explicó que prácticamente quedó sin aire en esos instantes.-

----- Estas lesiones también surgieron acreditadas a través de la declaración del policía Cristian Ariel Palavecino quien fue el primero en llegar al lugar del hecho y observó que Yanina Andrea Marconi presentaba *"hematomas en la cara, en los pómulos y tenía colorado así en esta zona y los ojos. Lo pómulos colorados, no recuerdo si muy, sé que estaba golpeada la señora, se notaba que estaba golpeada la señora... La vi con golpes en la casa. Tenía así como cuando uno recibe un golpe, hinchado cerca del ojo, como una cosa así. O sea, tenía hematomas, golpe en los ojos y en los pómulos. Sí recuerdo haber escuchado que le clavó el vidrio*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
LSU
DE
N
CIC
VRL
SIN
MDV
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

para que no le pegue más. Los que había llamado fueron los vecinos porque habían escuchado ruidos y gritos. En la cara tenía cerca del ojo, como hinchado; a raíz de un golpe yo he visto que cuando le pegan en la cara a alguien se hincha, cerca de los ojos, los pómulos. No recuerdo de qué lado. Eso es lo que yo alcancé a ver en la primera instancia cuando yo llego. O sea, en la cara lo único que vi fue el golpe en el ojo y en el rostro, cuando se nota que está golpeado, hinchado, nada más".-----

-----También como evidencia empírica irrefutable, tengo en cuenta los rastros de sangre encontrados por los peritos en la zona de la puerta de salida de la casa. Lo cual sirve para corroborar la veracidad de los dichos de la acusada en cuanto al lugar de la vivienda en el que se produjo la herida. Así surgió de la inspección ocular y croquis ilustrativo de fs. 7/8vta., y fue corroborado por los testigos Atela, Palavecino, Gauna y Larraburu.-----

-----Además computo para tener por probada la causal de justificación -legítima defensa-, las corroboraciones que surgen a partir de lo declarado por los hijos Lautaro y Emiliano Varela que, como expresé, resultaron testigos directos de la mayor parte de los sucesos objeto de este juicio.-----

-----En primer lugar su hijo **Lautaro Varela** testigo presencial de los hechos brinda datos objetivos por él observados configurativos de una agresión ilegítima, a la postre de una legítima defensa ejercida por su madre, y que a su vez son complementarios con la declaración de ella. Puntualizo los tramos centrales de su declaración: a) "...mi papá me jodió a mi mamá y la levantó y la tiró contra la pared, después contra el piso..."; b) "...mi papá la ahorcó en el piso con una bufanda, y después con el cable de la plancha..."; c) "...mi papá no la dejaba, y quería salir



corriendo mamá..."; d) "...y después quería salir corriendo, y mi papá le agarró del brazo, y mi mamá le hizo así..."; e) "...y después ahí la empujo a mi mamá, la tiró contra la pared...".-

----- Y el restante testigo presencial de los sucesos, el hijo de la pareja **Emiliano Varela**, también brinda evidencias patentes de una situación de agresión ilegítima y posterior defensa que paso a destacar: a) *"...y papá agarró a mi mamá y le estuvo pegando..."; b) "...la tiró contra el piso, mamá agarró la plancha para defenderse, y después papá agarró la plancha y con el cable la estuvo ahorcando..."; c) "...la agarró de las manos y ahí papá se cortó..."; d) "...mamá salió corriendo, y papá la agarró de la mano..."; e) "...cuando le estaba pegando Gabriel y Santiago salieron a pedir ayuda a Lorena..."; f) "...mi papá no la dejaba salir a mi mamá de la pieza..."*.- -----

----- Como puede observarse la secuencia de la agresión ilegítima quedó absolutamente probada en autos. Dicho ataque fue de gran envergadura, y riesgoso, al punto de intentar ahorcarla -todos coincidieron sobre este punto- y Yanina Marconi, dentro de las opciones que tenía para responder, eligió la más inocua, que era retirarse del lugar a la carrera para pedir ayuda. Pero allí es cuando es tomada del brazo por Varela, impidiéndole la salida, circunstancia en la que ocasiona el corte.-----

----- Así entonces tengo por acreditado que ocurrió una agresión ilegítima por parte de Martín Varela hacia la imputada, sin que ésta la haya provocado en modo alguno. Este ataque fue intencional y típico, es decir doloso, por cuanto fue realizado deliberadamente contra la libertad, contra la integridad física y la vida de Yanina Andrea Marconi. A la vez queda claro que en el lugar corrían riesgo también los niños -hijos de la pareja- que ya en otras oportunidades habían sido golpeados por Varela -así lo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISU
DE
N
CIC
TRA
SIN
MDV
N
CIC
SIC
JUR
-
VAL
CIC
OS

relató el niño Emiliano Varela- y que seguramente se encontraban muy alterados por el ataque que estaban presenciando.-----

-----Aunque resulte conocido, no es sobreabundante recordar que todos los bienes jurídicos son defendibles legítimamente a condición de respetar los requisitos exigidos en a) b) y c) por la norma del art. 34 inc. 6° del C.P. En este aspecto, aún bienes no relevados por el derecho penal resultan objeto de protección, con más razón cuando se trata de la libertad de movimiento y la integridad física de la persona, que incluye la vida misma del sujeto que se defiende.-----

-----Contrariamente a lo razonado por el Sr. Agente Fiscal en su alegato final, el hecho ocurrido en la tarde del 13 de abril de 2013, no debe ser segmentado ni dividido, sino mirado en su globalidad. Desde el inicio de la agresión cuando le arroja la mesa donde ella trabajaba, hasta que la toma del brazo cuando quería huir de la vivienda a pedir auxilio, todo ello constituye un episodio integral de agresión, alternando ataques contra la integridad física y contra la libertad de movimiento. Pero en uno u otro caso la agresión ilegítima no había cesado y seguía en curso.-----

-----Así entonces tengo por probado que la agresión de Varela fue actual y prolongada, y durante la misma aún en los últimos instantes, Yanina Marconi se encontraba a merced del agresor. Y en el instante final del episodio al tomarla del brazo y no dejarla salir, casi de manera instintiva le produce el corte con el vidrio.-----

-----Me detengo en el análisis de esta última acción de la acusada. Probado que hubo un ataque no provocado y que resultaba actual, pues las agresiones estaban ocurriendo y era de esperar o temer un nuevo ataque igual de violento que los anteriores, corresponde analizar si la acción defensiva



realizada por Yanina Marconi fue necesaria, es decir si hubo otra posibilidad de comportamiento al alcance de aquélla que fuera menos lesivo o directamente no lesivo para defenderse. Y la respuesta que encuentro luego del análisis integral de los hechos también es positiva. Porque sin la defensa realizada mediante el vidrio no podría haberse evitado el perjuicio mayor que se avecinaba con certeza para ambos o alguno de los bienes mencionados -la libertad y la integridad física-. Lo central aquí es el elemento volitivo en cabeza de Yanina Marconi, que apuntaba a retirarse del lugar, intentando concretar la alternativa menos lesiva, que era evitar el choque, así y todo, Varela decide persistir en la acometida agresiva, esta vez tomándola del brazo e impidiéndole irse, como ella quería. Frente a ese panorama, considerando la disparidad de contexturas físicas, teniendo en cuenta la magnitud del castigo previo que le había infringido, incluso llegando a asfixiarla por ahorcamiento, la utilización del vidrio en esa instancia puntual satisface el requisito de necesidad, máxime cuando lo que Marconi en esos instantes intentaba hacer era retirarse del conflicto.-----

----- Hasta aquí vienen acreditados los requisitos de la legítima defensa, pero no se agota en los elementos citados la causal de justificación bajo examen. En efecto, tal como surge del texto legal y la uniforme doctrina y jurisprudencia que la estudia y aplica, la necesidad de la defensa legítima debe tener "racionalidad". Ello debe analizarse en cada caso concreto, y así determinar si se correspondía la potencia de la defensa aplicada como réplica a la intensidad de la lesión amenazada y de acuerdo a la jerarquía de los bienes defendidos, por cuanto si bien no hay ponderación de males en la causal bajo análisis, lo cierto es que entre el derecho o el mal que se quiere evitar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE N
OIO
VRL
SINI
MDO
N
OIO
SIC
JUR
-
TAL
FIC
OSN

que sea lesionado y el que se causa en su defensa o evitación no puede haber una desproporción aberrante e inusitada, pues de ser así dejaría de ser racional.-----
-----Y este requisito -racionalidad- también lo encuentro cumplido en el caso. No se puede perder de vista la magnitud de la agresión llevada a cabo hasta ese momento por parte de un hombre -Varela- sobre una mujer -Marconi-, y ante el propósito de retirarse de esta última, impedirselo con la clara finalidad de persistir en la situación de apremio. Así entonces, la acción de Yanina Andrea Marconi no socava la exigencia de racionalidad del medio empleado. Con mayor razón aún si tenemos en cuenta el agudo dictamen del Dr. Julio César Julián quien indicó que: *"...La lesión provocada es una lesión punzocortante o contuso cortante en este caso, es una lesión prácticamente superficial, lo que sucede es que los vasos del cuello en la región anterior del cuello están en una situación muy superficial, de hecho cualquiera de nosotros puede observar cómo se digita las venas del cuello, y más en una persona delgada en la región anterior. Es una situación muy accesible. En este caso es un instrumento circunstancial, no es un elemento punzo cortante el vidrio, circunstancialmente actuó como tal pero no tiene la característica de ser un instrumento ofensivo. Pero las lesiones que presentaba la víctima son superficiales, no requerían mucha... lo que pasa es que el vidrio tiene un borde cortante. Cualquiera de nosotros se habrá cortado alguna vez con un vidrio, tiene un elemento cortante pero no tiene la sección que tiene un arma blanca, es mucho más grueso, tiene un borde filoso y eso es lo que genero la sección de la piel. De hecho no tiene profundidad suficiente para generar una lesión realmente importante, la lesión que tiene en la tráquea es de un centímetro aproximadamente, y entre el tercer y cuarto anillo traqueal, y seccionó la vena*



yugular anterior derecha si mal no recuerdo. Yo le repito que son elementos vasculares que están prácticamente... no hay tres centímetros ni de casualidad, y menos en el señor Varela, yo he visto las fotos de la autopsia y era una persona extremadamente delgada, debe haber menos de un centímetro entre la superficie y la vena yugular anterior. Sí, el vidrio se puede impregnar de sangre porque el elemento... el elemento seccionado es una vena y es abundante la hemorragia que produce, pero al mismo tiempo de que es abundante no es lo mismo que si fuera una lesión arterial. La gravedad es totalmente diferente. Estamos hablando de una vena yugular anterior que del cuello que es la más chica de la región anterior del cuello, y es un elemento venoso nada que ver si hubiera sido arterial. Prácticamente se colapsa con el dedo no necesita demasiada presión para obturarlo... No ha sido utilizado con mucha presión, porque tampoco la característica del vidrio permitiría utilizarlo con mucha presión, porque tampoco es un arma blanca. El arma blanca es un arma delgada, como dijimos recién que puede tener punta, filo., en cambio en este caso si yo mal no recuerdo, el vidrio tendría no más de cinco milímetros. Y tiene bordes cortantes. Pero no tiene filo, tiene borde cortante, pero no es un filo como el de un arma blanca. Uno no utilizaría un vidrio como instrumento de ofensa. Cosa que con el arma blanca sí. Yo me guío por lo que vi en el expediente, la lesión es superficial. Ahí habla del músculo cutáneo del cuello o platisma, un músculo extremadamente delgado que está inmediatamente después del plano cutáneo y debajo está el paquete vascular anterior del cuello, eso es lo que yo le decía, cualquiera de nosotros se puede tocar la tráquea y está ahí, puede haber un centímetro, no hay más. Justamente por eso porque no hay movimiento de corte, es muy pequeño, el tejido se dislacera porque se pone en contacto con el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

filo. Todas las lesiones están prácticamente en tres o cuatro centímetros, no hay un deslizamiento, es una interpretación mía, es mi opinión, no es una lesión de cuello que uno cuenta con diez centímetros a ver que puedo cortar para lesionar, estamos hablando de tres centímetros donde está todo, la lesión de la tráquea y de la vena yugular anterior, no hay deslizamiento prácticamente en tres centímetros con un fragmento de vidrio creo que no hubo deslizamiento. Y lo marca que no hay coleta de salida, o sea que tampoco hubo una presionen la acción. Me parece que es el contacto directo del instrumento con el cuello, y ahí se produce todo junto y la víctima se estaría moviendo y el victimario también, entonces se producen esos tres o cuatro centímetros". -----

VICI
ISU
DE
N
CIC
RA
TR
SIN
MDV
N
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OS

-----Otros elementos me corroboran que el corte en el cuello no fue con una intención homicida y/o de lesionar gravemente a Varela, sino casi instintivo ante la nueva agresión de este impidiéndole la salida. Destaco en ese sentido lo referenciado por los testigos que presenciaron los instantes inmediatamente posteriores a la agresión cuando describieron la asistencia que la acusada le prestó a Varela ya herido, a la vez que le expresaba "no te vas a morir". Todo lo cual permite descartar ultra-intenciones en cabeza de Marconi, más allá del mero propósito de defenderse.-----

-----La actitud posterior de Yanina Andrea Marconi mostrando pesadumbre por lo ocurrido, y procurando auxilio, llamando a la ambulancia, calmando al herido, deteniendo una camioneta para que lo lleve al Hospital, colaborando con la policía cuando llega al lugar, me persuaden que dicho corte no tuvo una intención que trascienda lo meramente defensivo dentro de los estrictos parámetros de la necesidad y de la



racionalidad, frente a una agresión de magnitud que ella sufrió esa tarde.-----

----- En este cuadro situacional, el permiso legal para ese comportamiento, impedir a través del corte ser retenida nuevamente y ser objeto de un nuevo castigo como el que venía sufriendo, se encuentra plenamente justificado en defensa y protección de su integridad física y de su libertad de movimiento, por lo que lo considero necesario y racional.-----

----- Como puede observarse no he coincidido con el Sr. Fiscal, quien sostuvo la inexistencia de legítima defensa. En ese orden de ideas la Fiscalía encontró su fundamento para la oposición, entre otras razones, en que había verificado discordancias entre la declaración de la imputada y lo manifestado por sus hijos Lautaro y Emiliano. Quiero decir en este aspecto, que lejos de notar incompatibilidades entre los tres declarantes, lo que se pudo constatar luego de un análisis profundo de las respectivas declaraciones, es una sustancial coincidencia en los aspectos más relevantes de la agresión ilegítima y de la defensa intentada por Marconi. La detenida observación que hice de los videos de las respectivas cámara gesell de ambos menores, me persuade que si bien existieron algunas imprecisiones, no son otras que las propias de la edad, ya que resulta dificultoso para el interrogador intentar mantener un orden en las respuestas de los niños. Por otra parte, durante los sucesos violentos del 13 de abril de 2013, está claro que ellos iban y venían entre el interior y el exterior de la vivienda, debido a las órdenes cruzadas que les daban su madre y el propio Varela, por lo que es entendible que sus observaciones fueran fragmentadas. Pero salvadas estas circunstancias, repito que advierto una complementariedad total entre las descripciones de los sucesos por ellos realizadas. De esta manera descarto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
LSUF
N DE
CIO
VRL
SINI
MDV
N
CIO
SIC
JUR
-
TAL
CIB
OSN

absolutamente que los testimonios de los niños pudieran ser tildados de "influenciados" conforme lo afirmara el Sr. Fiscal y lo insinuara la Lic. Cantú.-----

-----También discrepo con lo aseverado por esta misma parte -Fiscalía- relativa a que la mecánica del relato de Marconi no se correspondería con las conclusiones del perito médico Dr. Julio César Julián. Ya lo he desarrollado en otros capítulos de la presente, pero mi conclusión es la opuesta, ya que a excepción de las marcas en el cuello -cuya ausencia quedó suficientemente explicada porque Yanina Marconi tenía puesta una bufanda-, lo concreto es que hubo una real correspondencia entre las lesiones verificadas por el Dr. Roberto Leitao y luego corroboradas por el Dr. Julián, y la descripción del desarrollo de las agresiones efectuada por la señora Marconi en su declaración. En el mismo sentido las manifestaciones que exteriorizó Marconi, sobre las cuales el Sr. Fiscal hizo mucho hincapié en su alegato final "yo te corto", no tuercen el carácter defensivo que tuvo todo el accionar de la imputada, incluso ensayando una disuasión antes de actuar.-----

-----De esta manera tengo por plenamente probada la legítima defensa invocada por la defensa. Esta circunstancia al quitarle la antijuridicidad al acto, por sí sola me eximiría de toda otra consideración. No obstante ello y a todo evento, en este análisis voy a descartar el denominado "exceso en la legítima defensa". Ello así por cuanto conforme a los fundamentos arriba desplegados no se han verificado sus requisitos.-----

-----Se ha dicho al respecto que: *"...puede decirse que el exceso presupone el hacer necesario excesivo; necesario en cuanto no ha dejado de ser racionalmente adecuado según la acción justificada; pero excesivo porque para dicha acción hubiese bastado un empleo menos intenso de los*



medios, lo cual el autor no advirtió; la mayor intensidad excesiva puede originarse en la propia calidad del medio (...), o en el mayor poder vulnerable de la mecánica con que se aplicaron los medios". -Conf. Carlos Creus, Derecho Penal Parte general, Astrea, 1992, Pág. 340-.-----

----- Queda claro entonces, a la luz de lo ut supra analizado, que estas exigencias no se dieron en el caso, por lo que corresponde descartar que estemos ante un supuesto de exceso en la legítima defensa.-----

*----- **III.** Por último, paso a analizar lo atinente a la imputación a Yanina Andrea Marconi del delito de homicidio preterintencional en los términos del art. 81 inc. 1 apartado b), en relación a los artículos 80 inc. 1 y 82 del Código Penal. -----*

----- Como antes dije, al haber prosperado la causa de justificación de legítima defensa, no sería necesario indagar ningún otro de los puntos de conflicto, pero a mi entender al haberse discutido intensamente sobre este tópico en el juicio, no puede sortearse su análisis.-----

----- Y aquí nuevamente habré de tomar partido por la postura de la Defensa. Aun cuando no hubiera estado presente la causa de justificación que aquí se tiene por probada, lo cierto es que de acuerdo a lo surgido de la prueba producida en debate tampoco podría imputársele a Yanina Andrea Marconi la muerte de Martín Varela.-----

----- Las probanzas traídas dejaron un panorama contradictorio en este aspecto, por lo que, por aplicación del principio "favor rei", ante la duda debe estarse a lo que resulte más favorable al imputado. Y la incertidumbre vino instalada precisamente en un aspecto central del resultado muerte, que es la cadena causal previa que derivó en la misma.-----



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
CIC
VRL
SINI
MDV
N
CIC
CIC
S
JUR
-
TAL
CIC
FID
OSN

-----En tal sentido destaco las categóricas afirmaciones realizadas por el perito médico Dr. Julio César Julián en cuanto expresó en su larga declaración en juicio: *"La lesión provocada es una lesión punzocortante o contuso cortante en este caso, es una lesión prácticamente superficial, lo que sucede es que los vasos del cuello en la región anterior del cuello están en una situación muy superficial, de hecho cualquiera de nosotros puede observar cómo se digita las venas del cuello, y más en una persona delgada en la región anterior. Es una situación muy accesible. En este caso es un instrumento circunstancial, no es un elemento punzo cortante el vidrio, circunstancialmente actuó como tal pero no tiene la característica de ser un instrumento ofensivo. Pero las lesiones que presentaba la víctima son superficiales, no requerían mucha... lo que pasa es que el vidrio tiene un borde cortante. Cualquiera de nosotros se habrá cortado alguna vez con un vidrio, tiene un elemento cortante pero no tiene la sección que tiene un arma blanca, es mucho más grueso, tiene un borde filoso y eso es lo que genero la sección de la piel. De hecho no tiene profundidad suficiente para generar una lesión realmente importante, la lesión que tiene en la tráquea es de un centímetro aproximadamente, y entre el tercer y cuarto anillo traqueal, y seccionó la vena yugular anterior derecha si mal no recuerdo. Yo le repito que son elementos vasculares que están prácticamente... no hay tres centímetros ni de casualidad, y menos en el señor Varela, yo he visto las fotos de la autopsia y era una persona extremadamente delgada, debe haber menos de un centímetro entre la superficie y la vena yugular anterior. Sí, el vidrio se puede impregnar de sangre porque el elemento... el elemento seccionado es una vena y es abundante la hemorragia que produce, pero al mismo tiempo de que es abundante no es lo*



mismo que si fuera una lesión arterial. La gravedad es totalmente diferente. Estamos hablando de una vena yugular anterior que del cuello que es la más chica de la región anterior del cuello, y es un elemento venoso nada que ver si hubiera sido arterial. Prácticamente se colapsa con el dedo no necesita demasiada presión para obturarlo. Yo lo que dije es que era una lesión de tipo grave, la enmarque dentro de las lesiones graves y para que se entendiera la magnitud con una incapacidad laboral de 30 días. Yo lo que quise decir y creo que es lo que puse, es que para darle un marco de gravedad puse que con 30 días aproximadamente esa persona se hubiera curado. Lo que quiere decir es que no es una lesión gravísima, eso es. No consideré con riesgo de vida no, la persona entró deambulando al hospital, hablaba, eso es lo que recuerdo, no puede ser nunca una lesión... El riesgo inminente tiene que ser actual y tiene que tener una entidad mortal ahora. El paciente a mi entender nunca estuvo en peligro de muerte por estas lesiones. Tiene una lesión perforativa de la tráquea no mayor de un centímetro y una herida o sección de la vena yugular anterior derecha. Como se resolvieron esas lesiones, la vena yugular fue ligada y la lesión de la tráquea se le hizo uno o dos puntos, o sea, eso no es una lesión mortal, es imposible. Librado a su suerte, esta persona con la simple compresión de la vena yugular hubiera dejado de sangrar y lo peor que le podría haber sucedido con la lesión traqueal, es una fístula traqueal, no hubiera ocurrido otra cosa. ...Si hubiera sido en otro sector del cuello podría haber sido generador de peligro de muerte, pero en el sector anterior del cuello no, no porque no hay ningún elemento anatómico que pueda llevar a la muerte a la persona, en el lateral sí, pero en el anterior no. El sector anterior del cuello es donde está el mango del esternón y la mandíbula, el mentón. Este es el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIO
OIOS
JURI
-
TAL
CIBO
OSN

sector anterior del cuello. A los laterales están las dos venas yugulares. En la región lateral está la vena yugular superficial y debajo del músculo esternocleidomastoideo que nos permite girar la cabeza esta la vena yugular interna al lado de la arteria carótida. Esa región es mortal, es mortal aun cuando nosotros operamos un cuello, esa región es mortal si nosotros la lesionamos, porque tiene determinadas características. En cambio la región anterior del cuello, puede sangrar y pareciera que es un mar de sangre, pero no se va a morir. Cuando nosotros hacemos una traqueotomía, que vamos a hacer una cirugía de cuello, generamos lesiones de 3 o 4 centímetros, colocamos un tubo que es la famosa cánula endotraqueal, y después esa cánula se saca y queda un orificio de dos centímetros de diámetro que las enfermeras aspiran, limpian curan, que es lo que queda, y eso paulatinamente se va cerrando solo y si no se cierra queda una fístula traqueal como secuela de esa persona. En este caso la lesión que tenía era de un centímetro, nunca se hubiera muerto, es imposible por esa lesión. ...La víctima fallece por una neumonía bilateral. Eso es una infección hospitalaria, es una complicación del riesgo que implica intubar a un paciente y que permanezca en un área de terapia intensiva. Es muy frecuente en pacientes inmunodeprimidos que sufran neumonía, y en este caso de tipo bilateral, y ese es el motivo de la muerte. La neumopatía puede deberse a infinidad de causas, el resultado final es que es una infección intrahospitalaria, puede ser una bacteria A o B pero el resultado final es una neumonía hospitalaria. Es un poco contradictorio que los análisis bacteriológicos den negativo sí, pero desconozco, no sé en qué condiciones se toma el cultivo, no le podría decir. Si yo no me equivoco en la autopsia hace referencia el medico al estado de los pulmones como patológicos y es concordante con la causa de



la muerte. El hecho de que den negativo los cultivos es simplemente a los efectos del diagnóstico puede ser la bacteria A o B que diferencia el tipo de tratamiento, tenemos que entender que se trata de un paciente inmunodeprimido y que la infección puede ser multibacterial y no sé de qué forma le pudieron haber hecho el cultivo. Si tiene una neumonía tendría que haber dado positivo, por lo menos un neumococo, algo común, a veces son bacterias mucho más graves, es amplio el espectro, pero evidentemente tiene que tener algún proceso infeccioso sino no tiene neumonía. Un tratamiento empírico hasta que esté el resultado bacteriológico. Eso se puede diagnosticar clínicamente, cualquier medico puede determinar o diagnosticar una neumonía, independientemente de que tenga bacteria A o B, yo no necesito hacer un cultivo para saber que tiene neumonía. Eso no existe, se puede hacer clínicamente, lo que uno pide el cultivo es para hacer un tratamiento específico que le va a hacer mejor al paciente. Lo que faltaba era la anatomía patológica, ahí el anatomopatologo puede decir si se trata o no de un block neumónico. Eso es un pulmón con un cuadro de neumonía, tiene esa característica. El anatomopatólogo puede decir en que estadio de la neumonía se encuentra. Puede dar negativo si fue mal tomada la muestra, si fue mal remitida, si no se tomó la muestra en el lugar donde había que tomarla... yo puse que es un causa intrahospitalaria porque es lo más común, es una neumonía, para diferenciarlo que esta persona no falleció a consecuencia de las lesiones del cuello, so es lo que yo quise expresar. Termina muriendo con producto de una infección intrahospitalaria. ...En mi opinión lo más importante me pareció es poder separar que la causa de la muerte es independiente de las lesiones que tenía. El médico de policía establece una conexión y no tiene ninguna conexión, no es a mi criterio, no existe la relación, en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VICI
ISTO
DE
N
CIC
VRL
SINI
MDV
N
CIC
CIC
SIC
JUR
-
TAL
CIC
OSN

donde estaría desde el punto de vista médico, no tiene ninguna conexión la lesión de la vena yugular con una neumonía. Claro podrían haberlo operado de apéndice y haberse complicado con una neumonía, pero no tiene relación la lesión del cuello con la neumonía, no la tiene. ... La neumonía bilateral ingresa generalmente a través de los filtros de los respiradores. Los respiradores desgraciadamente por más que... hay filtros, tiene todo un sistema de filtrado el respirador, pero le explique recién que los gérmenes encerrados son más virulentos y más difíciles de erradicar y por eso están en el ambiente intrahospitalario. El traslado de la persona en estas condiciones si la persona va intubada no varía. Dónde pudo generarse la infección es imposible saberlo. ...La internación se alarga porque se complicó por su problema pulmonar, lo que prolongó fue el tratamiento de la neumonía, usted doctor fíjese que solamente se hizo una ligadura de la vena yugular y solo uso o dos puntos en el orificio de la tráquea, eso en 15 o 20 días tiene que haber estado solucionado, no digo curado pero sí solucionado. No recuerdo de la historia clínica cuándo surge la infección. Podría haber sido externado, se lo podría haber extubado y se levantaba y se iba a su casa. O sea yo no lo digo así ligeramente, es una forma de demostrar que la lesión no era tan... o sea, a él no se lo intubó porque necesitara un respirador, sino porque para manejar la vía aérea, para que no tosa, por las secreciones, por un montón de cuestiones prácticas, quedó con el tubo. Yo cirujano hubiera dicho lo dejamos un par de días y le sacamos el tubo. Pero el paciente en un corto tiempo hizo un cuadro neumónico... o mejor dicho, porque la neumonía es lo que uno ve después, él lo que hizo es un cuadro séptico, lo que el médico ve en terapia es la sepsis no la neumonía, la neumonía se va constituyendo, no es que



hoy estoy bien y mañana tengo una neumonía en los dos pulmones y me muero, se va gestando el cuadro de sepsis, aumentan los glóbulos blancos, disminuye por decir, aumentan los valores de la queratitina en sangre, ahí recibe antibióticos que son diez días, hemocultivos, y ver de donde es la infección y después uno se encuentra que es una neumonía, y para eso ya pasaron diez días. En cambio la lesión del cuello se podría haber ido 2 o 3 días".-----

----- La opinión vertida en el juicio por el restante perito especialista Dr. Roberto Leitao no fue más esclarecedora. Para no incurrir en repeticiones innecesarias, solo me limito a consignar aquí la conclusión final que dejó en el debate: "Para hablar de la causal del muerte de Varela no me puedo detener en una sola, interpreto que la lesión en este tipo de paciente, quizás en un paciente no hubiera tenido la inmunodeficiencia que tenía esta víctima hubiera tenido hipotéticamente otro tipo de evolución, ahora en éste caso en particular esa lesión que quizás esa persona en un buen estado de salud hubiera evolucionado favorablemente, en éste caso no, entonces yo hago una relación con esa lesión en este caso en particular como desencadenante. La prolongación de la internación de Varela es el desencadenante, pero creo que es más producto de su inmunodeficiencia. Yo no le saco la relación con la lesión primera porque no tuvo una recuperación, ahora las complicaciones es más por su estado de insuficiencia que no puede responder, cada vez más infección y menos estado de respuesta por parte del paciente, por si misma en una persona supuestamente sana esa lesión no tiene esa evolución, pero me parece desde el punto de vista clínico no la dejo de lado, después en la evolución es muy importante a mi criterio el estado previo del paciente".-----



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

----- Como se observa de estas conclusiones científicas, no puede inferirse sin hesitación alguna que el resultado muerte se haya debido a la herida ocasionada por Yanina Andrea Marconi.-----

----- Para aclarar este punto nada mejor que recurrir a la opinión de la doctrina. Así se ha sostenido que: "La **causalidad** sería la cadena de causas y efectos que se dan en el mundo y que permite que los hechos sean explicados y, por lo tanto, que aquél sea inteligible. La causalidad es un hecho del mundo. Su explicación es un fenómeno cultural: la ciencia explica la causalidad de los fenómenos del mundo. Y la ciencia puede equivocarse (demasiadas veces lo hace). Más aún, las leyes científicas (conforme a las cuales se explica la causalidad) nunca tienen un valor de verdad verdadero en forma absoluta, pues se basan en conocimientos empíricos...

VICI
LSOF
DE
N
OIO
VRL
SINI
MCI
N
OIC
OIC
S
JUR
-
TAL
CIB
OSN

Siempre la prueba de la causalidad es una prueba de probabilidad, por mucho que esta pueda ser altísima es la mayoría de los casos, nunca es absoluta, justamente por la naturaleza de los conocimientos científicos acerca del mundo y por sus limitaciones". [Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Ediar, 2006, pág. 362].-----

----- En el mismo orden de ideas este autor explica que "...existe una confusión muy seria entre la causalidad y el criterio de atribución del hecho como propio del agente, que forma parte del tipo conglobante, debido a que durante mucho tiempo se pretendió que la causalidad era un criterio imputativo, cuando en realidad es solo un dato que permite afirmar la existencia del espacio problemático, proporcionado por una base elemental de imputación, o sea, un presupuesto de ésta. Dado que como criterio imputativo abarcaba casos en que el sentido común indicaba que no podía imputarse el resultado como obra del agente, se trató de alterar la noción física de la causalidad, para lo cual se



habló de interrupciones o alteraciones del curso causal, cuando en la realidad de mundo no puede existir ninguna interrupción de la causalidad, puesto que es inconcebible por definición. Cuando se planteaba el caso del agente que lesiona levemente a una persona y esta muere en el choque de la ambulancia que la lleva al hospital o porque ésta se incendia, se trató de excluir la causalidad, lo que es imposible, porque sin duda la lesión es causa de la muerte. Esto obedecía a la confusión de dos preguntas: a) ¿la lesión es causa de la muerte? y b) ¿la muerte puede imputarse al agente de la lesión como obra suya? (cuestión de tipicidad conglobante).- Esta confusión provenía de entender la causalidad como criterio de imputación, dentro de una teoría del delito sustentada en la física mecánica del positivismo. De allí que para resolver el problema de modo compatible con el sentido común se dijese que en ese caso existía lo que no puede existir en realidad: una pretendida interrupción del nexo causal. La causalidad viene desde y va hacia el infinito, no hay posibilidad lógica de interrupción alguna. Como la tipicidad sistemática y conglobante no son independientes, no deja de ser cierto que la causalidad tiene cierta función imputativa, pero es primaria y grosera: si bien el tipo dolosa activo no puede imputar como obra propia lo que no se ha causado, esto no es más que un requisito mínimo elemental de la imputación, porque es también obvio que no se puede imputar como propio todo lo que simplemente se causa".- Las teorías de la imputación objetiva, precisamente pretendieron prescindir del resultado en el tipo, lo que implicó al decir de este autor desconocer la necesidad de una conflictividad como requisito de límite de irracionalidad tolerable que debe oponerse al ejercicio del poder punitivo". Además, advierte "...no es admisible prescindir de la causalidad sólo porque en algunos casos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

VICI
ISOF
DE
N
CIC
RA
SIN
MDV
N
CIC
SIC
JUR
-
VAL
FIC
OSN

graves no se la puede probar acabadamente, pues en definitiva se trataría de afirmarla donde no existe. Si la imposibilidad proviene de limitaciones científicas al conocimiento que impiden acceder a todos los detalles pero que, sin embargo, permiten mantener la regla empírica de que eliminada la causa desaparece el efecto, poco importan conocer los detalles causales; si por el contrario, existen dudas sobre si el hecho fue causa del resultado, se trata de un problema procesal que no tiene otra solución que el principio in dubio pro reo". [Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Ediar, 2006, pág. 362].-----

-----Al amparo de esta doctrina, y por más que es cierto lo dicho por el Sr. Fiscal en cuanto a que la lesión fue producida sobre una persona con serios problemas de salud "de base", y que a raíz de la herida debió ser internado e intubado, lo concreto es que en el juicio aparecieron otras posibles causas "independientes" desencadenantes del deceso, y no pudo determinarse por los investigadores cuál fue la que en definitiva prevaleció. Así entonces la cadena de causalidades, no puede ser atribuida en forma ciega sin distinciones a la autora de la lesión, erigiendo una suerte de responsabilidad objetiva vedada en materia penal.-----

-----En definitiva, en el presente caso ha quedado una seria duda acerca de la causa de la muerte de Martín Ismael Varela, lo cual motiva que no haya certeza como para atribuirle a Yanina Andrea Marconi dicho resultado. Así entonces por la vía del principio insoslayable para este órgano jurisdiccional del "in dubio pro reo", corresponde desligarla de dicho resultado, en virtud de lo cual no podría nunca prosperar la imputación de Homicidio Preterintencional en los términos del art. 81 inc. 1°



apartado b) del Código Penal, en relación al art. 80 inc. 1° y 82 del mismo cuerpo legal, pretendida por la Fiscalía.----

----- Respecto a las lesiones graves que quedarían subsistentes, que según dictaminó el médico forense Dr. Roberto Leitao -fs. 12- lo son en razón de la inutilidad laboral mayor de un mes, las mismas al haber sido acogida favorablemente la causal de justificación de legítima de defensa, en un contexto de violencia de género no merecen reproche penal alguno.-----

----- Recapitulando cierro la presente cuestión haciendo lugar a las pretensiones de la defensa, en cuanto considero que se ha tratado de un vínculo signado por la violencia de género, de Varela sobre Marconi, que se ha acreditado plenamente una causa de justificación -legítima defensa- que le quita antijuridicidad a la conducta de Marconi, y que corresponde el rechazo de la imputación dirigida a ésta última por el delito de Homicidio preterintencional.-----

----- Con lo expuesto doy a la cuestión planteada, mi respuesta afirmativa por ser mi sincera y razonada convicción (Arts. 371 tercer párrafo ap. 3° y 373 en relación al 210 del Código Procesal Penal).-----

----- A la misma cuestión el señor Juez Dr. Arecha dijo: adhiero al voto del Dr. Echevarría en igual sentido, por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 3° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-----

----- A la misma cuestión el señor el señor Juez Dr. Pocorena dijo: adhiero al voto de mis colegas preopinantes en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 3° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

----- Como consecuencia de lo expresado el Tribunal ha arribado por unanimidad a un **VEREDICTO ABSOLUTORIO**.-----
----- Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Jueces del Tribunal, por ante mí que doy fe.-----

VICI
LSUR
N DE
CIC
VRL
SINI
MCI
N
CIC
CIC
JUR
-
TVI
CIC
OSN

SENTENCIA

----- Tandil, de julio de 2016.-----
----- Atento lo acordado por unanimidad del Tribunal, se:-----

RESUELVE:

----- **I. ABSOLVER LIBREMENTE Y SIN COSTAS** a la encausada Yanina Andrea Marconi, sin alias, argentina, instruida, soltera, nacida en Tandil el 15 de marzo de 1985, DNI N° 32.181.083, hija de Osmar Hugo Marconi (v) y de Juana Ester Domínguez (v), y con domicilio en calle Roca n° 1584 de la ciudad de Tandil, del delito de Homicidio preterintencional, que se le imputara como cometido en la ciudad de Tandil el día 13 de abril de 2013 en perjuicio de Martín Ismael Varela en virtud de encontrarse justificado su accionar (Art. 34 inc. 6° del C.P.).-----

----- **II.- DISPONER** respecto de los elementos secuestrados el decomiso y destrucción del vidrio y pulóver blanco recogidos a fs. 9 y a fs. 28/29; y la restitución en



carácter definitivo a la imputada del celular marca Nokia y a Silvia Varela del perteneciente a su hermano (entrega de fs. 283/283vta).-----

----- **REGISTRESE** (Ac. 2514 S.C.J.B.A.), **NOTIFIQUESE**.
Líbrense los oficios del caso (Ac. 2840 y art. 83 inc. 3° del C.P.P.).-----

Ante mí:

Conste que en la fecha se dio lectura al presente veredicto y sentencia; y que se libró oficio a la Secretaría de Cámara (Ac. 2840). Secretaría, 15 de julio de 2016.-



Expte. n° 17530/19 “Antúnez, Ramona Isabel y otra s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Antúnez, Ramona Isabel y otros c/ GCBA s/ amparo - genérico”

Vistos: los autos indicados en el epígrafe;

resulta:

1. Llegan las actuaciones a consideración del Tribunal para resolver la queja interpuesta por Ramona Isabel Antúnez, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad, y por Evangelina Beatriz Franco contra la sentencia que denegó su recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/16).

2. Las actuaciones se suscitaron con la demanda que Ramona Isabel Antúnez —por derecho propio y en representación de los niños a su cargo— y Marianela Isabel Franco interpusieron contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA), con el objeto de obtener una solución habitacional (fs. 21/55 vuelta).

Contestada la demanda por el GCBA (fs. 56/70), el juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo (fs. 71/83).

3. Contra esa decisión se alzó el GCBA y fundó sus agravios (fs. 84/98), los que fueron contestados por la parte actora (fs. 99/104).

Conforme surge a fs. 106 vuelta, la coactora Marianela Isabel Franco desistió de la acción de amparo.

A su turno, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, rechazó parcialmente al recurso del demandado y modificó la sentencia de grado (ver fs. 84/93 de las constancias recibidas del expediente digital principal, actuación n° 13265527/2019).

Los jueces que conformaron la mayoría, por un lado, condenaron al GCBA a presentar, en el plazo de diez (10) días, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a Ramona Isabel Antúnez y sus hijos menores de edad un alojamiento que reuniese las condiciones adecuadas a la situación de vulnerabilidad denunciada. Por el otro, revocaron la decisión de primera instancia en lo que refería a Evangelina Beatriz Franco —hija de Ramona Isabel Antúnez que adquirió la mayoría de edad durante el trámite del proceso— por no



haber demostrado la coactora encontrarse en una situación de vulnerabilidad (fs. 109).

4. Disconformes, Ramona Isabel Antúnez y Evangelina Beatriz Franco interpusieron recurso de inconstitucionalidad de fs. 111/129, cuyo traslado no fue contestado por el GCBA (ver fs. 131 vuelta).

La Cámara resolvió denegarlo (fs. 131/132 vuelta), y ello motivó la queja referida en el punto 1.

5. Requeridos sus dictámenes, la Asesora General Tutelar entendió que no correspondía expedirse en tanto los recursos interpuestos versaban sobre la exclusión de una persona mayor de edad de los alcances de la sentencia impugnada y el Fiscal General Adjunto, a su turno, propició el rechazo de la queja (fs. 135 y fs. 137/139, respectivamente).

Fundamentos:

La jueza Marcela De Langhe dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 32 de la Ley nº 402) y el planteo propuesto resulta idóneo para la apertura de esta instancia de excepción por configurar un caso constitucional (arts. 113, inc. 3º de la CCABA y 26 de la Ley 402).

2. La Cámara, por mayoría, consideró procedente excluir a Evangelina Beatriz Franco, de 20 años de edad, del alcance de la sentencia dictada respecto al grupo familiar integrado por su madre y sus hermanos menores, porque es una persona mayor de edad y de la que "... no existen suficientes elementos de convicción que permitan considerar, por el momento, que se encuentra en la misma situación de vulnerabilidad que el resto del grupo familiar actor..." (fs. 109).

3. Contra esta decisión las coactoras se agravian, alegando, entre otras cuestiones, que la decisión avasalla sus derechos constitucionales a la vivienda, a la salud, a la dignidad, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva.

4. Sobre el hijo mayor que se capacita y su exclusión de la tutela habitacional otorgada a su grupo familiar señalé, luego de realizar un repaso de las principales normas de nuestro sistema jurídico en materia de alimentos y obras sociales, que el legislador ha querido tutelar expresamente a los jóvenes —aún mayores de edad— que



Expte. nº 17530/19

estudiesen capacitándose con vistas a su desempeño en el mercado laboral y profesional. Frente a este panorama, no existe razón que permita sostener válidamente que los hijos de los hogares vulnerables deban emanciparse económicamente varios años antes que los hijos de los trabajadores del sector formal de la economía. Aceptar esta solución implica soslayar los principios constitucionales de igualdad, equidad y la prohibición de discriminación que deben guiar la solución a fin de evitar distinciones arbitrarias. En consonancia, afirmé que una interpretación sistemática del ordenamiento en materia habitacional a la luz de los principios de equidad, igualdad y no discriminación previstos en la Constitución Nacional (artículos 16 y 75 incisos 19, 22 y 23) permite afirmar que sería contrario a sus fines desestimar la pretensión de los jóvenes que se capacitan y privarlos de la tutela del Estado, pues esta solución contribuiría a instalar desigualdades entre las posibilidades de capacitación del hijo mayor conforme a la situación socio-económica del hogar al que pertenezca. En base a lo antes ponderado, establecí los requisitos que deberán verificarse para que los hijos de los hogares vulnerables sean considerados acreedores de asistencia habitacional: a) convivir con su grupo familiar; b) acreditar cursar estudios en forma regular conforme el plan de la carrera u oficio elegidos mediante la presentación del certificado expedido por el establecimiento educativo, el que deberá ser renovado periódicamente; y c) no hayan alcanzado los veinticinco años (conf. mi voto *in re*: Expte. nº 15928/18 “J. C. N. y otro s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: J. C. N. c/ GCBA y otros s/ amparo” y su acumulado expte. nº 15948/18 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: J. C. N. c/ Instituto de la Vivienda de la CABA y otros s/ amparo”, del 21/10/19).

5. En el caso la joven Evangelina Beatriz Franco debe ser considerada a cargo de su madre, en tanto se verifique en la etapa de ejecución de sentencia el cumplimiento de los requisitos enunciados precedentemente.

6. Por lo expuesto, corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 111/129 y, en consecuencia revocar parcialmente la decisión de fs. 106/110vta. (actuación nº 13265527/2019 del expediente principal) en lo que concierne a la exclusión del amparo de Evangelina Beatriz Franco.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:



1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. Creo necesario detenerme aquí, antes de avanzar en el análisis del caso particular, en el contexto en que emito mi voto. Nos encontramos atravesando una crisis sanitaria mundial y nacional sin precedentes. La pandemia del coronavirus y la enfermedad por el provocada, COVID – 19, nos sorprendió por su rápida extensión, su letalidad y su capacidad para colapsar nuestros sistemas de salud. Cada día que pasa, aquí y en el mundo se reafirma la necesidad del aislamiento preventivo como la forma más efectiva para evitar su diseminación y el lavado de manos para la prevención del contagio. Nunca en las últimas décadas ha sido más evidente la interdependencia de derechos como la vida, la salud, la vivienda adecuada o el acceso al agua potable, todos ellos de amplia consagración en nuestra Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad y un amplio abanico de tratados de derechos humanos.

En nuestro país, a partir del Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 297/20, se estableció para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él, la obligación de permanecer en “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, desde el día 20 de marzo. No obstante, miles de personas en esta Ciudad viven en las calles y carecen de un lugar dónde cumplir ese aislamiento, o se encuentran en condiciones de hacinamiento tales que lo vuelven lo fácticamente imposible.

Hoy, con la evidencia ante nuestros ojos, queda claro que la desidia estatal en garantizar el acceso a una vivienda adecuada para la población en su conjunto, atenta contra la vida, la salud y el bienestar no sólo de las personas individualmente consideradas, sino contra la comunidad toda.

3. Como se verá a continuación, el recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del artículo 113 inciso 3 de la CCBA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal. En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza”, confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable. En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte



Expte. nº 17530/19

demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa "Alba Quintana" añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante me pronuncié en mi disidencia para la causa conocida como "Q", en la que la CSJN revocó la decisión de la mayoría del Tribunal que, como dije, no integré.

4. Con posterioridad, me pronuncié en decenas de casos análogos manteniendo y profundizando un criterio amplio en relación al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por ello me remito aquí a lo expresado en esos precedentes acerca de la necesaria interdependencia de los derechos humanos y del contenido y alcance amplios que corresponde asignar al derecho a la vivienda —según el marco constitucional y convencional que lo rige—. También a lo dicho en relación con la tutela judicial efectiva, especialmente acerca del deber que tienen los jueces de satisfacer esa garantía. Como entonces, mantengo mi opinión respecto de la vigencia de la prohibición de regresividad y de la obligación del Estado local de adoptar medidas para garantizar el derecho a la vivienda empleando hasta el máximo de los recursos disponibles. Insisto en que esta obligación hace del escrutinio del gasto público una parte de la función judicial.

5. En el caso, está probado que la coactora Evangelina Beatriz Franco obtuvo, mediante la actividad del Estado local —y a través del subsidio oportunamente otorgado a su madre— una mejora temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda.

El GCBA, que reconoció —al otorgarle un subsidio habitacional a su madre— la situación de emergencia en que se encontraba su grupo familiar, adopta una conducta que conduce a la regresividad en el ejercicio del derecho involucrado, pero no acredita haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, para la que no intentó proporcionar soluciones permanentes ni coyunturales hasta el máximo de los recursos disponibles.

Es dirimente, y por eso conviene reiterarlo, el hecho de que el demandado no acreditara —ni procurara hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los



recursos de que dispone. Por ello es ajustado al bloque constitucional imponerle el deber de preservar lo ya otorgado.

En este escenario, resulta desconcertante el fallo de Cámara que desestima la acción respecto de Evangelina Beatriz Franco por insuficiencia de prueba. Le impone así a la citada coactora una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, no es el amparista quien debe acreditar su situación de emergencia habitacional. No, es la autoridad demandada la que debe justificar su omisión acreditando que empleó el máximo de los recursos disponibles. En estas actuaciones, el GCBA ni siquiera ha intentado probarlo.

6. Por otra parte, también asiste razón a los recurrentes cuando destacan que lo resuelto por la Cámara, al excluir a un miembro del grupo familiar actor por haber cumplido la mayoría de edad, lesiona el principio de igualdad.

En efecto, señalan con acierto que:

(i) "... la exclusión dispuesta por la Cámara de Apelaciones respecto de la co-actora Evangelina por el solo hecho de haber cumplido la mayoría de edad, resulta discriminatoria frente a la protección que el sistema jurídico reconoce a los jóvenes de la misma edad pero pertenecientes a sectores sociales con mayores recursos (...), todo ello además de nodesprenderse de la ley que la Cámara invoca para sustentar esa exclusión, es decir, la Ley Nº 4036" (fs. 7 vuelta);

(ii) el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece en su artículo 663 que subsiste la obligación de los progenitores de proveer recursos a los hijos mayores de edad hasta los 25 años cuando la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio les impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente;

(iii) "... la Ley Nº 23.660, al enumerar al grupo familiar del trabajador en relación de dependencia que tiene derecho a recibir las prestaciones de la obra social, incluye a los hijos solteros hasta los 21 años e incluso lo extiende hasta los 25 años si aquellos se encontraren, cursando estudios regulares" (fs. 7 vuelta);



Expte. nº 17530/19

(iv) "... no se explica cuál sería la razón jurídica valedera para que los hijos de los hogares pobres deban emanciparse económicamente varios años antes que los hijos de los trabajadores insertos en los sectores formales de la economía" (fs. 8).

Lo resuelto por la Cámara vulnera el principio de igualdad, la unidad familiar, la garantía de la tutela judicial efectiva y el derecho a una vivienda digna. La Sala interviniente entendió que por el sólo hecho de cumplir la mayoría de edad y no encontrarse en la misma situación de vulnerabilidad que el resto del grupo familiar, la recurrente está en condiciones de acceder a un empleo y proveerse sus propios recursos, y ni siquiera analizó la posibilidad para la amparista de poder elegir un plan de vida que incluya la prosecución de estudios regulares, posibilidad ésta que la legislación prevé sin distinciones. De este modo, lo decidido por la Cámara es a todas luces discriminatorio.

Subrayo, pues, que el artículo 663 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que "la obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente". Resulta, entonces, violatorio del principio de igualdad que los hijos mayores de edad pertenecientes a hogares no vulnerables puedan optar por cursar estudios mientras que los hijos mayores de edad pertenecientes a familias en situación de vulnerabilidad no puedan hacerlo.

Asimismo, el sólo hecho de cumplir la mayoría de edad y gozar de buena salud no garantiza la obtención de un empleo formal, como pareciera entender la Cámara. En este sentido, son ilustrativos los resultados del "Informe sobre las características de la población que solicita el ingreso o renovación al Programa Atención para Familias en Situación de Calle (Dec. 690/09 y sus modif.) y situación de habitabilidad de los hoteles de la Ciudad" efectuado por el Ministerio Público Tutelar en Septiembre de 2019. Allí se resalta que de la totalidad de las personas encuestadas que solicitan el ingreso o renovación del mencionado Programa, un 48 % cuenta con secundaria completa. En cuanto al empleo, el 71 % de los encuestados se encuentra desocupado. Por fin, el 18 % de los encuestados son personas de entre 18 a 25 años de edad. Estos datos evidencian, insisto, que la mayoría de edad y el no poseer enfermedades incapacitantes no suponen la obtención automática de un empleo formal, máxime considerando que una persona que acaba de cumplir 18 años no posee experiencia laboral, que es uno de los ítems que se evalúa a la hora de ofrecer un trabajo.

Por lo demás, no puede pasarse por alto que el amparo de autos fue iniciado el 25 de agosto de 2015, es decir, hace cinco años.



Resulta entonces inadmisibles y violatorio de la garantía de la tutela judicial efectiva que el prolongado tiempo de tramitación del proceso termine redundando en un perjuicio para la coactora que pertenece a una familia cuya situación de vulnerabilidad no ha sido superada.

En suma, la exclusión dispuesta por la Cámara afecta el principio de igualdad, la unidad familiar, la garantía de la tutela judicial efectiva, y el derecho a una vivienda digna.

7. Finalmente, y en relación a los agravios vinculados con la violencia de género que habría sufrido la coactora, cabe dejar sentado que la situación de violencia no puede ser evaluada como un hecho puntual de violencia física o psicológica, sino que debe tener en cuenta el contexto en que se produce, la reiteración de episodios, la vulnerabilidad de la víctima. La protección que se reconozca en tales casos dependerá de la efectiva evaluación e intervención que busque preservar a la víctima de nuevos hechos de violencia. En el caso de acceso a la vivienda, deberá tenerse particularmente en cuenta que la situación de vulnerabilidad económica no someta a la mujer víctima de violencia a la disyuntiva entre salir de las situaciones violentas o de abuso o acceder a una vivienda.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: a) hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por Ramona Isabel Antúnez y Evangelina Beatriz Franco; b) revocar la decisión de la Sala II en lo que a la coactora Evangelina Beatriz Franco respecta; y c) imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (artículo 62, segundo párrafo del CCAYT). **Así lo voto.**

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

Coincido con mis colegas preopinantes, las juezas Marcela De Langhe y Alicia E. C. Ruiz, en que corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad y revocar parcialmente la sentencia de fs. 106/110 vuelta (actuación nº 13265527/2019 del expediente principal).

Los jueces Inés M. Weinberg y Santiago Otamendi dijeron:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 32 de la ley 402— no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad



Expte. nº 17530/19

intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional —arts. 113, inc. 3, de la CCABA y 26 de la ley 402—.

2. Los planteos formulados por la parte actora en su presentación remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia (conf. Doctrina de Fallos 330:4770; 330:3526; 330:2599 y 330:2498 entre otros) y no logran evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

3. Por último, resulta pertinente señalar que nada obstará a que Evangelina Beatriz Franco, en caso de reeditarse una situación de violencia, recurra a la Administración en busca de la tutela que entienda le asista conforme al régimen jurídico vigente.

4. Por ello, de conformidad con lo concluido por la Fiscalía General Adjunta, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por Ramona Isabel Antúnez y Evangelina Beatriz Franco.

Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Admitir la queja interpuesta por Ramona Isabel Antúnez y Evangelina Beatriz Franco y **hacer** lugar a su recurso de inconstitucionalidad.

2. Revocar parcialmente la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario el 11 de julio de 2019, actuación nº 13265527/2019, en lo que a la coactora Evangelina Beatriz Franco refiere.

3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

La sentencia se dicta en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA|EXP:17530/2019-0 CUIJ J-01-00242163-8/2019-0|ACT 16200562/2020

FIRMADO DIGITALMENTE 28/10/2020 14:37



Luis Francisco LOZANO
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



Inés Mónica WEINBERG
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



**Alicia Enriqueta Carmen
Ruiz**
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



**Marcela Vivian de
Langhe**
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



Santiago Otamendi
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



ARGENTINA

AR

Defensoria General de
la Nación Argentina



Fallos remitidos

CSJN. “COMUNIDAD MAPUCHE CATALÁN”. 8/4/21. [ver fallo completo](#)

Voces Pueblos Indígenas; Derecho A Ser Oído; Constitucion Nacional; Minorías Culturales, Étnicas Y Lingüísticas; Consulta Previa; Autodeterminacion; Vulnerabilidad.

Hechos relevantes del caso En el año 2003, la Provincia de Neuquén creó el Municipio Villa Pehuenia dentro de un territorio perteneciente a la comunidad Mapuche. Por ese motivo, la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina presentaron una acción de inconstitucionalidad. Entre sus argumentos, consideraron que la ley provincial Nº 2439, que había creado el Municipio de Villa Pehuenia, no resguardó el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas. A su vez, destacaron que la normativa omitió reconocer su preexistencia étnica y cultural. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén intervino en instancia originaria y rechazó la acción. Contra esa decisión, las actoras interpusieron un recurso extraordinario federal.

Fecha 08/04/2021

Tribunal Corte Suprema de Justicia de la Nación

Decisión y argumento La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, revocó la sentencia apelada e hizo lugar a la demanda. A su vez, dispuso que la Provincia del Neuquén, en el plazo de 60 días, convoque y concrete una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina para oírlos y diseñar en forma conjunta con la Municipalidad de Villa Pehuenia mecanismos permanentes de participación institucional y comunicación a fin de que puedan intervenir en la determinación de las políticas y decisiones municipales (ministros Lorenzetti, Maqueda y ministra Highton con remisión al dictamen de la Procuradora General y, de manera concurrente, ministro Rosatti). 1. Pueblos indígenas. Derecho a ser oído. Constitución Nacional. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. “[L]a creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales ya decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena. [L]a demarcación es susceptible de afectar la integridad, valor, uso o goce de sus territorios, colocándolos, por ejemplo, bajo jurisdicciones municipales diversas. Es decir, el interés de las comunidades en este caso se funda en la adecuada conservación de la tierra y el territorio que tradicionalmente ocupan (art. 75, inc. 17, Constitución Nacional y arts. 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT)” (dictamen de la Procuradora General a cuyos fundamentos remitieron los ministros Lorenzetti, Maqueda y la ministra Highton). “[E]l actual art. 75, inciso 17, [...] da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar ‘el respeto a su identidad cultural’, entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten. Por su parte, la constitución de la Provincia del Neuquén contiene en su art. 53 una norma similar al citado art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional. Esta prerrogativa importa ‘oír la voz de los pueblos indígenas’ con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses”. “[L]a ‘creación legal’ de un municipio no supone un acto por el cual se hace surgir una realidad de la nada [...].”



AR > Defensoria General de la Nación Argentina

Fallos remitidos

247

CSJN. “COMUNIDAD MAPUCHE CATALÁN”. 8/4/21. [ver fallo completo](#)
Decisión y argumentos

Vecinos y viviendas constituyen una realidad preexistente que justifica la decisión gubernamental; por ello lo que hace el legislador es un acto de ‘reconocimiento atributivo’: ‘reconoce’ una realidad –en el caso neuquino una cantidad mínima de vecinos– y le ‘atribuye’ un status jurídico específico pleno de consecuencias institucionales” (voto concurrente del ministro Rosatti). 2. Pueblos indígenas. Consulta previa. Autodeterminación. Vulnerabilidad. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. “[E]l derecho a la consulta es, en este caso, una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, que está previsto en la Constitución Nacional (arts. 1 y 37) y en los instrumentos internacionales (art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 21, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos). [L]a sola concesión de esas facultades a una autoridad municipal, sin cumplir con el deber de consultar a las comunidades indígenas, puede implicar un menoscabo de su derecho a la autodeterminación, así como a mantener y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a decidir y controlar sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural”. “En el caso, el derecho a la participación se ve afectado no sólo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2.439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches” (dictamen de la Procuradora General a cuyos fundamentos remitieron los ministros Lorenzetti, Maqueda y la ministra Highton). “[N]o solo no ha ‘oído’ a los pueblos y comunidades alcanzadas por dicha normativa, con carácter previo a su sanción, sino que tampoco ha contemplado la creación de mecanismos apropiados y adecuados que aseguren una participación permanente de aquellos en el diagrama del gobierno municipal creado, de modo que puedan intervenir, de manera efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas –debido a su idiosincrasia que los diferencia de la mayoría de la población– exige que el Estado diseñe, promueva y fomente diversas formas de participación que permitan a dichos sectores de la sociedad entender en los asuntos públicos que involucren sus intereses”. “[L]a ‘participación’ de los pueblos y comunidades indígenas no puede ser entendida con un alcance limitado al proceso de elección de autoridades; debe asegurar una interacción adecuada, armoniosa y razonable entre la forma de vida indígena y la no indígena en la gestión gubernamental, haciendo realidad el modelo de Estado multicultural y plural que ha adoptado nuestro país” (voto concurrente del ministro Rosatti).

Resolución (link de enlace)

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=3509&source=/Jurisprudencia/forms/fallos.aspx>



AR > Defensoría General de la Nación Argentina

Fallos remitidos

248

CFCP (JUEZA LEDESMA). “RODRÍGUEZ”. 5/3/21. [ver fallo completo](#)

Voces Vulnerabilidad; Género; Violencia De Género; Igualdad; No Discriminación; Estado De Necesidad; Transporte De Estupefacientes; Derecho A La Salud; Niños, Niñas Y Adolescentes; Violencia Institucional

Hechos relevantes del caso Una mujer era madre de dos hijos, una de ellas de dos años de edad con una malformación congénita en su mano, por la que debía ser sometida a una cirugía reconstructiva urgente cuyo valor superaba los cien mil pesos. La mujer carecía de un trabajo estable y sus ingresos mensuales eran de ocho mil pesos, a los que accedía mediante una tarjeta bancaria de su expareja, al que debía darle parte de ese dinero. Por otra parte, la mujer era víctima de violencia psicológica y económica por parte del padre de sus hijos, y durante seis años previos al momento de los hechos había sufrido violencia física de su parte. En ese contexto, una persona conocida le ofreció el traslado de un paquete de droga en un micro de larga distancia bajo la promesa de pago de setecientos dólares. En el marco de tareas de prevención, personal de Gendarmería Nacional advirtió que la pasajera poseía un bulto en el abdomen. La mujer fue requisada y se encontró que llevaba adosado con una faja un paquete con novecientos noventa y siete gramos de clorhidrato de cocaína. Por ese hecho, fue imputada por el delito de transporte de estupefacientes. El Tribunal Oral consideró que se encontraba en un estado de necesidad justificante y la absolvió. Contra esa decisión, la fiscalía interpuso un recurso de casación. La Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a la presentación, condenó a la mujer y dispuso que se realizara una audiencia de determinación de pena. Esta decisión fue impugnada por la defensa. Además, los representantes de la Comisión de Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación presentaron un amicus curiae en el que, entre otras cosas, analizaron los requisitos de las causales de justificación. La Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a la impugnación de la defensa y anuló la resolución recurrida. A su vez, ordenó que un juez de revisión con funciones de casación, de manera unipersonal, entendiese en la impugnación oportunamente presentada por la fiscalía contra la absolución.

Fecha 05/03/2021

Tribunal Cámara Federal de Casación Penal.

Decisión y argumentos La Cámara Federal de Casación Penal rechazó la impugnación de la fiscalía y confirmó la absolución de la imputada (jueza Ledesma). 1. Vulnerabilidad. Género. Violencia de género. Igualdad. No discriminación. “[A]tento a las especiales condiciones y circunstancias de vida de [la mujer imputada], nos encontramos ante un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. [34] inc. 3 del Código Penal, sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional [...]. Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado concretamente que las mujeres cabeza de familia son personas en estado de vulnerabilidad...”. “[A]ún cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación...”. “[E]l análisis del presente caso requiere un enfoque integrador que incluya la perspectiva de género en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [...] y la ley 26.485, que imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y garantizar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres...”. “Desconocer la situación de necesidad que primó sobre [la mujer imputada], quien [...] se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia,


CFCP (JUEZA LEDESMA). “RODRÍGUEZ”. 5/3/21. [ver fallo completo](#)
Decisión y argumentos

así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal”. 2. Estado de necesidad. Género. Vulnerabilidad. “[S]i bien el Ministerio Público Fiscal postula una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones”. “[S]e observa como primer agravio, la ausencia en el caso de un mal inminente por no encontrarse en juego la vida de la niña. [L]a inminencia del mal, en este caso, está determinada por la imposibilidad de [la mujer imputada] –debido a su situación de vulnerabilidad– de asumir con la premura que el médico le había indicado el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija. Desde esta perspectiva, resulta claro que cuanto antes se opere mayores posibilidades tendrá de mejorar su calidad de vida”. 3. Violencia de género. Vulnerabilidad. “[E]l fiscal puso en duda que [la mujer imputada] se encontrara en estado de vulnerabilidad o fuera víctima de violencia de género. [M]ás allá de que [la mujer imputada] efectivamente contara con la tarjeta [de su expareja] y su salario de 8000 pesos –salario que no alcanza ni mínimamente para cubrir las necesidades básicas de un grupo familiar–, no debemos olvidar que el sufrimiento psicológico actual de [la mujer imputada] también es una consecuencia directa del ejercicio de violencia física que sufrió durante 6 años en su ambiente familiar por parte de su expareja”. “[E]l fiscal hace un análisis parcializado de las circunstancias, argumentando insuficientemente que es posible vivir y abastecer las necesidades de su familia con el salario de 8.000 pesos de su expareja, a quien, además, le cedía parte de ese dinero [...]. Por otro lado, desconoce por completo el sufrimiento emocional y el hostigamiento psicológico que aún persistía sobre [la mujer imputada]. Extremo que por sí sólo constituye un grave escenario de violencia de género en los términos de las Convenciones citadas y que surge con claridad del informe psicosocial...”. 4. Transporte de estupefacientes. Género. Estado de necesidad. Derecho a la salud. Niños, niñas y adolescentes. “[La fiscalía] cuestionó la ponderación de bienes efectuada por el juez haciendo alusión a la especial gravedad del delito que se le imputa vinculado al tráfico de estupefacientes y a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la persecución de dichos delitos. Ahora bien, sin desconocer la trascendencia que reviste la persecución de ese tipo de criminalidad, no debe pasar inadvertido que, nos encontramos ante un supuesto de una mujer que actuó como ‘mula’ o ‘correo humano’”. “[E]n la medida que el estado de necesidad presupone necesariamente un conflicto de intereses, lo decisivo debe ser el merecimiento de protección de un bien concreto, en una determinada situación social, lo que permite al juzgador ponderar las circunstancias sociales y personales, en detrimento de una valoración que podría ser pura objetividad dogmática y absoluta injusticia para la suerte del caso...”. “En el caso, [la mujer imputada] está a cargo de la manutención, cuidado y contención de sus dos hijos menores, en un contexto de violencia de género y con una situación socioeconómica desfavorable –en los términos de la Convención–, producto de las ocasionales y precarias actividades laborales a las que ha podido acceder, y que además no ha completado sus estudios secundarios [...]. En esta tesitura, es que debe afrontar con carácter urgente la cirugía que el médico le prescribió a su hija. Teniendo en cuenta el contexto analizado, resulta evidente, la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacientes Nº 23.737) –en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer ‘mula’ en su cuerpo–, y por el otro, en términos bien concretos, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo. En consecuencia, no existen dudas [...] que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal. Más aún si tenemos en cuenta la incidencia psicológica que la malformación también produce en la vida de su hija y la carga emocional que eso conlleva sobre [la mujer imputada]. [No es posible] dejar de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactan en su estado emocional y juegan un rol



AR > Defensoria General de la Nación Argentina

Fallos remitidos

250

CFCP (JUEZA LEDESMA). “RODRÍGUEZ”. 5/3/21. [ver fallo completo](#) **Decisión y argumentos**

significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego. Desde esta perspectiva, no [se advierten] fisuras en el razonamiento del tribunal, que tras observar y ponderar las circunstancias sociales y personales que expresan la situación de vulnerabilidad y violencia en la que se encontraba [la mujer imputada], consideró que ‘eligió’ un mal menor para salvar la integridad psicofísica de su hija”. 5. Estado de necesidad. Vulnerabilidad. Género. Violencia institucional. “[E]l fiscal consideró que el dinero proveniente del delito no era la única alternativa posible para operar a su hija. [La mujer imputada], no estaba inserta en el mercado de trabajo formal y su cobertura social era muy precaria. [...] En este contexto, cabe preguntarse ¿qué posibilidades reales tenía [la mujer imputada] de actuar de un modo alternativo para que su hija no vea disminuido su proyecto de vida? Para responder este interrogante no debemos perder de vista las diferencias que existen entre hombres y mujeres para hacer frente a la pobreza. [...] Atendiendo a estas circunstancias, y sólo desde su posicionamiento, [es posible] comprender las dificultades que concretamente tuvo [la mujer imputada] para recurrir a otros medios menos lesivos”. “[P]rescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad, para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante, no sólo nos llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género, sino también a efectuar una interpretación in malam partem, en contraposición con los principios de legalidad, pro homine y pro libertate que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado”. “[L]as especiales condiciones de vida de [la mujer imputada] producto de la situación de violencia y vulnerabilidad económica que padecía, así como la ausencia de posibilidades para acceder a un trabajo mejor remunerado, redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho. En ese contexto, [...] la posibilidad de obtener dinero mediante actividades vinculadas a delitos de drogas fue, para [la mujer imputada], la única alternativa posible para resolver el problema de salud de su hija de dos años”.

**Resolución
(link de
enlace)**

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=3481&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/Voces.aspx?Voces=GÉNERO>



S.C. C. 1493, L. XLVII

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

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

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

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

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



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

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

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



S.C.C. 1490, L. XLVII

Procuración General de la Nación

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

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

-II-

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

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

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



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

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

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

–III–

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



S.C. C. 1490, L. XLVII

Procuración General de la Nación

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

-IV-

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

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



-V-

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

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

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



S.C.C. 1690, L. XLVI

Procuración General de la Nación

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

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

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

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



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

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

–VI–

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

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



S.C.C. 1492, I. XLVII

Procuración General de la Nación

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

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

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

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



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

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

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

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



S.C.C. 1490, I, XLVII

Procuración General de la Nación

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

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

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



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

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

-VII-

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

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



S.C.C. 1490, I, XLVII

Procuración General de la Nación

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

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

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



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

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

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



S.C.C. 1493, L. XLVII

Procuración General de la Nación

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

-VIII-

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

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

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



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

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

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

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

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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

267

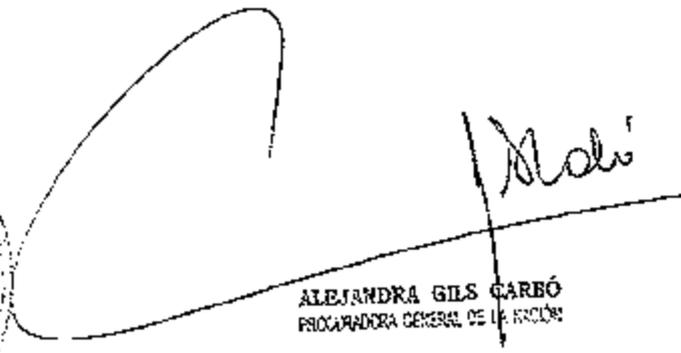
S.C.C. 1490. L. XLVII

Procuración General de la Nación

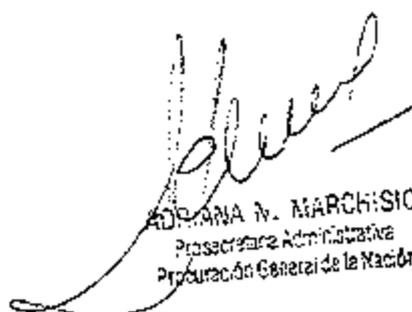
-IX-

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

Buenos Aires, 8 de septiembre de 2014



ALEJANDRA GILS CARBÓ
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN



MARIANA M. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. "Comunidad Mapuche Catalán". 8/4/21.

268



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 8 de Abril de 2021

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

Considerando:

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

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

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



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

Por ello, y conforme con lo dictaminado, corresponde:

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

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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

270



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

VO-//-



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

Considerando:

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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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



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

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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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

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



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

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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

276



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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



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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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



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

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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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

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

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



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

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

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

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

DISI-//-



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

282



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

Considerando:

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

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



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

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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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



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

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

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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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



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

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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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



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

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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

290



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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



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

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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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



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

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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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



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

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

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

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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

296



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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



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

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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

298



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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



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

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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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

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



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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

302



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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



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

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



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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



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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

306



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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



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

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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

308



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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

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



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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

310



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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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

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

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán”. 8/4/21.

311

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

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

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



AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CFCP (jueza Ledesma). "Rodríguez". 5/3/21.

312



Cámara Federal de Casación Penal

Legajo Judicial FSA 12570/2019/10
"RODRÍGUEZ, _____ s/Audiencia de
sustanciación de impugnación"

Registro N° 5/2021

///la ciudad de Buenos Aires, a los 5 días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, se constituye la Cámara Federal de Casación Penal, integrada de modo unipersonal por la señora jueza Angela E. Ledesma, y de manera remota y virtual de conformidad con lo establecido en las Acordadas 27/20 y ccds. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 15/20 de este cuerpo, para resolver la impugnación interpuesta en el caso **FSA 12570/2019/10** caratulado "**RODRÍGUEZ, _____ s/audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)**". Interviene representando al Ministerio Público Fiscal, el señor fiscal general doctor Raúl Omar Pleé, y ejerce la defensa pública de _____ Rodríguez, el doctor Enrique Comellas.

La señora **jueza Angela Ester Ledesma** dijo:

-I-

Que, por sentencia del 8 de noviembre de 2019, el juez Mario Héctor Juárez Almaraz, integrando el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy de modo unipersonal, resolvió: "**I. ABSOLVER de culpa y cargo a _____ RODRIGUEZ**, de las demás condiciones personales consignadas, del delito de transporte de estupefacientes que fuera acusada, sin costas, **ORDENANDO SU INMEDIATA LIBERTAD** -cfr. arts. 34 inc. 3 del C.P., 303, 308 y 309 del CPPF..."

Contra dicho pronunciamiento, el fiscal federal subrogante, Sebastián Gabriel Jure, interpuso impugnación, que fue concedida con fecha 29 de noviembre de 2019.

El 6 de diciembre, el fiscal general ante esta Cámara, Raúl Omar Pleé, solicitó la integración colegiada del tribunal para resolver la impugnación en curso. La defensa se opuso a dicha integración y el doctor Eduardo R. Riggi, por resolución del 9 de

1



#35271198#282084213#20210305091414384



Cámara Federal de Casación Penal

diciembre de 2019 -Reg nro 2/2019- hizo lugar a lo peticionado y dispuso la integración colegiada del Tribunal para entender en el caso.

El 10 de diciembre, a través de la oficina judicial, se sorteó a los magistrados Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani para intervenir en el caso.

El 19 de diciembre, esta Cámara Federal de Casación Penal, integrada de forma colegiada por los doctores Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani -luego de celebrarse la audiencia prevista en el artículo 362 del C.P.P.F.-, hizo lugar, por mayoría, a la impugnación planteada por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas; condeno a _____ Rodríguez, como autora penalmente responsable de transporte de estupefacientes (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737); y devolvió las actuaciones al a quo para la realización de la audiencia de determinación de pena prevista en el art. 304 del Código Procesal Penal Federal (cfr. legajo judicial no FSA 12570/2019/5, reg. nro. 3/2019).

El titular de la Defensoría Pública Oficial nro. 1 ante esta sede, Dr. Enrique Maria Comellas, impugno dicha decisión de conformidad con lo previsto en el art. 364 del Código Procesal Penal Federal, formándose, el 6 de noviembre de 2020, el legajo de impugnación FSA 12570/2019/8.

El 23 de diciembre de 2020, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los doctores Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques, resolvió, por mayoría,: **"HACER LUGAR** a la impugnación deducida por la defensa pública oficial, **ANULAR** la resolución del 9 de diciembre de 2019 -reg. no 2/2019- que integro este órgano jurisdiccional de manera colegiada, y los actos consecutivos que dependan directamente de ésta, y **REMITIR** el presente legajo a la Oficina Judicial a fin de que desinsacule un juez de revisión con funciones de casación para que, de manera unipersonal, entienda en la impugnación presentada por el representante del





Cámara Federal de Casación Penal

Ministerio Público Fiscal el 25 de noviembre de 2019, contra la absolución dictada en favor de _____ Rodríguez, sin costas..." (cfr. legajo judicial no FSA 12570/2019/8, reg. nro. 41/2020)

El 3 de febrero de 2021, se formó nuevo legajo de audiencia de impugnación a los fines previstos en el artículo 362 del Código Procesal Penal Federal y se sorteó al magistrado que habrá de conocer en ella de modo unipersonal, resultando desinsaculada la doctora Ángela Ester Ledesma (Ac. 17/20), por lo que el caso llega así a mi conocimiento.

-II-

El representante del Ministerio Público Fiscal al impugnar la absolución de _____ Rodríguez consideró que el juez de juicio aplicó erróneamente las prescripciones del art. 34 inc. 3 del Código Penal, "ya que, para decidir, no tuvo en cuenta fundamentos válidos y respaldados por elementos probatorios producidos en el debate y resolvió en base a apreciaciones personales".

Señaló que la defensa no ha logrado acreditar que exista una causa que justifique la afectación del bien jurídico protegido por la norma "Salud Pública", pues no acompañó prueba que acredite el mal que pretendió evitar ni los extremos necesarios para configurar aquel permiso. "Más aún, (...) la conducta desplegada por la imputada no se efectuó para evitar ninguna situación, sino para juntar dinero para la supuesta operación que pretendía realizar a su hija menor".

Agregó que no se probó en el juicio que Rodríguez haya cometido el delito que se le achaca, empujada por ser víctima de "la situación de violencia que supuestamente padecía". En esta línea, manifestó que el propio juzgador admitió que la imputada no fue obligada por su expareja a cometer el hecho ilícito que se le imputa, y que, según la psicóloga y la asistente social, la nombrada se encontraba estable y tranquila, viviendo en la casa de sus padres desde diciembre de 2018. En consecuencia, infirió que la decisión



*Cámara Federal de Casación Penal*

impugnada se basó en apreciaciones personales del juez que no encuentran fundamentos en las pruebas producidas en el debate.

Por otro lado, adujo que aun cuando se considere que el mal mayor estaba constituido por la discapacidad de su hija y que iba a ser paliada con la operación, lo cierto es que ello no se solucionaría con el delito cometido pues *"la misma imputada refirió al momento de prestar declaración en el juicio que recibiría como pago la suma de US\$ 700, y si pensaba operarla en un sanatorio privado, ese monto no alcanzaba para cubrir siquiera la mitad de la cirugía que supuestamente le realizaría a su hija; y además, porque ese tipo de operaciones esta cubierta íntegramente por el Hospital Materno Infantil de la provincia de Salta de manera gratuita"*.

Refirió que no se vislumbra en el caso que la situación de necesidad alegada por la defensa de Rodríguez importara la existencia de un peligro inminente sobre el bien jurídico que se pretendía salvar, pues se admitió que en ningún momento hubo peligro de vida para la niña.

Además, señaló que la defensa no acreditó que la imputada hubiera agotado todas las vías posibles alternativas a la comisión del delito, considerando que los dichos de la psicóloga y los certificados médicos aportados no son suficientes para acreditar esos extremos.

Para finalizar, recalcó que debe tenerse en cuenta la gravedad del delito que se imputa vinculado al tráfico de estupefacientes, el que representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos. Aludió, además, a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en la persecución de esos delitos.

Hizo reserva del caso federal.

-III-

El 25 de febrero del corriente se llevo a cabo, de manera remota y virtual, la audiencia prescripta por el art. 362 del ritual, tal como consta





Cámara Federal de Casación Penal

en el acta confeccionada por la Oficina Judicial.

En primer término, hizo uso de la palabra el Fiscal General, Raúl Omar Plee, quien luego de hacer una reseña del hecho, cuestionó que el accionar de Rodríguez se encuentre justificado por haber sido víctima de violencia por un hecho que ocurrió 6 meses antes del presente o por la situación de salud que atravesaba su hija.

Señaló que, si bien en el caso existe un mal, que es el problema de salud de la niña, no existe urgencia que implique la necesidad de que su madre se oriente al delito para evitar ese mal. Tampoco se observa inminencia ni inevitabilidad de utilizar otro medio distinto al delito para evitar ese mal.

Con respecto a la patología de la menor, refirió que se presentó un certificado médico que decía que era necesario efectuar una cirugía, cuyo costo podría ser de 100.000 o 200.00 pesos. Sin embargo, consideró que debía prestarse especial atención a la declaración del doctor Laguna (parte nro 3 del debate, min 9.30) donde declara que vio a _____ Rodríguez dos veces, que no recuerda haber visto a la niña y que su diagnóstico fue sobre una radiografía. Asimismo, señaló que le indicó una rehabilitación por un equipo de manos pediátrico que se podía hacer en el hospital de Salta, Tucumán o Córdoba, y que, en el hospital materno infantil de Salta, se podía hacer en forma gratuita. Asimismo, señaló que según el doctor Laguna la cirugía se podía diferir en el tiempo porque requería de un equipo de manos que debía evaluar a la niña para determinar si efectivamente se podía estimular el crecimiento óseo de las falanges. De modo que consideró descartada la urgencia.

Por otro lado, refirió que el dinero proveniente del delito no era la única forma de operar a su hija y que no se encontraba en una situación económica de vulnerabilidad que le impidiera viajar en micro al Hospital materno infantil de Salta para hacer atender a su hija de manera gratuita.

Por otro lado, cuestionó que sus niveles de



*Cámara Federal de Casación Penal*

autodeterminación para cometer el delito fueran producto de una situación de vulnerabilidad o violencia de género.

En este sentido, sostuvo que debía prestarse especial atención a la declaración en juicio de las licenciadas que desarrollaron el informe psicosocial. Con relación a la declaración de la Licenciada Padilla pidió que se ponga énfasis en el bloque 1 del debate (min 32, min 37.30 y min 43), porque si bien se expresó en el informe que al momento de los hechos había una situación de riesgo moderada, al ser consultada en el debate ella y la psicóloga Mercado dijeron que entrevistaron a una vecina de su actual domicilio, quien les indicó que no había existido ninguna situación de violencia.

Por otro lado, indicó que de sus declaraciones también se desprende que su expareja le había entregado la tarjeta para el cobro de su salario, que era de 8.000 pesos. Expresó que, si bien se dijo que él le exigía pagar los impuestos de su casa, lo cierto es que ella tenía su tarjeta, cobraba su salario, lo que le permitía cubrir los gastos de supervivencia para ella y sus hijos, más allá de los aportes que pudieran hacer sus padres.

Asimismo, se remitió a los dichos de la Psicóloga Mercado, en punto a que la madre de Rodríguez era quien manejaba la tarjeta de cobro, y cuando el señor Areco reclamó la devolución, ella se negó a dársela. De ese modo concluyó que, quien recibe la violencia económica es quien trabaja y su salario es cobrado exclusivamente por la madre de sus hijos. En definitiva, consideró que no existe un supuesto de violencia de riesgo moderado motivado en lo económico.

Por todo ello, sostuvo que en el caso no existe violencia de género ni existe una situación de supresión de su posibilidad de autodeterminación, tampoco existe urgencia en la situación médica de la niña dado que tiene que ser atendida por un equipo interdisciplinario que evalúe su situación, y tiene posibilidades de atención por un equipo de salud





Cámara Federal de Casación Penal

pública.

En estas condiciones, consideró que el tribunal erró arbitrariamente en su razonamiento, lo que descalifica a la decisión como acto jurisdiccional válido.

En esta línea, solicitó que se declare a _____ Rodríguez como responsable penalmente de la infracción al artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737, requiriendo que, en el caso de que el tribunal haga lugar a su pretensión, se disponga el reenvío de las actuaciones al tribunal de origen, a efectos de completar la sentencia -juicio de cesura- en la que se declara la responsabilidad penal de la imputada. Hizo reserva del caso federal.

El Dr. Enrique Comellas, por su parte, consideró que si bien es cierto -como sostiene el fiscal- que el último proceso de violencia física padecido por su defendida fue en diciembre de 2018, y que a partir de allí se mudó a la casa de sus padres, también es cierto que a partir allí se establece un escenario en el que las propias licenciadas intervinientes advierten episodios de violencia económica y psicológica de parte de su expareja.

Con respecto a la tarjeta de débito, está acreditado en el juicio, como sostuvo el fiscal, que su ex pareja se la daba y se la sacaba y que a raíz de ello la madre hizo de mediadora. Pero destacó que ella tramitó la asignación universal por sus dos hijos una vez que se separó. Además, cuando su expareja estuvo sin trabajo le pedía que le pague los impuestos de la casa donde antes vivían. Por otro lado, refiere que Rodríguez una vez que se separa inicia un proceso psicológico para superarse y empieza a preocuparse por la situación de salud de su hija, que tenía una malformación en su mano. Así es que después de varias averiguaciones cae en manos del doctor Laguna, quien le dice que tenía que operar cuanto antes, por la temprana edad, para poder revertir la mal formación congénita. Expresó que todo este contexto, nos permite entender el estado de necesidad en el presente caso.



*Cámara Federal de Casación Penal*

Señaló que, para hablar de las características del caso, primero es necesario referirse a la legislación aplicable en la materia. En esta línea, hizo referencia a la denominada "CEDAW", la Convención "Belem do Pará" y la ley 26.485.

Se remitió a las consideraciones de la ley vinculadas con la violencia psicológica y la violencia institucional. En primer lugar, consideró que es importante entender la violencia psicológica para poder determinar qué grado de acatamiento a las normas le era exigible a su defendida en el contexto que estaba atravesando. Por otro lado, sostuvo que del cotejo de esas normas se desprende que la justicia tiene el deber de juzgar con una perspectiva de género, y que si no lo hace podría incurrir en una causal de violencia institucional.

Luego de reseñar las normas, principios y jurisprudencia que entendió aplicable a la materia, consideró que una interpretación de la causal de justificación teniendo en cuenta estos conceptos es una exigencia del principio de no discriminación y no una aplicación benevolente de las mujeres que se encuentran en situación de vulnerabilidad o violencia de género.

Consideró que si bien es cierto -cómo dice el fiscal- que su defendida cumple los estereotipos de mujeres en situación de vulnerabilidad económica, cabeza de familia monoparental, que a cambio de una escasa remuneración se arriesga a realizar un ilícito, lo cierto es que en el juicio se acreditaron características excepcionales del presente caso.

En esta línea, aludió a las declaraciones de las profesionales que intervinieron en el caso y remarcó que la Licenciada Padilla, más allá de referirse a un riesgo moderado, concluyó que "la violencia psicológica y económica se cronifica hasta la fecha". Con respecto a la Psicóloga Mercado, refirió que en su declaración expresó que Rodríguez ante situaciones de estrés se desestabiliza emocionalmente, su inmadurez la expone a riesgos y que no cuenta con herramientas necesarias para acudir a vías saludables





Cámara Federal de Casación Penal

que puedan favorecerla. Agregó que estaba angustiada por la salud de su hija a quien quería mejorar su calidad de vida, y que es esperable una situación de ansiedad elevada, inseguridad, baja autoestima que pudo haber obstaculizado su capacidad para pedir ayuda (hora 1 min 11). Remarcó que existe una gran dificultad para salir de este tipo de situaciones y que pese a la separación, Rodríguez no podía terminar definitivamente con el dominio de su expareja.

En consecuencia, sostuvo que el análisis del fiscal resulta fragmentado porque Rodríguez todavía estaba atravesando un proceso de angustia, que seguía sometida psicológica y económicamente a su ex y que necesitaba ayudar a su hija.

Con respecto a la urgencia del daño, sostuvo que, si bien el doctor Laguna, quien expidió el certificado médico que decía que tenía que ser operada con urgencia, también dijo en el juicio que tienen que ser atendida por un equipo de manos para que haga el seguimiento, esa es una información *ex post facto*, sobre la que la su defendida no había tenido acceso. Refirió que no es una operación sencilla, que requiere desarrollo y seguimiento y que el mismo doctor Laguna reconoció que en toda la provincia de Jujuy no había personal idóneo ni especializado para hacer esa operación, y que sólo se podía hacer en el Hospital Posadas o en el Hospital de Niños de la ciudad de Buenos Aires.

Puntualizó que en la audiencia de juicio quedó acreditado que su hija se puso a llorar y le dijo "mamá no tengo mi mano", lo que muestra cómo impacta el sufrimiento de la niña en _____ Rodríguez, una persona con las características de vulnerabilidad en las que se encontraba.

Con respecto a la ponderación de males, sostuvo que se trata de un supuesto de narcomenudeo, porque la persona transportaba lo que podía en su cuerpo, y en un supuesto donde la cadena de tráfico estaba bastante alejada de los consumidores, pues todavía no había llegado a su destino, no había sido





Cámara Federal de Casación Penal

fragmentado, ni estaba en un puesto de venta. En ese contexto, comparado con la salud y bienestar de su hija, la ponderación de males adquiere otro nivel y debemos juzgarlo poniéndonos en sus zapatos y no en los nuestros.

Refirió que no tenía otros medios lícitos, pues según quedó acreditado no tenía un trabajo formal, no tenía obra social, las veces que consultó en Salta no la atendieron por haber llegado tarde, y que para poder trasladarse hasta allí tenía 14 horas de viaje en micro en total, lo que debía hacer con su hija en su regazo para no pagar dos pasajes.

Detalló que por las particulares patologías que tenía la hija, había una grave dificultad al acceso a la salud que normalmente el Estado debe brindar a sus ciudadanos.

Por todo ello, consideró que el juez concluyó fundadamente que Rodríguez obró en un estado de necesidad justificante.

Finalmente citó el caso "Suarez Equez" de la provincia de Jujuy y requirió que se evalúe el caso con perspectiva de género.

Concluyó que el Fiscal ha manifestado un criterio discrepante pero no ha demostrado que la sentencia resulte infundada, arbitraria o irreflexiva, solicitando, en definitiva, se rechace su impugnación. Luego abordó lo relativo a la solicitud de reenvío formulada por la contraparte, disintiendo en cuanto a la imposibilidad de que en esta instancia se practique un juicio de cesura y haciendo referencia a sus implicancias -desdoblamiento recursivo y posterior tratamiento separado en esta instancia-.

El Dr. Raúl O. Pae formuló sus réplicas y reitero que no es la casación quien debe realizar el juicio de cesura.

A fin de favorecer el contradictorio, en los términos del artículo 362 del Código Procesal Penal Federal, concedí la palabra al asistente técnico, quien respondió a los dichos del fiscal y reafirmo la motivación de su asistida en el estado de salud de su



*Cámara Federal de Casación Penal*

hija y su angustia. Finalmente, solicito a la señora presidente si así lo desea, tenga bien dar lectura a la presentación efectuada por la doctora Julieta Di Corleto y el doctor Gabriel Anitua de la Comisión de Temática de Genero de la Defensoría General de la Nación, en calidad de Amicus Curiae en donde se hace un análisis de los requisitos de las causales de justificación que estima aplicables a derecho.

El doctor Pleé se opuso a la incorporación de un documento formulado por la Defensoría General de la Nación utilizando la institución del Amicus Curiae, en tanto y en cuanto la Defensoría Pública no reviste la calidad de tercero sino la de parte en este proceso y siendo que, además, esta representada por el doctor Comellas y que tampoco forma parte del contradictorio. Por ello, solicitó que el escrito sea devuelto por intermedio de la Oficina Judicial.

Por su parte, el Dr. Comellas explico la función de la Comisión de Género y adujo que la presentación cumple con la reglamentación tanto de la Corte como de la Cámara en cuanto a las presentaciones por escrito y que el juez esta en todo su derecho de valerse o no de ese documento que esta a su disposición y que no merece demasiadas preocupaciones al respecto.

Así las cosas, luego de un cuarto intermedio adelanté mi decisión de rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público y confirmar la absolución de _____ Rodríguez dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, y di a conocer algunos de los fundamentos centrales en forma verbal. Sin perjuicio de ello, anuncié que en el plazo de ley se hará conocer la fundamentación escrita para que las partes puedan acceder a ella y adoptar el temperamento que estimen corresponder.

-IV-

De manera preliminar antes de ingresar al tratamiento de la cuestión de fondo que motivó la impugnación del representante del Ministerio Público Fiscal, habré de efectuar algunas consideraciones sobre el sistema procesal imperante, en atención a que el





Cámara Federal de Casación Penal

presente caso se inició y desarrolló íntegramente según las previsiones del nuevo Código Procesal Penal Federal.

Así pues, con la implementación del C.P.P.F (conforme Leyes no 27.063, 27.272 y 27.482, texto ordenado por Decreto 118/2019, B.O. del 8/2/19, y la Res. no 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación, B.O. del 19/11/19 y ss), en el ámbito de la justicia federal, se dio inicio a un profundo proceso de transformación del sistema de enjuiciamiento penal, que abre las puertas a la ineludible instauración del modelo de proceso acusatorio diseñado por nuestra Constitución Nacional (art. 118, 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP -que expresamente ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los considerandos 7° y 15° del precedente "Casal" Fallos328:3399-), y comienza a dejar atrás al antiguo sistema inquisitorial tan arraigado en nuestra cultura jurídica.

Este cambio de sistema no sólo implica una característica del proceso penal, sino que constituye en esencia una nueva forma de organización de los tribunales.

Así, con el abandono del sistema inquisitivo -de raigambre autoritario- se deja atrás la organización jerárquica, burocrática y verticalizada de los tribunales, con la consecuente concentración de funciones para pasar a un proceso de toma de decisiones horizontal, cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de enjuiciamiento y postulación, que pone a las partes como verdaderas protagonistas del conflicto y ubica al juez en el rol de tercero imparcial. Al mismo tiempo, permite que las decisiones surjan de audiencias públicas y contradictorias, ubicando al juicio oral y público en el centro del proceso, por constituir el único escenario propicio en el que las partes pueden presentar su caso, examinar y contraexaminar la prueba, argumentar y contraargumentar en pos de obtener un





Cámara Federal de Casación Penal

veredicto imparcial (por parte un tribunal técnico o un jurado popular). De esta manera, es precisamente el litigio que se produce en el juicio oral y público lo que torna a un conflicto institucionalizado con la finalidad de pacificarlo y darle respuesta.

De ahí que el código receptara en su art 2 del C.P.P.F. una serie de principios que gobiernen las diversas etapas del proceso penal acusatorio. En efecto, el art. 2 del nuevo código procesal declara: *"Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código"*.

Este ha sido sin duda un paso trascendental para instaurar definitivamente el modelo adversarial en la justicia federal, y merece reconocimiento y celebración. Sin embargo, no debemos olvidar que un modelo de enjuiciamiento no se transforma sólo con el cambio de un Código Procesal, sino que debe ir acompañado de un conjunto de prácticas que contribuyan con desencadenar ese proceso de evolución.

En este sentido, Alberto Binder sostiene "la reforma de la justicia penal debe ser vista cómo un cambio de prácticas. Actualmente lo que llamamos justicia penal es un conjunto de prácticas (no siempre apegadas a los códigos) que se sustentan en la fuerza de la rutina, la adhesión de los operadores y las funciones reales que ellas cumplen. El nuevo sistema de justicia penal también será un conjunto de prácticas. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema se producirá un duelo de prácticas, entre las viejas y las nuevas, entre la tradición de las prácticas inquisitoriales y las nuevas formas de actuación del modelo adversarial." (Binder Alberto M. La implementación de la nueva justicia penal adversarial, AD HOC, Buenos Aires, Argentina, p. 153/154).

Así pues, es responsabilidad de cada uno de



*Cámara Federal de Casación Penal*

nosotros como operadores del sistema -y actores de la reforma- desarrollar prácticas que contribuyan con la definitiva instauración y afianzamiento del sistema. Parte de esta tarea será tomar conciencia del rol que las partes deben asumir durante el proceso, adecuar el lenguaje jurídico al nuevo modelo y evitar la reiteración automática de antiguas prácticas que tiendan a desvirtuar los fines del sistema adversarial, único modelo respetuoso del sistema de garantías constitucional y convencional que debe regir en un Estado de Derecho.

-v-

Sentado cuanto precede, habré de ingresar ahora al fondo de la cuestión traída a estudio.

a. Preliminarmente, no ha lugar a la oposición del Fiscal General de incorporar el *Amicus Curiae* presentado por los doctores Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

En efecto, la mencionada presentación cumple con los requisitos de la Acordada nro. 7/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de la resolución nro. 92/14 de esta Cámara Federal de Casación Penal.

En atención a las especiales circunstancias del caso se verifica un interés que trasciende a las partes con una proyección cierta hacia el resto de la sociedad (art. 1 res. C.F.C.P. 92/14), y la presentación ha sido efectuada por una institución especialista en la materia cuya misión radica en bregar por el acceso a la justicia de las mujeres en conflicto con la ley penal, sin discriminación y con perspectiva de género.

A mayor abundamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Furlan vs. Argentina del 31 de agosto de 2012 ha sostenido que "...en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos





Cámara Federal de Casación Penal

judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas" (párrafo 241).

Por lo demás, tampoco advierto afectación alguna a los derechos del fiscal, toda vez que, de acuerdo con el trámite del presente caso, ha tenido múltiples oportunidades de conocer los argumentos que allí se formulan.

b. Ahora bien, en lo que respecta a la decisión impugnada, es preciso señalar que el juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, teniendo en cuenta la convención probatoria de las partes, previa al juicio, sobre la existencia del hecho, la participación de la imputada, la calidad y cantidad de sustancia secuestrada, así como su encuadre legal (transporte de estupefacientes), tuvo por acreditado que "el día 3 de julio de 2019, alrededor de las 00:45 hs., en el marco de un procedimiento público de prevención instalado sobre la Ruta Nacional Nº 34, a la altura del km. 1212, en Chalican, Ledesma, Provincia de Jujuy, personal de la Sección "Chalican" dependiente del Escuadrón 60 de Gendarmería Nacional, controlo un colectivo de la empresa "Flecha Bus" que procedía de la Localidad de Salvador MazzaSalta y que tenía como destino la Ciudad de Córdoba. Una vez que se hizo descender a la totalidad de los pasajeros para un control, una gendarme observo que una mujer - identificada posteriormente como _____ Rodríguez que viajaba con una menor, mostraba una conducta evasiva y que además, al bajar a la niña, poseía una protuberancia en la zona del abdomen."

Expresó que "ante la sospecha de que podían encontrarse frente a un hecho delictivo y con la previa autorización del fiscal y juzgado intervinientes, en presencia de testigos se realizo a la señora Rodríguez una requisita, que permitió el hallazgo de un paquete rectangular, envuelto en cinta de color ocre, el cual llevaba adosado a la altura del abdomen con una faja elástica, cuya sustancia contenida, sometida a la prueba de orientación primaria arrojó resultado



*Cámara Federal de Casación Penal*

positivo para cocaína."

Asimismo, señaló que "el posterior pesaje de la sustancia realizado en oportunidad de la extracción de muestras y la pericia química que se practico a la sustancia, determinaron que se trato de 997,90 grs. de clorhidrato de cocaína con una concentración del 87,7%, equivalente a 8751 dosis umbrales."

Por todo ello, y habiendo constatado que la señora Rodríguez presenta capacidad para comprender la criminalidad de sus actos, concluyó que su autoría por el hecho se encuentra probada.

Al mismo tiempo, el magistrado consideró que en el caso se presentó un estado de necesidad que justifica la conducta desarrollada por _____ Rodríguez, con fundamento en la situación de vulnerabilidad, por tratarse de una víctima de violencia familiar o de género y la necesidad de brindar solución urgente a la dolencia de su pequeña hija, que padece una malformación congénita en su mano izquierda. En consecuencia, encuadró su situación en el art 34 inc. 3 del Código Penal y dictó su absolución.

Dicha resolución fue cuestionada por el Ministerio Público Fiscal, quien consideró que no se han acreditado los extremos necesarios para tener por probado el estado de necesidad justificante por lo que "la decisión se basó en apreciaciones personales del juez sin sustento probatorio."

De este modo, la controversia se circunscribe a la procedencia de la mencionada causa de justificación.

c. Ahora bien, por las razones que a continuación expondré considero que el juez del tribunal oral valoró adecuadamente los hechos que excluyen la responsabilidad de _____ Rodríguez conforme los preceptos legales y constitucionales que rigen la materia del presente caso.

Cabe señalar, en primer lugar, que atento a las especiales condiciones y circunstancias de vida de _____ Rodríguez, nos encontramos ante un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un





Cámara Federal de Casación Penal

contexto de violencia de género y necesidad económica, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. 43 inc. 3 del Código Penal, sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art 75 inc. 12 CN).

Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado concretamente que las mujeres cabeza de familia son personas en estado de vulnerabilidad (cfr. "Masacre de Mapiripán vs Colombia", sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrafo 175).

Supuestos como el presente requieren protección especial pues así lo enunció la C.I.D.H. en el caso "Furlan vs. Argentina", al señalar que "... toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre..." ("Furlan vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134).

A su vez, el artículo 9 de la Convención "Belem do Pará" establece, "...los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerara a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o esta en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad".



*Cámara Federal de Casación Penal*

En esta línea, el preámbulo de la mencionada Convención declara que la violencia contra las mujeres es una ofensa a la dignidad humana, y una manifestación de las relaciones históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Asimismo, la define como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado" (art. 1). Principios rectores que fueron recordados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes 334:1204, 336:392 y más recientemente, a 29 de octubre de 2019, en CSJ 733/2 18/CS1 R,C.E. – s/recurso extraordinario, en los cuales el Máximo Tribunal reforzó la necesidad de incluir la perspectiva de género en los casos penales.

Cabe memorar que aún cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación. En esta línea, el Comité CEDAW ha observado que "los Estados partes están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, **ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos**. (Comité CEDAW, recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párrafo 47). El resaltado me pertenece.

En atención a lo expuesto, es claro que el análisis del presente caso requiere un enfoque integrador que incluya **la perspectiva de género** en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –"Convención Belem do Pará"- (CBP) y la ley 26.485, que imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y garantizar





Cámara Federal de Casación Penal

la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres -arts. 7.b de la Convención Belem do Pará- (cfr. causa 11.343 "Nadal, Guillermo Francisco, s/ recurso de casación", resuelta el 5 de septiembre de 2013, registro 1260/13).

Precisamente este ha sido el enfoque dado por el juez de juicio, quien luego de observar y evaluar toda la prueba producida en el debate -bajo los principios de contradicción e inmediación-, dio razones suficientes para tener por probado que _____ Rodríguez era la única fuente de sustento económico de su familia, compuesta por ella y sus dos hijos menores; que se encontraba en una situación económica desfavorable, sin cobertura médica y escasos ingresos; que fue víctima de violencia física y psicológica de gravedad por parte de su pareja durante 6 años, situación que persistía en el aspecto psicológico y económico al momento de los hechos, y que su hija de dos años de edad, que padece una malformación congénita en su mano izquierda, debía recibir una cirugía reconstructiva urgente.

Para tener por acreditados los hechos, el magistrado valoró especialmente el testimonio en juicio de las profesionales intervinientes, la declaración de la imputada, la historia clínica aportada por la defensa -donde consta la atención recibida el 25 de diciembre de 2018 en el hospital público a causa de un hecho de violencia de su expareja-, los certificados médicos que acreditan la discapacidad de su hija y la declaración del médico Traumatólogo Cirujano y Ortopedista de la menor, que prescribió la cirugía con urgencia.

Así pues, luego de haber corroborado esa base fáctica, por las declaraciones de los testigos en el juicio y la prueba documental incluida a través de ellos, el magistrado realizó una interpretación armónica del Código Penal de conformidad con nuestro bloque constitucional y concluyó que "el accionar de Rodríguez estuvo justificado porque con aquél intentó



*Cámara Federal de Casación Penal*

darle calidad de vida a su hija y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba, la posicionó frente al delito como única alternativa posible." En este sentido, sostuvo que la mujer no tuvo otros medios menos lesivos a los cuales recurrir antes de transportar la droga, para salvar otro bien de interés mayor amenazado, que era la vida e integridad psicofísica de su hija.

A mi modo de ver, la decisión se encuentra sustentada en las pruebas del caso y su razonamiento es una derivación lógica de los hechos corroborados en el juicio y la prueba legalmente incorporada al debate.

Así pues, las críticas del fiscal que se limitan a señalar un enfoque distinto que –según su visión– correspondía dar al caso, sólo evidencian una mera disconformidad con el razonamiento asumido por el juez, que en modo alguno alcanzan para desvirtuar su decisión.

Desconocer la situación de necesidad que primó sobre _____ Rodríguez, quien –como sostuvo la defensa y confirmó el juez en la sentencia– se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal.

Es que "el servicio de justicia está erigido en la matriz misma del patriarcado, de modo que tiende a sostener y reproducir prácticas violentas presentes en el orden social. Ello se advierte con mayor intensidad en el derecho penal, que tiene una estructura androcéntrica y que no ha evidenciado evoluciones normativas ni organizacionales..." (cfr. Labozzetta Mariela, ¿Tenemos política criminal en materia de violencia de género? en *Sistemas judiciales* n 22, Arduino Ileana (dir) Género, diversidad sexual y





Cámara Federal de Casación Penal

justicia, CEJA e INECIP, 2018. p 85).

No obstante, el sistema de justicia puede impulsar cambios, principalmente cuando toma consciencia (...) y promueve buenas prácticas. Los jueces por su parte contribuyen a ello cuando, en sus decisiones, tienen sensibilidad con las cuestiones de género, están atentos al contexto de los casos y las pruebas producidas en el proceso, identifican y nombran los estereotipos, los cuestionan y discuten sus efectos (Cardoso Onofre de Alancar, Universidad Autónoma de Madrid, E. Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eunomía. Revista Cultural de la legalidad, Nro 9 octubre 2015-marzo 2016. p. 40 citado en *Amicus curiae* presentado por INECIP en Exte FSA 203556/2017, caratulado: Suarez Eguez Claudia s/ inf Ley 23.737").

Desde esta perspectiva es que abordaré y daré respuesta a cada uno de los agravios expuestos por el Ministerio Público Fiscal.

d. Como punto de partida cabe señalar que "las causas de justificación están vinculadas con **un modelo concreto de sociedad**, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y límites" (Salas Laura, profesora de derecho constitucional y teoría del Estado, Facultad de derecho de la UNT, en impacto y perspectiva de género en la dogmática penal" citado en *Amicus curiae* presentado por INECIP op.cit.).

En este sentido, si bien el Ministerio Público Fiscal postula una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones. En consecuencia, ese será el marco interpretativo a partir el cual trataré la impugnación.

Dicho ello, se observa como primer agravio, la ausencia en el caso de un mal inminente por no encontrarse en juego la vida de la niña. El agravio ha



*Cámara Federal de Casación Penal*

sido ampliado por el doctor Pleé en la audiencia ante esta Cámara, oportunidad en que descartó la urgencia del problema de salud de la menor por entender que la cirugía podía ser diferida en el tiempo ya que, según la declaración del doctor Laguna, la niña debía ser evaluada por un equipo de manos pediátrico para determinar si efectivamente se podía estimular el crecimiento óseo de las falanges.

Ahora bien, si partimos de la base que "es inminente un mal **a cuya merced** se encuentra el sujeto" (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar. Derecho Penal. Parte General, Ediar Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 634), entonces la inminencia del mal, en este caso, está determinada por la imposibilidad de Rodríguez -debido a su situación de vulnerabilidad- de asumir con la premura que el médico le había indicado el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija. Desde esta perspectiva, resulta claro que cuanto antes se opere mayores posibilidades tendrá de mejorar su calidad de vida. Extremos que han sido valorados por el juez al señalar que "si un tratamiento quirúrgico reconstructivo puede contribuir a la mejora de su desarrollo psicofísico, indudablemente aquel resultará más beneficioso cuanto a más temprana edad se realice".

De esta manera, la circunstancia que deba ser evaluada por un equipo de manos pediátrico, en nada modifica lo que Rodríguez sabía al momento del hecho y motivó su comportamiento. Esto es que su hija necesitaba ser operada con urgencia y que la operación tenía un valor de 100.000 a 200.000 pesos, lo que le era imposible afrontar debido a su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, no caben dudas, a mi entender, de la existencia de un mal inminente a cuya merced se encontraba.

En otro sentido, el fiscal puso en duda que _____ Rodríguez se encontrara en estado de vulnerabilidad o fuera víctima de violencia de género. Así, con cita en la declaración de las profesionales intervinientes, sostuvo que al momento del hecho la imputada vivía con sus padres, sin episodios de





Cámara Federal de Casación Penal

violencia física y tampoco económica debido a que tenía en su poder la tarjeta de débito de su expareja, con la que cobraba su salario de 8.000 pesos, lo que le permitía cubrir los gastos de supervivencia para ella y sus hijos.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos argumentativos realizados por el fiscal para descartar la situación de violencia que vivía Rodríguez, cabe recordar aquí las palabras del comité CEDAW en punto a que la definición de violencia de género no requiere "una amenaza directa e inmediata a la vida ni a la salud de la víctima" (cfr. *Caso V. K. vs. Bulgaria* citado en Chinkin Christine, Acceso a la justicia, género y derechos humanos, en *Violencia de Género, Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2012, p.45).

Así pues, más allá de que Rodríguez efectivamente contara con la tarjeta del señor Areco y su salario de 8000 pesos -salario que no alcanza ni mínimamente para cubrir las necesidades básicas de un grupo familiar-, no debemos olvidar que el sufrimiento psicológico actual de Rodríguez también es una consecuencia directa del ejercicio de violencia física que sufrió durante 6 años en su ambiente familiar por parte de su expareja.

En efecto, tal como recordó el doctor Comellas en la audiencia, de la declaración de la psicóloga Mercado se desprende que Rodríguez padece una "situación de ansiedad elevada, inseguridad y baja autoestima lo que pudo haber obstaculizado su capacidad de pedir ayuda" y que "pese a su separación, no podía terminar definitivamente con el dominio de su ex".

En consecuencia, el fiscal hace un análisis parcializado de las circunstancias, argumentando insuficientemente que es posible vivir y abastecer las necesidades de su familia con el salario de 8.000 pesos de su expareja, a quien, además, le cedía parte de ese dinero para pagar los impuestos de la casa donde ella ya no vivía. Por otro lado, desconoce por completo el



*Cámara Federal de Casación Penal*

sufrimiento emocional y el hostigamiento psicológico que aún persistía sobre Rodríguez. Extremo que por sí sólo constituye un grave escenario de violencia de género en los términos de las Convenciones citadas y que surge con claridad del informe psicosocial elaborado, el 7 de agosto de 2019, por la licenciada Padilla y la psicóloga Mercado. Allí las profesionales, luego de evaluar la situación familiar de Rodríguez y pronosticar una situación de riesgo moderada, sugirieron "la adopción de medidas de protección, tendientes al control de la violencia económica y el hostigamiento psicológico que continúa ejerciendo el señor Areco en contra de la Sra. Rodríguez, (...) el acompañamiento en la asistencia médica que debe recibir su hija por su salud, y una terapia psicológica para la Sra. _____ Rodríguez". Extremos que fueron corroborados en el juicio con la declaración de las profesionales.

En consecuencia, a partir de todo lo expuesto, no existen dudas, a mi entender, del contexto de violencia de género y vulnerabilidad económica que atravesaba Rodríguez al momento del hecho. Extremo que, además, ha sido abordado con profundidad en la sentencia cuestionada.

Por otro lado, el Ministerio Público Fiscal cuestionó la ponderación de bienes efectuada por el juez haciendo alusión a la especial gravedad del delito que se le imputa vinculado al tráfico de estupefacientes y a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la persecución de dichos delitos.

Ahora bien, sin desconocer la trascendencia que reviste la persecución de ese tipo de criminalidad, no debe pasar inadvertido que, nos encontramos ante un supuesto de una mujer que actuó como "mula" o "correo humano".

En este sentido, es preciso recordar que "[L]a criminalización del tráfico de drogas se ha acentuado en uno de los escalones más débiles: las mujeres. Dentro de los procesos de globalización económica, la creciente actividad femenina en los





Cámara Federal de Casación Penal

'nichos laborales' más precarios, peor remunerados y más peligrosos conduce a numerosas mujeres al comercio ilegal de drogas -una parte más del enorme mercado de economía informal, desregulada-, en el que son mayoritarias. (Ribas, Almeda y Bodelon, 2005, referenciadas en "Mujeres en prisión: los alcances del castigo", CELS, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011).

En este sentido, un informe sobre pobreza y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que "La pobreza, la falta de oportunidades y las barreras al acceso a la educación ponen a mujeres y niñas en situaciones vulnerables, y hacen de ellas objetivos fáciles de la delincuencia organizada. De hecho, las mujeres con bajos niveles socioeconómicos y educativos figuran entre las personas en mayor riesgo de ser utilizadas para participar en operaciones delictivas como victimarias o como traficantes. La población de mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas, incluida la posesión, es muy alta y esta en continuo crecimiento" (CIDH, Pobreza y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.164.Doc.147, 2017, párrafo 321).

Esta situación no debe pasar inadvertida por ser uno de los aspectos que remiten a nuestro modelo de sociedad actual. Así, siguiendo a Bacigalupo, en la medida que el estado de necesidad presupone necesariamente un conflicto de intereses, **lo decisivo debe ser el merecimiento de protección de un bien concreto, en una determinada situación social**, lo que permite al juzgador ponderar las circunstancias sociales y personales, en detrimento de una valoración que podría ser pura objetividad dogmática y absoluta injusticia para la suerte del caso (cf. Argibay Carmen, en código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Baigún D. Y Zaffaroni E. (comps) editorial Hammurabi, 1997, Argentina, p.625-642, citado en *Amicus curiae* INECIP op. cit).

En el caso, nos encontramos ante una mujer



*Cámara Federal de Casación Penal*

que está a cargo de la manutención, cuidado y contención de sus dos hijos menores, en un contexto de violencia de género y con una situación socioeconómica desfavorable -en los términos de la Convención-, producto de las ocasionales y precarias actividades laborales a las que ha podido acceder, y que además no ha completado sus estudios secundarios (cfr. informe psicosocial). En esta tesitura, es que debe afrontar con carácter urgente la cirugía que el médico le prescribió a su hija.

Teniendo en cuenta el contexto analizado, resulta evidente, la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacientes N° 23.737) -en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer "mula" en su cuerpo-, y por el otro, en términos bien concretos, **la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo**. En consecuencia, no existen dudas, a mi entender, que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal.

Más aún si tenemos en cuenta la incidencia psicológica que la malformación también produce en la vida de su hija y la carga emocional que eso conlleva sobre Rodríguez. A tal efecto, resulta por demás ilustrativo el señalamiento concreto que hizo el defensor Comellas en la audiencia de esta cámara, respecto a los episodios de angustia de la niña cuando le decía llorando a su madre "mamá no tengo mi mano", extremo que también ha sido expuesto en el debate.

En esta línea, no podemos dejar de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactan en su estado emocional y juegan un rol significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego.

Desde esta perspectiva, no advierto fisuras





Cámara Federal de Casación Penal

en el razonamiento del tribunal, que tras observar y ponderar las circunstancias sociales y personales que expresan la situación de vulnerabilidad y violencia en la que se encontraba Rodríguez, consideró que "eligió" un mal menor para salvar **la integridad psicofísica de su hija.**

Por último, el fiscal consideró que el dinero proveniente del delito no era la única alternativa posible para operar a su hija.

Al respecto, cabe señalar que según se acreditó en el juicio, _____ Rodríguez, no estaba inserta en el mercado de trabajo formal y su cobertura social era muy precaria. En efecto, al ser consultada sobre su actividad laboral contó que mientras duro su relación con el padre de sus hijos trabajo con el tío de aquel, preparando sándwiches, que también era "bagayera" y ocasionalmente hacía trabajos de limpieza.

En este contexto, cabe preguntarse **¿qué posibilidades reales tenía Rodríguez de actuar de un modo alternativo para que su hija no vea disminuido su proyecto de vida?.**

Para responder este interrogante no debemos perder de vista las diferencias que existen entre hombres y mujeres para hacer frente a la pobreza. En este sentido, "las mujeres no solo cuentan con activos materiales más escasos, sino también con activos sociales y culturales más escasos, lo que las coloca en una situación de mayor subordinación" (Anitua, Gabriel Ignacio y Picco, Valeria Alejandra, op.cit., p. 242).

Desde este enfoque, no veo posible para Rodríguez afrontar la operación de su hija, que tenía un valor de entre 100.000 a 200.000 pesos. Por otra parte, tampoco veo viable la posibilidad de recurrir al Hospital Público de la provincia de Salta -como sostuvo el fiscal- o de Buenos Aires, debido a los insumos de tiempo y dinero que podría generar trasladarse hasta allí. En este sentido, el doctor Comellas refirió que el tiempo de viaje desde su lugar de residencia hasta la provincia de Salta, en micro, es de 14 horas (entre ida y vuelta), lo que implica destinar un día entero





Cámara Federal de Casación Penal

tan sólo para realizar una consulta médica y, en caso de necesitar internación, inevitablemente se requerirán gastos de alojamiento, que Rodríguez no puede afrontar.

Así, resulta acertada la conclusión del juez en punto a que "la situación económica y familiar de la encartada, la falta de cobertura médica y los escasos ingresos que podía percibir realizando trabajos como bagayera o de limpieza, no le permitirían reunir una cifra tan elevada y para alguien en su situación, sin lugar a dudas, también se tornaría prácticamente imposible afrontar tan solo el costo de tener que trasladarse y alojarse junto a su hija en algún lugar alejado de la ciudad de Salvador Mazza para que recibiera tratamiento." (cfr. sentencia p. 11 y 12).

Atendiendo a estas circunstancias, y sólo desde su posicionamiento, podemos comprender las dificultades que concretamente tuvo _____ Rodríguez para recurrir a otros medios menos lesivos.

Supuestos como el presente tornan imperioso evaluar con sumo cuidado las circunstancias personales de la persona en conflicto con la ley penal para poder establecer las posibilidades ciertas de actuar de un modo diferente, y evitar así el uso arbitrario del poder penal del Estado.

Precisamente uno de los grandes objetivos de la justicia penal es que con la aplicación del poder penal del Estado no se produzcan abusos que puedan estropear la vida de una persona. De allí se desprende la necesidad imperiosa de establecer un sistema de garantías, que funcione como un límite a ese enorme poder estatal y que proteja a los ciudadanos de cualquier uso arbitrario, injusto o ilegal, por ser el poder más violento y restrictivo que puede recaer sobre una persona.

En estas condiciones, prescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad, para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante, no sólo nos llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género, sino también a efectuar una interpretación *in*





Cámara Federal de Casación Penal

malam partem, en contraposición con los principios de legalidad, *pro homine y pro libertate* que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado.

En consecuencia, las especiales condiciones de vida de Rodríguez constatadas en la sentencia producto de la situación de violencia y vulnerabilidad económica que padecía, así como la ausencia de posibilidades para acceder a un trabajo mejor remunerado, redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho.

En ese contexto, asiste razón a la defensa en punto a que la posibilidad de obtener dinero mediante actividades vinculadas a delitos de drogas fue, para _____ Rodríguez, la única alternativa posible para resolver el problema de salud de su hija de dos años.

Cabe señalar que "...aun cuando, desde el punto de vista psicológico, siempre cabe la posibilidad fáctica de actuar conforme a la norma, lo cierto es que el derecho no exige comportamientos heroicos" (Anitua, Gabriel Ignacio, Picco, Valeria Alejandra, op. cit. p. 241).

En consecuencia, no me queda más que coincidir con los argumentos expuestos en el *Amicus Curiae* por los defensores públicos Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, que razonablemente ponen foco en los condicionamientos por género, pobreza y violencia que afectaron a _____ Rodríguez, y condicionaron sus posibilidades de actuar conforme a derecho.

Por todo ello, **RESUELVO:**

RECHAZAR la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal, sin costas y **CONFIRMAR** la absolución de _____ Rodríguez dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy (art.363, 365 y 386 primer y tercer párrafo del C.P.P.F.).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 C.S.J.N.) y remítase mediante pase digital al tribunal de origen sirviendo la presente de





AR > Defensoria General de la Nación Argentina
CFCP (jueza Ledesma). "Rodríguez". 5/3/21.

341



Cámara Federal de Casación Penal

atenta nota de envío.

Firmado: Angela Ester Ledesma





BRASIL

BR

ANADEP



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 101

24/08/2020

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.988 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S)	: TODOS OS ADOLESCENTES INTERNADOS NA UNIDADE DE INTERNAÇÃO REGIONAL NORTE
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTODIO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: ANA CLAUDIA CIFALI
AM. CURIAE.	: INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S)	: PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG E OUTRO(A/S)



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 101

HC 143988 / ES

ADV.(A/S)	:THAIS NASCIMENTO DANTAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MP PRÓ-SOCIEDADE
ADV.(A/S)	:CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA
ADV.(A/S)	:DOUGLAS IVANOWSKI BERTELLI KIRCHNER
AM. CURIAE.	:ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	:THIAGO GOMES MORANI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH
ADV.(A/S)	:CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
ADV.(A/S)	:ANDRÉ HESPANHOL

HABEAS CORPUS COLETIVO. CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO. IMPETRAÇÃO VOLTADA A

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 101

HC 143988 / ES

CORRIGIR ALEGADA SUPERLOTAÇÃO EM UNIDADES. ADMISSIBILIDADE DA VIA ERETA PARA O EXAME DA QUESTÃO DE FUNDO. VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ADOLESCENTES INTERNADOS. DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS E AUSÊNCIA DE VAGAS OFERTADAS EM INSTITUIÇÕES SIMILARES. FINALIDADES DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIOS DA BREVIDADE, EXCEPCIONALIDADE E RESPEITO À CONDIÇÃO DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO. DIFERENÇAS DAS POLÍTICAS DE ATENDIMENTO SOCIEDUCATIVO EM RELAÇÃO ÀS POLÍCIAS CRIMINAIS. DEVERES ESTATAIS RECONHECIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA. DIREITO DOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE A DESENVOLVEREM OS SEUS PROJETOS DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO EXIMIR-SE DE SUA ATUAÇÃO NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO IMINENTE OU EM CURSO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ENVERGADURA DO POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. ORDEM CONCEDIDA COM A FIXAÇÃO DE PARÂMETROS E CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELOS MAGISTRADOS. EVENTUAL DESCUMPRIMENTO PELOS DESTINATÁRIOS DA ORDEM DESAFIARÁ A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO NAS INSTÂNCIAS APROPRIADAS.

1. A Segunda Turma do STF, no julgamento do HC nº 143.641/SP, (julgado em 20.2.18), passou a admitir a impetração de *habeas corpus* coletivo como via processual legítima, racional, adequada e isonômica na tutela do direito à liberdade ambulatorial (HC 143.641/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado 20/02/2018, DJe 215, divulg. 08/10/2018, publicado em 09/10/2018).

2. Os documentos adunados no curso da impetração comprovam a superação dos limites da taxa de ocupação relativamente à capacidade projetada em unidades de cumprimento da medida socioeducativa de internação em Estados da federação.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 101

HC 143988 / ES

3. Ainda que, em alguns desses Estados tenham implementado esforços no sentido de amenizar os graves problemas de ordem estrutural detectados nas unidades de execução de medidas socioeducativas em meio fechado, essas iniciativas estatais não se consubstanciam justificativas idôneas ou racionais a obstar a inafastabilidade da prestação jurisdicional no caso concreto, em que se narram possíveis violações aos direitos fundamentais mais básicos e elementares dos adolescentes internos - não abrangidos pela fixação de medida socioeducativa em meio fechado.

4. Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ - chegou-se a um diagnóstico de que a seletividade e a reação estatal aos atos infracionais reproduz as mesmas variáveis detectadas no sistema prisional brasileiro, sendo mais comuns os atos infracionais contra o patrimônio e o tráfico de drogas. Desse modo, as reentradas e reiterações nos atos infracionais decorrem de múltiplos fatores especialmente daqueles que potencializam a vulnerabilidade desse público, como o uso e comércio de drogas (Reentradas e Reiterações Infracionais: *Um Olhar sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros*).

5. Como corolário, diversamente do que se cogita nestes autos, não se depreende influência automática da espécie de medida socioeducativa fixada na multifatorial etiologia da trajetória infracional dos adolescentes e jovens adultos. Portanto, descabe inferir correlação automática entre as medidas judiciais implementadas com o fim de cessar violações aos direitos dos internos e impactos negativos na segurança pública em função dessas providências.

6. Segundo retratado em estudo feito pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) sobre medidas socioeducativas em meio fechado, a dificuldade de assimilação das diretrizes normativas advindas da **doutrina da proteção integral** e do seu microsistema regulamentador pela rede de atendimento atinge diretamente os adolescentes internados e arrosta nítidos prejuízos ao atendimento por parte das equipes técnicas, de modo a reclamar “*atenção a violência estrutural inerente à superlotação crônica, à falta de pessoal e à manutenção negligente da maioria das unidades de*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 101

HC 143988 / ES

execução da medida socioeducativa de internação” (Panorama da Execução dos Programas Socioeducativos de Internação e Semiliberdade nos Estados Brasileiros).

7. No plano normativo, há nítida e incontroversa opção pela inclusão e manutenção dos vínculos comunitários do adolescente que pratica o ato infracional orientada por diretrizes nacionais (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente) e internacionais das quais o Brasil é signatário, refletidas no Sistema Global e no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos (Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil, *Regras de Beijing*, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade). Sob o pálio desse arcabouço, exsurge a doutrina da *Proteção Integral*.

8. Nessa direção, as políticas públicas direcionadas aos adolescentes, aqui incluídos os internados, devem contemplar medidas que garantam os direitos assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nomeadamente o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho.

9. Assim, a medida socioeducativa, principalmente a privação de liberdade, deve ser aplicada somente quando for imprescindível, nos exatos limites da lei e pelo menor tempo possível, pois, ainda quando adequada a infraestrutura da execução dessa medida de internação, há inevitável restrição do direito de liberdade. Logo, a situação aflitiva não deve perdurar além do estritamente necessário à inclusão, desaprovação e responsabilização do adolescente pelo seu ato infracional

10. Embora significativos esforços projetados ou já implementados, pelos Estados destinatários da ordem que se busca, não se mostra plausível solução judicial que chance o descumprimento sistemático das regulamentações que visam a assegurar proteção aos adolescentes em ressocialização, em especial quando a questão de fundo versada na impetração reflete antigos e persistentes reclamos endereçados contra o Estado brasileiro no âmbito de organismos internacionais.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 101

HC 143988 / ES

11. No âmbito da Corte Interamericana, já se decidiu que a interação especial de sujeição estabelecida entre os adolescentes privados de liberdade e os agentes responsáveis pela custódia impõe ao Estado uma série de deveres, portanto, devem ser implementadas ações e iniciativas estatais com o fim de fortalecer e incentivar nesses internos o desenvolvimento dos seus projetos de vida, os quais não podem ser aniquilados em função da privação de liberdade.

12. Esses casos contenciosos apontam que a superpopulação nas instituições, somada a outros problemas infraestruturais, por exemplo, insalubridade, alimentação deficitária, falta de atendimento médico e psicológico, vulnera as normas convencionais, além de fomentar lamentáveis situações de violência e abusos entre os próprios internos, ou entre estes e os funcionários.

13. Dada a autonomia dogmática do princípio da vedação à proteção insuficiente, ainda que existam clamores ou sentimentos sociais na contramão do que se vem de assentar, pelo que já se expôs, é inafastável concluir que os deveres estatais de proteção nessa seara não podem ser simplificados, reduzidos e/ou perspectivados como mera exigência de ampliação do rigor e da severidade na imposição e execução das medidas socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei.

14. Nessa perspectiva, a limitação do ingresso de adolescentes nas Unidades de Internação em patamar superior à capacidade de vagas projetadas, além de cessar as possíveis violações, previne a afronta aos preceitos normativos que asseguram a proteção integral, densificando as garantias dispostas no artigo 227 da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 65/2010), além de fortalecer o postulado de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

15. Incide, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja previsão expressa está no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, sendo repetido no art. 124, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, senão vejamos respectivamente: *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 101

HC 143988 / ES

- a dignidade da pessoa humana; e Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: (...) V - ser tratado com respeito e dignidade.

16. Ordem de *habeas corpus* concedida para determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade, nos termos da impetração e extensões.

17. Propõe-se, ainda, a observância dos seguintes critérios e parâmetros, a serem observados pelos Magistrados nas unidades de internação que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior à capacidade projetada: *i*) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso; *ii*) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister; *iii*) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares; *iv*) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação; *v*) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao escoreito cumprimento do plano individual de atendimento podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução; *vi*) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem; *vii*) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 101

HC 143988 / ES

Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária; *viii*) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **em sessão virtual de 14 a 21 de agosto de 2020**, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem para determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade, nos termos da impetração e extensões. Propõe-se, ainda, a observância dos seguintes critérios e parâmetros, a serem observados pelos Magistrados nas unidades de internação que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior à capacidade projetada: i) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso; ii) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister; iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares; iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o Magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação; v) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 101

HC 143988 / ES

conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao correto cumprimento do plano individual de atendimento – podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução; vi) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem; vii) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária; viii) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos. Nas hipóteses de descumprimento, o instrumento é o recurso, conforme assentado, no ponto, à unanimidade, no HC 143.641, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, propor à Turma, por analogia ao inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre o cumprimento das internações socioeducativas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação aos dados estatísticos sobre o cumprimento das medidas estabelecidas e o percentual de lotação das unidades de internação, fazendo uso dos relevantes dados coligidos no âmbito do CNJ e dos Tribunais de Justiça Estaduais, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de agosto de 2020.

Ministro EDSON FACHIN
Relator



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 101

24/08/2020

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.988 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S)	: TODOS OS ADOLESCENTES INTERNADOS NA UNIDADE DE INTERNAÇÃO REGIONAL NORTE
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTODIO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: ANA CLAUDIA CIFALI
AM. CURIAE.	: INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S)	: PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG E OUTRO(A/S)



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 101

HC 143988 / ES

ADV.(A/S)	:THAIS NASCIMENTO DANTAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MP PRÓ-SOCIEDADE
ADV.(A/S)	:CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA
ADV.(A/S)	:DOUGLAS IVANOWSKI BERTELLI KIRCHNER
AM. CURIAE.	:ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	:THIAGO GOMES MORANI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH
ADV.(A/S)	:CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
ADV.(A/S)	:ANDRÉ HESPANHOL

RELATÓRIO

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 101

HC 143988 / ES**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):**

1. Trata-se de *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública do Espírito Santo contra acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE INTERNOS. HABEAS CORPUS COLETIVO. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA E ESTABELECIMENTO DO CONTRADITÓRIO. EXISTÊNCIA DE VIA ADEQUADA AO TRATAMENTO DA MATÉRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CARACTERIZADA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No caso, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo pretende deflagrar demanda coletiva em favor de todos os adolescentes que se encontram privados de suas liberdades na Unidade de Internação Regional Norte, em Linhares/ES, noticiando a existência de condições que violam a dignidade da pessoa humana.

2. Embora seja certo que as alegações formuladas pela Defensoria Pública têm reflexo na liberdade de locomoção dos internos, as pretensões recursais são voltadas contra o Poder Executivo do Estado do Espírito Santo, de cunho eminentemente administrativo, recomendando a adoção de 9 (nove) providências por parte da administração pública que, supostamente, teriam o condão de superar a alegada violação aos direitos humanos dos adolescentes.

3. A pretensão, de nítida natureza de tutela coletiva, transborda os limites cognitivos próprios da via eleita, já que se revela imprescindível não só o estabelecimento do contraditório com a administração pública que poderá suportar os efeitos de eventual decisão de mérito, mas ampla dilação probatória para que haja suporte suficiente à esmerada análise da pretensão recursal, tudo em respeito à garantia processual prevista no

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 101

HC 143988 / ES

artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

4. Havendo no ordenamento jurídico via adequada ao tratamento da matéria, para a qual, inclusive, a Defensoria Pública é legitimada, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/85, não se vislumbra ilegalidade no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não conheceu da tutela coletiva pretendida, afastando-se eventual alegação de violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

5. Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus coletivo, sendo imprescindível a identificação dos pacientes e a individualização do alegado constrangimento ilegal. Precedentes. 6. Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 69.773/ES).

Narra a inicial desse *writ* coletivo quadro de severa violação aos direitos humanos dos internos que cumprem medidas socioeducativas na “*Casa de Custódia UNINORTE*”, porque: *i*) onde deveriam estar alojados no máximo 90 (noventa) adolescentes, estavam 201 (duzentos e um); *ii*) não foi dada, pelas autoridades, qualquer solução adequada ao cenário de superpopulação existente desde 2015, circunstância deflagradora de rebeliões, motins e conflitos entre os socioeducandos; *iii*) inexistia nesse estabelecimento qualquer separação em razão da idade, compleição física, espécie de ato infracional cometido ou, ainda, modalidade de internação; *iv*) ouvidos, os adolescentes teriam presenciado reiteradas situações de agressões, maus-tratos e torturas, por parte de agentes socioeducativos e também da Secretaria de Justiça do Estado do Espírito Santo, o que seria aferível tanto pelas imagens de rebelião ocorrida no ano de 2015, como pelo laudo de médico legista a atestar ofensa à integridade física corporal ou à saúde de um dos internos pela ação de instrumento contundente; *iv*) as falas dos socioeducandos e da equipe técnica, colhidas em inspeção realizada, seriam sincrônicas em anunciar a deficiência nas condições de higiene e limpeza, seja pelo acúmulo de dejetos nos arredores da unidade (restos de comida, copos plásticos, *marmitex* atrás das habitações); seja

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 101

HC 143988 / ES

pela falta de saneamento, a acarretar odores desagradáveis, acúmulo de insetos e até mesmo sapos; *v*) aos adolescentes internos seria impingido confinamento equiparável aos adultos do regime disciplinar diferenciado, eis que somente lhes seria autorizado sair dos seus quartos para visitas de familiares e o acesso à quadra esportiva era assegurado apenas nos sábados - pelo exíguo interregno de trinta minutos; *vi*) foram registrados falecimentos de socioeducandos internados na unidade, sendo apontadas as mortes de ROMÁRIO DA SILVA RAIMUNDO, em 26/07/2011; GABRIEL TÓTOLA DA SILVA em 22/01/2013; LEONARDO DE JESUS DAS VIRGENS, em 10/04/2014 e JEFERSON RODRIGUES NOVAIS, em 30/11/2016, sendo a deste último, um dia depois de ingressar no sistema; *vii*) desde 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) vem concedendo medidas provisórias ensejadas pela constatação de graves violações a direitos humanos nas casas de custódia de adolescentes no Espírito Santo; *viii*) o quadro de indignidade evidenciado na UNINORTE poderia ser ao menos minimizado com a aplicação do princípio *numerus clausus*, que, além de acolhido no âmbito internacional, já foi adotado por este Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida pelo e. Min. Ricardo Lewandowski, na Suspensão de Liminar 823/ES; *ix*) segundo tal diretriz, “a cada entrada em unidade prisional há, ao menos, uma saída, permitindo-se, assim, a estabilização ou diminuição da população reclusa, de modo a evitar a superlotação de cadeias, penitenciárias e unidades de internação (...) uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento, deveriam ser escolhidos os presos com melhor prognóstico de adaptabilidade social, impondo-lhes a detenção domiciliar com vigilância eletrônica. (...)” e *x*) em anteriores impetrações, tanto no Tribunal de Origem, como no STJ, não se logrou a concessão da ordem, sob o argumento de que a via eleita não seria adequada ao desenlace do tema.

Em sede de agravo regimental interposto contra a inadmissibilidade do *writ* coletivo, reconsiderarei a decisão recorrida, guiado pelo julgamento no qual este Supremo Tribunal admitiu idêntico caminho processual para discutir direitos individuais homogêneos para, então, enfrentar a questão de fundo. E, ao fazê-lo, norteiei essa reanálise dos autos com base em duas

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 101

HC 143988 / ES

indagações: a) se os direitos fundamentais dos adolescentes são violados pela taxa de ocupação superior à capacidade projetada e b) se a eventual ausência de vagas noutras unidades similares consubstancia-se justificativa plausível para manutenção dos internos em ambiência de superlotação .

Dadas as informações prestadas pelo d. Juízo monocrático, no sentido de que a capacidade máxima projetada da UNINORTE seria de 90 (noventa) vagas, porém, o estabelecimento contava com 202 (duzentos e dois) internados, em 6.6.2017, sublinhei a plausibilidade e verossimilhança dos fatos versados na impetração e nos seus documentos comprobatórios, daí se haurindo a constância e repetição no cenário de superlotação entre maio de 2015 a 2017.

Destaquei, por pertinente, as informações extraídas dos autos a apontar que certos adolescentes internos dormiam em colchões postos no solo, nas proximidades de vaso sanitário, pela insuficiência das camas disponíveis.

Ponderei, além dessas premissas, que o desate exauriente da questão de fundo em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público não tinha o condão de obstar o reconhecimento das graves violações aos direitos fundamentais a que os adolescentes internos estariam a sofrer pela superlotação, eis que a análise do direito de liberdade suscitado neste *habeas corpus* coletivo não pode prescindir das diretrizes extraídas do arcabouço normativo de regência.

Nessa senda, concedi liminarmente a ordem, nos termos dos itens 1-9 e do item 13 da exordial, à exceção da fixação de multa (almejada no item oito), sobretudo por compreender que as medidas socioeducativas impostas aos adolescentes em conflito com a lei devem ser cumpridas em unidades de restrição de liberdade que reúnam estrutura condigna, com especial respeito à peculiar situação de pessoa em desenvolvimento.

Ordenei, por conseguinte que: i) na Unidade de Internação Regional Norte em Linhares/ES, onde há execução de medida socioeducativa de internação, a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos com base na estimativa média do CNJ, procedendo-se à transferência dos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 101

HC 143988 / ES

adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa de 119%; *ii*) subsidiariamente, caso a transferência não fosse possível, o magistrado deveria atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012 (inclusão em meio aberto), até que fosse atingido o mencionado percentual máximo de ocupação; *iii*) na hipótese de impossibilidade de adoção dessas medidas, fossem convertidas as medidas restritivas de liberdade em internações domiciliares e *iv*) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado das diretrizes sucessivas constantes do pedido inicial.

Naquela mesma ocasião, admiti o ingresso nos autos, na qualidade de amigos da Corte, da sociedade Conectas Direitos Humanos, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais IBCCRIM, do Instituto Alana e do GAETS Grupo de Atuação Estratégica da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores (PET 60.258/2017), por entender bem demonstrada de configurada a representatividade dessas petionárias, daí emergindo potencial contribuição à pluralização do debate.

Nesse pedido formulado em conjunto, as organizações aproximam as construções doutrinárias que versam sobre a falência estrutural do sistema prisional brasileiro, reconhecida por esta Corte Suprema no julgamento da ADPF 347, e a conjuntura atual do sistema socioeducativo.

Afirmam a pertinência do paralelo, pois: *i*) em audiência pública, o relator especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o Brasil, declarou “*que nossos centros de detenção de adolescentes são presídios disfarçados, sendo que o tratamento diferenciado entre estes ocorre somente na rica construção legislativa brasileira, exemplo para o mundo, mas não corresponde à realidade em nenhum dos estados federados*”; *ii*) o último relatório do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) teria apontado, no Estado do Espírito Santo, o abuso na imposição de internação provisória e a absoluta falta de vagas em regime de semiliberdade, e também salientado que 15% desses jovens respondem por ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, em nítida inobservância a enunciado sumular persuasivo do STJ e *iii*) há “*violação sistêmica de direitos fundamentais não negociáveis, relativos ao cerne da*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 101

HC 143988 / ES

dignidade da pessoa humana e formação de caráter dos adolescentes, os quais são submetidos a tratamento cruel e degradante por ações e omissões por parte do poder executivo, judiciário e ministério público locais”.

Narram as entidades, na sequência, ações concretas na promoção dos direitos dos adolescentes, de modo que *“se propõem a fazer um debate democrático e alinhado na perspectiva dos direitos fundamentais, acreditando que tal caso permeia, dentre eles, o da dignidade humana, o de acesso à justiça e a prioridade absoluta concedida às crianças e adolescentes”,* motivo pelo qual veem *“como fundamental trazer as suas expertises de atuação como Organizações da Sociedade Civil ao debate envolvendo a análise do mérito”.*

Sobreveio, em 22.5.2019, petição subscrita pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, à qual se associaram as Defensorias Públicas dos Estados da Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul, São Paulo, Tocantins e também a Defensoria Pública do Distrito Federal, por meio da qual pleitearam a extensão dos efeitos da liminar antes concedida a todos adolescentes que cumprem medida socioeducativa nas unidades dos Estados da Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio de Janeiro.

Rogam, ao final, pela concessão da ordem para garantir que, doravante, os adolescentes cumpram medidas socioeducativas de internação em estabelecimentos que não ultrapassem o quantitativo máximos projetado.

Sustentam que a farta documentação comprobatória acostada aos autos pelos *amici curiae* está a revelar falhas no Sistema Socioeducativo em vários Estados da Federação, que se encontrariam em situação calamitosa de verdadeira inconstitucionalidade, maculando a dignidade da pessoa humana e todo o mínimo sistema de proteção aos adolescentes.

Alegam que os fatos conducentes ao deferimento da liminar no presente *writ of habeas corpus*, em benefício dos adolescentes internados no Estado do Espírito Santo, são igualmente constatados nas outras unidades federativas a saber: Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio de Janeiro.

Assomaram documentos a indicar possível descompasso entre os quantitativos atualizados das unidades e a capacidade real de cada uma delas, alegando evidenciar um quadro fático que em muito se aparta dos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 101

HC 143988 / ES

objetivos preconizados pela legislação no Estatuto da Criança e do Adolescente para a ressocialização dos adolescentes autores de atos infracionais.

Aduzem que a Resolução 165 do Conselho Nacional de Justiça e o disposto na Lei n. 12.594/2012 tampouco vêm sendo cumpridos e, em reforço, invocam o conteúdo do art. 19, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 19), a Convenção sobre Direitos da Criança (art. 37), as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade.

Citam, ademais, precedentes desta Corte julgados pela Colenda 2ª Turma, no HC 143.641/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski e no HC 118.536/SP, Rel. Min. Dias Toffoli.

Deferi, diante das razões lançadas, e por depreender configurada similitude entre as situações processuais, a extensão dos efeitos da liminar, para determinar que: *i*) nas Unidades de Internação dos Estados do Ceará, Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro, onde há estabelecimentos para execução de medida socioeducativa de internação, fosse observada a delimitação da taxa de ocupação em 119%, procedendo-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades condignas; *ii*) subsidiariamente, na impossibilidade, fosse atendido ao parâmetro do art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até o alcance do aludido percentual máximo de ocupação e *iii*) não sendo viáveis essas diligências, fossem essas medidas de internação convertidas em recolhimento domiciliar.

Sobreveio, na sequência, outro pedido de ingresso no feito na condição de *amici curiae*, desta vez, em manifestação firmada pelos advogados que representam a Associação de Membros do Ministério Público MP Pró-Sociedade (e-Doc 276 e e-Doc 277). Ademais, foram ali deduzidos os seguintes requerimentos: *i*) a revogação da medida cautelar, para impedir a liberação indiscriminada de menores infratores e sem adequação ao Plano Individual de Atendimento, além de outras condições impostas pelo ECA e pela Lei do SINASE; e *ii*) se for o caso, com supedâneo no art. 6º, II, *a*, seja o mérito deste *writ* submetido ao Supremo Tribunal Federal, em composição plenária, a fim de que se

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 101

HC 143988 / ES

reconheça a improcedência dos pedidos ou, se mantida a internação em regime domiciliar, sejam impostos certos condicionantes, a exemplo da monitoração eletrônica e da frequência obrigatória a instituições de ensino, preferencialmente sob a gerência de militares.

De modo análogo, porém, externando compreensão diversa sobre a questão de fundo, a Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro também buscou sua admissão no feito, em manifestação firmada por advogados designados para esse mister. Secundando as razões da impetração, afirma estar configurada situação violadora da dignidade dos internos e, adicionalmente, *“inibe ainda, qualquer forma de tentativa de ressocialização do adolescente, que é obrigado a conviver num local inapropriado, submetido a torturas e violências, ocasionadas muitas vezes por aqueles que deveriam zelar pela sua integridade”*. (e-Doc. 328 e 329).

Considerando a pertinência entre a temática subjacente ao *writ* e a atuação das citadas entidades, com apoio no art. 138 do CPC c/c art 3º do CPP, deferi os pedidos de ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, nas decisões prolatadas em 11.6.2019 e 18.6.2019. Ainda naquela ocasião, determinei fossem alçados os órgãos beneficiados pela extensão dos efeitos da decisão liminar à qualidade de impetrantes (Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro, da Bahia, de Pernambuco e do Ceará).

Interpôs o Estado do Rio de Janeiro agravo regimental (*e-Doc* 286, Pet 31.506/2019), no qual narra, em síntese, que a Defensoria Pública teria manifestado a sua anterior concordância com solução extrajudicial acerca da temática versada na impetração, aderindo a Termo de Ajustamento de Conduta - TAC – de modo conjunto aos outros envolvidos, sobre o cenário de superpopulação das unidades fluminenses de internação de adolescentes. Requereu, diante dessa peculiar circunstância, modificação da decisão, pois o cenário que alegadamente ali se projeta seria diverso do Estado do Espírito Santo. Em subsequente manifestação (*e-Doc* 294), o recorrente faz juntar documentos cujo teor apontariam para a urgência na apreciação do pedido de reforma da decisão agravada, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 101

HC 143988 / ES

Em 12.6.2019 (*e-Doc* 315), insurge-se o Estado de Pernambuco e, ao fazê-lo, relata os contínuos esforços e parcerias a fim de harmonizar as suas ações na seara socioeducativa com as diretrizes previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Afirma, no tocante à superpopulação, que novas unidades de internação deverão ser entregues até o final daquele ano, de modo que tal circunstância superveniente teria o condão de inserir o agravante na margem percentual de povoamento autorizada pela decisão liminar - 119%. Pede, ao final, a reforma da decisão, ou, alternativamente, que os seus efeitos fossem postergados.

Sobrevém, por meio da manifestação sob o n. 38.054/2019 (*e-Doc* 354), novo incidente de extensão ajuizado pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe, no qual a requerente anseia que os efeitos da medida liminar contemplem os adolescentes do sexo masculino em cumprimento de medidas socioeducativas de internação na unidade do Centro de Atendimento ao Menor (CENAM) e na USIP Unidade Socioeducativa de Internação Provisória.

Sustenta-se, para o mister, a identidade fática com a situação ensejadora do deferimento da medida acauteladora e das extensões e, com minudência, descreve os esforços empreendidos desde 2013, sem êxito em obter solução a contento de quadro calamitoso a macular a dignidade e os direitos fundamentais desses adolescentes e jovens internos. Junta-se, ademais, documentos contendo quantitativos dessas unidades e também informações da capacidade de cada uma delas, a demonstrar, nos lindes da pretensão, quadro fático que muito se afasta dos objetivos pretendidos pela legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei do SINASE para a ressocialização dos adolescentes autores de atos infracionais.

Explicita-se, em suma, que: *i)* inspeções realizadas pelos Defensores Públicos permitiram-lhes constatar severas falhas estruturais no CEMAN única unidade de internação definitiva da cidade de Aracajú/SE; *ii)* detectaram limitação de espaço; ausência de refeitório separado e específico, com acúmulo de restos alimentares nos quartos; inexistência de atividades culturais e/ou espaço de lazer; problemas de limpeza; falta

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 101

HC 143988 / ES

de assistência religiosa e educacional; relatos de alimentos estragados; ambientes escuros e insalubres; restrições ao uso da água necessária ao asseio e à higiene básica pelos internos; déficit no quadro de funcionários, entre outras; *ii*) em 2013, essa situação teria atingido seu ápice, quando houve incêndio em um dos cômodos e a fuga de quarenta e nove dos internos; *iii*) ajuizou ação civil pública, porém, a sentença de procedência foi reformada pelo Tribunal local; *iv*) desde então, houve certos avanços pontuais, como a construção de uma nova unidade no interior, em Nossa Senhora do Socorro/SE, nada obstante, o CEMAN prossegue superlotado e como a única unidade de internação definitiva de adolescentes e jovens do sexo masculino daquela capital e; *v*) a *ausência de recursos humanos e estruturais também se percebe na USIP, Unidade Socioeducativa de Internação Provisória*, nesses casos, *tem-se que a superlotação se dá também pelo fato de que constantes são as decisões pela prorrogação do prazo de internação provisória dos adolescentes, em flagrante violação ao que preconiza o art. 108, do ECA.*

Em subsequente manifestação, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro junta outros documentos, reafirmando o seu interesse na confirmação da liminar pelo colegiado, porque, na sua análise, *“decorridos mais de dois meses, não há cumprimento integral da decisão”* (E-doc. 388).

Posteriormente, deferi novos pedidos de ingresso, na qualidade de *amici curiae*, que foram deduzidos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro na Pet. 37.217/2019 (e-Doc. 340) e pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos - MNDH - na Pet. 41.064/2019 (e-Doc. 376), tendo essa última entidade, logo na sequência, declarado interesse em realizar sustentação oral (e-Doc. 401) e juntado documentos (e-Doc. 396).

Em seguida, o Estado do Pernambuco torna a asseverar que propicia aos adolescentes internados condições distintas daquelas descritas nessa impetração, *“ao tempo em que requer autorização para monitoramento eletrônico excepcional e provisório daqueles socioeducandos eventualmente liberados”* (e-Doc. 405).

De outra parte (e-Doc. 420), vem a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo exaltar a relevância da decisão prolatada em sede liminar na conformação das condutas dos diversos atores envolvidos no sistema

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 101

HC 143988 / ES

socioeducativo, os quais passaram a observar maior rigor e critério na imposição da medida socioeducativa de internação a adolescentes e jovens, conforme diretrizes legais e constitucionais. Relata, ainda, a baixa taxa de retorno dos egressos beneficiados ao Sistema de Justiça Juvenil.

De modo análogo (e-Doc. 459), a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro enumera razões pelas quais a ordem de *habeas corpus* deve ser confirmada, em síntese, cita a baixa taxa de recidivas na prática de atos infracionais pelos contemplados e classifica como alarmistas os receios pela segurança pública.

Já a Associação de Membros do Ministério Público - MP Pró Sociedade (e-Doc. 465)-, peticiona para sustentar que a ultrapassagem do limite nominal de lotação das unidades não acarreta, por si só, na imposição de maus-tratos e/ou inobservância do plano de ressocialização específico do jovem infrator. Nessa direção, *“vem requerer a este Egrégio Supremo Tribunal Federal que julgue improcedente o pedido formulado na presente ação de habeas corpus de natureza coletiva, revogando-se a liminar anteriormente concedida”*. De modo subsidiário, postula que o percentual de 119% *“não seja aplicado de maneira absoluta e sim conjugado com as demais condições de cumprimento da medida sócio-educativa, tais como alimentação, visita familiar, escolarização, profissionalização e acesso à cultura, verificando-se no caso concreto o fiel cumprimento do plano individual de atendimento, conforme exigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”*.

A seu turno (e-Doc 482), solicita o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro preferência nesse julgamento, como forma de solucionar as dúvidas e os questionamentos surgidos em autoridades administrativas e judiciárias quanto ao alcance e correto implemento da liminar. Cita, à guisa de exemplo, as dúvidas: *“poderá o adolescente sair para estudar e fazer cursos? Eventual descumprimento da internação domiciliar ensejará o retorno da internação ou a aplicação da internação sanção? Seria possível a utilização a aplicação das cautelares penais previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal?”*. Indaga, ainda, sobre: *“o órgão gestor que ficará responsável pela execução da medida de internação domiciliar, o órgão do Estado, responsável pelas medidas em meio fechado (art. 4º, III, da Lei nº 12.594/2012), ou as*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 23 de 101

HC 143988 / ES

coordenações municipais, responsáveis pelas medidas em meio aberto (art. 5º, III, da Lei nº 12.594/2012)? Ademais, a quem caberá a fiscalização dessa medida, caso o adolescente seja de Município diverso daquele do juízo da internação? Haverá declínio de competência ou apenas será deprecada a fiscalização da execução da medida?”.

Em nova manifestação, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro junta cópias do estudo recém publicado pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça (“*Reentradas e Reiteraões – Um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros*”) e da Recomendação nº. 62, de 17 de março de 2020, também do CNJ, “*que tem entre as suas orientações, a consideração dos parâmetros das decisões proferidas neste habeas corpus em relação aos adolescentes internados em unidades socioeducativas com ocupação superior à capacidade*”.

Com vista (e-Doc 522), a Procuradoria-Geral da República enumera objeções de índole procedimental que impediriam o exame da questão de fundo em *habeas corpus* coletivo.

É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 101

24/08/2020

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.988 ESPÍRITO SANTO**VOTO**

O Senhor Ministro Edson Fachin: O presente *habeas corpus coletivo* se volta contra acórdão da Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Agravo Regimental no Recurso de *Habeas Corpus* impetrado em favor de todos os Adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte (UNI-Norte), na Comarca de Linhares, Estado do Espírito Santo.

Posteriormente pleitearam a extensão e passaram a figurar como impetrantes as Defensorias dos Estados da Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio de Janeiro buscando, igualmente, a ordem para corrigir a superlotação nos respectivos estados.

Pretendem os impetrantes a concessão de ordem para, em suma, garantir que as instituições de cumprimento de medidas socioeducativas não ultrapassem os quantitativos máximos previsto para unidade respectiva.

1. Cabimento do *habeas corpus* coletivo

De início, pontuo o cabimento do *habeas corpus* coletivo, como instrumento idôneo a racionalizar a interpretação da questão jurídica ora em debate.

É certo que o art. 654, §1º, alínea 'a', do Código de Processo Penal exige a indicação, na petição do *writ de habeas corpus*, do nome da pessoa que está a sofrer, ou na iminência de sofrer, violência ou coação na sua liberdade de locomoção.

Nada obstante, a Segunda Turma do STF, no julgamento do HC nº 143.641/SP, (julgado em 20.2.18), admitiu a impetração de *habeas corpus* coletivo e determinou, em todo o território nacional, a conversão da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 25 de 101

HC 143988 / ES

prisão preventiva das gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiência em prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (HC 143641/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado 20/02/2018, DJe 215, divulg. 08/10/2018, publicado em 09/10/2018).

No julgamento do RE 855.810 AgR/RJ, o Ministro Dias Toffoli anotou no seu voto: *“A meu ver, o cabimento do habeas corpus coletivo para se discutir direitos individuais homogêneos inquestionavelmente desborda em tratamento mais isonômico na entrega da prestação jurisdicional, daí porque aderi ao voto então proferido pelo Relator, o que acabou por ser unanimemente feito pelo colegiado”* (Ag.Reg no RE 855.819/RJ, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgamento em 28/08/2018, DJe 221, divulg. 16/10/2018, publicado em 17/10/2018).

Nesse mesmo diapasão, seguiu-se o julgamento do HC 118.536/SP, também da Relatoria do Ministro Dias Toffoli, que concedeu a ordem para determinar que o STJ analisasse a questão de fundo do HC coletivo 269.265/SP.

Admissível, portanto a impetração do presente *habeas corpus*, como já anotei na decisão liminar proferida presente feito.

2- Premissa inicial – é possível ao Poder Judiciário eximir-se de analisar o caso em debate sob a justificativa de ausência de vagas em estabelecimentos de internação similares?

Como adiantei, o deferimento da liminar foi norteador, à luz das normas constitucionais e instrumentos normativos internacionais, pelo enfrentamento de duas indagações: *a)* se os direitos fundamentais dos adolescentes são violados pela taxa de ocupação superior à capacidade projetada da unidade de internação e *b)* se a ausência de vagas noutros estabelecimentos similares consubstancia-se justificativa plausível para manutenção dos internos em ambiência de superlotação.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 101

HC 143988 / ES

A esses questionamentos agrego outros, suscitados em fase posterior pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e por associação de membros do *Parquet*: c) seria válido inferir que as eventuais reiterações dos adolescentes em atos infracionais decorrem da fixação de internação domiciliar nos lugares em que inexistiam vagas para a transferência a unidades similares próximas?; e d) é plausível atribuir impactos negativos na segurança pública em função da decisão liminar, das extensões e/ou definitiva concessão da ordem?

Convém retomar essa análise, agora, conjugada com as razões e argumentos aportados pelos órgãos e entidades admitidos na posição de impetrantes e/ou *amicus curiae*.

Segundo ensina Peter Häberle, em ambiente democrático, a interpretação relativa a direitos fundamentais, *desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também do “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente*” (Hermenêutica Constitucional. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002). Nessa direção, e como ressalta o autor, a pluralização do debate potencializa a legitimação do processo decisório.

Relativamente ao primeiro vetor, alusivo à violação dos direitos fundamentais, a Associação MP PRÓ-Sociedade sustenta a necessidade de análise individualizada, caso a caso, da infraestrutura das unidades de medida socioeducativa de internação, cuja capacidade de atendimento deve ser cotejada “*com as demais condições de cumprimento da medida sócio-educativa, tais como alimentação, visita familiar, escolarização, profissionalização e acesso à cultura, verificando-se no caso concreto o fiel cumprimento do plano individual de atendimento, conforme exigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente*”. Essas inferências partem da premissa de que a superação dos limites projetados pelas unidades de internação, por si só, não acarreta situação análoga ou assemelhada àquela que se detectou no Estado do Espírito Santo - na UNINORTE.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 27 de 101

HC 143988 / ES

Mais adiante, serão verticalizadas essas pontuações, por ora, cumpre assentar que o ponto controvertido cinge-se a critérios de enquadramento e também às formas jurídicas e aos meios mais adequados diante da problemática questão de fundo. Todavia, não se refuta ou se nega – e nem se poderia fazê-lo - que a situação descrita nos moldes dessa impetração ocasiona violação aos direitos fundamentais dos adolescentes internos previstos na Constituição Federal e noutros instrumentos normativos.

Prossigo, então, a análise pela indagação alusiva à idoneidade, ou não, de invocar-se a ausência de vagas noutros estabelecimentos de internação similares como justificativa plausível para manutenção dos adolescentes em ambiência de superlotação.

No curso dessa impetração, foram noticiados esforços no sentido de amenizar os graves problemas de ordem estrutural detectados em unidades de execução de medidas socioeducativas em meio fechado, por exemplo, a celebração de compromisso de ajustamento de conduta e a existência de projetos prevendo a criação de vagas e construção de novos estabelecimentos.

Nada obstante, esses instrumentos jurídicos diversos convivem no ordenamento e possuem aptidão para conferir resposta adequada a esse conflito de índole estrutural nas suas variadas facetas e dimensões, daí porque a existência de ações coletivas em curso voltadas à edificação de outras unidades de internação em nada prejudicam a análise da violação, ou não, dos direitos fundamentais dos adolescentes privados de liberdade em função da taxa de ocupação superior à capacidade projetada do estabelecimento.

No modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, nem a limitação de recursos orçamentários nem argumentos e/ou objeções de índole procedimental consubstanciam-se em justificativas idôneas ou racionais a obstar a inafastabilidade da prestação jurisdicional no caso concreto, em que se questionam possíveis violações aos direitos fundamentais mais básicos e elementares dos adolescentes internos - não abrangidos pela medida socioeducativa em meio fechado.

Nesse sentido, conforme a advertência feita pelo professor Bernardo



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 28 de 101

HC 143988 / ES

Gonçalves Vasconcelos, deve-se atentar para a origem da denominada “cláusula da reserva do possível” - que tratava de vagas no ensino superior em Hamburgo e Munique, como forma de evitar indevidas equiparações e/ou falácias argumentativas (Curso de Direito Constitucional. 11 ed. Salvador: Juspodium, 2019).

Descabe, portanto, invocar deficiências estruturais como argumento jurídico idôneo obstativo de medidas judiciais aptas a prevenir, ou fazer cessar, transgressões aos direitos não abarcados pela restrição de liberdade imposta aos adolescentes em conflito com a Lei.

Tampouco procedem os argumentos segundo os quais a fixação de internação domiciliar como alternativa diante da ausência de vagas para a transferência a unidades similares próximas e, ainda, que essas soluções provisórias acarretariam impactos negativos na segurança pública. Nesse ponto, é oportuna à referência às conclusões contidas no estudo feito pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do reingresso no Sistema de Justiça Juvenil pelos adolescentes após a execução das medidas socioeducativas.

3. O olhar do CNJ: Reentradas e Reiteraões Infracionais

Segundo teses suscitadas pela Associação de Membros do Ministério Público – MP Pró Sociedade (e-Doc. 276 e 277), a impetração deve ser denegada de modo a impedir a liberação indiscriminada de adolescentes infratores sem a observância dos condicionamentos impostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e do SINASE. Cogitou-se, ainda, nestes autos, possível efeito negativo sob o ângulo dissuasório ou de prevenção geral negativa das medidas socioeducativas em meio fechados.

Nada obstante, impende refletir e questionar sobre o embasamento com o qual são feitas essas inferências.

Aliás, convém aludir à pesquisa feita pelos Magistrados Richard Pae Kim e Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, realizada no âmbito do CNJ, em que buscam lançar luzes sobre o perfil e as trajetórias infracionais, em estudo analítico com base nos dados extraídos do cadastro nacional dos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 101

HC 143988 / ES

adolescentes em conflito com a Lei, entre 2005 e 2009.

De saída, a pesquisa adverte para a invisibilidade desse problema, de modo a inexistirem *“trabalhos de abrangência nacional sobre a reentrada de adolescentes no sistema socioeducativo e de reiteração em ato infracional e, muito menos, sua comparação com dados oriundos do sistema prisional. O que há são iniciativas de mapeamento da realidade em alguns estados da federação, sem um olhar sistêmico”* (Reentradas e Reiteraões Infracionais: *Um Olhar sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros*).

Em que pesem as dificuldades metodológicas retratadas no estudo, chegou-se a um diagnóstico de que a seletividade e a reação estatal aos atos infracionais reproduz as mesmas variáveis detectadas no sistema prisional brasileiro, sendo mais comuns os atos infracionais contra o patrimônio e o tráfico de drogas. Procedendo à análise qualitativa desses dados, inferiu-se que a evasão escolar e o envolvimento na traficância aumentam, e muito, a estatística das reentradas e reiterações na trajetória dos adolescentes em conflito com a lei.

Nessa direção, concluem os pesquisadores que *“os dados encontrados evidenciam que os principais atos infracionais que agravam a probabilidade de um adolescente reentrar no sistema socioeducativo estão diretamente vinculados a vulnerabilidades socioeconômicas, demandando reflexões sobre como este sistema tem cuidado de tais vulnerabilidades e sobre quais são as estratégias possíveis para a alteração desse cenário”*.

Como se nota, diversamente do que se cogita nestes autos, não se depreende influência automática da espécie de medida socioeducativa na multifatorial etiologia das reiterações e reentradas na trajetória infracional dos adolescentes e jovens adultos.

Ao revés, esse estudo está a sugerir o possível efeito criminógeno do eventual recrudescimento no atual sistema de responsabilização voltado aos adolescentes, eis que os dados reunidos *“evidenciam que a taxa nacional de reentrada do sistema prisional (42,5%) equivale a quase o dobro da taxa de reentrada do sistema socioeducativa (23,9%), demonstrando, possivelmente, uma maior capacidade deste último na interrupção da trajetória dos ilegalismos. Tamanha disparidade, aliás, parece ser um forte indicador de que a expansão do*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 101

HC 143988 / ES

sistema prisional para a parcela do público atualmente alcançado pelo sistema socioeducativo pode agravar os níveis de criminalidade no país”.

Convém referir, aliás, que, em manifestação assomada em momento posterior ao deferimento da liminar (*e-Doc.* 420), a Defensoria Pública do Espírito Santo exalta a relevância da decisão liminar prolatada na conformação das condutas dos diversos atores envolvidos no sistema socioeducativo, narrando-se a observância de maior rigor e critério na imposição de medida de internação a adolescentes e jovens, em consonância com as diretrizes legais e constitucionais.

Relatou-se, ainda, a baixa taxa de retorno dos egressos beneficiados ao sistema.

De modo análogo (*e-Doc.* 459), a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro juntou estudo a demonstrar que a extensão deferida em nada repercutiu na segurança pública sob a perspectiva dissuasória, pois, segundo afirmado, *houve REDUÇÃO DO NÚMERO DE ADOLESCENTES APREENDIDOS NO MÊS DE JUNHO* «comparativo em relação ao mês de maio de 2019 e junho de 2018», em flagrante pela prática de ato infracional (AAAPAI). Reporta-se também às significativas melhorias detectadas no atendimento socioeducativo aos adolescentes e jovens, fazendo específica alusão à infraestrutura da “Escola João Luiz Alves”, onde atualmente, os internos conseguem realizar as refeições fora das celas.

Nessa direção, conluo que as reentradas e reiterações nos atos infracionais decorrem de múltiplos fatores especialmente daqueles que potencializam a vulnerabilidade desse público, como o uso e comércio de drogas.

Dessarte, não se mostra plausível inferir correlação automática entre esse problema e as medidas judiciais implementadas com o fim de cessar violações aos direitos dos internos. Tampouco é correto supor impactos negativos na segurança pública em função dessas providências.

4. O olhar do CNMP: o descompasso entre a Execução dos Programas Socioeducativas e os postulados da doutrina da proteção

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 101

HC 143988 / ES

[semiliberdadehttps://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/12521-panorama-de-execucao-dos-programas-socioeducativos-de-internacao-e-semiliberdadehttps://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/12521-panorama-de-execucao-dos-programas-socioeducativos-de-internacao-e-semiliberdade](https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/12521-panorama-de-execucao-dos-programas-socioeducativos-de-internacao-e-semiliberdade), acesso 22.7.2020).

Nesse diagnóstico, apontou-se a necessidade de retratar-se a situação dos diversos Estados, em especial sob os prismas do quantitativo de unidades e capacidade de vagas, da existência de superpopulação – ou não, das demandas de vagas não atendidas, do custo médio mensal por interno, do tempo médio das medidas de internação, além de outras informações relevantes.

Detectou-se, então, descompasso entre a realidade estudada em diversos Estados em face da expectativa projetada na Lei 12.594/2012, instituidora do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, seja pelos quadros de superlotação, seja pela desproporção entre a oferta e as demandas jurisdicionais por novas vagas em unidades de internação. Como admitido pelo relatório, se *“há superlotação, sem o correspondente reforço de infraestrutura e recursos humanos, potencializam-se as violações aos direitos humanos fundamentais dos adolescentes internados e a precariedade do atendimento”*.

Segundo se depreende, a realidade empírica constatada pelo CNMP reflete a dificuldade de assimilação das diretrizes normativas advindas da **doutrina da proteção integral**, e do seu microssistema regulamentador específico, situação que além de atingir diretamente os adolescentes internos, arrosta nítidos prejuízos ao atendimento das respectivas equipes técnicas, de modo a reclamar *“atenção a violência estrutural inerente à superlotação crônica, à falta de pessoal e à manutenção negligente da maioria das unidades de execução da medida socioeducativa de internação”*.

Conforme ensina o professor Valério de Oliveira Mazzuoli, apesar de esse conjunto de ideias já vir esboçado em certos tratados, protocolos internacionais, e instrumentos *soft law*, o paradigma da proteção integral ganhou expressão e relevo no sistema global de proteção dos direitos humanos a partir da *“Convenção Internacional sobre Direitos da Criança”*,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 101

HC 143988 / ES

cujo destaque e importância se exprime no fato “*de chegar a ser o tratado internacional que conta atualmente com o maior número de ratificações*” (p. 317, Curso de Direitos Humanos, 6. ed. São Paulo: Método, 2019).

Destaca o internacionalista, ainda:

Conforme o UNICEF, a Convenção sobre os direitos da Criança funda-se em quatro pilares fundamentais, **relacionados com todos os outros direitos das crianças**:

- **a não discriminação**, que significa que todas as crianças têm o direito de desenvolver todo o seu potencial (todas as crianças, em qualquer momento, em qualquer parte do mundo);

- **o interesse superior da criança**, que prioriza o melhor interesse da criança em todas as ações e decisões que lhe digam respeito;

- **a sobrevivência e desenvolvimento**, que sublinha a importância vital da garantia de acesso a serviços básicos e à igualdade de oportunidades para que as crianças possam desenvolver-se plenamente; e

- **a opinião da criança**, a significar que a voz das crianças deve ser ouvida e levada em conta em todos os assuntos relativos aos seus direitos.

Consabido que essa normativa internacional trata como criança todo indivíduo com menos de 18 (dezoito) anos, mas também disciplina que as legislações internas devem estipular um patamar etário abaixo do qual inexistente a responsabilização por fatos análogos a crimes (art. 40, 3, a, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança).

É inequívoco que esse conjunto de princípios e regras estrutura as normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, de sorte que a superação do anterior modelo da “*situação irregular*”, de viés tutelar e punitivo, deve traduzir-se no integral respeito a essas premissas teóricas e aos valores mencionados pelo autor - e que se irradiam por toda a legislação específica - também no momento da interpretação.

Em voto lapidar, proferido no AgR no RE 1.139.140/PR, o eminente Ministro Celso de Mello enfatizou a especial proteção garantida nos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 101

HC 143988 / ES

instrumentos internacionais e na legislação interna, como decorrência direta do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento:

“Tal como ressaltado na decisão agravada, a questão central da presente causa consiste em verificar se se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao postulado da separação de poderes, determinar a adoção, pelo Estado, quando injustamente omissivo no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais. **É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito da criança e do adolescente de ter especial proteção, considerada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento** (CF, art. 227, “caput” e § 3º, V) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (ou dimensão)” (RTJ 164/158-161).

No específico âmbito da execução das medidas socioeducativas, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento se traduz nos princípios brevidade e excepcionalidade da medida de internação, que somente deve ser aplicada nos casos de atos infracionais gravíssimos – assim entendidos aqueles praticados com violência ou grave ameaça -, na hipótese de descumprimento injustificado da medida anteriormente imposta, ou na reiteração em atos infracionais.

Ressalte-se, ainda, a necessidade de se aferir de modo periódico e contínuo o critério de adequação dessas medidas socioeducativas mais gravosas, daí a existência das regras previstas na Lei 12.594/2012 que possibilitam ao interno e à equipe técnica solicitarem audiência voltada à revisão do Plano Individual de Atendimento na hipótese de cumprimento escorrido e responsável das metas nele previstas.

Nessa dimensão, tem-se igualmente presente que o simples atributo de sujeito adolescente posiciona-lhe em situação jurídica unissubjetiva ou

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 101

HC 143988 / ES

simples, na terminologia do professor Marcos Bernardes de Mello, de modo que essa qualidade individual resulta em direitos subjetivos e configura suporte fático de normas jurídicas (*Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito, Revista de Direito Privado – 03*).

Logo, mostra-se plausível assentar que os sujeitos inimputáveis pelo critério etário detêm o direito subjetivo de tratamento condizente com o conjunto de regras e princípios que lhe é pertinente e específico, e de não receber tratamento igual ou pior ao conferido a adultos em situação equivalente.

Dessarte, guiando-se pelos instrumentos normativos apropriados, compete ao Poder Judiciário não se eximir de analisar a causa em que se alega a possível violação coletiva ao direito ambulatorial de liberdade dos adolescentes diante a superlotação das unidades de internação.

Aliás, a Corte Interamericana, na Opinião Consultiva n. 17/2002, interpretando dispositivos da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, assentou compreensão de que a garantia desses direitos implica *“la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales”*.

Nos estudos do CNMP a que precedentemente me referi, noticia-se a efetiva elaboração dos planos decenais pelas Unidades da Federação que operavam com carência de vagas, em projetos que continham previsão de construção de novos estabelecimentos voltados à execução das medidas socioeducativas em meio fechado (à exceção de Sergipe, cujo plano não contemplava essa criação).

Ainda segundo se relata, um dos obstáculos enfrentados na criação dessas novas unidades advém da invisibilidade desse problema, o outro, da efetiva obtenção de financiamento junto à União – disciplinado também pela norma de regência.

Nada obstante, e conforme bem retratado nessa impetração, dadas as dificuldades notórias de implementação e execução dessas políticas



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 101

HC 143988 / ES

públicas, sobressai importante e necessário fixar-se parâmetros e critérios racionais a fim de assegurar a observância dos direitos fundamentais de adolescentes infratores.

Deve-se, pois, atentar para uma atuação do Poder Judiciário que garanta a dignidade aos internados mediante atuação que coíba toda forma análoga a tratamento cruel ou degradante. Exsurge, por conseguinte, viável e necessária a atuação jurisdicional reparadora, sem ofensa ao inarredável postulado da separação dos poderes.

5- A proteção normativa dos adolescentes em processo de ressocialização

No plano normativo, há nítida e incontroversa opção pela inclusão e manutenção dos vínculos comunitários do adolescente que pratica o ato infracional orientada por diretrizes nacionais (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente) e internacionais das quais o Brasil é signatário, refletidas no Sistema Global e no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos (Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil – *Regras de Beijing* – Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade). Sob o pálio desse arcabouço, exsurge a doutrina da *Proteção Integral*.

Nessa conformidade, a qualificação de crianças e adolescentes, por si só, torna esses sujeitos mercedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado (arts. 227 e 228 da Constituição Federal), conforme o modelo instituidor da corresponsabilidade familiar, societária e do poder público em assegurar, mediante promoção e defesa, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

A adolescência é momento peculiar do desenvolvimento humano, da constituição da pessoa em seu meio social e da construção de sua subjetividade. Portanto, as relações sociais, culturais, históricas e econômicas da sociedade, estabelecidas num determinado contexto, serão

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 101

HC 143988 / ES

decisivas nessa fase e vão refletir na trajetória futura e na definição do projeto de vida.

De acordo com esses parâmetros, a situação do adolescente em processo pedagógico de ressocialização deve ter por norte a aplicação do postulado constitucional da prioridade absoluta, de modo a competir aos agentes estatais envolvidos, à equipe técnica respectiva, à sociedade e à família dedicar a máxima atenção e todo o cuidado a esse público, dando especial visibilidade àqueles que se encontram na vulnerável condição de internos.

Desse modo, as políticas públicas direcionadas aos adolescentes, aqui incluídos os internados, devem contemplar medidas que garantam os direitos assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nomeadamente o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho.

Como corolário, a medida socioeducativa, principalmente a privação de liberdade, deve ser aplicada somente quando for imprescindível, nos exatos limites da lei e pelo menor tempo possível, pois, ainda quando adequada a infraestrutura da execução dessa medida de internação, há inevitável restrição do direito de liberdade. Logo, a situação aflitiva não deve perdurar além do estritamente necessário à inclusão, desaprovação e responsabilização do adolescente pelo seu ato infracional.

Afinal, como bem salientado no citado estudo feito pelo CNMP, **cumpram bem demarcar as nítidas diferenças que devem nortear, de um lado, as Políticas de Atendimento Socioeducativo e, de outro, as Políticas Criminais.**

Cite-se, por oportuno, que o Decreto nº. 99.710/90, ao promulgar a Convenção sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes, enfatiza a necessidade de manter-se os laços familiares dos adolescentes privados de liberdade, em regra, além de obstar a segregação em situação de desumanidade:

“Artigo 37. Os Estados Partes zelarão para que: (...) c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 101

HC 143988 / ES

respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;" (...).

Colmatando ainda o tema, a Lei nº. 12.594 disciplinou, como objetivos das medidas socioeducativas:

"I- a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;

II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei".

Essa norma ainda traz, no seu art. 1º, §3º, que, *"entendem-se por programa de atendimento a organização e o funcionamento, por unidade, das condições necessárias para o cumprimento das medidas socioeducativas"*.

Como se nota, malgrado a lei não descure o aspecto punitivo da medida socioeducativa ao adolescente infrator, preponderam os vieses pedagógico, protetivo e ressocializador, daí surgindo as disposições normativas que disciplinam a implementação e o acompanhamento, pela equipe técnica, do Plano Individual de Atendimento.

Tanto é assim que não há previsão de lapso mínimo de permanência em cada uma das modalidades de medidas socioeducativas restritivas de liberdade [nas hipóteses de meio aberto, em particular a prestação de serviços, a lei fixou limitações de jornada e o período de cumprimento

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 101

HC 143988 / ES

não inferior a seis meses]. Verifica-se, com efeito, que a ausência de rigidez nos prazos e no escalonamento nas passagens das medidas socioeducativas mais rígidas e severas àquelas mais brandas visa a fomentar a evolução adequada e responsável no plano individual pelo adolescente, de modo a serem admitidos periódicos pedidos de reavaliação nesses casos.

Depreende-se, pois, a cogente moldura normativa que impõe limites e deveres aos agentes estatais nessa seara, norteados pelas balizas da brevidade e excepcionalidade, bem como do respeito à peculiar condição do adolescente.

6. A situação fática a justificar a concessão da ordem

A justificar a necessidade de atuação reparadora do Poder Judiciário, vieram aos autos dados oficiais, reveladores da superlotação em algumas unidades da federação.

No *e-Doc.* 122, consta ofício de sua Excelência o eminente Presidente do STF e do CNJ, Min. Dias Toffoli, por meio do qual disponibiliza as informações advindas do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF. Esse levantamento, realizado a partir dos dados de ocupação, constantes nas inspeções apresentadas no Cadastro Nacional de Inspeções em Unidades de Internação e Semiliberdade (CNIUIS), no terceiro bimestre de 2018 em cada unidade com situação ativa, constatou **taxa média de ocupação nacional de 99%**.

Na média nacional tem-se 20.380 vagas para 20.231 adolescentes internados. Conforme a tabela anexada ao ofício, em alguns Estados, verifica-se que a taxa de ocupação supera a capacidade das unidades de execução de medida de internação, a saber:

Acre (153%)**Bahia (146%)****Ceará (112%)**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 101

HC 143988 / ES**Espírito Santo (127%)****Minas Gerais (115%)****Pernambuco (121%)****Rio de Janeiro (175%)****Rio Grande do Sul (150%)****Sergipe (183%)**

Informações complementares apontam que no Estado do Maranhão (*e-doc* 171) a taxa de ocupação é de 80% e no Estado de Roraima (*e-doc* 165) tem-se uma capacidade de 69 vagas para 67 internos, não se verificando superação do limite. Já no Estado de Alagoas (*e-doc* 168), há 237 internos para a uma capacidade de 351.

De acordo com as informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça, **nove estados** apresentam índice da taxa de ocupação acima de 100%, sendo eles, Ceará, Minas Gerais, Pernambuco, Espírito Santo, Bahia, Rio Grande do Sul, Acre, Rio de Janeiro e Sergipe.

Embora no provimento liminar tenha se admitido a taxa de ocupação de 119%, solução diversa se impõe agora na exame definitivo da impetração.

Não se afigura viável, portanto, pretender que o Supremo Tribunal Federal, em tema tão sensível, alusivo à dignidade dos adolescentes internados, venha a chancelar a superlotação nas unidades destinadas ao cumprimento de medidas socioeducativas.

Na ocasião da apreciação da medida liminar, considerei que, por ausência de outros parâmetros, seria razoável adotar o índice informado (119%), para fixação do limite máximo de internos que cumpriam medida socioeducativa, extraído da taxa média de ocupação dos internos nos 16 Estados da Federação, aferido pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

Embora significativos esforços projetados ou já implementados, pelos Estados destinatários da ordem que se busca, não se mostra plausível solução que autorize o sistemático descumprimento das regulamentações que visam a assegurar proteção aos adolescentes em

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 41 de 101

HC 143988 / ES

ressocialização. Nessa medida, **com a concessão da ordem nos moldes ora propostos, restam prejudicados os agravos regimentais antes interpostos contra a decisão liminar e as medidas de extensão.**

Ressuma que a presente impetração exige enfrentamento de antigos e persistentes reclamos endereçados contra o Estado brasileiro no âmbito de organismos internacionais.

Especificamente quanto à superlotação em unidades de internação, desde 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte Interamericana”) deferiu medidas provisórias para que fossem adotadas medidas de proteção à vida e à integridade pessoal de todas as crianças e dos adolescentes privados de liberdade na Unidade de Internação Socioeducativa – UNIS, situada no Espírito Santo.

Em tais casos, verifica-se que a Presidência da Corte Interamericana recomendou fossem adotadas medidas imediatas e necessárias para erradicar as situações de risco e proteger a integridade física, psíquica e moral dos adolescentes privados de liberdade. Nada obstante, o quadro descrito na impetração revela a ausência de soluções a contento naquele Estado, em especial diante dos episódios detectados na UNINORTE.

Antes disso, como decorrência de fatos ocorridos entre 2000 a 2005, a Corte Interamericana determinou providências em face da situação violadora de direitos fundamentais detectada em unidades de internação situadas no Estado de São Paulo, em caso contencioso “*Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuape da FEBEM versus Brasil*”, tendo sido essas medidas levantadas no ano de 2008 pelo correto cumprimento.

Enfatizou-se, no voto lavrado pelo Juiz Cançado Trindade àquela ocasião, a reflexão acerca de cinco pontos cruciais sobre o tema e o papel da Corte Interamericana – a preservação dos direitos substantivos e processuais dos adolescentes na jurisprudência consultiva e contenciosa; o viés tutelar das medidas provisórias implementadas por aquela Corte; as obrigações *erga omnes* de proteção dos Estados; o alcance dessas obrigações – em suas dimensões vertical e horizontal e o regime jurídico incidente às medidas provisórias concedidas.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 42 de 101

HC 143988 / ES

Ao introduzir essa discussão, foram destacadas decisões históricas e emblemáticas, a exemplo das exaradas no caso dos meninos em situação de rua na Guatemala (*"Villagrán Morales e Outros versus Guatemala"*) e também o do *"Instituto de Reeducação del Menor versus Paraguay"*. Nessas ocasiões, enfatizou-se a necessidade premente de garantir-se as condições viabilizadoras do direito das crianças e dos adolescentes em desenvolver o seu projeto de vida.

Colhe-se elucidativo trecho:

Quando, há meia-década, a tragédia dos meninos de rua alcançou esta Corte, - em um caso referente à Guatemala **mas que poderia ter ocorrido em qualquer outro país**, - ao estudar o expediente, assaltaram-me perguntas que desde então se tornaram recorrentes. O que podemos esperar de meninos abandonados pela "civilização" nas ruas obscuras do mundo? O que podemos esperar de meninos confinados em "centros de reabilitação" ou de "bem estar", nos quais se familiarizam com o mal, ao invés de aprender a discernir entre o bem e o mal (que coexistem dentro de cada um de nós)? **O que podemos esperar de meninos condenados pelo meio social, por políticas públicas ("macroeconômicas") em sociedades repressivas, a uma existência sem sentido, sem projeto de vida, sem futuro, e não raro também sem passado, - condenados, em suma, a um presente perene, frágil e fugaz, e, portanto ameaçador, se não desesperador? Em nada me surpreende que a coexistência entre o bem o mal dentro de todo ser humano tenha ocupado todo o pensamento filosófico e religioso em todas as eras da história da humanidade.**

A reflexão mais detida sobre o caso do *"Instituto de Reeducação do del Menor versus Paraguay"* é salutar porque as dezenas de testemunhos dos funcionários, ex-internos e psicólogos que vivenciaram os episódios ali relatados permitem inferir e dimensionar os danos e ocasionados a adolescentes em situações mais extremas e severa de violação a direitos humanos – como nos fatos trágicos que se sucederam naquela instituição

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 43 de 101

HC 143988 / ES

do país vizinho.

Assentou-se, naquela ocasião, que a interação especial de sujeição estabelecida entre os internos e os agentes responsáveis pela custódia impõe ao Estado uma série de deveres. Como corolário, firmou-se a compreensão no sentido de que devem ser adotadas iniciativas estatais voltadas a garantir *“aos reclusos as condições necessárias para desenvolver uma vida digna e contribuir ao gozo efetivo daqueles direitos que sob nenhuma circunstância podem ser restringidos ou daqueles cuja restrição não deriva necessariamente da privação de liberdade e que, portanto, não é admissível”*. (tradução livre, Caso *“Instituto de Reeducação del Menor Vs. Paraguay, Sentencia de 2.9.2004 – Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*).

Essas ações e iniciativas estatais devem ser implementadas com o objetivo de fortalecer e incentivar nesses internos o desenvolvimento dos seus projetos de vida, os quais não podem ser aniquilados em função da privação de liberdade. Verificou naquele caso, que a superpopulação, somada a outros problemas infraestruturais, por exemplo, insalubridade, alimentação deficitária, falta de atendimento médico e psicológico, vulnera as normas convencionais, além de fomentar lamentáveis situações de violência e abusos entre os próprios internos, ou entre estes e os funcionários.

Ainda sobre o julgamento, comenta o professor Valério de Oliveira Mazzuoli que *“a falta de prevenção do Estado foi o que acarretou a morte de vários dos internos – e que foi, senão para todos, para a grande maioria particularmente traumática e dolorosa, já que a perda da vida ocorreu por meio de asfixias e queimaduras, prolongando a agonia para alguns por vários dias – equivalia a uma negligência grave que tornava o ente maior internacionalmente responsável pela violação dos arts. 4 e 5 da Convenção Americana, em relação aos arts. 1 e 19 do mesmo instrumento”* (Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional. São Paulo: Método, 2019).

Já no caso *“Mendoza y otros vs. Argentina”*, a Corte Interamericana salientou a incompatibilidade da fixação de sanções perpétuas com o sistema protetivo garantido a esse público, que preconiza a reintegração

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 44 de 101

HC 143988 / ES

nos âmbitos familiar e social. Enfatizou-se, nessa análise, o princípio da proporcionalidade, pois: *“Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad”*. (grifei, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 14/05/2013*).

Emerge da questão de fundo, como se nota, a faceta dúplice do princípio da proporcionalidade, destacada pela doutrina – perspectiva em que convivem os deveres positivos estatais (de proteção) e a proibição do excesso.

Nessa quadra, destaco a lição do professor Ingo Wolfgang Sarlet, que, após sustentar a autonomia dogmática da proibição da insuficiência, ensina *“que – a despeito de uma possível (mas não necessária) equivalência no campo dos resultados – não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso na aplicação em relação aos direitos fundamentais na sua função defensiva (como proibições de intervenção), já que em causa estão situações completamente distintas: na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz essa proteção”* (Direitos Fundamentais e Proporcionalidade – Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Criminal, Em: *Criminologia e Sistemas Jurídicos-Penais Contemporâneos*, 2ª edição, Porto Alegre: EdIPUCRS, 2012).

Nesse sentido, ainda que existam clamores ou sentimentos sociais na contramão do que se vem de assentar, pelo que já se expôs, é inafastável concluir que os deveres estatais de proteção nessa seara não podem ser simplificados, reduzidos e/ou perspectivados como mera exigência de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 45 de 101

HC 143988 / ES

ampliação do rigor e da severidade na imposição e execução das medidas socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei.

Por certo, os modos e meios de ampliar a proteção dos bens jurídicos podem e devem ser objeto de debates e discussão na ambiência do Poder Legislativo. Sem embargo, cumpre ao Poder Judiciário zelar pelo respeito aos direitos fundamentais e atuar nas hipóteses de violação iminente ou em curso.

Nota-se, portanto, que a limitação do ingresso de adolescentes nas Unidades de Internação em patamar superior à capacidade de vagas projetadas, além de cessar as possíveis violações, previne a afronta aos preceitos normativos que asseguram a proteção integral, densificando as garantias dispostas no artigo 227 da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 65/2010), além de fortalecer o postulado de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Adiciono, ainda, que na espécie incide o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja previsão expressa está no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, sendo repetido no art. 124, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, senão vejamos respectivamente: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;” e “Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: (...) V - ser tratado com respeito e dignidade”.

Diante do exposto, propõe-se ao colegiado a concessão da ordem de *habeas corpus* para determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade, nos termos da impetração e extensões.

Propõe-se, ainda, a observância dos seguintes critérios e parâmetros, a serem observados pelos Magistrados nas unidades de internação que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior à capacidade projetada:

i) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 46 de 101

HC 143988 / ES

com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso;

ii) reavaliação dos adolescentes internados **exclusivamente** em razão da reiteração em infrações cometidas **sem** violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister;

iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares;

iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação;

v) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas *supra*, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, **sem qualquer prejuízo ao escorreito cumprimento do plano individual de atendimento** – podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução;

vi) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas **protetivas** e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem;

vii) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária;

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 47 de 101

HC 143988 / ES

viii) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos.

Nas hipóteses de descumprimento, o instrumento é o recurso, conforme assentado, no ponto, à unanimidade, no HC 143.641, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, propor à Turma, por analogia ao inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre o cumprimento das internações socioeducativas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação aos dados estatísticos sobre o cumprimento das medidas estabelecidas e o percentual de lotação das unidades de internação, fazendo uso dos relevantes dados coligidos no âmbito do CNJ e dos Tribunais de Justiça estaduais.

É como voto.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 48 de 101

24/08/2020

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.988 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S)	: TODOS OS ADOLESCENTES INTERNADOS NA UNIDADE DE INTERNAÇÃO REGIONAL NORTE
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTODIO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: ANA CLAUDIA CIFALI
AM. CURIAE.	: INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S)	: PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG E OUTRO(A/S)



BR > ANADEP

Jurisprudência 1

391

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 49 de 101

HC 143988 / ES

ADV.(A/S)	:THAIS NASCIMENTO DANTAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MP PRÓ-SOCIEDADE
ADV.(A/S)	:CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA
ADV.(A/S)	:DOUGLAS IVANOWSKI BERTELLI KIRCHNER
AM. CURIAE.	:ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	:THIAGO GOMES MORANI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH
ADV.(A/S)	:CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
ADV.(A/S)	:ANDRÉ HESPANHOL

VOTO

2

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 50 de 101

HC 143988 / ES

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE INTERNOS. HABEAS CORPUS COLETIVO. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA E ESTABELECIMENTO DO CONTRADITÓRIO. EXISTÊNCIA DE VIA ADEQUADA AO TRATAMENTO DA MATÉRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CARACTERIZADA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. No caso, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo pretende deflagrar demanda coletiva em favor de todos os adolescentes que se encontram privados de suas liberdades na Unidade de Internação Regional Norte, em Linhares/ES, noticiando a existência de condições que violam a dignidade da pessoa humana. 2. Embora seja certo que as alegações formuladas pela Defensoria Pública têm reflexo na liberdade de locomoção dos internos, as pretensões recursais são voltadas contra o Poder Executivo do Estado do Espírito Santo, de cunho eminentemente administrativo, recomendando a adoção de 9 (nove) providências por parte da administração pública que, supostamente, teriam o condão de superar a alegada violação aos direitos humanos dos adolescentes.

3. A pretensão, de nítida natureza de tutela coletiva, transborda os limites cognitivos próprios da via eleita, já que se revela imprescindível não só o estabelecimento do contraditório com a administração pública que poderá suportar os efeitos de eventual decisão de mérito, mas ampla dilação probatória para que haja suporte suficiente à esmerada análise da pretensão recursal, tudo em respeito à garantia processual prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. 4. Havendo no ordenamento jurídico via adequada ao tratamento da matéria,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 51 de 101

HC 143988 / ES

para a qual, inclusive, a Defensoria Pública é legitimada, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/85, não se vislumbra ilegalidade no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não conheceu da tutela coletiva pretendida, afastando-se eventual alegação de violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. 5. Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus coletivo, sendo imprescindível a identificação dos pacientes e a individualização do alegado constrangimento ilegal. Precedentes. 6. Agravo regimental desprovido". (RHC-AgR 69.773/ES)

A impetrante pugna pela concessão da ordem, a fim de que: a) seja tutelada a liberdade ambulatorial de Paulo Alvarez Marques Cesário, Miqueias dos Santos Barbosa, Adenilson Ribeiro Damião e Flávio da Silva, adolescentes que teriam sido vítimas de maus-tratos e tortura; e b) seja tutelada a liberdade ambulatorial de todos os internos da UNINORTE, devido ao quadro de violação aos direitos humanos, sugerindo, como solução, a adoção do princípio do *numerus clausus*.

Inicialmente, o relator julgou o *habeas* prejudicado em relação aos pacientes especificados, tendo em vista que não se encontram mais custodiados na UNINORTE, e não conheceu do restante da impetração, pois "*a jurisprudência desta Corte entende ser manifestamente incabível habeas corpus que busque beneficiar uma coletividade indeterminada de pessoas, ou seja, quando os pacientes não podem ou não são identificados*". (eDOC 61)

Interposto agravo regimental, o relator **reconsiderou a decisão**, tendo em vista os precedentes assentados pela Segunda Turma no HC 143.641 e HC 269.265.

Conforme relatado, **há grave quadro de desrespeito aos direitos humanos na Casa de Custódia UNINORTE**. Nesse sentido, destaca-se a superlotação; as condições degradantes do local; os relatos de agressões,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 52 de 101

HC 143988 / ES

maus-tratos e torturas; o elevado número de mortes ocorridas no local; as violações já reconhecidas pela CIDH; entre outros argumentos.

Nos termos expostos pelo relator, a **situação é claramente alarmante**. Assim, conclui que *“os direitos fundamentais dos adolescentes internados estão a sofrer graves violações motivadas pela superlotação, razões pelas quais não podem permanecer na situação degradante em que se encontram”*.

Diante disso, a partir da aplicação do princípio do *numerus clausus*, fixou limite de internos na UNINORTE de Linhares/ES em um percentual de 119% da ocupação. Assim, determinou:

“9.1 que na Unidade de Internação Regional Norte em Linhares/ES, onde há execução de medida socioeducativa de internação, a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos em 119%, procedendo-se a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%;

9.2 subsidiariamente, caso a transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o mencionado percentual máximo de ocupação;

9.3 na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares;

9.4 alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado das diretrizes sucessivas constantes do pedido inicial”. (eDOC 87, p. 11)

Conforme informações prestadas pelo Juízo de origem, a liminar deferida no STF foi devidamente cumprida, estando a UNINORTE com taxa de ocupação inferior aos 119% autorizados. (eDOC 106)

Além disso, o CNJ remeteu informações, afirmando que, no Brasil, verifica-se **taxa média de ocupação nacional de 99%** nas Unidades de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 53 de 101

HC 143988 / ES

Internação e Semiliberdade, segundo dados de inspeções realizadas no 3º bimestre de 2018. Contudo, há diversos estados com percentuais elevados, como, por exemplo, Acre (153%), Bahia (146%), Espírito Santo (127%), Pernambuco (121%), Rio de Janeiro (175%), Rio Grande do Sul (150%) e Sergipe (183%). (eDOC 122)

Em manifestação posterior, a Defensoria Pública do Espírito Santo informou o descumprimento da liminar a partir do final de outubro de 2018 e noticiou que *“inúmeras liminares vêm sendo deferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não está se atentando para a situação de descumprimento da decisão exarada neste Habeas Corpus Coletivo”*. (eDOC 187)

Em seguida, o GAETS requereu a **extensão da decisão liminar** *“para as unidades socioeducativas localizadas nos estados da BAHIA, CEARÁ, PERNAMBUCO E RIO DE JANEIRO, que enfrentam situação semelhante ao Estado do Espírito Santo”* (eDOC 247). Quanto a tal pedido, a PGR opinou favoravelmente (eDOC 258).

Diante disso, o relator concedeu a extensão, afirmando que *“a farta documentação acostada aos autos revela similitude e está a reclamar identidade de tratamento jurídico aos pacientes de outras unidades da federação, adotando provisoriamente a mesma taxa de ocupação (119%)”*. Assim, determinou:

“14.1 que nas Unidades de Internação dos Estados do Ceará, Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro, onde há execução de medida socioeducativa de internação, se observe a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos em 119%, procedendo-se a transferência dos adolescentes sobressalentes pra outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%:

14.2 subsidiariamente caso a transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 54 de 101

HC 143988 / ES

mencionado percentual máximo de ocupação;

14.3 na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares;" (eDOC 259)

A Procuradoria-Geral dos Estados do Rio de Janeiro e de Pernambuco interpuseram agravo regimental em relação à extensão concedida. (eDOC 286 e 315)

1. Do conhecimento do HC coletivo

Embora não previsto de modo expresso na legislação, o *habeas corpus* coletivo tem sido aceito por este Tribunal, a partir de marcante virada jurisprudencial. Anteriormente, tais impetrações não eram conhecidas ao argumento de que seria indispensável a individualização de cada paciente e a especificação de sua situação fática.

Contudo, em julgados recentes avançou-se na temática no sentido de viabilizar a verificação de situação de lesão a direitos individuais homogêneos, conforme previsto no art. 81, III, do CDC, perfeitamente identificáveis e com objeto cindível e divisível. (LEWANDOWSKI, Ricardo. *O habeas corpus coletivo*. In: ARABI; MALUF; MACHADO NETO (org.). **Constituição da República 30 anos depois**. Fórum, 2019. p. 59)

O art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que toda pessoa tem direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar um direito fundamental lesionado ou ameaçado. Nos termos decididos pela **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, o *habeas corpus* "*cumpra com o objetivo de verificação judicial da legalidade da privação de liberdade*", motivo pelo qual é essencial para "*controlar o respeito à vida e à integridade da pessoa, para impedir seu desaparecimento ou a indeterminação do lugar de sua detenção, assim como para proteger contra tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, inumanos ou degradantes*". (Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*, j. 23.10.2010)

No ordenamento brasileiro, podemos encontrar argumentos favoráveis ao HC coletivo. Primeiramente, nos termos do art. 580 do CPP,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 55 de 101

HC 143988 / ES

os efeitos de uma concessão devem ser estendidos a corréu que se encontre em idêntica situação. Além disso, conforme o art. 654 do CPP, autoriza-se a concessão de *habeas corpus* de ofício quando os juízes e tribunais verificarem, no curso de qualquer processo, que uma pessoa sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Em termos funcionais, pode-se afirmar que a inadmissão da ação coletiva poderá gerar uma multiplicidade de processos individuais, com o indevido congestionamento do Poder Judiciário e a consequente demora na resolução da questão.

Diante disso, o STF tem conhecido e concedido *habeas corpus* coletivos. O principal precedente foi assentado pela Segunda Turma no HC 143.641, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem como em benefício das próprias crianças encarcerados.

Em relação à legitimidade, o voto condutor do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, consignou a aplicação por analogia do art. 12 da Lei 13.300/2016, que trata do mandado de injunção coletivo. A ementa restou assim definida:

“HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 56 de 101

HC 143988 / ES

NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. (...)”. (HC 143.641, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 9.10.2018)

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 57 de 101

HC 143988 / ES

Além de tal *leading case* da Segunda Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* 118.536, o Ministro Dias Toffoli conheceu da impetração e concedeu a ordem para determinar ao STJ que processasse *writ* coletivo impetrado perante aquela Corte. (HC 118.536, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 24.6.2018). Nos termos da decisão referida, “o *habeas corpus*, que tutela direito fundamental tão caro para sociedade brasileira - a liberdade -, necessita ser repensado, justamente porque nossa Constituição prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, inciso XXXV), sobretudo dos mais vulneráveis, cujo tratamento coletivo desempenhará a relevantíssima função de promoção efetiva de acesso à justiça”.

Portanto, não há óbice para o conhecimento desta impetração, de modo que passo a analisar o seu mérito.

2. Das premissas assentadas na ADPF 347: estado de coisas inconstitucional e encarceramento em massa

O Supremo Tribunal Federal há muito tem reconhecido a situação de calamidade que permeia o sistema carcerário brasileiro. Como já ressaltai anteriormente, a situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós. E como tenho destacado, não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é responsabilidade da Administração, porque somos nós os administradores do sistema.

Em julgamento histórico, o Plenário deste Tribunal reconheceu um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ressaltando a violação sistemática e reiterada de direitos fundamentais em razão do tratamento desumano e da superlotação carcerária. Nos termos da ementa da ADPF 347 MC:

“CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 58 de 101

HC 143988 / ES

preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”. (ADPF 347 MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 19.2.2016)

Sem dúvidas, tal estado de coisas inconstitucional, descrito em relação ao sistema penitenciário brasileiro em geral, **também pode ser verificado em diversos locais de internação de adolescentes**. Afirma-se que “o quadro geral que se apresenta é de uma Justiça Juvenil que opera como um subsistema muito mais agressivo em relação aos adolescentes do que o sistema penal comum é para adultos”, especialmente em razão da situação de vulnerabilidade de tal população. (SOUZA, Flora S.; FERRAZ, Hamilton G. A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil. *RBCCRIM*, v. 129, mar./2017, p. 266)

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 59 de 101

HC 143988 / ES

Vivemos um cenário claro de **encarceramento em massa** e expansão do Direito Penal, eminentemente com fins simbólicos. Pode-se afirmar que o encarceramento em massa não se restringe à incorporação de populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas pressupõe que os atores com poder de decisão na esfera processual penal legitimem as diretrizes punitivistas, concretizando-as através da racionalidade jurídico-instrumental (CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo*. Lumen Juris, 2010, p. 59-60).

Conforme dados internacionais, os Estados Unidos são o país com a maior taxa de aprisionamento. Em 2011, analisando recurso proveniente de julgamento por colegiado judicial da Califórnia nas ações coletivas movidas por Coleman, Plata e outros contra os governadores Brown e Schwarzenegger, a Suprema Corte confirmou decisão local. Considerou que as reiteradas violações a direitos à assistência médica dos presos estavam ligadas à superpopulação carcerária. Em consequência, determinou que o Estado da Califórnia elaborasse, em prazo curto, plano de redução da superpopulação, de forma a reduzir a ocupação – e aqui realmente é uma situação limítrofe – a um máximo de 137,5% (cento e trinta e sete vírgula cinco por cento) do número de vagas. Admitiu, portanto, esse excesso de 37,5% em relação às vagas existentes.

Trata-se de panorama semelhante, que embasou medidas ativas do Estado para sanar o cenário de violação massiva de direitos fundamentais dos presos.

3. Da proteção integral aos adolescentes em âmbito nacional e convencional

Conforme bem exposto pelo relator, nos termos da Constituição Federal, as crianças e os adolescentes são merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado (arts. 227 e 228). Afirma-se que “o princípio da humanidade está referido especificamente, quer na Constituição, quer na lei ordinária, em função da relevância atribuída pelo legislador à criança e ao adolescente” (SHECAIRA, Sérgio S. *Sistema de*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 60 de 101

HC 143988 / ES*garantias e o direito penal juvenil*. 2ª ed. RT, 2015. p. 149).

Em âmbito convencional, assegura-se:

Art. 19, CADH: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

Art. 37, Conv. sobre Direitos da Criança (Dec. 99.710/1990):
“Os Estados Partes zelarão para que:

a) **nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.** (...)

(...)

c) **toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana**, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. (...)

d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação”.

A **Corte Interamericana de Direitos Humanos** assentou precedente representativo na temática: *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*, julgado em 2004. Na situação analisada, comprovou-se que era um estabelecimento para internar adolescentes em conflito com a lei, o qual era integrado majoritariamente por meninos que vinham de setores marginalizados e chegou a nível de superpopulação de 50%, com internos detidos em celas insalubres, com escassas instalações higiênicas. Diante disso, a CIDH decidiu que *“aos internos do Instituto não foi dado um tratamento em conformidade com sua dignidade de pessoas e não foram respeitados os padrões específicos para os meninos em relação à privação de liberdade”*.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 61 de 101

HC 143988 / ES

Em diversos precedentes, a Corte assentou que *“presos têm direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal, e o Estado deve garantir-lhes o direito à vida e à integridade pessoal”* (Caso Bulacio; Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outro; Caso Cantoral Benavides).

Consagram-se, portanto, obrigações positivas de atuação do Estado para efetivação dos direitos convencionais. Nos termos decididos pela CIDH, *“o direito à vida e o direito à integridade pessoal não somente implicam em que o Estado deve respeitá-los (obrigação negativa), mas, além disso, requer que o Estado adote todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva), em cumprimento de seu dever geral estabelecido no artigo 1.1 da Convenção Americana”*.

Em caso envolvendo especificamente o Brasil (*Caso Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM v. Brasil*), a **Corte Interamericana de Direitos Humanos** deferiu medidas provisórias para determinar a proteção de crianças e adolescentes privados de liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM. Relatava-se a ocorrência de problemas graves de saturação e deficientes condições de higiene e saúde. Diante disso, a Corte assentou o dever do Estado de resguardar tais pessoas.

Por óbvio, **não se defende aqui a absoluta soltura de adolescentes que tenham cometido fatos graves**, especialmente com violência contra outra pessoa. Tais fatos precisam ser devidamente acautelados e medidas precisam ser adotadas para evitar a sua ocorrência ou reincidência.

Contudo, o Estado deve respeitar um padrão mínimo de dignidade no cumprimento das medidas socioeducativas de internação determinadas. Precisamos, como sociedade, entender que ao tratarmos os internados de modo desumano, abusivo e agressivo, **corrompem-se claramente os objetivos de ressocialização que orientam o sistema**. Ou seja, ao invés de reduzir o cometimento de novos fatos graves, amplia-se o ciclo de violência e seletividade, que só acarretará mais criminalidade à sociedade.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 62 de 101

HC 143988 / ES**4. Ações estruturais e atuação judicial sobre políticas públicas**

Este caso apresenta todas as características de uma ação estrutural. Com efeito, na doutrina constitucional, as ações estruturais são compreendidas como aquelas destinadas a corrigir falhas estruturais de políticas públicas que violam direitos e garantias fundamentais de um número significativo de pessoas.

Essas violações decorrem do *déficit* de atuação do poder público e comumente exigem soluções complexas, que devem ser implementadas de forma progressiva e gradual, por meio de um processo contínuo que demanda tempo e atenção dos atores envolvidos (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 200).

É importante destacar que as ações estruturais tiveram origem nos Estados Unidos, a partir do precedente firmado no caso *Brown v. Board of Education*.

Esse julgamento, ocorrido em 1954, deu origem a um conjunto de demandas destinadas a promover a dessegregação racial no sistema de ensino dos Estados Unidos, em intervenções que duraram até, aproximadamente, a década de 1990.

Os resultados atingidos em *Brown* levaram ao ajuizamento de outras ações semelhantes nos Estados Unidos, bem como a utilização dessa experiência de litigância estratégica em outros países, como no Canadá, na África do Sul, Índia, Colômbia, Argentina, Peru e no Brasil.

Na Colômbia, a Corte Constitucional promoveu uma releitura própria da doutrina das ações estruturais, adaptando-a ao contexto das graves violações de direitos encontradas em países de desenvolvimento tardio da América Latina. Essa adaptação deu origem ao instituto do **estado de coisas inconstitucional**, reconhecido pelo STF na ADPF 347, que trata das condições degradantes do sistema penitenciário nacional.

Anote-se que a utilização desses institutos que buscam promover a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 101

HC 143988 / ES

melhoria da *performance* do Estado na tutela e proteção dos direitos fundamentais exige rigor teórico e prático, sob pena de distanciamento das suas verdadeiras origens e finalidades, com o uso meramente retórico de modelos estrangeiros e o possível conflito com outros princípios e valores constitucionais caros ao nosso sistema, como o princípio da separação dos poderes e do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), que privilegiam, *a priori*, as opções legitimamente chanceladas pelo voto popular na definição e implementação de políticas públicas.

Nessa linha, a literatura estrangeira aponta para a existência de alguns requisitos que caracterizam uma **as demandas ou ações estruturais** como, por exemplo:

a) a situação de violação real e atual de direitos de um grupo significativo de pessoas, o que não resta comprovado quando se está diante de violações já ocorridas no passado, em questões que envolvam o interesse público, de forma mais ampla ou, ainda, de expectativas legítimas da sociedade na melhoria da eficiência estatal, por exemplo (FISS, Owen. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 23, 1979);

b) a caracterização de uma situação de inércia e/ou omissão estatal na proteção e promoção desses direitos fundamentais. Nesse sentido, a doutrina entende que para os casos de desatenção ou desconhecimento do Estado sobre determinada situação, deve-se optar pela prolação de decisões declaratórias. Já nos casos de omissão que decorram de persistente incompetência ou intransigência estatal, admite-se o uso de instrumentos mais interventivos de atuação judicial (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review, v. 41, n. 2, 2010, p. 198; ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? **The South African Law Journal**, p. 345 e ss.);

c) a urgência e necessidade da intervenção judicial, de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 64 de 101

HC 143988 / ES

modo que nos casos em que a demora na atuação do Estado possa causar prejuízos irreparáveis aos indivíduos prejudicados, há uma maior legitimidade para a atuação judicial. Por outro lado, quando esses direitos podem ser equacionados através do processo político ordinário, ainda que de maior duração, deve-se privilegiar a atuação das instâncias representativas (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review, v. 41, n. 2, 2010, p. 199);

d) a complexidade da demanda e das medidas necessárias à concretização dos direitos fundamentais impactados. Nesse sentido, essas ações normalmente não podem ser resolvidas com base em apenas uma ordem simples e detalhada (*one-stop shop remedy*), mas sim através de diversas medidas complexas que compõem um processo contínuo, progressivo e gradual (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review, v. 41, n. 2, 2010, p. 200).

Por outro lado, a jurisprudência do estado de coisas inconstitucional, firmada pela Corte Constitucional da Colômbia e incorporada ao Brasil durante o julgamento da ADPF 347, prevê, entre outros, os seguintes requisitos para a sua configuração: (i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; (ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia desses direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais; (vi) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução requer a intervenção de várias entidades e a adoção de um conjunto completo e coordenado de ações.

A atuação judicial nessas demandas também suscita as mais variadas críticas. Em termos gerais, a principal crítica às ações e decisões de natureza estrutural converge para o fato de elas serem exemplos típicos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 65 de 101

HC 143988 / ES

do ativismo judicial que gera o risco de criação de um sistema político dominado por uma aristocracia de agentes públicos não eleitos pelo povo, a ditadura da toga ou dos juízes (DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 71).

Analisando-as em termos específicos, três pontos se destacam: a crítica de caráter democrático, a crítica institucional e a crítica liberal. A primeira entende que a intervenção judicial em atos praticados pelos demais Poderes, que são eleitos pelo povo, seria antidemocrática. A segunda defende a falta de conhecimento e *expertise* do Poder Judiciário para intervir em questões técnicas ou que demandem um intenso debate público. A terceira defende a usurpação, pelo Judiciário, das atribuições dos demais Poderes (DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 73).

Em relação à crítica democrática, é importante assentar que ela pressupõe o funcionamento em um bom nível do Poder Legislativo e das instituições democráticas no tratamento de questões envolvendo políticas públicas, não levando em consideração questões práticas como a omissão no trato de assuntos relevantes e, por vezes, a persistente e insustentável omissão inconstitucional do Legislativo e Executivo na concretização de direitos fundamentais, além da influência do poder econômico, a sobre-representação de grupos hegemônicos e a sub-representação das minorias.

A título de exemplo, o jurista neozelandês Jeremy Waldron, um dos mais ferrenhos críticos ao *judicial review* e importante defensor das prerrogativas do Parlamento de decidir sobre o conteúdo e as implicações dos direitos e garantias fundamentais, embasa sua teoria em observações empíricas realizadas em países desenvolvidos, como a Inglaterra, a Nova Zelândia, o Canadá e a Austrália.

Esse autor afirma, expressamente, que o seu modelo contrário à intervenção judicial demanda a implementação de algumas condições,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 101

HC 143988 / ES

dentre as quais destacam-se: a) o bom funcionamento das instituições democráticas, o que inclui a existência de um Poder Legislativo eleito em bases representativas, a partir do sufrágio universal e do direito à igual participação política dos indivíduos; b) o comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e da maioria dos agentes públicos com as ideais de direitos individuais e das minorias.

Portanto, os *déficits* de atuação das instâncias democráticas na proteção dos direitos das minorias e a invisibilidade desses grupos no processo político, inclusive pela ausência de representantes desses setores sociais, desconstrói grande parte das críticas e dos pressupostos daqueles que defendem a adoção de posturas judiciais de maior autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) em casos de graves violações de direitos.

Os defensores da crítica democrática à atuação judicial também ignoram que nem todas questões decididas judicialmente se encontram dentro do que é negociável ou transigível, em termos políticos.

Sabe-se que o Parlamento é o *locus* adequado para a realização de acordos e negociações que permitam a acomodação dos mais variados interesses existentes na sociedade, possibilitando a tomadas de decisões em amplas bases consensuais.

Contudo, há diversos casos que demonstram a impossibilidade de negociação ou de espera pela decisão política, justamente porque tratam da aplicação dos direitos e garantias fundamentais já reconhecidos a todos os indivíduos mas que não alcançam determinadas minorias.

A legitimidade da atuação judicial nestes casos é reconhecida mesmo para os defensores das teorias procedimentalistas de justiça, democracia e direitos fundamentais, que veem com ressalvas a possibilidade de efetivação de direitos descritos em cláusulas vagas e ambíguas por tribunais compostos por juízes não eleitos e nem submetidos diretamente ao controle do eleitorado.

A título de exemplo, John Hart Ely, em sua conhecida obra *Democracy and Distrust*, não só admite como exalta a possibilidade de atuação judicial em favor de minorias hostilizadas e estigmatizadas, os eternos perdedores do processo político, para que elas desfrutem do

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 67 de 101

HC 143988 / ES

mesmo nível de proteção de direitos atribuído às maiorias (ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Haverdar University Press, 1980. p. 103).

Isso porque se compreende que essas minorias se encontram em verdadeiras situações de brechas ou fossos inconstitucionais, espaços do não direito para os quais esses grupos sociais invisíveis e impopulares são empurrados. Os exemplos dessas minorias são os presidiários, os adolescentes infratores e a população negra e pobre no Rio de Janeiro submetida a alarmantes níveis de letalidade policial, como tratado na ADPF 635.

Nesses casos, os direitos fundamentais dessas pessoas permanecem, na maior parte do tempo, abaixo do radar das discussões da opinião pública. Ademais, os casos de graves violações de direitos fundamentais por vezes não envolvem grandes divergências acerca da existência, definição ou conteúdo do direito em disputa já que, em inúmeras situações, as violações aos direitos fundamentais são flagrantes e evidentes.

Nessas situações, o foco da questão não é sobre a existência ou delimitação de um direito fundamental, mas sim sobre como concretizar ou garantir minimamente direitos básicos já definidos pelos poderes democráticos a todos os cidadãos, mesmo diante de uma situação de prolongada inércia e omissão do poder público na efetivação dessas garantias básicas a determinados grupos.

Em situações como essa, na qual já há, por vezes, até mesmo a definição de determinada prestação material por parte do poder público, que só não é cumprida em virtude das falhas burocráticas do Estado, não há de se falar sequer em ativismo judicial.

Por exemplo, em casos envolvendo a saúde pública, restou definido na decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 175, de minha Relatoria, que a efetivação judicial de uma política pública já prevista pelos demais poderes não representaria intervenção ilegítima ou violação aos princípios da democracia e da separação de poderes.

Ademais, a atuação judicial nesses casos pode trazer à lume o debate

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 68 de 101

HC 143988 / ES

público sobre a *performance*, a *accountability* (responsabilização) e transparência da atuação dos órgãos públicos, aproximando-se de uma concepção de democracia participativa direta.

No que se refere à crítica institucional, esse argumento ganha relevância e pertinência por conta das características das ações que envolvem intervenções em políticas públicas em larga escala, em especial a partir da complexidade desses casos, que envolvem problemas policêntricos e intimamente conexos, bem representados pela metáfora da teia de aranha de Lon Fuller e Keneth Winston (FULLER, Lon L.; WINSTON, Keneth I. *The Forms and Limits of Adjudication*. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 395).

Para Fuller e Winston, as políticas públicas de larga escala possuem diversos pontos de contato e tensão, de modo semelhante a uma teia de aranha.

Portanto, a modificação de determinado ponto de uma política pública faz com que a tensão exercida sobre essa teia imaginária seja redistribuída para todas as outras partes e problemas conexos, seguindo um padrão complexo que não pode ser inteiramente previsto (FULLER, Lon L.; WINSTON, Keneth I. *The Forms and Limits of Adjudication*. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 395).

Essa crítica certamente valoriza a *expertise* dos órgãos públicos e das partes. Contudo, a adoção de instrumentos de decisão e implementação de decisões judiciais dotados de maior horizontalidade, como a aplicação da teoria dos diálogos institucionais e de **instrumentos como a autocomposição, o monitoramento judicial, a realização de audiências públicas e a nomeação de peritos permite a superação dessa crítica.**

Até mesmo porque a valorização da *expertise* da parte demandada pode representar, em inúmeras situações, na manutenção de situações flagrantemente inconstitucionais.

Há uma certa variante dessa crítica institucional que aponta para o fato de que a incorporação dessas teorias estrangeiras demandaria um redesenho ou aperfeiçoamento institucional do processo decisório do STF (VIEIRA, Jose Ribas. **Estado de coisas fora do lugar (?)**. Portal Jota.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 101

HC 143988 / ES

Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>>. Acesso em: 02 dez. 2018).

Entendo que essa crítica é, em parte, procedente, em especial quando reforça a necessidade de acompanhamento e fiscalização, por parte do colegiado, de eventual decisão que busque modificar as diretrizes de uma política pública em larga escala como ocorre no caso em análise.

Não é demais ressaltar que as experiências exitosas de ações estruturais ocorreram principalmente nos casos em que houve um adequado monitoramento das medidas de implementação por parte do Poder Judiciário, em cooperação e diálogo com os atores processuais e demais interessados.

Por último, no que se refere à crítica liberal, ela decorre da ideia do liberalismo moderno que consolidou a divisão do poder enquanto garantia dos cidadãos. Não obstante, não se deve vislumbrar o princípio da separação dos poderes de forma estanque e estática, simbolizado através da dicotomia Legislativo/questões de política e Judiciário/questões de princípios ou de direitos (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 223.).

Conforme defendido pela doutrina, esse modelo de separação estanque de funções estatais por vezes se confunde, uma vez que diversas questões de direitos estão umbilicalmente conectadas com questões de políticas. Desta feita, tais questões podem ser decididas em fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, incluindo o Poder Judiciário.

Ou seja, parte-se de uma concepção mais fluida do princípio da separação dos poderes, que se aproxima da concepção norte-americana de *checks and balances* ou do controle de um poder pelo outro.

Anote-se que o alegado óbice da separação de poderes não impede sequer a prolação de novas decisões específicas sobre o mérito da causa após a prolação dessa cautelar, ou até mesmo após o julgamento da questão de fundo pelo Tribunal.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 70 de 101

HC 143988 / ES

Com efeito, analisando essa questão no caso *Doucet-Boudreau*, no Canadá, Paul Rouleau e Linsey Sherman defendem a constitucionalidade da adoção de ordens flexíveis, com a retenção da jurisdição, durante a fase de implementação das medidas estabelecidas em ações estruturais (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-183).

De fato, para os autores, essas medidas não ferem o princípio da separação de poderes e a teoria dos diálogos institucionais, que é da tradição do constitucionalismo canadense (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-183).

Pelo contrário, uma medida judicial específica, fechada, excessivamente detalhada e unilateralmente estabelecida pelo Poder Judiciário é que poderia gerar atritos indevidos com a separação dos poderes, já que excluiria qualquer possibilidade de diálogo de modo a permitir a expansão indevida dos poderes judiciais sobre os domínios dos Poderes Executivo e Legislativo (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-184).

Por outro lado, as decisões flexíveis, progressivas e graduais nas demandas estruturais podem reafirmar a noção de que Judiciário, Executivo e Legislativo devem trabalhar de forma interdependente no reforço à democracia e na efetivação dos direitos fundamentais (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-184).

É importante ressaltar que essa concepção dos autores acabou sendo acolhida pela Suprema Corte do Canadá, ao final do julgamento do caso *Doucet-Boudreau* (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-184).

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 71 de 101

HC 143988 / ES

É certo ainda que a intervenção judicial em políticas públicas deve observar alguns parâmetros, conforme já destacado, entre os quais deve-se reiterar: a) a constatação da violação dos direitos fundamentais de um grupo específico de usuários ou destinatários de determinada política ou serviço público; b) a verificação de que essa violação decorre de uma omissão inconstitucional prolongada e insustentável; c) a demonstração da urgência e necessidade de intervenção judicial.

O próprio STF estabeleceu alguns precedentes nos quais admitiu a intervenção judicial em políticas públicas, como na saúde, na questão penitenciária, entre outras. Podemos destacar, por exemplo, o RE 592.581, no qual a Corte assentou a possibilidade de intervenção judicial para determinar a realização de obras emergenciais em presídios; a própria ADPF 347, no qual determinou-se a liberação de recursos do Funpen em face do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário; o *Habeas Corpus* coletivo 143.641, que garantiu o direito à prisão domiciliar às gestantes grávidas; o RE 641.320, que deu origem à Súmula Vinculante nº 56, que impede a manutenção de presos em regime prisional mais gravoso, possibilitando, por exemplo, a saída antecipada ou a monitoração eletrônica; e, recentemente, na ADPF 635 sobre letalidade policial no Rio de Janeiro.

O caso em análise se adéqua às premissas acima estabelecidas, em especial por tratar de graves violações de direitos fundamentais dos adolescentes aprisionados em estabelecimentos superlotados, em condições degradantes, em virtude de prolongada e injustificável omissão do poder público na tutela dos seus direitos.

Por fim, ressalto que o acompanhamento das medidas definidas é essencial para o objetivo pretendido com esse julgamento. Desta feita, **a proposta apresentada pelo eminente Relator para criação de observatório para supervisionar a implementação das medidas é pioneira e louvável.**

No processo de implementação das decisões, os tribunais podem se

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 72 de 101

HC 143988 / ES

valer da ajuda de terceiros que não integram a lide para a apresentação de propostas de implementação que envolvam conhecimentos técnicos, para o acompanhamento, in loco, das medidas executivas implementadas ou para a resolução de pequenas divergências surgidas no decorrer desse processo.

De acordo com Colin Diver, esses experts podem desempenhar diversas funções no processo de implementação, como a verificação do cumprimento da decisão, a mediação de disputas, a celebração de acordos e a resolução de pequenas divergências (DIVER, Colin. Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, p. 105, 1979.)

De fato, nas ações estruturais os mestres e experts auxiliam o tribunal na elaboração do remédio adequado para cada caso, sendo inclusive responsáveis pela criação dos planos judiciais implementados pelas cortes, tal como ocorreu no caso *Swann v. Charlotte-Meckelburg Board of Education* (COLUMBIA LAW SCHOOL. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 784, p. 799-800)

Na Colômbia e na Índia, a Corte Constitucional e Suprema Corte daqueles países passaram a adotar a prática de nomearem, em determinados casos, uma comissão de acompanhamento e comissões sociojurídicas responsáveis por acompanhar a fase de implementação das decisões. No caso específico da Índia, essas comissões sociojurídicas foram incumbidas de realizar inspeções em determinados lugares, coletar informações e evidências e efetuar constantes monitoramentos de questões importantes para a resolução dos casos judiciais (GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. Access to justice in India: The jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press. 2013. p. 351).



BR > ANADEP

Jurisprudência 1

415

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 101

HC 143988 / ES

5. Dispositivo

Diante do exposto, acompanho o relator para **conceder o *habeas corpus coletivo*** nos termos delimitados em seu voto.

É como voto.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 74 de 101

HABEAS CORPUS 143.988 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S)	: TODOS OS ADOLESCENTES INTERNADOS NA UNIDADE DE INTERNAÇÃO REGIONAL NORTE
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTODIO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: ANA CLAUDIA CIFALI
AM. CURIAE.	: INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S)	: PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: THAIS NASCIMENTO DANTAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 75 de 101

HC 143988 / ES

	SUPERIORES
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MP PRÓ-SOCIEDADE
ADV.(A/S)	:CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA
ADV.(A/S)	:DOUGLAS IVANOWSKI BERTELLI KIRCHNER
AM. CURIAE.	:ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	:THIAGO GOMES MORANI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH
ADV.(A/S)	:CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
ADV.(A/S)	:ANDRÉ HESPANHOL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de *habeas corpus* coletivo, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, em face de decisão proferida pelo

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 76 de 101

HC 143988 / ES

Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* 69.773/ES, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE INTERNOS. *HABEAS CORPUS* COLETIVO. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA E ESTABELECIMENTO DO CONTRADITÓRIO. EXISTÊNCIA DE VIA ADEQUADA AO TRATAMENTO DA MATÉRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CARACTERIZADA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No caso, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo pretende deflagrar demanda coletiva em favor de todos os adolescentes que se encontram privados de suas liberdades na Unidade de Internação Regional Norte, em Linhares/ES, noticiando a existência de condições que violam a dignidade da pessoa humana.

2. Embora seja certo que as alegações formuladas pela Defensoria Pública têm reflexo na liberdade de locomoção dos internos, as pretensões recursais são voltadas contra o Poder Executivo do Estado do Espírito Santo, de cunho eminentemente administrativo, recomendando a adoção de 9 (nove) providências por parte da administração pública que, supostamente, teriam o condão de superar a alegada violação aos direitos humanos dos adolescentes.

3. A pretensão, de nítida natureza de tutela coletiva, transborda os limites cognitivos próprios da via eleita, já que se revela imprescindível não só o estabelecimento do contraditório com a administração pública que poderá suportar os efeitos de eventual decisão de mérito, mas ampla dilação probatória para que haja suporte suficiente à esmerada análise da pretensão recursal, tudo em respeito à garantia processual prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

4. Havendo no ordenamento jurídico via adequada ao tratamento da matéria, para a qual, inclusive, a Defensoria

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 101

HC 143988 / ES

Pública é legitimada, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/85, não se vislumbra ilegalidade no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não conheceu da tutela coletiva pretendida, afastando-se eventual alegação de violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

5. Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de *habeas corpus* coletivo, sendo imprescindível a identificação dos pacientes e a individualização do alegado constrangimento ilegal. Precedentes.

6. Agravo regimental desprovido”.

A impetrante sustentou que graves violações de direitos humanos de adolescentes, consistentes em agressões, torturas e homicídios, vêm sendo praticadas nas unidades de internação socioeducativas do Estado do Espírito Santo e, notadamente, na Unidade de Internação Regional Norte – Uninorte, cujo quadro de superlotação supera, em muito, a média de superlotação nacional das unidades de socioeducação.

Aduziu que a superlotação crítica da unidade, potencializada pela insalubridade do local, pela falta de pessoal em número suficiente para a garantia de aplicação de medida socioeducativa digna e pela ausência de separação dos adolescentes em razão da idade, compleição física, ato infracional cometido ou tipo de internação, propicia a ocorrência das violações supramencionadas.

Asseverou que, também devido à superlotação, os adolescentes têm permanecido praticamente 24 horas por dia nos quartos, sem tomar banho de sol por meses, caracterizando um ilegal regime de trancamento integral na unidade, o qual supera, em desumanidade, o regime disciplinar diferenciado ao qual estão sujeitos os adultos (art. 52 da Lei de Execução Penal).

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 78 de 101

HC 143988 / ES

Invocou a legislação nacional e internacional relativa à proteção dos direitos da criança e do adolescente para sustentar a aplicação do princípio *numerus clausus*, segundo o qual “a cada entrada em unidade prisional há, ao menos, uma saída, permitindo-se, assim, a estabilização ou diminuição da população reclusa, de modo a evitar a superlotação de cadeias, penitenciárias e unidades de internação” (p. 43).

Afirmou que tal princípio já é adotado pela Holanda e pelos países nórdicos, nos quais, na hipótese de insuficiência de vagas nos estabelecimentos penais, formam-se listas de espera para ingresso escalonado no sistema.

Ressaltou que a aplicação do princípio *numerus clausus* pode ensejar as seguintes soluções:

“Numerus clausus preventivo: vedação de novos ingressos na unidade socioeducativa, com a conseqüente transformação das novas internações definitivas em internações domiciliares, [...] [sugerindo-se] a utilização da taxa de 3 adolescentes saídos da unidade para cada novo ingresso;

Numerus clausus direto: extinção da medida de internação dos adolescentes mais próximos de atingir o prazo legal máximo de 3 (três) anos para a liberdade;

*Numerus clausus progressivo: sistema de transferências em cascata (em cadeia), com a ida de um adolescente do regime fechado para a semiliberdade, de outro da semiliberdade para o cumprimento de medidas em meio aberto (ou internação domiciliar) e, por fim, de alguém que esteja em cumprimento de medida em meio fechado para o cumprimento (*per saltum*) de medidas em meio aberto ou internação domiciliar”.*

Requeru a aplicação do referido princípio, em qualquer de suas modalidades, para limitar a taxa de internação da Uninorte ao máximo de 119% de sua capacidade de ocupação.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 101

HC 143988 / ES

O Relator, Ministro Edson Fachin, deferiu a liminar, determinando:

“- que na Unidade de Internação Regional Norte em Linhares/ES, onde há execução de medida socioeducativa de internação, a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos em 119%, procedendo-se a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%;

- subsidiariamente, caso a transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o mencionado percentual máximo de ocupação;

- na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares;

- alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado das diretrizes sucessivas constantes do pedido inicial”.

Posteriormente, as Defensorias Públicas dos Estados de Rio de Janeiro, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Pernambuco, Rio Grande do Sul, São Paulo e Tocantins, todas integrantes do Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal nos Tribunais Superiores – Gaets, requereram a extensão dos efeitos da liminar para as unidades socioeducativas localizadas nos estados da Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio de Janeiro, que enfrentam situação semelhante ao Estado do Espírito Santo.

O pedido de extensão foi deferido nos seguintes termos:

“Assim, verificada a existência de identidade entre as situações processuais, defiro o pedido de extensão, para determinar:

- que nas Unidades de Internação dos Estados do Ceará, Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro, onde há execução de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 80 de 101

HC 143988 / ES

medida socioeducativa de internação, se observe a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos em 119%, procedendo-se a transferência dos adolescentes sobressalentes pra outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%;

- subsidiariamente, caso a transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o mencionado percentual máximo de ocupação;

- na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares”.

Na sequência, a Defensoria Pública do Estado de Sergipe requereu a extensão dos efeitos da liminar exarada no presente *Habeas Corpus* Coletivo aos adolescentes internados em unidades socioeducativas do Estado (Cenam e Usip), bem como de eventual ordem concedida (documento eletrônico 354).

Dada a relevância da matéria, o Ministro Relator admitiu diversos *amici curiae*, os quais apresentaram suas contribuições para o julgamento do feito. Ao final, em seu percuciente voto, propôs a concessão da ordem, nos seguintes termos:

“Diante do exposto, propõe-se ao colegiado a concessão da ordem de *habeas corpus* para determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade, nos termos da impetração e extensões. Propõe-se, ainda, a observância dos seguintes critérios e parâmetros, a serem observados pelos Magistrados nas unidades de internação que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior à capacidade projetada:

i) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 81 de 101

HC 143988 / ES

gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso;

ii) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister;

iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares;

iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação;

iv) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao esmero no cumprimento do plano individual de atendimento podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução;

v) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem;

vi) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária;

vii) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos. Nas hipóteses de descumprimento, o instrumento é o recurso, conforme assentado, no ponto, à unanimidade, no

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 82 de 101

HC 143988 / ES

HC 143.641, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. É como voto.”

Expresso minha concordância com os fundamentos expostos no voto de Sua Excelência.

Relembro que, no *Habeas Corpus* Coletivo 143.641/SP, fundamentei a concessão coletiva da ordem, notadamente, nas dificuldades estruturais de acesso à Justiça das populações encarceradas, as quais são vulneráveis seja em razão do próprio encarceramento, seja em decorrência das condições socioeconômicas da maioria da população prisional brasileira. Naquele julgamento, afirmei o seguinte:

“Com efeito, segundo constatei no Recurso Extraordinário 612.043-PR, os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais (Cf. FISS, O. Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004). Dentro desse quadro, a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves. A título de exemplo, vem permitindo a ampla utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim como do Mandado de Injunção coletivo. Este último, convém lembrar, foi aceito corajosamente por esta Corte já em 1994, muito antes, portanto, de sua expressa previsão legal, valendo lembrar o Mandado de Injunção 20-4 DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que este afirmou:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 83 de 101

HC 143988 / ES

‘A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia (...) a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade de ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito [...].’

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente *writ* coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o direto de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o *habeas corpus* individual ou coletivo.

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (Cf. FELSTINER, W. L. F.; ABEL, R. L.; SARAT, A. *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*. *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, 1980), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 84 de 101

HC 143988 / ES

Foi com semelhante dilema que se deparou a Suprema Corte argentina no famoso caso *Verbitsky*. Naquele país, assim como no Brasil, inexistente previsão constitucional expressa de *habeas corpus* coletivo, mas essa omissão legislativa não impediu o conhecimento desse tipo de *writ* pela Corte da nação vizinha. No julgamento em questão, o *habeas corpus* coletivo foi considerado, pela maioria dos membros do Supremo Tribunal, como sendo o remédio mais compatível com a natureza dos direitos a serem tutelados, os quais, tal como na presente hipótese, diziam respeito ao direito de pessoas presas em condições insalubres.

É importante destacar que a Suprema Corte argentina recorreu não apenas aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do acesso universal à Justiça, como também ao direito convencional, sobretudo às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, de maneira a fundamentar a decisão a que chegou, na qual determinou tanto aos tribunais que lhe são hierarquicamente inferiores quanto aos Poderes Executivo e Legislativo a tomada de medidas para sanar a situação de inconstitucionalidade e inconveniência a que estavam sujeitos os presos.

Vale ressaltar que, para além de tradições jurídicas similares, temos com a República Argentina também um direito convencional comum, circunstância que deve fazer, a meu juízo, com que o STF chegue a conclusões análogas àquela Corte de Justiça, de modo a excogitar remédios processuais aptos a combater as ofensas maciças às normas constitucionais e convencionais relativas aos direitos das pessoas, sobretudo aquelas que se encontram sob custódia do Estado.

No Brasil, ao par da já citada doutrina brasileira do *habeas corpus*, que integra a épica história do instituto em questão, e mostra o quanto ele pode ser maleável diante de lesões a direitos fundamentais, existem ainda dispositivos legais que encorajam a superação do posicionamento que defende o não cabimento do *writ* na forma coletiva.

Nessa linha, destaco o art. 654, § 2º, do Código de Processo

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 85 de 101

HC 143988 / ES

Penal, que preconiza a competência de juízes e os tribunais para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal. A faculdade de concessão, ainda que de ofício, do *writ*, revela o quanto o remédio heroico é flexível e estruturado de modo a combater, de forma célere e eficaz, as ameaças e lesões a direitos relacionados ao *status libertatis*.

Indispensável destacar, ainda, que a ordem pode ser estendida a todos que se encontram na mesma situação de pacientes beneficiados com o *writ*, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

A impetração coletiva vem sendo conhecida e provida em outras instâncias do Poder Judiciário, tal como ocorreu no *Habeas Corpus* 1080118354-9, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e nos *Habeas Corpus* 207.720/SP e 142.513/ES, ambos do Superior Tribunal de Justiça. Neste último, a extensão da ordem a todos os que estavam na mesma situação do paciente transformou o *habeas corpus* individual em legítimo instrumento processual coletivo, por meio do qual se determinou a substituição da prisão em contêiner pela domiciliar.

A existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos, notadamente, a ADPF, não deve ser óbice ao conhecimento deste *habeas corpus*. O rol de legitimados dos instrumentos não é o mesmo, sendo consideravelmente mais restrito nesse tipo de ação de cunho objetivo. Além disso, o acesso à Justiça em nosso País, sobretudo das mulheres presas e pobres (talvez um dos grupos mais oprimidos do Brasil), por ser notoriamente deficiente, não pode prescindir da atuação dos diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa.

Nesse diapasão, resalto dados da pesquisa Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009 (Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Jul. 2011), os quais demonstram que, abaixo de determinado nível de escolaridade e renda, o acesso à Justiça praticamente não se concretiza.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 86 de 101

HC 143988 / ES

Tal pesquisa, dentre outras revelações, ressalta o quanto esse acesso, como direito de segunda geração ou dimensão, tem encontrado dificuldades para se realizar no Brasil, esbarrando, sobretudo, no desalento, ou seja, nas dificuldades relacionadas a custo, distância e desconhecimento que impedem as pessoas mais vulneráveis de alcançar o efetivo acesso à Justiça.

Assim, penso que se deve extrair do *habeas corpus* o máximo de suas potencialidades, nos termos dos princípios ligados ao acesso à Justiça previstos na Constituição de 1988 e, em particular, no art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica”.

Pois bem. Aqui, assim como no paradigma ora citado, há uma grande coletividade sujeita a violações de seus direitos pelo Estado. Além disso, neste caso específico, a coletividade envolvida é formada por adolescentes, os quais, além de não serem dotados de plena capacidade postulatória,¹ enfrentam a escassez da assistência jurídica de que necessitam para ter acesso à Justiça,² que implica meios suficientes para combater violações a seus direitos de forma efetiva, célere, inclusiva, imparcial e segura.

Felizmente, o acesso à Justiça de crianças e adolescentes vem sendo objeto de crescente atenção, notadamente das Nações Unidas.³ Em harmonia com o consenso internacional, esta Corte, cumprindo seu dever

1 Art. 142 da Lei 8.069/1990.

2 CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK - CRIN. **Rights, Remedies & Representation: GLOBAL REPORT ON ACCESS TO JUSTICE FOR CHILDREN.** [S.l], 2016. Disponível em: <https://archive.crin.org/sites/default/files/crin_a2j_global_report_final_1.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2019.

3 Em 2003, o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança afirmou: “[f]or rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations” (General Comment 5/2003, § 24). Em 2014, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou resolução segundo a qual “[e]very child whose rights have been violated shall have an effective remedy”. UN Human Rights Council, Resolution on the Rights of the Child: Access to justice, A/HRC/25/L.10, 25 Março 2014.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 87 de 101

HC 143988 / ES

institucional de avançar na proteção de direitos humanos, deve reconhecer o cabimento de *habeas corpus* coletivo para tutela de direitos de pessoas que sofrem restrições na sua liberdade de locomoção, notadamente em casos como o presente, em que são evidentes as dificuldades estruturais de acesso à Justiça, sobretudo aquelas decorrentes da pobreza e da marginalização.⁴ Portanto, sem hesitação, afirmo que estão caracterizadas as condições necessárias para o conhecimento do presente *writ* em sua forma coletiva.

Superada a questão processual, insta analisar se há provas das violações de direitos alegadas. Nesse aspecto, tenho para mim que elas estão documentalmente comprovadas nos autos, já que, como bem ressaltou o Relator, informações do Conselho Nacional de Justiça dão conta de que nove estados apresentam índice acima de 100% na taxa de ocupação nas unidades de execução de medida de internação, sendo eles, Ceará, Minas Gerais, Pernambuco, Espírito Santo, Bahia, Rio Grande do Sul, Acre, Rio de Janeiro e Sergipe.

Diante de tal quadro fático, observo que há ampla base normativa para amparar a concessão da ordem.

De início, vale ressaltar que a Constituição da República de 1988, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) que lhe sobreveio, incorporou maior proteção jurídica à criança e ao adolescente, tendo adotado a Doutrina da Proteção Integral. Essa doutrina, aliás, esteve em discussão no âmbito das Nações Unidas por uma década, durante o processo de elaboração da Convenção

4 “Among children held in custody by the police or in detention institutions and prisons, poor and marginalised children are significantly over-represented. Impoverished children, and children who are marginalised because they are from indigenous or ethnic minorities, have little chance of gaining proper access to justice, as they are unable to afford lawyers and bail, and are alienated from mainstream social services.” NIKHIL, R.; WONG, M.. **Juvenile Justice: Modern concepts of Working with Children in Conflict with the Law**. Save the Children: UK, 2006. pág. 16.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 88 de 101

HC 143988 / ES

Internacional dos Direitos da Criança, a qual veio a ser a convenção internacional mais ratificada do mundo, tendo apenas um país se recusado a fazê-lo.⁵ Como corolário da adoção da Doutrina da Proteção Integral, que substituiu a então vigente Doutrina da Situação Irregular, prevalente no antigo Código de Menores, o art. 227 da Constituição dispõe ser

“dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

De acordo com a Doutrina da Proteção Integral, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e destinatários do princípio constitucional da prioridade absoluta. Eventual irregularidade deixa de ser vista como responsabilidade da criança ou do adolescente infrator, mas sim da sociedade, que se omite na tomada de providências necessárias para garantir o bem-estar de sua juventude. Este é, em breves palavras, o paradigma da Constituição, do ECA e das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. A esta Corte, evidentemente, cabe preservar este paradigma, garantindo a proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes, sobretudo daqueles institucionalizados.

Além de haver adotado a Doutrina da Proteção Integral, a Constituição, em inúmeros de seus artigos, tutela a dignidade humana, veda o tratamento desumano ou degradante, e protege a infância e a juventude. Sob sua égide, a prática de violência contra a criança e o adolescente, ainda que considerada suportável ou que venha disfarçada de disciplina, consiste em violação da dignidade humana e da

5 Trata-se dos Estados Unidos.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 89 de 101

HC 143988 / ES

integridade física e psíquica da criança, sendo, portanto, inadmissível. Infelizmente, o que a análise dos autos permite constatar é que a violência vem sendo tolerada ou mesmo praticada por agentes estatais, cabendo a esta Suprema Corte coibir tais condutas.

Devo desde já destacar que a violência anda lado a lado com a institucionalização sistemática de adolescentes, prevalecendo em unidades superlotadas, razão pela qual não vejo como dissociar a análise que este *habeas corpus* coletivo demanda do Supremo Tribunal Federal da crítica, que se faz imperiosa, à excessiva institucionalização de adolescentes, por meio da imposição exagerada e recorrente de medidas de internação, inclusive em casos nos quais outras medidas socioeducativas, menos traumáticas, seriam suficientes.

É preciso ter plena clareza de que a institucionalização provoca, na maioria das vezes, dano irreversível e permanente aos menores, porque, tendencialmente, sofrerão com a inconsistência do afeto, sobretudo do familiar, do qual são privados como decorrência da internação, e ainda, possivelmente, com outras formas de abuso e opressão.

Segundo um dos mais recentes e abrangentes estudos internacionais sobre violência na infância, crianças e adolescentes sujeitos à institucionalização em geral não têm suas necessidades físicas, psicológicas e emocionais satisfeitas, e estão mais sujeitos a riscos de violência, abuso físico e sexual, tortura e crueldade, além de, tipicamente, terem seu desenvolvimento prejudicado.⁶

A manutenção dos jovens em instituições inadequadas em nada contribui para o respeito à prioridade absoluta dos seus direitos, mas, diversamente, prejudica seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos, além de lhes expor à

⁶ Know Violence in Childhood. **Ending violence in Childhood: Global Report 2017**. New Delhi, India. 2017. pág. 56. Disponível em: < <http://www.knowviolenceinchildhood.org/publication>>. Acesso: 11 jun. 2019.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 90 de 101

HC 143988 / ES

violência, ao abuso e à crueldade.

Em pesquisa realizada no Estado de Pernambuco, o Unicef observou que:

“No que se refere às políticas de socioeducação e a consolidação do SINASE enquanto sistema articulado de ações destinadas a todas as etapas de acompanhamento dos adolescentes apreendidos e/ou em cumprimento de sentenças judiciais, nota-se que ainda perduram desafios que revelam a persistência de práticas violatórias de direitos dos adolescentes. Essas violações ocorrem tanto em relação ao cumprimento das regras legais e processuais, como no âmbito das condições materiais de internamento, superlotação e ausência de práticas e experiências pedagógicas substantivas, capazes de fazer frente às necessidades e vulnerabilidades dos adolescentes.”⁷

As privações narradas, além das inaceitáveis consequências pessoais que provocam, prejudicam a sociedade como um todo: as crianças e os jovens, ao crescer em ambientes desvantajosos, apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem mais problemas do que outras pessoas ao longo da vida, ampliando a possibilidade de virem a cometer crimes.⁸

Essa é a razão pela qual, para James Heckman, ganhador do prêmio Nobel de Economia, políticas públicas voltadas à correção precoce desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas

7 Educar ou punir? A realidade da internação de adolescentes em Unidades Socioeducativas no Estado de Pernambuco/ Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social; Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – CEDCA/PE; texto Valéria Nepomuceno Teles de Mendonça – Recife: Via Design Publicações, 2017, pág. 3. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/educar_ou_punir.pdf>. Acesso: 11 jun. 2019.

8 HECKMAN, J. **Giving Kids a Fair Chance**. Cambridge: The MIT Press. 2013.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 91 de 101

HC 143988 / ES

e no incremento de sua qualidade de vida, disso resultando o fortalecimento da economia e uma sociedade mais saudável.

Diante de tais evidências, conclui-se que a institucionalização deve ser, sempre, sujeita à mais estrita excepcionalidade, não devendo ser admitida em situações nas quais a dignidade dos adolescentes seja desrespeitada, como em unidades superlotadas. A excepcionalidade da institucionalização de adolescentes em conflito com a lei consta de ampla normativa internacional, com destaque para a já citada Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo art. 37 dispõe que “a detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança devem ser efetuadas em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e pelo período de tempo mais breve possível”.

A manutenção de adolescentes em entidades que não tem condições físicas de respeitar direitos humanos básicos contraria a finalidade da legislação aplicável, aproximando-se do ideal retributivo, que não pode, em nenhuma hipótese, ser aplicável aos adolescentes, pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.⁹ Tal viés retributivo deve, sem demora, ser abandonado em prol dos ideais de reabilitação e reintegração dos adolescentes que praticam ofensas à lei.¹⁰

Como corolário da vedação às penas retributivas para crianças e adolescentes, tem-se a advertência do Estudo Global sobre Violência contra as Crianças das Nações Unidas, em que a ONU conclamou os

9 De acordo com o Comitê dos Direitos da Criança, das Nações Unidas, “[t]he protection of the best interests of the child means, for instance, that the traditional objectives of criminal justice, such as repression/retribution, must give way to rehabilitation and restorative justice objectives in dealing with child offenders. This can be done in concert with attention to effective public safety.” Committee on the Rights of the Child, General Comment, n. 10, Children’s Rights in Juvenile Justice, 2007, p. 10.

10 Ver o relatório “Stop making children criminals”, da Child Rights International Network – CRIN, disponível em: <<http://home.crin.org/>>. Acesso: 2 ago. 2019.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 92 de 101

HC 143988 / ES

Estados a recorrerem a medidas de internação somente quando os ofensores representarem risco real às outras pessoas, devendo-se investir em alternativas relacionadas à reabilitação familiar e comunitária.¹¹

Cumpre invocar, mais, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, também conhecidas como Regras de Pequim, que, durante minha presidência no Conselho Nacional de Justiça, fiz questão de ver traduzidas e publicadas na Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com o intuito de promover maior vinculação à pauta de combate à desigualdade e violência estrutural.¹²

Na apresentação da tradução das referidas Regras, tive a oportunidade de afirmar que:

“Conforme definido no art. 3º da Lei nº 8.069/1990, toda criança e adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Objetivando assegurar os meios destinados à efetivação do primado da proteção integral, já faz alguns anos que o Conselho Nacional de Justiça vem desenvolvendo projetos, cujo escopo é aprimorar a densificação dessa premissa constitucional.

11 Organização das Nações Unidas. **World Report on Violence against Children**. 2006. pág. 218.

12 Regras de Pequim: Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores / Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2019.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 93 de 101

HC 143988 / ES

E não podia ser diferente!

Contudo, ainda que haja lei prevendo a máxima proteção a esses indivíduos em formação, inspeções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em centros de internação e de cumprimento de medidas socioeducativas, nos últimos anos, constatarem uma realidade bastante diversa daquela idealizada pelo legislador.

Crianças e adolescentes foram encontrados cumprindo medidas socioeducativas em estabelecimentos superlotados, expostos a estruturas precárias e sujas, sem acesso à educação, profissionalização ou plano de atendimento pedagógico, com segurança efetivada por policiais militares.

Pior: notou-se, ainda, que agressões físicas ou psicológicas eram práticas constantes em várias dessas unidades inspecionadas.

Ainda que programas de atendimento ao jovem venham sendo, paulatinamente, alavancados a partir de iniciativas do Poder Judiciário brasileiro, sempre pensando em formas mais eficazes de otimizar a reintegração social da criança e do adolescente em conflito com a lei, esse esforço empreendedor não está sendo o suficiente.

É preciso jogar mais luzes sobre o problema!

As Nações Unidas apresentam, desde o ano de 1985, regras mínimas para a administração da justiça de menores. Conquanto não sejam juridicamente vinculativas (*soft laws*), essas regras devem ser cumpridas como desdobramento de um importante compromisso internacional assumido pelo Brasil”.

Segundo o item 19 das Regras, “a colocação de um menor em instituição, é sempre uma medida de último recurso e a sua duração deve ser tão breve quanto possível”.

No comentário disponível a respeito do tema, consta que os estudos mais avançados da criminologia atual recomendam o tratamento em meio aberto em detrimento da colocação em instituição, já que, em termos de sucesso, pouca ou nenhuma diferença existe entre estes dois métodos,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 94 de 101

HC 143988 / ES

ao passo que as desvantagens do meio institucional dificilmente encontram contraponto. Assim, repito, a internação deve ser a o último recurso do juiz e a duração da medida deve ser tão breve quanto possível, conferindo-se prioridade às instituições abertas sobre as fechadas.

Esse mesmo diploma veda a sujeição de menores a castigos corporais, ecoando aquilo que já consta do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Realço, também o que dispõe o art. 35, I, da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase, segundo o qual os adolescentes em conflito com a lei não podem receber tratamento mais gravoso que adultos. E, ainda, os arts. 85 e 185 da Lei de Execução Penal, os quais determinam que a unidade prisional tenha lotação compatível com sua capacidade, sendo considerado desvio de execução o cumprimento de pena em regime de superlotação.

Por derradeiro, sublinho que inúmeros direitos assegurados nas Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990, vêm sendo negligenciados nas unidades superlotadas de que tratam os autos, consoante ampla documentação. Destaco, em especial, o direito à educação, tal qual previsto no art. 38 do mencionado diploma. Depreende-se dos autos que os jovens internados em tais unidades não estão recebendo a qualificação necessária à sua ressocialização, o que constitui falha gravíssima do sistema, tendente a estimular a reincidência dos ofensores¹³ – equívoco estrutural com a qual

¹³ “In addition, the importance of programmes that prepare young people for their release and help them to adjust to life after prison cannot be overstated. Research has shown that there is a high rate of recidivism among juveniles who have not had access to regular long-term support after their release from prison. Resocialisation can begin when the young offender is still in detention, and when they are released they should receive appropriate

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 95 de 101

HC 143988 / ES

esta Corte não pode compactuar.

Felizmente, existem novos horizontes e perspectivas para a Justiça Juvenil. Nesse sentido, durante o período em que exerci a presidência do Conselho Nacional de Justiça, optei por incentivar a consolidação da Justiça Restaurativa, que traz um novo paradigma diante da prática do ato infracional.

Na apresentação do livro *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*, afirmei o seguinte:

“A Justiça Restaurativa destaca-se nesse contexto ao introduzir nova perspectiva para a solução de conflitos, a qual prima pela inovação e sensibilidade, na medida em que busca ouvir as queixas das vítimas e os motivos dos ofensores, promovendo aproximação entre ambos, suas famílias e a comunidade em que vivem.

Por meio dessa metodologia, o magistrado, antes de solucionar unilateralmente um litígio, procura alcançar consensos, reconstruir relações e recompor os danos emergentes. As partes que aceitam participar do experimento são acompanhadas por profissionais especializados.

Aberto o diálogo, o ofensor terá a oportunidade de falar sobre as razões que o levaram a praticar o ato ilícito e a vítima poderá revelar as angústias e os prejuízos que experimentou, expondo, os dois, abertamente os sentimentos que nutrem um com relação ao outro. O objetivo central do procedimento é retroceder ao *status quo ante*, fazendo que os envolvidos em um conflito, sempre que possível, retomem a sua vida normal.

A partir da chamada escuta ativa das partes, busca-se fazer que compreendam melhor as respectivas responsabilidades, apontando-lhes caminhos para uma

after-care to assist them through the process of rehabilitation.” NIKHIL, R.; WONG, M.. **Juvenile Justice: Modern concepts of Working with Children in Conflict with the Law**. Save the Children: UK, 2006. pág. 18.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 96 de 101

HC 143988 / ES

convivência pacífica”.

Embora seja compreensível o apego ao paradigma punitivo, este tem se revelado inapto a garantir os resultados a que se propõe: impedir, por um lado, que pessoas transgridam as normas, e, por outro, promover a ressocialização daqueles que já cumpriram suas punições, sendo urgente desenvolver novas formas de lidar com os problemas relativos aos jovens em conflito com a lei, que não retroalimentem a violência.¹⁴

Não foi por outro motivo que a priorização da Justiça Restaurativa, após integrar a Lei do Sinase (Lei 12.594/2012, art. 35, III), constituiu diretriz estratégica de minha gestão da Presidência do CNJ (biênio 2015/2016), tendo resultado na edição da Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça.

A este respeito, vale citar a lição de Egberto de Almeida Penido, Monica Maria Ribeiro Mumme e Vanessa Aufiero da Rocha:

“Tal iniciativa se faz atenta à ineficácia do sistema punitivo, que há muito não se mostra como uma estratégia eficaz na lida com a violência. Ao contrário, um sistema caro e custoso, que não leva à responsabilização; não acolhe a vítima em suas necessidades; não proporciona de modo efetivo a reparação do dano sofrido e que, a médio e longo prazo, acaba por agravar a violência, reforçando a fragilidade de todos os envolvidos e o esgarçamento do tecido social.

Tal iniciativa se faz dentro da busca da construção de uma política que não se calque apenas num sistema punitivo hierárquico, mas num sistema de efetiva responsabilidade, não apenas individual (daquele que praticou diretamente a ofensa), mas coletiva (de todos que contribuíram direta e/ou

14 SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz. Brasília: CNJ, 2016, p. 19.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 97 de 101

HC 143988 / ES

indiretamente para a ocorrência da ofensa) e horizontal; que cuida da vítima em suas necessidades (advindas do impacto da violência), bem como do ofensor; que possibilita a efetiva e integral reparação do dano causado”.¹⁵

Em suma, existem alternativas ao paradigma punitivo e institucionalizante. Penso que é importante destacá-las, porque o que está em jogo são direitos fundamentais da maior envergadura, sendo relevante trazer a lume outras experiências aptas a apontar caminhos mais condizentes com o ordenamento jurídico, e com a prioridade absoluta garantida constitucionalmente, do que a desproporcional internação de adolescentes pobres que se verifica nas superlotadas unidades socioeducativas.

Assim, não tenho dúvidas de que, sob as lentes constitucional e convencional, a ordem deve ser concedida. Proponho que, no cumprimento da ordem, os juízos responsáveis atentem para a idade do adolescente internado, priorizando-se a rápida colocação em meio aberto dos adolescentes mais jovens. Os menores com idade entre 12 e 13 anos, segundo o Comitê de Direitos da Criança, nem sequer deveriam estar sujeitos à possibilidade de responsabilização infracional pela via da internação,¹⁶ e são os que mais sofrem com a institucionalização precoce –

15 PENIDO, Egberto de Almeida. MUMME, Monica Maria Ribeiro. DA ROCHA, Vanessa Aufiero. Justiça Restaurativa e sua humanidade profunda: diálogos com a Resolução 225/2016 do CNJ. In Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz. Brasília: CNJ, 2016. p. 171/172.

16 Segundo a mais recente recomendação do Comitê, “International standards recommend that the minimum age of criminal responsibility shall not be fixed at too low an age level, bearing in mind the facts of emotional, mental and intellectual maturity. In line with this rule, the Committee recommended States parties not to set a minimum age at too low a level and to increase the existing low minimum age to an internationally acceptable level. In the original general comment No. 10 (2007), the Committee had considered 12 years as the absolute minimum age. However, the Committee finds that this age indication is still



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 98 de 101

HC 143988 / ES

que, como visto, tem desconsiderado suas necessidades físicas e psicológicas, bem como emocionais e educacionais – e com a estigmatização que inevitavelmente decorre da internação,¹⁷ estando frequentemente internados por atos infracionais de menor importância, praticados pela primeira vez. Tais ofensas, recorrentemente fruto da violência que vivenciam em casa e da pobreza, poderiam ser evitadas por medidas voltadas à correção das causas que levam à prática do ato infracional.¹⁸ A responsabilização não pode, em nenhuma hipótese, confundir-se com criminalização ou institucionalização de pessoas muito jovens e ainda em formação de sua personalidade.

Ante o exposto, voto pela concessão da ordem e das extensões pleiteadas, nos termos do voto do Relator, com os acréscimos e observações formulados na fundamentação.

low. States parties are encouraged to increase their minimum age to at least 14 years of age.” (General Comment No. 24 (201x), replacing General Comment No. 10 (2007).

17 A propósito, de acordo com as *United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency*, “Labelling a young person as ‘deviant’ or ‘delinquent’ or ‘pre-delinquent’ often contributes to the development of a consistent pattern of undesirable behaviour by young people...” (§ 5(f)).

18 Como bem pontuam Nikhil e Wong, “[t]hese children are alleged to have come into conflict with the law of the land; **however, no allowances are made for the fact that it is often the law that is in conflict with their survival behaviour and the reality of their lives.** Large numbers of children in conflict with the law are socio-economic victims, denied their rights to education, health, shelter, care and protection. Many of them have had little or no access to education; many are working children. Some children have left their homes and taken to the streets to escape from violence and abuse at the hands of their families. Some are forced to make a living on the streets, in order to survive. Others have been abandoned by their families and left to fend for themselves and sometimes for younger siblings. These children, who are abandoned and destitute, are also at high risk of sexual exploitation, trafficking and becoming involved in substance abuse and the drug trade through peer influence or the influence of adult criminals.” NIKHIL, R.; WONG, M.. **Juvenile Justice: Modern concepts of Working with Children in Conflict with the Law.** Save the Children: UK, 2006. pág. 11; grifei.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 99 de 101

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 143.988

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

PACTE.(S) : TODOS OS ADOLESCENTES INTERNADOS NA UNIDADE DE INTERNAÇÃO REGIONAL NORTE

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (00000/DF)

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTODIO (262284/SP) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ANA CLAUDIA CIFALI (80390/RS)

AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG (329833/SP) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : THAIS NASCIMENTO DANTAS (377516/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MP PRÓ-SOCIEDADE

ADV.(A/S) : CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA (06284/DF)

ADV.(A/S) : DOUGLAS IVANOWSKI BERTELLI KIRCHNER (57332/DF)

AM. CURIAE. : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : THIAGO GOMES MORANI (171078/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 100 de 101

JANEIRO

AM. CURIAE. : MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH

ADV.(A/S) : CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA (075208/RJ)

ADV.(A/S) : ANDRÉ HESPANHOL (39645/DF)

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade, nos termos da impetração e extensões. Propõe-se, ainda, a observância dos seguintes critérios e parâmetros, a serem observados pelos Magistrados nas unidades de internação que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior à capacidade projetada: i) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso; ii) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister; iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares; iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o Magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação; v) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao correto cumprimento do plano individual de atendimento - podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução; vi) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem; vii) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária; viii) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos. Nas hipóteses de descumprimento, o instrumento é o recurso, conforme assentado, no ponto, à unanimidade, no HC 143.641, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, propor à Turma, por analogia ao inciso V do artigo 7º do RISTF, a



BR > ANADEP

Jurisprudência 1

443

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 101 de 101

criação de um Observatório Judicial sobre o cumprimento das internações socioeducativas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação aos dados estatísticos sobre o cumprimento das medidas estabelecidas e o percentual de lotação das unidades de internação, fazendo uso dos relevantes dados coligidos no âmbito do CNJ e dos Tribunais de Justiça estaduais, nos termo do voto do Relator. Não participou deste julgamento o Ministro Celso de Mello. Falaram pelos pacientes: Dr. Gabriel Sampaio, Dr. Pedro Carriello, Dra. Mônica Barroso, Dra. Andreza Tavares Almeida Rolim, Dr. Hugo Fernandes Matias, Dra. Mayara Silva de Souza, Dr. Carlos Nicodemos Oliveira Silva e Dra. Mariana Chies Santiago Santos. Segunda Turma, Sessão Virtual de 14.8.2020 a 21.8.2020.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Edson Fachin.

Maria Clara Viotti Beck
Secretária



BRASIL

BR

Defensoria Pública da União



BR > Defensoria Pública da União

Fallos remitidos

445

Fallos remitidos

ADPF 622 [ver fallo completo](#)

Asunto	El Supremo Tribunal Federal (STF) se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de las restricciones a la participación de la Sociedad Civil en el Consejo Nacional del Niño y del Adolescente (CONANDA) y otros cambios en su funcionamiento.
Título	Derechos de los niños y adolescentes. Argumento de incumplimiento de precepto fundamental. Decreto Nº 10.003/2019. Composición y funcionamiento del Consejo Nacional de la Infancia y la Adolescencia. Concesión parcial de la solicitud. (STF, Brasilia, Brasil, 2021.03.01, ADPF 622).
Síntesis legal	Se trata de una decisión judicial que determinó la inconstitucionalidad de los artículos 79, 80 (caput y § 3) y 81 del Decreto nº 9.579/2018 — que regulaban las elecciones para la composición del Consejo Nacional de la Infancia y la Adolescencia (CONANDA) — con redacción dada por el Decreto nº 10.003/2019. También se determinó la inconstitucionalidad del art. 2 del Decreto Nº 10.003/2019 — que determinaba el despido de todos los miembros de CONANDA a partir de la fecha de publicación del decreto. Una norma que, en lugar de regular, obstaculizaba la participación de la sociedad civil en los consejos deliberantes fue juzgada inconstitucional, garantizando así la ejecución del derecho fundamental de participación política de la sociedad civil. Así, se estableció que (i) se respetaría y completaría el mandato de los antiguos consejeros; (ii) las elecciones de los representantes de la sociedad civil se realizarían en una asamblea específica, siguiendo el reglamento interno de CONANDA, (iii) se realizarían reuniones mensuales; (iv) los gastos de locomoción de los consejeros que no residan en el Distrito Federal; y (v) las elecciones del Presidente del Consejo se definirían por pares, según el Reglamento Interno.
Enlace de utilidad	Las normas que restringen la participación de la sociedad en la Conanda son inconstitucionales (en portugués): https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461559&ori=1



BR > Defensoria Pública da União

Fallos remitidos

446

ADPF 742 [ver fallo completo](#)

Asunto El Tribunal Supremo ordena al Gobierno Federal que elabore un plan de lucha contra la Covid-19 para la población quilombola

Título Medida cautelar en la acción por incumplimiento de precepto fundamental (STF, Brasilia, Brasil, 2021.02.24, ADPF 742).

Síntesis legal Se trata de una decisión legal que ordena a la Unión (i) crear un plan nacional para enfrentar la pandemia del Covid-19 en lo que respecta a la población quilombola, buscando medidas sanitarias y protocolos para asegurar la eficacia de la vacunación en la fase prioritaria, con la participación de representantes de la Coordinación Nacional de Articulación de Comunidades Negras Rurales Quilombolas - Conaq; (ii) establecer, en un plazo de 72 horas, un grupo de trabajo interdisciplinario y paritario que debata, apruebe y supervise la ejecución del plan, con al menos un miembro del Ministerio de Salud, del Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos, de la Fundación Cultural Palmares, de la Defensoría Pública de la Unión, del Ministerio Público Federal, del Consejo Nacional de Derechos Humanos, de la Asociación Brasileña de Salud Colectiva y de representantes de las comunidades quilombolas que serán designados por la Conaq; (iii) que disponga en un plazo de 72 horas el registro de los casos de Covid-19 con distinción de raza/color/etnia, notificando obligatoriamente a los confirmados y una amplia y periódica publicidad; (iv) que restablezca en un plazo de 72 horas las plataformas públicas de acceso a la información sobre las comunidades tradicionales y el seguimiento. También se concedió la suspensión de los procesos judiciales por acciones posesorias, reclamaciones de propiedad, inmisiones de posesión, así como los recursos relacionados con estos procesos, para no gravar los derechos territoriales de los quilombolas.

Enlace de utilidad <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461129&tip=UN>

ADPF 754 [ver fallo completo](#)

Tema Obligación del Gobierno Federal en respecto al plan nacional de inmunización contra el Covid-19 en grupos prioritarios

Título Segundo referéndum en medidas provisionales incidentales en la alegación de incumplimiento de un precepto fundamental (STF, Brasilia, Brasil, 2021.03.01, ADPF 754).

Resumen legal Se trata de una decisión legal que determina que el Gobierno Federal debe divulgar, dentro de los 5 (cinco) días posteriores a la publicación de la decisión, el orden de preferencia entre los grupos prioritarios para la vacunación contra Covid-19, especificando explícitamente, dentro de los respectivos grupos, el orden de precedencia de los subgrupos en las diferentes fases de inmunización. Los siguientes factores forman parte de esta decisión: (i) hubo una mención de grupos prioritarios en la 2ª edición del Plan Operativo Nacional de Vacunación sin detallar específicamente el orden dentro de un universo de alrededor de 77 (setenta y siete) millones de personas; (ii) se consideró el ínfimo número de dosis presentes en el territorio nacional, destacando el deber constitucional de proteger la vida y la salud; y (iii) el derecho a la información y el principio de publicidad para el éxito de la gestión pública,

Enlace útil <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460138&ori=1>



BR > Defensoria Pública da União

Fallos remitidos

447

ADPF 779 [ver fallo completo](#)

Asunto Prohibición por el Supremo Tribunal Federal del uso de la tesis de la legítima defensa del honor en los delitos de feminicidio.

Título Referendo sobre la medida cautelar. Argumento de incumplimiento de un precepto fundamental. Interpretación conforme a la Constitución. Artículos 23, II, y 25, caput y párrafo único, del Código Penal y artículo 65 del Código de Procedimiento Penal. “Legítima defensa del honor. No incidencia de la causa de exclusión de la ilegalidad. Recurso argumentativo disonante de la dignidad de la persona humana (art. 1, III, de la CF), de la protección a la vida e igualdad de género (art. 5, caput, de la CF). Medida cautelar parcialmente concedida. (STF, Brasilia, Brasil, 2021.03.15,).

Resumen legal Se trata de la resolución judicial que determinó la excepción de incumplimiento de un precepto fundamental a la interpretación establecida en la constitución sobre la cuestión de la legítima defensa del honor, determinada por los artículos 23, punto II, y 25, caput y párrafo único, del Código Penal y el artículo 65 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se determina que el recurso argumentativo es disonante con la dignidad de la persona humana (art. 1, III, de la Constitución Federal), de la protección de la vida y la igualdad de género (art. 5, caput, de la CF). Se entiende que (i) la legítima defensa del honor no es, técnicamente, legítima defensa, teniendo un valor protegido en la esfera ética y moral, sin derecho subjetivo a responder con violencia. Así, quien lo utiliza como justificación contra el adulterio — que no representa una agresión injusta — no lo utiliza para defenderse, sino para atacar a la mujer. (ii) El argumento de la “legítima defensa del honor” se considera un odioso recurso argumentativo/retórico destinado a institucionalizar la desigualdad entre hombres y mujeres y a tolerar y naturalizar la violencia doméstica. (iii) Una tesis que viola la dignidad de la persona humana, los derechos a la vida y la igualdad entre el hombre y la mujer (art. 1, inciso III, y art. 5, caput e inciso I, de la CF/88) — pilares del orden constitucional brasileño — es un estímulo para la perpetuación de la violencia contra la mujer y el feminicidio, por lo que la aceptación de la tesis tiene la potencialidad de estimular tales prácticas. (iv) Dicho argumento no puede ser invocado como argumento inherente a la plenitud de la defensa propia del tribunal del jurado, y no puede servir como instrumento de salvaguarda de prácticas ilícitas, violando así los principios del derecho a la igualdad a la vida. (v) Si este argumento es invocado en cualquier etapa del proceso por la defensa, directa o indirectamente, se caracterizará la nulidad de la prueba del acto procesal, pudiendo ser recurrida, si no lo impide el presidente del jurado, en la forma del art. 593, III, a, del Código de Procedimiento Penal. Se concluye, por tanto, que la utilización del argumento “legítima defensa del honor” en cualquier caso de violencia contra la vida, la dignidad humana y contra el género y el feminicidio, confiere una práctica inconstitucional.

Enlace de utilidad El STF prohíbe el uso de la tesis de la legítima defensa del honor en los delitos de feminicidio (en portugués), <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462336&tip=UN>

ADPF 828 [ver fallo completo](#)

Asunto Suspensión del desalojo de personas durante seis (6) meses a consecuencia de la pandemia de Covid-19

Título Derecho constitucional y civil. Argumento del incumplimiento del precepto fundamental. Protección del derecho a la vivienda y a la salud de las personas vulnerables en el contexto de la pandemia de Covid-19. Orden judicial preliminar parcialmente concedida (STF, Brasilia, Brasil, 2021.06.03, ADPF 828)



BR > Defensoria Pública da União

Fallos remitidos

448

ADPF 828 *ver fallo completo*

Síntesis jurídica

Esta es una decisión legal que determina: (i) en los casos de ocupaciones anteriores al 20 de marzo de 2020, fecha de entrada en vigor de la calamidad pública (Decreto Legislativo 6/2020), la suspensión de las acciones de desalojo en los próximos 6 (seis) meses a partir de la fecha de publicación de la decisión debido a la pandemia de Covid-19, incluyendo cualquier medida administrativa o judicial que resulte en el acto de desalojo, desahucio, desalojo forzoso o recuperación de carácter colectivo de las propiedades que están ejerciendo una función de vivienda o área productiva por el trabajo individual o familiar de las poblaciones vulnerables. (ii) En los casos de ocupación posterior a la fecha: el poder público puede actuar en los casos para evitar la consolidación de la ocupación, sin embargo, se debe garantizar que las personas sean llevadas a refugios públicos o que se les proporcione una vivienda adecuada. Y (iii), en los casos de desalojo preliminar: suspensión por un período de 6 (seis) meses, a partir de esta decisión, de la posibilidad de desalojo preliminar sumario, sin audiencia de la parte contraria (Art. 59, § 1º, Ley 8.425/1991), en los casos en que el inquilino sea una persona vulnerable, manteniendo la posibilidad de la acción de desalojo por falta de pago con observancia del rito normal y contradictorio. Cabe destacar que los desalojos realizados por peligro para la vida de las personas seguirán realizándose, así como el desalojo de invasores de tierras indígenas, de personas que habiten regiones con peligros físicos — como desprendimientos —, el desalojo que se demuestre absolutamente necesario para el combate a la delincuencia organizada o los realizados con base en una ley más favorable al derecho a la vivienda, de acuerdo con la Constitución Federal.

Enlace de interés

El referéndum sobre la medida cautelar que suspendió los desalojos en la pandemia se analizará en sesión virtual extraordinaria: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467193&ori=1>

LIBERDADE DE REUNIÃO - TEMA 855 *ver fallo completo*

Tema

La celebración de una reunión en un lugar público es independiente del aviso previo a las autoridades.

Título

Recurso extraordinario con repercusión general. Derecho constitucional. Derecho de manifestación. Derecho de reunión y expresión. Aviso Previo. Innecesario. Disposición del recurso extraordinario.

Resumen legal

El Tribunal Supremo Federal (STF) decidió, por mayoría de votos, que se permiten reuniones o manifestaciones en lugares públicos, independientemente de la comunicación oficial previa a las autoridades competentes. La decisión fue tomada en la sentencia de Recurso Extraordinario (RE) 806339, con reconocida repercusión general (Tema 855). En la sentencia prevaleció el voto del ministro Edson Fachin, para quien debe descartarse cualquier interpretación que condicione la celebración de una manifestación a previo aviso. “Dada la primacía del derecho de expresión, no es posible interpretar el requisito como una condición para el ejercicio del derecho”, afirmó, señalando que no existe una disposición legal al respecto. Para el ministro, el objetivo del requerimiento es únicamente permitir que las autoridades públicas aseguren que la manifestación sea pacífica y no impida otro encuentro en el mismo lugar. “Las manifestaciones espontáneas no están prohibidas, ni por el texto constitucional ni por los tratados de derechos humanos”, dijo. “En una sociedad democrática, el espacio público no es solo un lugar de circulación, sino también un lugar de participación”. Los ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski y Dias Toffoli siguieron su voto.

Enlace útil

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458512&ori=1>



BR > Defensoria Pública da União

Fallos remitidos

449

DECISÃO 1 *ver fallo completo*

Tema	Supremo Tribunal Federal (STF) decide sobre la inconstitucionalidad de las restricciones a la participación de la Sociedad Civil en el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONANDA) y otros cambios en su funcionamiento.
Título	Derechos de la niñez y la adolescencia. Alegación de incumplimiento de un precepto fundamental. Decreto No 10.003 / 2019. Composición y funcionamiento del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia. Concesión parcial del pedido. (STF, Brasilia, Brasil, 2021.03.01, ADPF 622).
Resumen legal	Se trata de una decisión judicial que determinó la inconstitucionalidad de los artículos 79, 80 (caput y § 3) y 81 del Decreto 9.579 / 2018 - estos reglamentaban las elecciones para la composición del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (Conanda) - con redacción dada por el Decreto No. 10.003 / 2019. La inconstitucionalidad del arte. 2 del Decreto No. 10.003 / 2019 - que determinó la destitución de todos los miembros de Conanda a partir de la fecha de publicación del decreto. Se consideró inconstitucional una norma que, en lugar de regular, dificultaba la participación de la sociedad civil en los consejos deliberativos, garantizando así el ejercicio del derecho fundamental a la participación política de la sociedad civil. Así, se estableció que (i) se respete y se cumpla el mandato de los exdirectores; (ii) la elección de representantes de la sociedad civil se realizará en reunión específica, siguiendo el reglamento interno de la Conanda, (iii) reuniones mensuales; (iv) financiación de viaje para directores que no residen en el Distrito Federal; y (v) elección del Presidente del Consejo por pares, de conformidad con el Reglamento Interno.
Enlace útil	Son inconstitucionales las reglas que restringían la participación de la sociedad en Conanda https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461559&ori=1



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 40

01/03/2021

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 622
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO ALANA
AM. CURIAE.	: AVANTE- EDUCACAO E MOBILIZACAO SOCIAL
AM. CURIAE.	: CASA DE CULTURA ILE ASE D'OSOGUIA IAO
AM. CURIAE.	: CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT
AM. CURIAE.	: CONFEDERACAO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE SERVICO SOCIAL
AM. CURIAE.	: GABINETE ASSESSORIA JURIDICA AS ORGANIZACOES POPULARES
AM. CURIAE.	: INSTITUTO FAZENDO HISTORIA
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO MAYLE SARA KALI
AM. CURIAE.	: CECUP - CENTRO DE EDUCACAO E CULTURA POPULAR
ADV.(A/S)	: THAIS NASCIMENTO DANTAS
ADV.(A/S)	: PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG
ADV.(A/S)	: MAYARA SILVA DE SOUZA
ADV.(A/S)	: MAIA AGUILERA FRANKLIN DE MATOS
ADV.(A/S)	: GLICIA THAIS SALMERON DE MIRANDA
AM. CURIAE.	: MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH
ADV.(A/S)	: CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
ADV.(A/S)	: CAMILA GUEDES DE CARVALHO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS DE

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 40

ADPF 622 / DF

	DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	: MAURICIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	: MARIANA CHIES SANTIAGO SANTOS
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Cf/OAB
ADV.(A/S)	: FELIPE SANTA CRUZ

Ementa: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETO Nº 10.003/2019. COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO DO CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

1. Importância de evitar os riscos do constitucionalismo abusivo: prática que promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação. Instrumento associado, na ordem internacional, ao retrocesso democrático e à violação a direitos fundamentais.

2. A estruturação da administração pública federal insere-se na competência discricionária do Chefe do Executivo federal. Entretanto, o exercício dessa competência encontra limites na Constituição e nas leis, e deve respeitá-las.

3. As novas regras que disciplinam o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente - Conanda, a pretexto de regular, frustram a participação das entidades da sociedade civil na formulação de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes e no controle da sua execução, como exigido pela Constituição. Tais regras contrariam norma constitucional expressa, que exige tal participação, e colocam em risco a proteção integral e prioritária da infância e da juventude (art. 227, *caput* e § 7º, e art. 204, II, CF).

4. Ação julgada parcialmente procedente. Tese: “É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos”.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 40

ADPF 622 / DF**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por maioria de votos, em ratificar a cautelar e, no mérito, julgar parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade: (i) dos artigos 79; 80, *caput* e § 3º, e 81 do Decreto nº 9.579/2018, com a redação dada pelo Decreto nº 10.003/2019 (razão pela qual esta decisão não implica reconstituição do art. 79, § 3º, do Decreto nº 9.579/2018, em sua redação original); bem como (ii) do art. 2º do Decreto nº 10.003/2019. Em razão disso, restabeleceu: (i) o mandato dos antigos conselheiros até o seu termo final; (ii) a eleição dos representantes das entidades da sociedade civil em assembleia específica, disciplinada pelo Regimento Interno do Conanda; (iii) a realização de reuniões mensais pelo órgão; (iv) o custeio do deslocamento dos conselheiros que não residem no Distrito Federal; e (v) a eleição do Presidente do Conanda por seus pares, na forma prevista em seu Regimento Interno. Foi firmada a seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos”. Por fim, o Tribunal deixa de acolher o pedido quanto: (i) à redução paritária do número de representantes do Poder Público e da sociedade civil, que valerá, contudo, apenas a partir do início dos novos mandatos (não há que se falar, portanto, em reconstituição do art. 79, § 3º, do Decreto nº 9.579/2018); (ii) ao voto de qualidade do Presidente do Conanda; e (iii) à impossibilidade de recondução de representantes da sociedade civil. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido.

Brasília, 19 a 26 de fevereiro de 2021.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO - Relator



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 40

01/03/2021

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 622
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO ALANA
AM. CURIAE.	: AVANTE- EDUCACAO E MOBILIZACAO SOCIAL
AM. CURIAE.	: CASA DE CULTURA ILE ASE D'OSOGUIA IAO
AM. CURIAE.	: CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT
AM. CURIAE.	: CONFEDERACAO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE SERVICO SOCIAL
AM. CURIAE.	: GABINETE ASSESSORIA JURIDICA AS ORGANIZACOES POPULARES
AM. CURIAE.	: INSTITUTO FAZENDO HISTORIA
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO MAYLE SARA KALI
AM. CURIAE.	: CECUP - CENTRO DE EDUCACAO E CULTURA POPULAR
ADV.(A/S)	: THAIS NASCIMENTO DANTAS
ADV.(A/S)	: PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG
ADV.(A/S)	: MAYARA SILVA DE SOUZA
ADV.(A/S)	: MAIA AGUILERA FRANKLIN DE MATOS
ADV.(A/S)	: GLICIA THAIS SALMERON DE MIRANDA
AM. CURIAE.	: MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH
ADV.(A/S)	: CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
ADV.(A/S)	: CAMILA GUEDES DE CARVALHO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS DE



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 40

ADPF 622 / DF

	DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	: MAURICIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	: MARIANA CHIES SANTIAGO SANTOS
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CF/OAB
ADV.(A/S)	: FELIPE SANTA CRUZ

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pela então Procuradora-Geral da República, tendo por objeto o Decreto nº 10.003/2019, que alterou as normas sobre a constituição e o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda e destituiu imotivadamente seus membros, no curso dos seus mandatos. A requerente afirma que a norma impugnada, na prática, esvaziou a participação da sociedade civil no Conselho, em violação aos princípios da democracia participativa (arts. 1º, par. único, CF), da igualdade (art. 5º, I, CF), da segurança jurídica (art. 5º, CF), da proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF) e da vedação ao retrocesso institucional (art. 1º, caput e III; art. 5º, XXXVI e §1º; art. 60, §4º, CF). Confira-se o teor do Decreto nº 10.003/2019:

“Art. 1º O Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 76. O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda é órgão colegiado de caráter deliberativo, integrante da estrutura organizacional do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, instituído pela Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991.’ (NR)

‘Art. 78. O Conanda é composto por representantes dos seguintes órgãos e entidades:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 40

ADPF 622 / DF

I – dois do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, sendo:

a) um da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente; e

b) um da Secretaria Nacional da Família;

II – um do Ministério da Justiça e Segurança Pública;

III – três do Ministério da Economia, sendo, necessariamente:

a) um da Secretaria do Trabalho da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho; e

b) um da Secretaria de Previdência da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho;

IV – um do Ministério da Educação;

V – um do Ministério da Cidadania;

VI – um do Ministério da Saúde; e

VII – nove entidades não governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, selecionadas por meio de processo seletivo público.

§ 1º Cada membro do Conanda terá um suplente, que o substituirá em suas ausências e impedimentos.

§ 2º Os membros do Conanda e respectivos suplentes serão indicados pelos titulares dos órgãos e entidades que representam e designados pelo Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

§ 3º **Os representantes das entidades de que trata o inciso VII do caput exercerão mandato de dois anos, vedada a recondução. [...].’ (NR)**

‘Art. 79. **O regulamento do processo seletivo das entidades referidas no inciso VII do caput do art. 78 será elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e divulgado por meio de edital público com antecedência mínima de noventa dias da data prevista para a posse dos membros do Conanda.’ (NR)**

‘Art. 80. **O Conanda se reunirá em caráter ordinário trimestralmente e, em caráter extraordinário, sempre que**



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 40

ADPF 622 / DF

convocado pelo Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

§ 1º O quórum de reunião do Conanda é de maioria absoluta e o quórum de aprovação é de maioria simples.

§ 2º **Além do voto ordinário, o Presidente do Conanda terá o voto de qualidade em caso de empate.**

§ 3º Os membros do Conanda que se encontrarem no Distrito Federal se reunirão presencialmente e **os membros que se encontrem em outros entes federativos participarão da reunião por meio de videoconferência.** (NR)

‘Art. 81. **O Presidente da República designará o Presidente do Conanda**, que será escolhido dentre os seus membros.

§ 1º A forma de indicação do Presidente do Conanda será definida no regimento interno do Conanda.

§ 2º O representante da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos substituirá o Presidente do Conanda em suas ausências e seus impedimentos.” (NR)

.....
 Art. 2º **Ficam dispensados todos os membros do Conanda na data de entrada em vigor deste Decreto.** [...]”
 (Grifou-se)

2. Segundo relato constante da inicial, o Conanda foi criado pela Lei nº 8.242/1991, com as atribuições, entre outras, de: (i) elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento às crianças e adolescentes, (ii) fiscalizar a sua execução e (iii) gerir o Fundo Nacional da Criança e do Adolescente (FNCA). Trata-se, nessa linha, de instância essencial para a tutela dos direitos de tal grupo, que se sujeita à doutrina constitucional da proteção integral e ao princípio da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da CF. Na avaliação da requerente, as seguintes previsões comprometem, de forma integral, a constitucionalidade do Decreto:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 40

ADPF 622 / DF

(i) Destituição imotivada de todos os membros do Conanda no curso dos seus mandatos: Tal destituição implicaria violação ao direito adquirido ao mandato (art. 2º).

(ii) Redução de 28 para 18 do número total de representantes do Conanda: A redução, ainda que paritária, no entendimento da requerente, compromete a adequada representação das entidades da sociedade civil.

(iii) Alteração do método de escolha de representantes das entidades da sociedade civil: Tais entidades eram selecionadas por eleição em assembleia específica, disciplinada pelo Regimento Interno do Conanda. Esse procedimento foi substituído por processo seletivo a ser elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Nessas condições, a norma permite a indevida ingerência do Estado em um processo decisório que compete exclusivamente à sociedade civil, abrindo caminho à captura de tais representantes pelo Poder Público.

(iv) Vedação à recondução ao mandato de representantes da sociedade civil: Foi estabelecido mandato de dois anos e vedada a recondução dos representantes das entidades não governamentais. A norma violaria a igualdade entre membros do Poder Público e da sociedade civil, criando limitações injustificadas à participação da última.

(v) Recusa de custeio público do deslocamento dos conselheiros que não residem no Distrito Federal e previsão de participação por videoconferência: A norma, por via transversa, acaba incidindo desproporcionalmente sobre os representantes da sociedade civil, já que os representantes do Poder Público geralmente vivem em Brasília. Trata-se de mais uma previsão que dificulta a participação da sociedade civil no Conselho.

(vi) Redução do número de reuniões: A frequência das reuniões,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 40

ADPF 622 / DF

realizadas mensalmente na redação original, passou a ser trimestral, atribuindo-se à Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos a convocação de reuniões extraordinárias, com base em critérios discricionários. Quanto menor o número de reuniões, maior a dificuldade de participação dos representantes da sociedade civil, já que a convocação de reuniões extraordinárias depende de juízo político da Ministra.

(vii) Atribuição de voto de qualidade ao Presidente do Conanda e previsão de sua “designação” pelo Presidente da República: Anteriormente, o Presidente do Conanda era eleito por seus próprios pares, na forma do regimento interno e, na sequência, era nomeado pelo Presidente da República. Agora, passa a ser selecionado pelo Presidente da República. Passa, ainda, a decidir, por voto de qualidade, as diferentes matérias em que ocorra impasse. A previsão enfraquece o poder exercido pela sociedade civil no Conselho, já que, em temas em que haja grande divisão de opiniões, a decisão será sempre tomada pelo representante do governo.

3. Em síntese, de acordo com o entendimento manifestado pela requerente, as mudanças em questão, a pretexto de regular o Conanda, criam dificuldades ao seu adequado funcionamento e à participação das organizações da sociedade civil, tornando o Conselho uma mera instância legitimadora das ações pretendidas pelo Executivo, que passa a dominar a escolha dos seus membros, inclusive daqueles que supostamente falam em nome da sociedade, bem como o resultado das suas decisões.

4. Requeri informações à Presidência da República e manifestação da Advocacia-Geral da União. A Presidência da República defende a validade do decreto afirmando que: (i) a destituição dos membros do Conanda decorre da redução do número de integrantes do Conselho, que, por sua vez, é fruto da reorganização por que passaram os Ministérios no início do governo; (ii) a alteração na forma de seleção dos representantes da sociedade civil, que passa a ocorrer por processo

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 40

ADPF 622 / DF

seletivo público, atende aos princípios da publicidade e da moralidade; (iii) a vedação à recondução dos representantes da sociedade civil observa a necessidade de alternância e pluralismo na representação; (iv) a recusa do custeio público do deslocamento dos membros da sociedade civil e a redução do número de reuniões se justificam com base no princípio da economicidade e da eficiência, dada a crise econômica por que passa o país; (v) a seleção do Presidente do Conanda pelo Presidente da República decorre do fato de que o Conselho integra o conjunto de atribuições da Presidência da República; e (vi) a atribuição de voto de qualidade ao Presidente do Conselho prestigia o princípio da segurança jurídica e a necessidade de solucionar impasses. Subjacente às razões da Presidência está o argumento de que o decreto atacado constitui mera reestruturação de órgão da Administração Pública federal, de competência discricionária do Presidente da República.

5. A Advocacia-Geral da União defendeu, em caráter preliminar, a inadmissibilidade da ação, por se tratar de arguição de inconstitucionalidade reflexa, cujo juízo de mérito dependeria do confronto do Decreto nº 10.003/2019 com a Lei nº 8.242/1991, que criou o Conanda. Defendeu, ainda, na mesma linha do que foi sustentado pela Presidência da República, que o Chefe do Poder Executivo tem ampla discricionariedade para alterar políticas públicas e que o Judiciário não pode apreciar o mérito de tais decisões, eminentemente políticas, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF).

6. Requereram ingresso no feito como *amici curiae*: o Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, a Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente – ANCED, a Conectas Direitos Humanos, o Instituto ALANA, o Avante – Educação e Mobilização Social, a Casa de Cultura Ilé Asé d’Osoguiã, a Central Única dos Trabalhadores – CUT, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais Agricultores e

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 40

ADPF 622 / DF

Agricultoras Familiares – CONTAG, o Conselho Federal de Psicologia – CFP, o Conselho Federal de Serviço Social – CFESS, o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares – GAJOP, o Instituto Fazendo História, a Associação Internacional Mailê Sara Kalí – AMSK, o Centro de Educação e Cultura Popular – CECUP e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Todos os ingressos foram deferidos.

7. Os arrazoados apresentados alegam, em seu conjunto, que o funcionamento do Conanda esteve comprometido desde o início do ano de 2019, registrando-se: (i) a extinção de cargos técnicos necessários a seu funcionamento, (ii) o atraso na realização das assembleias, (iii) o não custeio do deslocamento dos representantes de entidades da sociedade civil mesmo antes da edição do decreto impugnado, (iv) o não comparecimento de representantes do Poder Público, inviabilizando a deliberação sobre o Fundo Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e, por fim, (vi) o não encaminhamento da lista de presença das reuniões ou de ata contendo as suas deliberações e encaminhamentos.

8. Deferi parcialmente a cautelar para suspender: (i) os artigos 79; 80, *caput* e §3º, e 81 do Decreto nº 9.579/2018, com a redação dada pelo Decreto nº 10.003/2019; bem como (ii) o art. 2º do Decreto nº 10.003/2019. Em razão disso, foram restabelecidos: (i) o mandato dos antigos conselheiros até o seu termo final; (ii) a eleição dos representantes das entidades da sociedade civil em assembleia específica, disciplinada pelo Regimento Interno do Conanda; (iii) a realização de reuniões mensais pelo órgão; (iv) o custeio do deslocamento dos conselheiros que não residem no Distrito Federal; (v) a eleição do Presidente do Conanda por seus pares, na forma prevista em seu Regimento Interno. Na sequência, requeri pauta para ratificação da cautelar pelo pleno do Tribunal.

9. Posteriormente, petição da Advocacia-Geral da União deu

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 40

ADPF 622 / DF

ciência ao juízo de que o Conanda estaria estruturando suas eleições para representantes da sociedade civil em desacordo com a cautelar, uma vez que estaria considerando o quantitativo de 14 membros, quando a cautelar não teria suspenso a redução do número para 9 membros. Em resposta, o Conanda afirma que a cautelar suspenso o art. 79 do Decreto nº 9.579/2018, do que resultaria o restabelecimento do maior número de membros. Por fim, nova petição da Advocacia-Geral da União informou que, dado o impasse, a eleição dos representantes da sociedade civil estaria paralisada e, consequência disso, também o funcionamento do Conselho. Em razão disso, requereu urgente julgamento do mérito.

10. Entendo que o processo está adequadamente instruído e que é o caso de se apreciar diretamente o mérito da ação. Quanto ao mérito, sua apreciação passa pela resposta a duas perguntas: 1 – Há norma constitucional exigindo a participação de entidades da sociedade civil na formulação e no controle da execução de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes? 2 – Havendo norma constitucional em tais termos, as medidas adotadas restringem tal participação, a ponto de comprometer o cumprimento da norma constitucional?

11. É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 40

01/03/2021

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 622
DISTRITO FEDERAL****VOTO:****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):**

Ementa: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETO Nº 10.003/2019. COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO DO CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

1. Importância de evitar os riscos do constitucionalismo abusivo: prática que promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação. Instrumento associado, na ordem internacional, ao retrocesso democrático e à violação a direitos fundamentais.

2. A estruturação da administração pública federal insere-se na competência discricionária do Chefe do Executivo federal. Entretanto, o exercício dessa competência encontra limites na Constituição e nas leis e deve respeitá-las.

3. As novas regras que disciplinam o funcionamento do Conselho Nacional da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 40

ADPF 622 / DF

Criança e do Adolescente - Conanda, a pretexto de regular, frustram a participação das entidades da sociedade civil na formulação de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes e no controle da sua execução, como exigido pela Constituição. Tais regras contrariam norma constitucional expressa, que exige tal participação, e colocam em risco a proteção integral e prioritária da infância e da juventude (art. 227, *caput* e §7º, e art. 204, II, CF).

4. Ação julgada parcialmente procedente. Tese: *“É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos”*.

PRELIMINARMENTE

1. Não há que se falar em arguição de inconstitucionalidade reflexa, tal como alegado pela Advocacia-Geral da União, dado que a ação não se volta a confrontar o Decreto nº 10.003/2019 com qualquer norma legal. Ao contrário, a ação tem por objeto a compatibilidade do decreto com os dispositivos constitucionais que alegadamente exigem a participação direta da sociedade civil na matéria (arts. 1º, par. único, c/c 204 e 227, §7º, CF), com o princípio da isonomia (art. 5º, I, CF), com o direito à proteção integral e prioridade absoluta de crianças e adolescentes (art. 227, CF) e com o princípio da vedação ao retrocesso (art. 1º, *caput* e III; art. 5º, XXXVI e § 1º; art. 60, § 4º, CF).

2. Vale assinalar, ainda, que também não há um problema de subsidiariedade no conhecimento desta ação, nem mesmo quanto ao pedido de restabelecimento dos mandatos dos membros do Conanda.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 40

ADPF 622 / DF

Quanto a tal ponto, a pretensão individual e subjetiva dos conselheiros de terem seus mandatos restabelecidos não se confunde com a tutela objetiva da ordem jurídica ou com a necessidade de extirpar a norma que permite a sustação de tais mandatos. Esclarecidos esses aspectos, supero a preliminar invocada e recebo a ação.

MÉRITO**I. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, LEGALISMO AUTOCRÁTICO E DEMOCRACIA ILIBERAL**

3. O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático[1].

4. Esse fenômeno tem recebido, na ordem internacional, diversas denominações, entre as quais: “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”[2]. Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 40

ADPF 622 / DF

instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; (iii) o ataque a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; e (v) o ataque à imprensa, quando leva ao público informações incômodas para o governo[3].

5. A lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder autocrático, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empoderamento e permanência no cargo. Experiências de tal gênero estão ou estiveram presentes na Hungria[4], na Polônia[5], na Romênia[6] e na Venezuela[7]. O resultado final de tal processo tende a ser a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições.

6. Nesse sentido, embora tenha fé nas instituições brasileiras, que amadureceram ao longo das décadas e se encontram em pleno funcionamento, é sempre válido atuar com cautela e aprender com a experiência de outras nações. As cortes constitucionais e supremas cortes devem estar atentas a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma lógica mais ampla de concentração de poderes, violação a direitos e retrocesso democrático.

II. PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA FORMULAÇÃO E NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

7. Compete ao Presidente da República exercer a direção superior da administração pública federal, bem como dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos do Executivo, nos termos necessários a viabilizar a sua gestão. Trata-se de competência

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 40

ADPF 622 / DF

discricionária, que integra a ideia de separação de poderes e que assegura que o Poder Executivo funcione sem interferências indevidas (art. 2º, CF). O Supremo Tribunal Federal reconhece e respeita tal competência, de modo que eventuais intervenções nesse tema devem ser reservadas para situações excepcionais.

8. Entretanto, os atos discricionários do Presidente da República encontram limite na Constituição e nas leis. A inobservância de tal limite autoriza o Poder Judiciário a revisá-los porque, nessa hipótese, o Judiciário não realiza um juízo político quanto às escolhas efetuadas pelo Presidente, mas sim um juízo quanto à constitucionalidade ou à legalidade do ato, que constitui a essência da sua missão institucional. A questão está, portanto, no caso presente, e com absoluto respeito às competências do Chefe do Executivo, em saber se o Decreto nº 10.003/2019 está ou não em acordo com as normas constitucionais e legais que tratam da matéria.

9. Nessa linha e ao contrário do que sugerem as manifestações da própria Presidência da República e da Advocacia-Geral da União, a participação de organizações representativas da sociedade civil nas ações governamentais voltadas à proteção da criança e do adolescente constitui **exigência constitucional expressa**. Em primeiro lugar, a Constituição prevê tratar-se de dever da família, da **sociedade** e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, proteção integral (art. 227, CF). Em segundo lugar, a Constituição determina expressamente que a formulação de políticas públicas para crianças e adolescentes e o controle das respectivas ações deve ocorrer com “**participação da população, por meio de organizações representativas**” (art. 204, II, c/c art. 227, § 7º, CF). Confira-se o teor dos dispositivos:

“Art. 227. É **dever da família, da sociedade** e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 40

ADPF 622 / DF

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

.....
 § 7º **No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.**” (Grifou-se)

“Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - **participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.**” (Grifou-se)

10. Não há dúvida, portanto, de que a participação de entidades representativas da sociedade civil na hipótese constitui mandamento constitucional. Tal mandamento visa a assegurar a proteção integral e prioritária às crianças e adolescentes, por meio da incorporação de diferentes perspectivas e grupos na formulação e no controle de políticas públicas.

11. Não há dúvida tampouco da gravidade e da urgência no desenvolvimento de políticas públicas para crianças e adolescentes. Conforme dados apresentados pelos postulantes a *amici curiae*, o Brasil tem a sétima maior taxa de homicídios do mundo no que respeita a crianças entre 10 e 19 anos, sendo a maioria do sexo masculino e negra[8]. Há uma escalada de mortes violentas de crianças em decorrência da ação

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 40

ADPF 622 / DF

policial[9]. O Brasil também apresenta um dos maiores índices do mundo de violência doméstica contra crianças e adolescentes, incluindo abuso físico, sexual, psicológico, negligência emocional e física[10]. Está em primeiro lugar na América Latina e em quarto lugar no mundo em números de casamentos realizados na infância e na adolescência, fato que repercute negativamente sobre o direito das meninas à saúde, à educação, ao trabalho e à renda[11]. Detém um sistema socioeducativo marcado pela violência[12]. Enfrenta, ainda, problemas relacionados ao trabalho infantil, ao acesso à educação, a crimes virtuais e pornografia, entre outros.

12. A tutela da infância é, portanto, uma questão transversal, que atinge os direitos de distintos grupos vulneráveis, que passa por múltiplas dimensões prestacionais em que o Estado tem se omitido gravemente e que compromete o futuro do país. Estamos falhando gravemente com nossas crianças e jovens e, se a situação não se reverter, estaremos comprometendo as novas gerações. Essa é a razão de ser da participação de entidades da sociedade civil na formulação de tais políticas públicas: identificar e tratar amplamente de demandas múltiplas e diversas, que atingem os mais distintos grupos sociais; buscar assegurar a sua continuidade; e zelar para que sejam políticas de Estado, permanentes, progressivas e responsáveis.

13. Com esse propósito, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 8.242/1991, que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda. No que importa para a presente ação, a norma previu que o Conanda seria composto, em igual número, por representantes do Poder Executivo e por representantes de entidades não governamentais (art. 3º). Determinou, ainda, que o regimento interno do Conselho seria aprovado por voto de 2/3 (dois terços) dos seus membros (art. 2º, XI, c/c art. 9º), competindo ao regimento definir a forma de indicação do Presidente do órgão (art. 2º, XI). Confira-se o teor de tais dispositivos:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 40

ADPF 622 / DF

“Art. 2º Compete ao Conanda: [...].

XI - elaborar o seu regimento interno, aprovando-o pelo voto de, no mínimo, dois terços de seus membros, nele definindo a forma de indicação do seu Presidente.”

“Art. 3º O Conanda é integrado por representantes do Poder Executivo, assegurada a participação dos órgãos executores das políticas sociais básicas na área de ação social, justiça, educação, saúde, economia, trabalho e previdência social e, em igual número, por representantes de entidades não-governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.”

“Art. 9º O Conanda aprovará o seu regimento interno no prazo e trinta dias, a contar da sua instalação.”

14. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) previu, ainda, de forma expressa, que os conselhos nacional, estaduais e municipais da criança e do adolescente devem assegurar a participação popular paritária por meio de organizações representativas, o que demonstra não apenas que a paridade tem exigência em lei, como que eventual decisão proferida nesse feito repercutirá sistemicamente não apenas sobre o Conanda, mas igualmente sobre os demais conselhos estaduais e municipais que tratam da matéria, como assinalado pelo arrazoado apresentado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Confira-se:

“Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: [...].

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, **assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas**, segundo leis federal, estaduais e municipais;”
(Grifou-se)

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 40

ADPF 622 / DF

15. O Decreto nº 9.579/2018 e a Resolução nº 217/2018 (Regimento Interno do Conanda), a seu turno, determinavam que a eleição anual do Presidente e do Vice-Presidente do Conselho se daria, por seus próprios membros, alternadamente, entre representantes do Poder Público e da sociedade civil[13]. Quanto à seleção das entidades representantes da sociedade civil, ocorria por meio de eleições periódicas, convocadas pelo Conselho, para mandatos de dois anos[14]. Já as assembleias ordinárias eram realizadas mensalmente, como previsto no regimento interno do órgão[15].

16. Portanto, em resposta à primeira questão lançada no relatório, de fato, há norma constitucional exigindo a participação de entidades da sociedade civil na formulação e no controle da execução de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes (art. 227, §7º, c/c art. 204, II, CF). Além disso, constata-se que tal norma é instrumento de concretização do princípio da proteção integral e prioritária desse grupo (art. 227, CF). Vale, ainda, esclarecer que a Lei nº 8.242/1991 assegura a paridade na representação do Poder Público e da sociedade civil no Conanda (art. 3º), bem como que entregou ao próprio Conselho a atribuição de dispor sobre seu funcionamento, nela incluídos os critérios de escolha de seu presidente e a seleção dos representantes das entidades da sociedade civil (art. 2º, XI).

III. RESTRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

17. Resta, portanto, saber se as alterações promovidas pelo Decreto nº 10.003/2019 são restritivas, a ponto de comprometer o cumprimento do mandamento constitucional em questão. A resposta a essa segunda questão também me parece afirmativa. De fato, tais alterações sugerem que, diante da impossibilidade, constitucional e legal de rejeitar ou reduzir a participação de entidades da sociedade civil na matéria, editou-se um decreto que, na prática, esvazia e inviabiliza tal

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 40

ADPF 622 / DF

participação.

18. Assim, em primeiro lugar, de acordo com o art. 79 do Decreto nº 10.003/2019, determinou-se que **os representantes da sociedade civil** não serão mais eleitos em assembleia específica convocada pelo Conanda, como sempre ocorreu, mas **serão selecionados pelo próprio Poder Público**, por meio de um processo seletivo a ser elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Com base nessas normas, abriu-se caminho para que o Estado estabelecesse requisitos e controlasse os representantes que são ou não elegíveis para o Conselho, com os riscos de um órgão “chapa branca”, meramente homologador. Em segundo lugar, recusou-se o custeio do deslocamento de conselheiros que não residissem no Distrito Federal, que, segundo a norma, deverão participar das reuniões por videoconferência (art. 80, § 3º, do Decreto nº 10.003/2019). Naturalmente, os representantes dos Ministérios tendem a residir no Distrito Federal. Ao que tudo indica, portanto, a norma, também nesse ponto, **restringe a participação dos representantes da sociedade civil, que geralmente vêm de distintos Estados da federação**. Além disso, reduziu-se o número de reuniões do Conselho, de 12 (doze) reuniões anuais para apenas 4 (quatro). Qualquer outra reunião dependerá de decisão discricionária da Ministra da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. Por fim, caso haja empate na votação, quem decidirá, com voto de qualidade, será o Presidente do Conselho, selecionado pelo Presidente da República (art. 80, § 2º, do Decreto nº 10.003/2019).

19. Não bastasse o exposto, o decreto em exame dispensou todos os representantes da sociedade civil que detinham mandatos para o biênio 2019-2020, nos termos da Resolução nº 211/2018[16]. É certo que o mandato de 02 (dois) anos encontra-se previsto no Regimento Interno do Conanda, que constitui mero órgão público. Entretanto, foi a própria lei de criação do Conselho que optou por atribuir-lhe autonomia para autorregular-se, em atenção a seu caráter paritário (e de forma a preservá-

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 23 de 40

ADPF 622 / DF

lo). O respeito aos mandatos de representantes que foram eleitos pelas entidades da sociedade civil, nessas condições, prestigia a ideia de democracia representativa e de paridade na representação. A necessidade de observar o termo de tais mandatos assegura, igualmente, que o Conselho possa efetivamente desempenhar a missão de controle que lhe foi atribuída e contrariar os interesses que entender que devem ser contrariados. Por outro lado, a súbita interrupção dos mandatos, sem qualquer justificativa, tal como efetivada, não apenas desatendeu tais princípios e comprometeu tal missão de controle, como igualmente inviabilizou o funcionamento do órgão, por falta de membros, em prejuízo à tutela dos direitos de crianças e adolescentes.

20. Em síntese, **as medidas promovidas pelo Decreto nº 10.003/2019 acabam por conferir ao Executivo o controle da composição e das decisões do Conanda**, o que o neutraliza como instância crítica de controle. Trata-se, portanto, de norma que frustra o comando constitucional que assegurou participação às entidades representativas da sociedade civil na formulação e no controle das políticas públicas para crianças e adolescentes. Não bastasse isso, o decreto viola o princípio da legalidade, uma vez que desrespeita as normas que regem o Conanda, tal como previstas na Lei nº 8.242/1991. Além disso, ao procurar modificar o funcionamento do Conanda por meio de decreto, quando seria necessária lei, também excluiu a participação do Congresso Nacional em debate de extrema relevância para o país.

21. Por fim, uma última palavra merece ser dita sobre a redução de representantes da sociedade civil e do governo de 14 para 9, para cada qual. Tal redução, em princípio, não viola qualquer comando constitucional, já que se trata de redução paritária, que não interfere com a participação em condições simétricas das partes. Ainda que se afirme que há diversas “infâncias” a serem representadas no Conselho – dada a diversidade étnica, cultural e social do país – é difícil sustentar que o argumento por si só garanta um número específico de representantes,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 40

ADPF 622 / DF

desde que a redução observe um número que não se mostre irrazoável. Nessas condições, mesmo que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 79 do Decreto nº 9.579/2018, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto nº 10.003/2019, ela não implica reconstituição do art. 79, § 3º, do Decreto nº 9.579/2018, em sua redação original.

22. Na mesma linha, não restou demonstrado que a impossibilidade de recondução de representantes da sociedade civil implica violação a preceito fundamental. Ela assegura alternância e não impede nova eleição, passado o mandato subsequente.

CONCLUSÃO

23. **Diante do exposto, voto pela ratificação da cautelar e, no mérito, pela procedência parcial da presente ação direta**, para declarar a inconstitucionalidade: (i) dos artigos 79; 80, *caput* e § 3º, e 81 do Decreto nº 9.579/2018, com a redação dada pelo Decreto nº 10.003/2019 (razão pela qual esta decisão não implica reconstituição do art. 79, § 3º, do Decreto nº 9.579/2018, em sua redação original); bem como (ii) do art. 2º do Decreto nº 10.003/2019. Em razão disso, ficam restabelecidos: (i) o mandato dos antigos conselheiros até o seu termo final; (ii) a eleição dos representantes das entidades da sociedade civil em assembleia específica, disciplinada pelo Regimento Interno do Conanda; (iii) a realização de reuniões mensais pelo órgão; (iv) o custeio do deslocamento dos conselheiros que não residem no Distrito Federal; (v) a eleição do Presidente do Conanda por seus pares, na forma prevista em seu Regimento Interno. Firmo a seguinte tese: *“É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos”*.

24. Deixo de acolher o pedido quanto: (i) à redução paritária do número de representantes do Poder Público e da sociedade civil, que valerá, contudo, apenas a partir do início dos novos mandatos (não há

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 25 de 40

ADPF 622 / DF

que se falar, portanto, em reprimendação do art. 79, § 3º, do Decreto nº 9.579/2018); (ii) ao voto de qualidade do Presidente do Conanda, uma vez que parece razoável como critério de solução de impasse; (iii) à impossibilidade de recondução de representantes da sociedade civil. Não ficou demonstrada, quanto a tais pleitos, a conexão entre as referidas normas e a fragilização da participação da sociedade civil, desde que restabelecidas as demais normas.

NOTAS :

[1] BARROSO, Luís Roberto. *Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação*, 2019, no prelo: LEVITISKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

[2] LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. University of California, v. 147, 2013, p. 189-260; GRABER, Mark. *What's in crisis? The Postwar Constitutional Paradigm, Transformative Constitutionalism and the fate of the Constitutional Democracy*. In: Graber, Levinson e Tushnet. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford University Press, 2018; GINSBURG, Tom. *How to save a constitutional democracy*. Chicago, London: The University of Chicago Press, 2018.

[3] SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford university Press, 2019. SCHEPELLE, Kim. *Constitutional Coups and Judicial Review: How transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary)*. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 23, 2014, p. 51-117; PERJU, V. *The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis*. *I-CON*, v. 13, n. 1, 2015, p. 246-278.

[4] SCHEPELLE, Kim. *Constitutional Coups and Judicial Review: How transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary)*. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 23, 2014, p. 51-117.

[5] SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 40

ADPF 622 / DF

Oxford university Press, 2019.

[6] PERJU, V. The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis. I-CON, v. 13, n. 1, 2015, p. 246-278.

[7] LANDAU, David. Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce. In: Graber, Levinson e Tushnet. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford University Press, 2018, 161-176.

[8] UNICEF. Um Rosto Familiar: A violência na vida de crianças e adolescentes. 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/Violence_in_the_lives_of_children_and_adolescents.pdf; FLACSO BRASIL. Nota técnica: Mapa da violência. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/Ga21zq>.

[9] 9,6% das vítimas de mortes decorrentes de intervenções policiais possuem entre 15 e 17 anos. Entre 18 e 19 anos, a porcentagem é de 15%. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2019. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf.)

[10] Em 2017, 84.049 denúncias de violações de direitos humanos de crianças e adolescentes foram registradas, sendo que 41% dizem respeito à faixa etária de 4 a 11 anos. As meninas negras (pretas e pardas) com idades entre 4 e 17 anos são as vítimas mais frequentes. (DIREITOS HUMANOS. Disque Direitos Humanos – Relatório 2017. 2018. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/dados-disque-100/relatorio-balanco-digital.pdf>.)

[11] PROMUNDO. Casamento na infância e adolescência no Brasil. 2015. Disponível em: <https://promundo.org.br/recursos/ela-vai-no-meu-barco-casamento-na-infancia-e-adolescencia-no-brasil/>; INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do Registro Civil. 2018. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/quadros/brasil/casamentos-entre-conjuges-masculino-e-feminino>.

[12] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 27 de 40

ADPF 622 / DF

adolescentes: Relatório da resolução nº 67/2011. 2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF>.

[13] Decreto nº 9.579/2018 (em sua redação original): “Art. 81. **A eleição do Presidente do Conanda ocorrerá conforme estabelecido em seu regimento interno.** Parágrafo único. A designação do Presidente do Conanda será feita pelo Presidente da República” (grifou-se); Resolução 217/2018 (“Regimento Interno do Conanda”): “Art. 26. Presidência é órgão constituído pelo presidente e pelo vice-presidente do Conanda. § 1º **O presidente e o vice-presidente do Conanda serão escolhidos pelo Plenário reunido na primeira assembleia ordinária de cada ano,** dentre seus membros titulares, por voto de maioria simples, para cumprirem mandato de um ano, assegurando-se a alternância entre representantes do governo e da sociedade civil organizada. § 2º **A Presidência nos anos ímpares será do Poder Executivo e nos anos pares da sociedade civil.** § 3º Em dezembro dos anos ímpares poderá ser realizada eleição para presidente e vice-presidente do próximo ano, cujo mandato inicia-se em janeiro. § 4º Nos anos ímpares, até ser eleito o presidente, responderá interinamente o Secretário Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, com mandato para realizar atos administrativos e convocar a primeira assembleia ordinária daquele ano, sendo vedado emitir opinião em nome do Conanda” (grifou-se).

[14] Decreto nº 9.579/2018 (em sua redação original): “As organizações da sociedade civil, de que trata o inciso II do caput do art. 78 serão eleitas em assembleia específica, convocada especialmente para essa finalidade. § 1º A eleição será convocada pelo Conanda, por meio de edital, publicado no Diário Oficial da União, no prazo de sessenta dias que antecedem o término do mandato de seus representantes. §2º **O regimento interno do Conanda disciplinará as normas e os procedimentos relativos à eleição de entidades da sociedade civil que comporão a sua estrutura**” (grifou-se). Resolução 217/2018: “Art. 5º. **O conjunto das entidades não-governamentais, em assembleia convocada**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 28 de 40

ADPF 622 / DF

especificamente para esse fim, elegerá suas entidades titulares e suplentes junto ao Conanda, que deverão ser em número igual àquele de órgãos governamentais de que trata o art. 2º deste Regimento. § 1º **A eleição referida no caput deste artigo será convocada pelo Conanda**, em até sessenta dias antes do término de seu mandato, por meio de edital publicado no Diário Oficial da União; § 2º O Plenário do Conanda designará uma comissão eleitoral composta por três entidades da sociedade civil para organizar e realizar o processo eleitoral; § 3º Dentre as vinte e oito entidades mais votadas, as quatorze primeiras serão eleitas como titulares, e as restantes serão as suplentes, indicando, cada uma, o seu representante, que terá **mandato de dois anos**, podendo ser reconduzido mediante novo processo eleitoral; § 4º O resultado da assembleia de que trata o caput deste artigo deverá ser lavrado em ata, onde constará o nome das entidades eleitas; § 5º O documento de que cuida o § 4º deste artigo deverá ser encaminhado ao presidente do Conanda, que dará posse aos eleitos no prazo máximo de cinco dias contados do término do último mandato; § 6º O Ministério Público Federal será convidado a fiscalizar o processo eleitoral de que trata este artigo” (grifou-se).

[15] Resolução nº 217/2018: “Art. 14. **O Plenário reunir-se-á em assembleia, mensalmente, em caráter ordinário**, conforme calendário anual previamente aprovado e, extraordinariamente, sempre que convocado pelo seu presidente, por iniciativa própria, ou a requerimento da maioria simples de seus membros” (grifou-se).

[16] Resolução nº 211/2018: “Art. 1º A eleição das organizações da sociedade civil para compor o Conanda dar-se-á conforme o disposto no art. 4º do Decreto nº 5.089, de 2004 e o Regimento Interno do Conanda. § 1º As organizações da sociedade civil serão eleitas em Assembleia específica, convocada especialmente para esta finalidade, mediante edital. § 2º **A Assembleia de eleição referente ao biênio 2019-2020**, bem como aos próximos mandatos, realizar-se-á em Brasília, conforme edital” (grifou-se).

[17] Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/edital-de>



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 622

478

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 40

ADPF 622 / DF

convocacao-n-5/2019-227731345>.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 40

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 622
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO ALANA
AM. CURIAE.	: AVANTE- EDUCACAO E MOBILIZACAO SOCIAL
AM. CURIAE.	: CASA DE CULTURA ILE ASE D'OSOGUIA IAO
AM. CURIAE.	: CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT
AM. CURIAE.	: CONFEDERACAO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE SERVICO SOCIAL
AM. CURIAE.	: GABINETE ASSESSORIA JURIDICA AS ORGANIZACOES POPULARES
AM. CURIAE.	: INSTITUTO FAZENDO HISTORIA
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO MAYLE SARA KALI
AM. CURIAE.	: CECUP - CENTRO DE EDUCACAO E CULTURA POPULAR
ADV.(A/S)	: THAIS NASCIMENTO DANTAS
ADV.(A/S)	: PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG
ADV.(A/S)	: MAYARA SILVA DE SOUZA
ADV.(A/S)	: MAIA AGUILERA FRANKLIN DE MATOS
ADV.(A/S)	: GLICIA THAIS SALMERON DE MIRANDA
AM. CURIAE.	: MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH
ADV.(A/S)	: CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
ADV.(A/S)	: CAMILA GUEDES DE CARVALHO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	: MAURICIO STEGEMANN DIETER

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 40

ADPF 622 / DF

ADV.(A/S) :MARIANA CHIES SANTIAGO SANTOS
AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - Cf/OAB
ADV.(A/S) :FELIPE SANTA CRUZ

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Procuradoria-Geral da República ajuizou ação direta, com pedido liminar, buscando ver declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, do Decreto nº 10.003, de 4 de setembro de 2019, a versar a organização do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda. Eis o teor, para fins de documentação:

Art. 1º O Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 76. O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda é órgão colegiado de caráter deliberativo, integrante da estrutura organizacional do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, instituído pela Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991.” (NR)

“Art. 78. O Conanda é composto por representantes dos seguintes órgãos e entidades:

I – dois do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, sendo:

a) um da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente; e

b) um da Secretaria Nacional da Família;

II – um do Ministério da Justiça e Segurança Pública;

III – três do Ministério da Economia, sendo, necessariamente:

a) um da Secretaria do Trabalho da Secretaria

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 40

ADPF 622 / DF

Especial de Previdência e Trabalho; e

b) um da Secretaria de Previdência da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho;

IV – um do Ministério da Educação;

V – um do Ministério da Cidadania;

VI – um do Ministério da Saúde; e

VII – nove de entidades não governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, selecionadas por meio de processo seletivo público.

§ 1º Cada membro do Conanda terá um suplente, que o substituirá em suas ausências e impedimentos.

§ 2º Os membros do Conanda e respectivos suplentes serão indicados pelos titulares dos órgãos e entidades que representam e designados pelo Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

§ 3º Os representantes das entidades de que trata o inciso VII do *caput* exercerão mandato de dois anos, vedada a recondução.

§ 4º As entidades de que trata o inciso VII do *caput* poderão indicar novo membro titular ou suplente no curso do mandato somente na hipótese de vacância do titular ou do suplente.

§ 5º Na hipótese prevista no § 4º, os novos membros exercerão o mandato pelo prazo remanescente.

§ 6º O Conanda poderá convidar representantes de outros órgãos e entidades, públicos ou privados, para participar de suas reuniões, sem direito a voto.” (NR)

“Art. 79. O regulamento do processo seletivo das entidades referidas no inciso VII do *caput* do art. 78 será elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e divulgado por meio de edital público com antecedência mínima de noventa dias da data prevista para a posse dos membros do Conanda.” (NR)

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 40

ADPF 622 / DF

“Art. 80. O Conanda se reunirá em caráter ordinário trimestralmente e, em caráter extraordinário, sempre que convocado pelo Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

§ 1º O quórum de reunião do Conanda é de maioria absoluta e o quórum de aprovação é de maioria simples.

§ 2º Além do voto ordinário, o Presidente do Conanda terá o voto de qualidade em caso de empate.

§ 3º Os membros do Conanda que se encontrarem no Distrito Federal se reunirão presencialmente e os membros que se encontrem em outros entes federativos participarão da reunião por meio de videoconferência.”(NR)

“Art. 81. O Presidente da República designará o Presidente do Conanda, que será escolhido dentre os seus membros.

§ 1º A forma de indicação do Presidente do Conanda será definida no regimento interno do Conanda.

§ 2º O representante da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos substituirá o Presidente do Conanda em suas ausências e seus impedimentos.” (NR)

“Art. 83. A Secretaria-Executiva do Conanda será exercida pela Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.” (NR)

“Art. 84. O Conanda poderá instituir grupos de trabalho com o objetivo de estudar e elaborar propostas sobre temas específicos.” (NR)

“Art. 85. Os grupos de trabalho:

I – serão compostos na forma de resolução do Conanda;

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 40

ADPF 622 / DF

- II – não poderão ter mais de cinco membros;
- III – terão caráter temporário e duração não superior a um ano; e
- IV – estarão limitados a três operando simultaneamente.” (NR)

“Art. 88. A participação no Conanda e nos grupos de trabalho será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.” (NR)

“Art. 89. Os casos omissos nas disposições deste Título serão dirimidos pelo regimento interno do Conanda.” (NR)

Art. 2º Ficam dispensados todos os membros do Conanda na data de entrada em vigor deste Decreto.

Art. 3º Ficam revogados os seguintes dispositivos do Decreto nº 9.579, de 2018:

- I – as alíneas “c” a “n” do inciso I do *caput* do art. 78;
- II – os § 1º ao § 5º do art. 79;
- III – os incisos I a IV do *caput* do art. 80;
- IV – o parágrafo único do art. 81;
- V – o art. 86; e
- VI – o art. 87.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Ao Supremo, à semelhança das demais Cortes Constitucionais, cabe exercer o papel de legislador negativo. Surge a avassaladora, por si só, função de extirpar do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Carta da República, devendo atuar com parcimônia, sob pena de ter-se desprezada a reserva institucional.

A causa de pedir lançada na peça primeira em processo objetivo tem natureza aberta. O Tribunal, ao apreciar a constitucionalidade da norma

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 40

ADPF 622 / DF

questionada, leva em conta todos os preceitos da Lei Maior, não ficando adstrito aos tidos como violados.

Atentem para o preceituado no artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal, na redação conferida pela Emenda de nº 32/2001:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

[...]

A opção do legislador constituinte derivado possui razão de ser. Com a promulgação da Emenda, reintroduziu-se, na ordem constitucional, a figura jurídica do decreto autônomo, voltado à fiel execução da lei em sentido formal, sendo espécie normativa distinta daquela de índole regulamentadora, versada no inciso VI.

Franqueou-se ao Chefe do Executivo a possibilidade de dispor sobre a estruturação da Administração federal, ressalvadas, além da instituição de medidas a implicarem aumento de despesa, a criação e a extinção de órgãos públicos, instituindo-se, no ponto, verdadeira reserva legal, na forma do inciso XI do artigo 48.

A questão submetida ao crivo do Supremo resolve-se a partir do exame de ato do Executivo direcionado a disciplinar, sob o influxo dos ares democráticos da Constituição Federal, a atuação, na tomada de decisões importantes da vida nacional, dos diversos grupos representativos da sociedade civil organizada, ante a criação, pela Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

O raciocínio justifica-se quando levadas em conta as bases estruturais do Estado Democrático de Direito consagrado em 1988.

Democracia não é apenas o regime político mais adequado entre

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 40

ADPF 622 / DF

tantos outros ou, parafraseando Winston Churchill, o pior à exceção de todos os demais. Antes, deve ser compreendida como o conjunto de instituições visando assegurar, na medida do possível, a igual participação política dos membros da comunidade. Significa assegurar a formação e a captação da opinião pública, para que os rumos do Estado acompanhem as manifestações da soberania popular. É a condição da própria existência.

Surge inviável, nas complexas e plurais sociedades contemporâneas, a tomada de decisões políticas, de forma direta, pelos cidadãos. Firme nessa premissa, a soberania popular não é, necessariamente, autora das decisões fundamentais, e sim legitimadora do papel desempenhado pelos representantes escolhidos mediante o voto em eleições periódicas, nas quais observado o sufrágio universal em processo justo e igualitário de escolha.

Daí resumir a participação política dos cidadãos ao ato de votar é passo insuficiente ao fortalecimento da vitalidade prática da democracia, cujo adequado funcionamento pressupõe o controle, crítico e fiscalizatório, por parte da sociedade, das decisões públicas.

Cumprir ter presente a possibilidade de deliberar-se sobre as questões, visando racionalizar e legitimar as decisões tomadas no âmbito da gestão política da coisa pública. Para tanto, é imprescindível a criação de condições a franquearem idêntica oportunidade a todos os cidadãos para influenciar e persuadir em contexto discursivo aberto, livre e igualitário.

A igual oportunidade de participação revela-se condição conceitual e empírica da democracia sob a óptica tanto representativa quanto deliberativa. Como ideal a ser buscado, consubstancia-se princípio de governo a autonomia do cidadão em decidir o que lhe parece melhor para a definição dos rumos da comunidade. Tem-se requisito de legitimidade de qualquer sistema político fundado na liberdade.

Tais preocupações não passaram despercebidas pelos integrantes da Assembleia Nacional Constituinte, cuja Carta, produzida em meio a ricos e intensos debates, foi chamada de Cidadã. Estatuto do Homem, da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 40

ADPF 622 / DF

Liberdade e da Democracia, nas palavras de Ulisses Guimarães. O Diploma Maior expressa o reencontro da Nação com o Estado Democrático de Direito após longos anos de regime de exceção.

Não por acaso, reverberando a definição clássica do regime democrático como governo do povo, pelo povo, para o povo, a redação do parágrafo único do artigo 1º não abre margem a dúvidas: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Por instrumentos da democracia participativa, compreende-se para além dos projetos de lei de iniciativa popular e dos institutos do referendo e do plebiscito, versados nos artigos 14, incisos I e II, 49, inciso V, 14, inciso III, e 61, § 2º, da Constituição Federal. Traduzem-se em toda e qualquer forma legal de controle, pela sociedade, dos atos da Administração, considerada a influência da atuação popular na formulação das decisões políticas e na gestão da coisa pública, fornecendo-lhes a necessária legitimidade democrática.

A leitura dos capítulos da Lei Maior revela rol de preceitos, dotados de inequívoca força normativa, nos quais consagrada, junto a mecanismos representativos, a participação da população na gestão pública, presentes organizações representativas na formulação de políticas e no controle de ações – artigos 187, cabeça, 194, inciso VIII, 198, inciso III, 204, inciso II, e 206, inciso VI.

As normas impugnadas não sinalizam tentativa, empreendida pelo Presidente da República, de manietar tal processo. Compete à Administração, mediante a atuação das pastas ministeriais, decidir sobre a organização dos colegiados. Interpretação em outro sentido implicaria a supressão ou limitação das atribuições essenciais do Chefe do Executivo.

A República assenta-se no postulado da separação dos poderes, os quais devem, considerado o relacionamento recíproco, observar a independência e harmonia, predicados cuja adequada concretização pressupõe a atuação de cada qual na área reservada pela Constituição Federal – artigo 2º. Cumpre ter presente a tríplice reserva institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 40

ADPF 622 / DF

Em Direito, repita-se por dever de coerência, os fins não justificam os meios. A louvável preocupação com os preceitos fundamentais relativos à democracia participativa, à vedação ao retrocesso e à proteção da criança e do adolescente não legitima atropelos, atalhos à margem do figurino constitucional.

Não cabe fulminar os preceitos de cambulhada, sob pena de apanhar-se órgão em pleno e efetivo funcionamento.

Divirjo do Relator, para julgar improcedente o pedido.



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 622

488

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 40

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 622

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA

AM. CURIAE. : AVANTE- EDUCACAO E MOBILIZACAO SOCIAL

AM. CURIAE. : CASA DE CULTURA ILE ASE D'OSOGUIA IAO

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE SERVICIO SOCIAL

AM. CURIAE. : GABINETE ASSESSORIA JURIDICA AS ORGANIZACOES POPULARES

AM. CURIAE. : INSTITUTO FAZENDO HISTORIA

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO MAYLE SARA KALI

AM. CURIAE. : CECUP - CENTRO DE EDUCACAO E CULTURA POPULAR

ADV.(A/S) : THAIS NASCIMENTO DANTAS (377516/SP)

ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG (329833/SP)

ADV.(A/S) : MAYARA SILVA DE SOUZA (388920/SP)

ADV.(A/S) : MAIA AGUILERA FRANKLIN DE MATOS (342471/SP)

ADV.(A/S) : GLICIA THAIS SALMERON DE MIRANDA (1450/SE)

AM. CURIAE. : MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH

ADV.(A/S) : CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA (075208/RJ)

ADV.(A/S) : CAMILA GUEDES DE CARVALHO (224523/RJ)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : MAURICIO STEGEMANN DIETER (40855/PR, 397309/SP, 6891-A/TO)

ADV.(A/S) : MARIANA CHIES SANTIAGO SANTOS (415550/SP)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CF/OAB

ADV.(A/S) : FELIPE SANTA CRUZ (95573/RJ)

Decisão: O Tribunal, por maioria, ratificou a cautelar e, no mérito, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade: (i) dos artigos 79; 80, *caput* e § 3º, e 81 do Decreto nº 9.579/2018, com a redação dada pelo Decreto nº 10.003/2019 (razão pela qual esta decisão não implica repriminção do art. 79, § 3º, do Decreto nº 9.579/2018, em sua

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 40

redação original); bem como (ii) do art. 2º do Decreto nº 10.003/2019. Em razão disso, restabeleceu: (i) o mandato dos antigos conselheiros até o seu termo final; (ii) a eleição dos representantes das entidades da sociedade civil em assembleia específica, disciplinada pelo Regimento Interno do Conanda; (iii) a realização de reuniões mensais pelo órgão; (iv) o custeio do deslocamento dos conselheiros que não residem no Distrito Federal; e (v) a eleição do Presidente do Conanda por seus pares, na forma prevista em seu Regimento Interno. Foi firmada a seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos”. Por fim, o Tribunal deixou de acolher o pedido quanto: (i) à redução paritária do número de representantes do Poder Público e da sociedade civil, que valerá, contudo, apenas a partir do início dos novos mandatos (não há que se falar, portanto, em repristinação do art. 79, § 3º, do Decreto nº 9.579/2018); (ii) ao voto de qualidade do Presidente do Conanda; e (iii) à impossibilidade de recondução de representantes da sociedade civil. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido. Falaram: pelo interessado, o Dr. Adriano Martins de Paiva, Advogado da União; pelo *amicus curiae* Movimento Nacional de Direitos Humanos - MNDH, o Dr. Carlos Nicodemos Oliveira Silva; pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Cezar Britto; pelo *amicus curiae* CECUP - Centro de Educação e Cultura Popular, a Dra. Glicia Thais Salmeron de Miranda; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Rodrigo Azambuja Martins, Defensor Público; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a Dra. Ana Claudia Cifali; e, pelo *amicus curiae* Instituto Alana, a Dra. Thais Nascimento Dantas. Plenário, Sessão Virtual de 19.2.2021 a 26.2.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 79

24/02/2021

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 742 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS (CONAQ)
ADV.(A/S)	: VERCILENE FRANCISCO DIAS
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	: RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S)	: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S)	: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: ORIEL RODRIGUES DE MORAES
REQTE.(S)	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DIREITOS HUMANOS EM REDE
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S)	: JULIANA DE PAULA BATISTA
ADV.(A/S)	: JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S)	: GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S)	: JOAO PAULO DE GODOY
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: EDUCAFRO ; EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENTENS E CARENTES
AM. CURIAE.	: CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 79

ADPF 742 MC / DF

ADV.(A/S)	:CAMILLA BORGES MARTINS GOMES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
AM. CURIAE.	:FEDERACAO NACIONAL DAS ASSOCIACOES QUILOMBOLAS
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	:GABRIELE GONCALVES DE SOUZA
ADV.(A/S)	:PEDRO SERGIO VIEIRA MARTINS
ADV.(A/S)	:CAMILA CECILINA DO NASCIMENTO MARTINS
ADV.(A/S)	:LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO

EMENTA: LEGITIMIDADE PROCESSO OBJETIVO ASSOCIAÇÃO PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Associação possui legitimidade para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental quando verificada pertinência temática, ou seja, ele considerados o ato atacado e os objetivos estatutários. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL CABIMENTO SUBSIDIARIEDADE. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a adequação pressupõe inexistência de outro meio jurídico para sanar lesividade decorrente de ato do Poder Público gênero. PROCESSO OBJETIVO PEDIDO DE LIMINAR CONVERSÃO JULGAMENTO DE MÉRITO POSSIBILIDADE. Devidamente aparelhada a arguição de descumprimento de preceito fundamental para o exame definitivo da controvérsia constitucional submetida ao crivo do Supremo, é possível a conversão do exame da medida cautelar em decisão de mérito. Precedentes. PANDEMIA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUILOMBOLAS PROVIDÊNCIA. Ante quadro de violação dos direitos fundamentais dos quilombolas considerada pandemia covid-19, cumpre à União a elaboração e implementação de plano nacional de enfrentamento e monitoramento. PANDEMIA VACINAÇÃO FASE PRIORITÁRIA PROVIDÊNCIA. **Deve o Governo Federal adotar providências e protocolos sanitários que assegurem a vacinação dos quilombolas na fase prioritária.** PANDEMIA GRUPO DE TRABALHO PROVIDÊNCIA.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 79

ADPF 742 MC / DF

A instituição de grupo de trabalho viabiliza a fiscalização quanto à execução das iniciativas decorrentes do plano de enfrentamento à pandemia nas comunidades quilombolas. PANDEMIA CASOS REGISTRO QUESITO PROVIDÊNCIA. A inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos de covid-19 possibilita, ao Poder Público, a execução de políticas destinadas à mitigação da crise sanitária. PANDEMIA ACESSO À INFORMAÇÃO PROVIDÊNCIA. Cabe ao Governo Federal, presente o interesse público, o restabelecimento de sítios eletrônicos voltados à divulgação de informações relativas à população quilombola, promovendo a atualização e a acessibilidade. PANDEMIA SUSPENSÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS. A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agravam a situação das comunidades quilombolas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 12 a 23 de fevereiro de 2021**, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em converter o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito. Por maioria, julgou procedente o pedido para determinar, à União, que: (i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da pandemia covid-19 no que concerne à população quilombola, versando providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq; (ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 79

ADPF 742 MC / DF

participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas; (iii) providencie, no máximo em 72 horas, a inclusão, no registro dos casos de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas a notificação compulsória dos confirmados e ampla e periódica publicidade; (iv) restabeleça, no prazo de 72 horas, o conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação <http://monitoramento.seppir.gov.br/> e <https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidadestradicionais/programa-brasil-quilombola>, abstendo-se de proceder à exclusão de dados públicos relativos à população. E, ainda, deferiu o pedido para suspender os “processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombola” até o término da pandemia, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Nunes Marques.

Brasília, 24 de fevereiro de 2021.

Ministro **EDSON FACHIN**

Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 79

24/02/2021

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 742 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS (CONAQ)
ADV.(A/S)	: VERCILENE FRANCISCO DIAS
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	: RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S)	: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S)	: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: ORIEL RODRIGUES DE MORAES
REQTE.(S)	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DIREITOS HUMANOS EM REDE
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S)	: JULIANA DE PAULA BATISTA
ADV.(A/S)	: JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S)	: GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S)	: JOAO PAULO DE GODOY
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: EDUCAFRO ; EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENTENS E CARENTES
AM. CURIAE.	: CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 79

ADPF 742 MC / DF

ADV.(A/S)	:CAMILLA BORGES MARTINS GOMES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
AM. CURIAE.	:FEDERACAO NACIONAL DAS ASSOCIACOES QUILOMBOLAS
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	:GABRIELE GONCALVES DE SOUZA
ADV.(A/S)	:PEDRO SERGIO VIEIRA MARTINS
ADV.(A/S)	:CAMILA CECILINA DO NASCIMENTO MARTINS
ADV.(A/S)	:LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Hazenclever Lopes Caçado Júnior:

Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq, Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade – Psol, Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Rede Sustentabilidade e Partido dos Trabalhadores – PT ajuizaram arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, tendo por objeto atos comissivos e omissivos do Poder Executivo federal quanto ao enfrentamento da pandemia covid-19 nas comunidades quilombolas, a inviabilizarem o desenvolvimento social, étnico e cultural.

Ressaltam a legitimidade ativa dos partidos políticos, nos termos dos artigos 103, inciso VIII, da Constituição Federal e 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/1999. Quanto à Conaq, destacam ser organização social de âmbito nacional. Referem-se às finalidades institucionais, de defesa dos interesses dos habitantes dos antigos quilombos – artigos 3º e 4º do Estatuto.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 79

ADPF 742 MC / DF

Sublinham a atuação voltada à elaboração do Decreto nº 4.887/2003, mediante o qual regulamentado o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por esses remanescentes. Citam a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 709, relator ministro Luís Roberto Barroso, na qual assentada a legitimidade da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil Apib para acionar o Supremo, em sede de controle concentrado de constitucionalidade – artigo 103, inciso IX, da Carta da República.

Sustentam adequada a arguição, ante a inexistência de outro meio adequado à solução da controvérsia. Frisam a eficácia de pronunciamento do Tribunal.

Apontam contrariados os preceitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana, ao pluralismo, à autodeterminação dos povos, ao direito à vida e à saúde, à diversidade étnico-racial e às garantias individuais visando a preservação da organização socioeconômica e das práticas culturais – artigos 1º, incisos III a V; 3º, incisos I, III e IV; 4º, inciso III; 6º; 196; 215, cabeça e § 3º, incisos I e V; 216, inciso II e § 1º, da Constituição Federal e 68 do Ato das Disposições Transitórias.

Discorrem sobre a formação da sociedade brasileira. Realçam o estado de vulnerabilidade em decorrência do racismo. Sublinham que, segundo pesquisa do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, realizada em 2014, 75% dos integrantes dos quilombos vivem em situação de extrema pobreza, sem acesso aos serviços públicos. Argumentam ser dever do Estado a proteção dos modos de vida, bens de natureza material e imaterial associados à identidade e memória – artigos 215 e 216 da Constituição Federal.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 79

ADPF 742 MC / DF

Mencionam Pesquisa Nacional de Saúde, de 2013, a revelar serem negros 67% dos cidadãos dependentes do Sistema Único de Saúde – SUS e a maioria dos pacientes com diabetes, tuberculose, hipertensão e doenças renais crônicas, todas comorbidades agravantes da covid-19. Assinalam que, de acordo com o Boletim Epidemiológico nº 28, de 26 de agosto de 2020, do Ministério da Saúde, 41% dos óbitos relacionados à doença ocorrem na população negra. Alegam não constarem, do Plano Plurianual de 2020-2023, políticas públicas específicas direcionadas às comunidades quilombolas. Reportam-se à Resolução nº 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mediante a qual fixadas recomendações objetivando conter a pandemia considerados grupos em situação de vulnerabilidade.

Salientam inexistir plano de contingência ao novo coronavírus adequado às particularidades das comunidades quilombolas. Articulam com omissão da União, apontando:

(i) falta de monitoramento, divulgação pública e regular dos casos de infecção e óbitos nessas comunidades;

(ii) ausência de plano governamental de combate aos efeitos da covid-19 nos quilombos;

(iii) inobservância do direito de realizar isolamento social comunitário como medida de autoproteção;

(iv) abstenção no apoio à proteção sanitário-territorial por meio do fornecimento de equipamento de proteção individual;

(v) falta de proteção, durante a pandemia, à posse tradicional dos quilombos, gerando risco de deslocamento coletivo em período de máxima vulnerabilidade;

(vi) ausência, no âmbito do Poder Executivo federal, de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 79

ADPF 742 MC / DF

instância destinada à consulta e participação da entidade representativa nacional quilombola;

(vii) inércia quanto à adoção de medidas a revelarem busca de equidade tendo em conta o acesso em menor escala a políticas públicas, a exemplo do auxílio emergencial; e

(viii) inexistência de ações em escala e com regularidade a viabilizarem segurança alimentar e nutricional, com distribuição de sementes, insumos agrícolas e cestas básicas.

Enfatizam a vulnerabilidade territorial, socioeconômica e em relação ao acesso a serviços públicos de saúde e saneamento básico. Asseveram não haver publicidade de informações sobre políticas governamentais dirigidas aos quilombos. Salientam o corte nos recursos orçamentários destinados a promover igualdade racial, assistência financeira e distribuição de alimentos. Dizem ser fundamental o acesso e a permanência nos territórios tradicionais a fim de garantir a segurança nutricional da população.

Realçam a subnotificação e imprecisão dos dados divulgados em boletins sobre a doença. Pontuam não disponibilizadas informações a respeito de faixa etária, sexo, raça/cor, etnia, população privada de liberdade ou comunidade quilombola.

Referem-se à edição da Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020, a versar medidas voltadas à prevenção do contágio e da disseminação do novo coronavírus em territórios indígenas e ao apoio a comunidades quilombolas, tradicionais e de pescadores artesanais.

Frisam não constar o quesito raça/cor nos registros atinentes à covid-19, tampouco monitoramento, pelo Poder Público, do impacto da pandemia nas comunidades. Acentuam

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 79

ADPF 742 MC / DF

a auto-organização dos quilombos a fim de resguardar a saúde dos habitantes, sendo promovidos isolamento social e controle do acesso.

Arguem necessário suspender, durante a crise sanitária, com o intuito de assegurar a manutenção das moradias, ordens de despejo, consideradas ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse e anulatórias de demarcação. Esclarecem que deslocamentos compulsórios agravam a situação de vulnerabilidade.

Assinalam fundamental formulação, implementação e monitoramento de plano nacional de enfrentamento da pandemia nas comunidades quilombolas, visando alocação de recursos, orientação programática e adoção de providências específicas, a partir de consulta aos beneficiários. Evocam documentos internacionais a justificarem as iniciativas.

Sob o ângulo do risco, dizem ameaçada, em virtude da pandemia, a população remanescente dos quilombos.

No campo precário e efêmero, buscam determinação à União para que elabore e implemente, com a participação da Conaq, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da covid-19 nos quilombos, sem prejuízo de outras ações previstas por grupo de trabalho interdisciplinar, a contemplarem:

(i) distribuição imediata, aos quilombolas, de equipamento de proteção individual, água potável e material de higiene e desinfecção, com indicação de cronograma;

(ii) segurança alimentar e nutricional, mediante entrega de cestas básicas, se necessário, com previsão de etapas e calendário de implementação;

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 79

ADPF 742 MC / DF

(iii) providências de logística a possibilitarem, aos habitantes de quilombos, acesso a leitos hospitalares, inclusive unidades de terapia intensiva e, em caso de transferência, disponibilização de ambulância dotada de suporte avançado – UTI móvel –, indicando-se fases e plano de execução;

(iv) fortalecimento, nas comunidades, dos programas de saúde da família, como estratégia de prevenção, sendo expressos passos e cronograma de efetivação;

(v) disponibilização de meios para testagem periódica de integrantes com suspeita ou efetiva contaminação pelo coronavírus, conforme orientação médica;

(vi) apoio às populações que adotarem protocolos de isolamento social comunitário, com atuação, a título de exemplo, no controle de acesso de terceiros aos territórios tradicionais, especificadas etapas de implantação das providências;

(vii) combate ao racismo no atendimento médico-hospitalar e criação de canal para recebimento e processamento de denúncias, sendo indicado cronograma para o implemento;
e

(viii) extensão do plano na proporção dos efeitos da pandemia.

Requerem, também em sede liminar, determinação para que a União Federal constitua, em 48 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com o objetivo de debater, aprovar e monitorar a execução do plano, dele participando integrantes do Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 79

ADPF 742 MC / DF

Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas, além de um observador oriundo do Gabinete do Ministro Relator.

Ainda, determinação, à União, para providenciar a inclusão, no registro dos casos de covid-19, em prazo não superior a 48 horas, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas a notificação compulsória dos confirmados, ampla e periódica publicidade.

Adicionalmente, suspensão, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, da tramitação de ações judiciais e recursos vinculados envolvendo direitos territoriais das comunidades quilombolas.

Também, determinação de restabelecimento, em até 48 horas, do conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação – <http://monitoramento.seppir.gov.br/> e <https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidadestradicionais/programa-brasil-quilombola> –, abstendo-se a União de promover a exclusão de dados públicos relativos à população quilombola.

Pretendem, alfim, a confirmação da tutela de urgência.

Vossa Excelência, em 17 de setembro de 2020, acionou o disposto no artigo 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/1999, determinando fossem providenciadas, no prazo comum de 5 dias, informações, manifestação da Advocacia-Geral da União e parecer da Procuradoria-Geral da República.

O Presidente da República ressalta a ilegitimidade ativa da Conaq. Frisa taxativo o rol do artigo 103 da Constituição Federal. Aponta a inadequação da via escolhida ante a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 79

ADPF 742 MC / DF

pretensão de salvaguarda de situações concretas. Realça a natureza regulamentar das normas sobre a matéria. Diz inobservado o princípio da subsidiariedade. Sustenta competir ao Executivo a definição de diretrizes visando a proteção territorial, segurança e integridade dos povos tradicionais e minorias étnico-raciais, a prestação de assistência médico-sanitária, o controle orçamentário para fins de distribuição de material de higiene, limpeza e medicamento, e o estabelecimento de ações nutricionais e alimentares. Argumenta que as providências requeridas são próprias à Administração Pública, no que envolvida a articulação e mobilização de múltiplas instituições com conhecimento técnico. Assinala criada, por meio do Decreto nº 6.261/2007, a Agenda Social Quilombola, no âmbito do Programa Brasil Quilombola, responsável por ações de melhoria na condição de vida dessas comunidades. Refere-se à Nota Técnica nº 10/2020, elaborada pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, por meio da qual noticiadas iniciativas, durante a pandemia, direcionadas à conscientização sobre prevenção e enfrentamento da covid-19 e à distribuição de cestas básicas. Menciona instituídos, pelo Ministério da Saúde – Portarias nº 2.866/2011 e 14.445/2020 –, a Política Nacional de Saúde Integral das Populações do Campo, da Floresta e das Águas e os Centros de Atendimento para Enfrentamento à Covid-19. Afirma que a população quilombola é assistida pela Secretaria de Atenção Primária à Saúde, do Ministério da Saúde, à qual compete promover o acesso ao SUS. Assevera ocorrido aporte financeiro objetivando o fortalecimento das equipes de cuidado médico primário e a ampliação da capacidade assistencial. Discorre sobre o monitoramento dos casos de infecção via Estratégia de Informatização do SUS – e-SUS Notifica e Sistema de Vigilância Epidemiológica da Gripe – SIVEPGripe, nos quais registrados dados referentes a raça/cor/etnia. Alude à Nota Técnica nº 4/2020 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em que destacadas as medidas implementadas para fins de prevenção e controle da disseminação da covid-19 em serviços

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 79

ADPF 742 MC / DF

de saúde. Reporta-se às informações prestadas pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, por meio das quais citado o Acordo de Cooperação Técnica nº 1/2020, envolvendo a Companhia Nacional de Abastecimento, a Fundação Nacional do Índio, a Fundação Cultural Palmares e a Secretaria Especial de Saúde Indígena, e relatada a atuação em favor dos vulneráveis, com a ampliação dos canais de denúncia, a distribuição de 40.334 cestas de alimentos e o pagamento do Auxílio Emergencial.

A Advocacia-Geral da União manifesta-se no sentido da inadmissibilidade da arguição e do indeferimento da liminar, nos seguintes termos:

Saúde pública e povos tradicionais. Supostas falhas na condução da política de combate ao Covid-19 nas comunidades quilombolas. Alegada violação aos preceitos fundamentais expressos nos artigos 1º; 3º, incisos I, III e IV; 4º, inciso III; 6º; 196; 215, § 3º, incisos I e V; e 216, inciso II e § 1º, da Constituição de 1988, bem como no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Preliminares. Indicação genérica dos atos impugnados. Inobservância da subsidiariedade. Violações ao devido processo objetivo. Inadequação do processo objetivo como via para coordenação, supervisão e monitoramento de políticas públicas. Incompatibilidade com investigação probatória ampla. Ilegitimidade ativa da CONAQ. Mérito. Ausência de *fumus boni iuris*. A definição e a implementação das políticas públicas relacionadas ao combate à pandemia de Covid-19 encontram-se no rol de atribuições conferidas pelo legislador ao Poder Executivo, o qual, nada obstante as contingências inerentes ao momento, tem operacionalizado diversas medidas em favor das comunidades quilombolas que resguardam a tutela de seus direitos fundamentais. A ampliação do escopo de atuação dos órgãos competentes para a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 79

ADPF 742 MC / DF

implementação do direito à saúde junto às comunidades quilombolas implicaria a mudança brusca e radical de toda a política de saúde, demandando integral reformulação administrativa, em evidente prejuízo aos referidos povos. Medida violadora do princípio da separação dos Poderes (artigo 2º da CF). Ausência de *periculum in mora*. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento.

A Procuradoria-Geral da República opina pelo implemento parcial da medida acauteladora, ante fundamentos assim resumidos:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. IMPUGNAÇÃO A CONDUTAS COMISSIVAS E OMISSIVAS DO GOVERNO FEDERAL NO ENFRENTAMENTO DA EPIDEMIA DE COVID-19 EM COMUNIDADES QUILOMBOLAS. MEDIDA CAUTELAR. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. PLEITO AMPLO. VULNERABILIDADE DO GRUPO. TUTELA CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA DELINEADA EM LEI FEDERAL. CABIMENTO DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE DE CONSOLIDAÇÃO DE PLANO PRÓPRIO DE ENFRENTAMENTO. CRIAÇÃO DE GRUPO DE TRABALHO INTERDISCIPLINAR. PARTICIPAÇÃO DE REPRESENTANTES DO GRUPO AFETADO. PARECER PELO DEFERIMENTO PARCIAL DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR.

1. Atende ao princípio da subsidiariedade pleito de implementação, pelo poder público, de medidas de enfrentamento da epidemia da Covid-19 no que afeta as comunidades quilombolas, não havendo outro meio eficaz, com a mesma abrangência da ADPF, para sanar a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 79

ADPF 742 MC / DF

alegada situação de lesividade a preceitos fundamentais.

2. A definição da melhor política pública para enfrentamento da epidemia de Covid-19 para as comunidades quilombolas há de ser definida pelos poderes públicos, sendo a atuação judicial voltada a garantir a implementação eficaz da lei federal que estabelece plano emergencial de enfrentamento da epidemia para esse e para outros grupos em situação de vulnerabilidade.

3. É adequada a elaboração e a implementação de plano de enfrentamento da epidemia de Covid-19 próprio para as comunidades quilombolas, com a participação de representantes do grupo afetado. — Parecer pelo conhecimento da arguição e pelo deferimento parcial da medida cautelar para que seja (i) determinada a constituição de grupo de trabalho interdisciplinar, integrado, no mínimo, pelo Ministério da Saúde, pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, pela Fundação Cultural Palmares, pela Defensoria Pública da União, pelo Ministério Público Federal, pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos e por representantes das comunidades quilombolas, destinado à avaliação das medidas já implementadas e à definição conjunta de eventuais providências complementares e formas de execução, adequadas às particularidades do segmento; e (ii) fixado prazo para a apresentação de “Plano Nacional de Combate aos Efeitos da Epidemia de Covid-19 sobre as Comunidades Quilombolas”, com o detalhamento das medidas já previstas e a inclusão de outras relacionadas especificamente: à distribuição de equipamentos de proteção individual, água potável e materiais de higiene e desinfecção às comunidades quilombolas; à logística que viabilize o acesso de quilombolas a leitos hospitalares; à contenção do ingresso de terceiros em terras de ocupação do grupo, possibilitando-se o monitoramento do plano por essa Corte.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 79

ADPF 742 MC / DF

A terceira Defensoria Pública da União diz da herança escravocrata no País, a ensejar discriminação das pessoas negras. Menciona racismo estrutural. Evoca a garantia fundamental à vida digna, considerados os direitos à saúde, à segurança alimentar e ao território. Assinala a precariedade do atendimento aos quilombolas no sistema de saúde. Sublinha crescente a insegurança alimentar nas comunidades. Assevera imprescindível a proteção dos territórios. Pretende a formação de barreiras sanitárias a resultarem na redução do contato com pessoas de fora da comunidade. Postula o deferimento da medida acauteladora e, quanto ao mérito, a procedência do pedido.

Os interessados Associação Educação e Cidadania para Afrodescendentes Carentes – Educafro e Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos destacam a gravidade do quadro referente aos remanescentes dos quilombos. Têm como omissos o Presidente da República. Defendem o deferimento das providências de urgência e, no mérito, a procedência do pedido.

Os terceiros Instituto de Advocacia Racial e Ambiental e Federação Nacional das Associações Quilombolas sustentam ser a arguição o meio adequado para sanar as violações alegadas na inicial. Realçam a ausência de políticas públicas em benefício da população quilombola. Afirmam agravada a condição de vulnerabilidade. Referem-se ao julgamento da medida acauteladora da arguição de nº 709, relator ministro Luís Roberto Barroso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de outubro de 2020, articulando com a observância dos princípios da precaução e prevenção, uma vez em jogo risco à vida e à saúde. Pretendem a procedência do pedido.

Os interessados Conectas Direitos Humanos e Instituto Socioambiental tecem considerações sobre a relevância da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 79

ADPF 742 MC / DF

matéria. Enfatizam os direitos fundamentais à vida e à saúde.

A terceira interessada Associação Terra de Direitos tem como contrariados preceitos fundamentais das comunidades quilombolas, em razão de atos comissivos e omissivos do Poder Público. Ressalta desfavorecida a população negra quanto ao acesso às políticas públicas. Alega que a taxa de letalidade da covid-19 é maior nos quilombos. Requer o implemento da cautelar e, no mérito, a procedência do pedido.

Os requerentes, mediante petição subscrita por procuradores habilitados, protocolada em 14 de dezembro de 2020, postularam o aditamento da petição inicial. Apontam fato superveniente consubstanciado na produção de vacina. Referem-se à formulação, pelo Governo Federal, no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 754, relator ministro Ricardo Lewandowski, do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação. Frisam não incluída, no grupo prioritário a ser imunizado, a população quilombola. Ressaltam o estado de vulnerabilidade e o quadro de violação dos direitos fundamentais desses remanescentes. Aludem à dignidade da pessoa humana, à saúde, à autodeterminação dos povos, à diversidade étnico-racial e à preservação da organização socioeconômica e das práticas culturais – artigos 1º, incisos III a V; 3º, incisos I, III e IV; 4º, inciso III; 6º; 196; 215, cabeça e § 3º, incisos I e V; 216, inciso II e § 1º, da Constituição Federal e 68 do Ato das Disposições Transitórias. Mencionam a taxa de letalidade por covid-19 nas comunidades. Assinalam ausente monitoramento da pandemia nos territórios. Realçam inexistir subsistema específico de saúde, a exemplo do disponibilizado aos povos indígenas. Pretendem a adoção de protocolos visando assegurar acesso prioritário à vacina. Discorrem sobre a necessidade de providências voltadas à orientação dos quilombolas e à manutenção dos procedimentos de acesso aos territórios. Pretendem que os técnicos das equipes de imunização sejam preferencialmente integrantes das

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 79

ADPF 742 MC / DF

comunidades. Requerem, no campo precário e efêmero, a inclusão dos povos quilombolas na primeira fase de vacinação, previstos protocolos sanitários voltados à efetividade da medida. Sob o ângulo do risco, referem-se à preservação da vida. No mérito, buscam a confirmação da tutela de urgência.

Em 15 de dezembro imediato, Vossa Excelência acolheu o pedido de aditamento, determinando fossem colhidas, no prazo comum de 5 dias, informações, manifestação da Advocacia-Geral da União e parecer da Procuradoria-Geral da República.

O Presidente da República, por meio da Nota Técnica nº 96/2020 da Coordenação-Geral do Programa Nacional de Imunizações, vinculada à Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, esclarece incluídos os remanescentes dos quilombos no grupo prioritário a receber a vacina. Anexa o conteúdo do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação, publicado em 16 de dezembro de 2020. Ressalta planejado o início da imunização para o primeiro trimestre de 2021, com aplicação das 30 milhões de doses fornecidas pela empresa AstraZeneca. Sustenta a perda parcial do objeto.

O Advogado-Geral da União destaca a divulgação, em 16 de dezembro último, do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação, a contemplar, na primeira fase, as populações quilombolas. Afirma a improcedência do pedido de aditamento formulado.

A Procuradoria-Geral da República opina pelo prejuízo do pedido de aditamento, ante fundamentos assim resumidos:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADITAMENTO À INICIAL. COVID-19. INCLUSÃO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS COMO GRUPO PRIORITÁRIO NO PLANO NACIONAL DE IMUNIZAÇÃO. PLANO

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 79

ADPF 742 MC / DF

ATUALIZADO PELAS AUTORIDADES COMPETENTES.
PREJUDICIALIDADE.

1. A superveniente inclusão da população quilombola como grupo prioritário no Plano Nacional de Imunização contra a Covid-19 prejudica pedido complementar nesse sentido.

– Parecer pela prejudicialidade do pedido de aditamento.

Os requerentes apontam inconsistências no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação. Frisam indefinidas as estimativas de população quilombola e de doses destinadas ao grupo. Saliendam haver apenas menção a ele consideradas as primeiras fases da campanha de vacinação. Asseveram não previstas ações coordenadas objetivando a imunização, tampouco definido calendário. Ressaltam necessária campanha de nível nacional voltada a orientar as comunidades e os procedimentos de acesso aos territórios. Sustentam direcionado o pedido à inclusão dos quilombolas na primeira etapa de vacinação, com a adoção de protocolos sanitários a garantirem a eficácia. Sublinham a urgência da medida objetivando a preservação da vida e saúde.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 79

24/02/2021

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 742 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

LEGITIMIDADE – PROCESSO OBJETIVO – ASSOCIAÇÃO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Associação possui legitimidade para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental quando verificada pertinência temática, ou seja, elo considerados o ato atacado e os objetivos estatutários.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – CABIMENTO – SUBSIDIARIEDADE. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a adequação pressupõe inexistência de outro meio jurídico para sanar lesividade decorrente de ato do Poder Público – gênero.

PROCESSO OBJETIVO – PEDIDO DE LIMINAR – CONVERSÃO – JULGAMENTO DE MÉRITO – POSSIBILIDADE. Devidamente aparelhada a arguição de descumprimento de preceito fundamental para o exame definitivo da controvérsia constitucional submetida ao crivo do Supremo, é possível a conversão do exame da medida cautelar em decisão de mérito. Precedentes.

PANDEMIA – VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – QUILOMBOLAS – PROVIDÊNCIA. Ante quadro de violação dos direitos fundamentais dos quilombolas considerada pandemia covid-19, cumpre à União a elaboração e implementação de plano nacional de enfrentamento e monitoramento.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 79

ADPF 742 MC / DF

PANDEMIA – VACINAÇÃO – FASE PRIORITÁRIA – PROVIDÊNCIA. Deve o Governo Federal adotar providências e protocolos sanitários que assegurem a vacinação dos quilombolas na fase prioritária.

PANDEMIA – GRUPO DE TRABALHO – PROVIDÊNCIA. A instituição de grupo de trabalho viabiliza a fiscalização quanto à execução das iniciativas decorrentes do plano de enfrentamento à pandemia nas comunidades quilombolas.

PANDEMIA – CASOS – REGISTRO – QUESITO – PROVIDÊNCIA. A inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos de covid-19 possibilita, ao Poder Público, a execução de políticas destinadas à mitigação da crise sanitária.

PANDEMIA – ACESSO À INFORMAÇÃO – PROVIDÊNCIA. Cabe ao Governo Federal, presente o interesse público, o restabelecimento de sítios eletrônicos voltados à divulgação de informações relativas à população quilombola, promovendo a atualização e a acessibilidade.

Os partidos políticos atuam de forma geral. Visam, há de presumir-se, a prevalência dos interesses da sociedade. São legitimados, contando com representação no Congresso, para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental, a teor dos artigos 103, inciso X, da Constituição Federal e 2º, inciso I, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

No tocante à Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq, conforme venho sustentando em Plenário, coaduno, há muito, com a visão segundo a qual o constituinte originário teve como objetivo a amplitude maior do rol de legitimados. Restringir o conceito de entidade de classe implica, ao reduzir a potencialidade de interação do Supremo com a sociedade civil, amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 23 de 79

ADPF 742 MC / DF

desfavor da Carta da República. Foi o que fiz ver em voto vencido no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.037, relator ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998.

Houve, quando dos trabalhos da Assembleia Constituinte, opção visando-se justamente elastecer os legitimados. O objetivo foi abrir a possibilidade, abandonando-se o nefasto monopólio da Procuradoria-Geral da República para deflagrar processo revelador do controle concentrado.

Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais.

A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais inaugurada com a Constituição de 1988. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania.

Ao examinar a legitimidade do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – Idecon para formalizar a ação direta de nº 5.291, de minha relatoria, assentei que tal defeito foi constatado empiricamente:

[...]

Pesquisa recente, financiada pelo CNPq e coordenada por professores da Universidade de Brasília – UnB, Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, apontou traços seletivos do acesso ao controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo, de repercussões negativas na efetiva proteção e promoção dos direitos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 79

ADPF 742 MC / DF

fundamentais estabelecidos na Carta da República. Para os pesquisadores, combinação de fatores em torno da legitimação ativa vem implicando modelo “que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos” em detrimento da “proteção adequada aos direitos dos cidadãos”. Segundo o trabalho desenvolvido, tem prevalecido a garantia de interesses próprios dos legitimados e não a do interesse público.

[...]

Especificamente com relação às entidades de classe, os pesquisadores afirmam que o alcance emprestado pelo Supremo ao inciso IX do artigo 103 da Carta “limitou a participação dessas entidades à defesa dos interesses corporativos”. Segundo asseveram, a interpretação constitucional que promoveu restrições ao acesso aos tribunais em desfavor de entidades da sociedade civil contribui, negativamente, para a promoção dos direitos. Por fim, defendem a necessidade de o Tribunal repensar o acesso das entidades civis à jurisdição constitucional concentrada para a promoção de uma agenda de direitos fundamentais (COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Coord.). *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Brasília: UnB, 2014).

A conclusão é a mesma a que chegou o professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rodrigo Brandão. Na coluna “Constituição e Sociedade”, publicada no periódico JOTA em 10 de novembro de 2014, o autor enfatizou que a interpretação conferida pelo Supremo a “entidades de classe de âmbito nacional”, restringindo-as a grupos econômicos ou profissionais, excluiu do rol de legitimados entidades sociais importantes e implicou, não por acaso, a preponderância de temas econômicos, profissionais ou corporativos apreciados no âmbito do controle concentrado.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 25 de 79

ADPF 742 MC / DF

Para Rodrigo Brandão, “questões morais relevantes, como as uniões homoafetivas, o aborto de fetos anencéfalos e as cotas em universidades públicas, embora amplamente divulgadas, correspondem a pequena parte” do acervo decisório do Tribunal (BRANDÃO, Rodrigo. *Constituição e Sociedade*. JOTA, 10 de novembro de 2014).

Na ação versando o aborto de fetos anencefálicos, da qual fui relator – Arguição de Descumprimento Fundamental nº 54/DF –, percebeu-se um sintoma do problema apontado. O resultado do julgamento foi o de assegurar a gestantes o direito de interromper a gravidez de feto anencefálico, prestigiando a liberdade sexual e reprodutiva, a saúde, a dignidade e a autodeterminação dessas mulheres. Entretanto, a formulação do pedido não partiu de qualquer entidade que tenha por objeto a defesa de direitos fundamentais das mulheres, e sim da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. A pertinência temática veio a ser assentada, como requisito inafastável para a sequência do processo, em razão da insegurança jurídica dos associados da requerente, profissionais médicos e enfermeiros, em poderem sofrer medidas penais se atuassem em procedimentos de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico sem respaldo judicial. Assim, a proteção dos direitos da mulher deu-se por via reflexa dos interesses dos profissionais médicos, revelando a anomalia do sistema.

O quadro requer mudança. Há de se buscar, como bem destacado pelo professor Daniel Sarmiento, a “abertura da interpretação judicial da Constituição às demandas e expectativas provenientes de atores não institucionais da sociedade civil”, de forma a possibilitar que diferentes interessados possam “participar efetivamente dos processos constitucionais [...] como agentes e não como meros expectadores”. Segundo defende o autor, a fim de não “comprometer a legitimidade democrática da jurisdição constitucional” e empobrecer a própria agenda, o Supremo deve rever o alcance do inciso IX do artigo 103 da Carta da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 79

ADPF 742 MC / DF

República:

Não há qualquer razão que justifique a interpretação restritiva do Supremo. Ela não é postulada pela interpretação literal, pois a palavra “classe” é altamente vaga, comportando leituras muito mais generosas. Ela não se concilia com a interpretação teleológica da Constituição, pois, como se viu acima, frustra o objetivo do texto magno, que foi democratizar o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. Pior, ela colide frontalmente com a interpretação sistemática da Carta, afrontando o postulado de unidade da Constituição.

Com efeito, não há, na Constituição de 88, uma priorização dos direitos e interesses ligados às categorias econômicas e profissionais, em detrimento dos demais. Pelo contrário, a Constituição revelou preocupação no mínimo equivalente com a garantia de outros direitos fundamentais.

(SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: SARMENTO, Daniel. *O direito constitucional como arte marcial*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, no prelo).

Assento a legitimidade ativa da Conaq, uma vez sinalizada pertinência temática, ou seja, elo dos atos comissivos e omissivos do Poder Executivo federal, quanto ao enfrentamento da pandemia covid-19 nas comunidades quilombolas, com os objetivos institucionais da entidade – artigos 3º e 4º do Estatuto Social.

Os requerentes sustentam adequada a via escolhida, uma vez atendidos os requisitos de inobservância de preceitos fundamentais, impugnação de atos do Poder Público e inexistência de outro meio capaz de sanar a lesividade. Tenho-os como satisfeitos.

Os direitos à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde, à autodeterminação, à diversidade étnico-racial e à proteção, valorização e difusão das manifestações culturais das comunidades quilombolas, apontados como violados, revelam preceitos fundamentais.

Há relação de causa e efeito considerados atos comissivos e

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 27 de 79

ADPF 742 MC / DF

omissivos do Governo Federal, atacados nesta arguição, e o quadro de transgressão às garantias fundamentais dos quilombolas. A irresignação veiculada na peça primeira é específica, direcionada à atuação da União no enfrentamento da crise sanitária, ante a condição de vulnerabilidade territorial, socioeconômica e de acesso a serviços públicos dos remanescentes dos quilombos.

Verifica-se a harmonia com o princípio da subsidiariedade, encerrado no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, porquanto inexistente, no âmbito do controle abstrato de normas, instrumento diverso mediante o qual possam ser impugnados, de forma abrangente, linear, os atos relacionados às lesões apontadas.

O Supremo, ao apreciar a medida acauteladora na arguição de nº 635, relator ministro Luiz Edson Fachin, proclamou o cabimento considerada violência generalizada a direitos humanos em virtude de omissão estrutural do Poder Público no cumprimento de deveres.

Com a superveniente publicação do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação, o Governo Federal limitou-se a incluir a população quilombola na fase prioritária, ante o estado de vulnerabilidade, sem estabelecer protocolos sanitários visando a eficácia da medida. Ausente especificação relativamente ao quantitativo, cronograma e sistemática de imunização, é pertinente o crivo do Supremo mediante controle concentrado.

Rejeito as preliminares suscitadas.

O processo está aparelhado para análise definitiva da controvérsia, presentes manifestação da Advocacia-Geral da União e parecer da Procuradoria-Geral da República. Levando em conta o ataque, em pedido liminar, a todo o objeto da ação, cumpre converter a medida de urgência em julgamento final.

O cenário de emergência sanitária está na ordem do dia do Tribunal.

Por meio da ação direta de inconstitucionalidade nº 6.343, o partido Rede Sustentabilidade impugnou a Medida Provisória nº 926/2020, por intermédio da qual previstos procedimentos voltados à aquisição de bens, insumos e contratação de serviços. O Tribunal implementou parcialmente

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 28 de 79

ADPF 742 MC / DF

a cautelar, assentando a competência comum, no campo da saúde, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo-lhes a adoção de providências restritivas, precedidas de recomendação técnica e fundamentada, observada a circulação de produtos e a prestação de serviços essenciais.

Nas ações diretas de nº 6.342, 6.344, 6.346, 6.348, 6.349, 6.352, 6.354, 6.375, 6.377 e 6.380, todas da minha relatoria, redator do acórdão ministro Alexandre de Moraes, o Pleno examinou, no campo precário e efêmero, a higidez constitucional da Medida Provisória nº 927/2020, a versar medidas trabalhistas, suspendendo a eficácia dos artigos 29 e 31. Ausente conversão em lei, constatou-se o prejuízo das ações.

O Tribunal, em sede de referendo da tutela provisória incidental deferida na medida acauteladora na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 635, relator ministro Luiz Edson Fachin, acórdão publicado no Diário da Justiça de 9 de novembro de 2020, determinou, sob pena de responsabilização civil e criminal, a não realização de operações policiais, durante a pandemia, em comunidades do Rio de Janeiro, salvo ante excepcionalidade justificada, adotando-se cuidados para não colocar em risco a prestação de serviços públicos e ajuda humanitária.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formalizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 672, relator ministro Alexandre de Moraes, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 10 de novembro de 2020, tendo por objeto atos comissivos e omissivos do Poder Executivo federal considerada a gravidade da crise sanitária. Formulou pedido direcionado ao cumprimento do protocolo de isolamento social preconizado pela Organização Mundial da Saúde e ao implemento de benefício emergencial a desempregados, trabalhadores autônomos e informais. O Supremo julgou-o parcialmente procedente, consignando o papel central da União no planejamento e coordenação das iniciativas no campo da saúde pública, observada a atuação, presente interesse local, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, objetivando a redução do contágio, mediante imposição de distanciamento ou

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 79

ADPF 742 MC / DF

isolamento social, inclusive com restrição à circulação de pessoas e às atividades de ensino, culturais e comerciais.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – Apib, o Partido Socialista Brasileiro – PSol, o Partido Comunista do Brasil – PCdoB, a Rede Sustentabilidade, o Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático do Brasil – PDT ajuizaram a arguição de nº 709, relator ministro Luís Roberto Barroso, versando atos comissivos e omissivos em relação ao enfrentamento da pandemia, pelo Governo Federal, nas comunidades indígenas. Este Tribunal, ao apreciar a medida acauteladora, determinou: (i) a elaboração e monitoramento, no prazo de 30 dias, de plano de enfrentamento da pandemia covid-19 voltado à proteção dos povos indígenas, com a participação de representantes das comunidades e do Conselho Nacional de Direitos Humanos; (ii) quanto aos povos em isolamento ou de recente contato, a criação de barreiras sanitárias a impedirem o ingresso de terceiros nos territórios e a instalação de Sala de Situação, no prazo de 10 dias, para gestão das iniciativas relacionadas à crise sanitária; e, (iii) relativamente aos indígenas em geral, a inclusão, no plano de enfrentamento e monitoramento, de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores, ou providência alternativa apta a evitar o contato, além da acessibilidade dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados, em terras homologadas ou não.

No que diz respeito às arguições de nº 754 e 756, relator ministro Ricardo Lewandowski, o Colegiado decidirá sobre a aquisição de vacina.

Na ação ora em julgamento, tem-se problemática atinente ao dever do Poder Público de elaborar e implementar plano para enfrentar a pandemia consideradas as particularidades das comunidades quilombolas, instituindo grupo de trabalho interdisciplinar e paritário. Os requerentes buscam a inclusão, nos registros de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas notificação dos casos confirmados e ampla e periódica publicidade. Pretendem a suspensão da tramitação de demandas judiciais envolvendo direitos territoriais, a exemplo de ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse e

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 79

ADPF 742 MC / DF

anulatórias de demarcação.

A matéria é sensível. Em que pese a atenção que o Supremo deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não pode esquecer a missão de defender minorias, o papel contramajoritário de reconhecer direitos daqueles que a sociedade marginaliza e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.

Ao Tribunal, à semelhança das demais cortes constitucionais, apenas cabe exercer o papel de legislador negativo, devendo atuar com parcimônia, sob pena de ter-se desprezada a reserva institucional. A delimitação do alcance da atuação pressupõe a fixação das premissas para o exame dos pedidos.

Os órgãos políticos são a arena preferencial de deliberação e decisão, considerada a democracia representativa, quanto às diretrizes que norteiam o Estado na condução de políticas públicas. Interpretação em sentido diverso esvaziaria importante espaço de diálogo entre os Poderes.

O raciocínio justifica-se quando levadas em conta as bases estruturais do Estado de Direito consagrado em 1988.

Democracia deve ser compreendida como o conjunto de instituições voltado a assegurar, na medida do possível, igual participação política dos membros da comunidade. O adequado funcionamento pressupõe o controle, pela sociedade, das decisões públicas. Povo que não a exerce não se autogoverna.

É impróprio reduzir-se a vida democrática à representação clássica de matriz oitocentista, devendo envolver também deliberação pública, a racionalizar e legitimar a tomada de decisão (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 44).

A República encontra-se assentada no postulado da separação dos poderes, os quais devem, no relacionamento recíproco, agir com independência e harmonia, predicados cuja adequada concretização implica a atuação de cada qual no campo respectivo garantido pela Constituição Federal – artigo 2º. Cumpre ter presente a tríplice reserva

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 79

ADPF 742 MC / DF

institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.

Essas preocupações guiaram os integrantes da Assembleia Nacional Constituinte, cuja Carta, produzida em meio a intensos debates, foi chamada de Cidadã. Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia, consideradas as palavras de Ulisses Guimarães.

O compromisso do Estado Constitucional e Democrático de Direito está encerrado no artigo 1º: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E não nos esqueçamos jamais: os homens não são feitos para as leis, as leis é que são feitas para os homens.

Do artigo 3º nos vem luz suficiente ao agasalho de ação afirmativa, a percepção de que a única maneira de corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que deve ter em um mercado desequilibrado, a favor do discriminado, do tratado de modo desigual. São considerados como objetivos fundamentais de nossa República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os vocábulos sinalizam não atitude simplesmente estática, mas posição ativa. A postura agora é, acima de tudo, de implemento de medidas voltadas a uma verdadeira união nacional.

Mais: a Carta da República trouxe princípios e normatizou regras essenciais, direitos positivos e negativos, de matizes liberal e social, individuais e coletivos, impondo ao Estado o compromisso com o desenvolvimento da pessoa em bases livres e igualitárias. Visa a promoção dos direitos fundamentais, dotada de mecanismos a protegê-los. De acordo com o § 1º do artigo 5º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O respeito à pessoa humana é devido em qualquer circunstância. Nem a pobreza, nem a cor da pele, nem a opção sexual, tampouco a culpabilidade criminal, retiram do homem a dignidade que lhe é inerente. O ser humano, para ser visto e tratado como tal, há de ser considerado na

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 79

ADPF 742 MC / DF

totalidade, porque sujeito de direitos.

Os princípios constitucionais revelam tríplice função: a informativa, presente o legislador ordinário; a normativa, para a sociedade como um todo, e a interpretativa, considerados os operadores do Direito. Para efetivá-los, a Constituição estabelece serviços públicos obrigatórios e verdadeiro estatuto moral e jurídico de atuação, nos diferentes níveis federativos, da Administração Pública direta e indireta.

O Estado, ante o figurino constitucional, é vinculado a realizar prestações positivas. Não basta abster-se em prol da autodeterminação do cidadão. Deve prevalecer o sistema intervencionista quanto à satisfação das necessidades básicas. Nessa seara, o Judiciário, em diferentes instâncias, vem proferindo decisões sobre a execução de políticas públicas.

Não obstante os preceitos fundamentais e incontáveis normas legais, a realidade mostra as mazelas brasileiras. Chega-se – com pesar – à conclusão de a ineficiência na prestação dos serviços básicos, resultante de ações e omissões do Poder Público, resultar na violação massiva de direitos fundamentais.

O colapso do sistema de saúde provém da redução dos investimentos, do mau gerenciamento de bens e recursos, da falta de manutenção de hospitais e equipamentos, da não valorização dos profissionais da área. É hora de perceber que a Constituição Federal precisa ser observada tal como se contém. Respeitar os direitos implica proteger o cidadão de forma integral. A ausência de medidas legislativas e administrativas eficazes representa falha estrutural a gerar violação sistemática, com a perpetuação e o agravamento da situação.

O empenho de forças e verbas públicas deve ser dirigido a proporcionar ao cidadão o acesso ao sistema básico de saúde, escola, segurança, moradia, trabalho e lazer, a fim de desenvolver capacidades e ser útil ao próximo, passando a contribuir para o progresso social.

Levando em conta a pandemia covid-19, é grave a crise no sistema público de saúde. Informações do Ministério da Saúde¹ dão conta de o

1 Disponível em: covid.saude.gov.br. Acesso em: 1º fev. 2021.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 79

ADPF 742 MC / DF

País haver ultrapassado a marca de 9,2 milhões de casos e 224 mil mortes.

O quadro agrava-se consideradas as comunidades quilombolas. Embora os dados oficiais relacionados à pandemia não utilizem o quesito raça/cor/etnia, pesquisas revelam o estado de vulnerabilidade do grupo ante a insegurança alimentar e a precariedade sanitária e de acesso aos serviços essenciais de água, coleta de lixo e tratamento de esgoto.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística² aponta 5.972 localidades quilombolas em 1.672 municípios. Mediante levantamento do Ministério do Desenvolvimento Social, constatou-se, em 2013, que 75% dessa população vive em situação de extrema pobreza. De acordo com a Pesquisa de Avaliação da Situação de Segurança Alimentar e Nutricional em Comunidades Quilombolas Tituladas, 78,3% dos domicílios são elegíveis ao Programa Bolsa Família e 31,4% à ação emergencial Cestas de Alimentos.

As informações prestadas pelo Presidente da República, acompanhadas de Notas Técnicas produzidas pelos Ministérios da Saúde, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, e da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, não evidenciam atuação adequada ante a gravidade da pandemia e o estado de vulnerabilidade dessas comunidades.

As notícias de medidas pontuais adotadas não sinalizam atuação abrangente e coordenada do Executivo federal. Inexiste planejamento e destinação de recursos específicos às garantias de acesso a cuidado médico, testagem periódica e material de desinfecção.

Os remanescentes de quilombos constituem grupo tradicional constituído a partir da resistência e luta pela liberdade, considerado o período de escravidão. Situam-se, majoritariamente, em zona rural, dedicando-se a atividades atinentes a agropecuária e extrativismo.

O que nos vem da Constituição Federal? Dever do Estado de proteger e promover o patrimônio cultural material e imaterial, inclusive modos de criar, fazer e viver, sítios, artefatos e expressões:

2 Disponível

em:

agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/9eab8499f5479b9751d5a6ef03bc38f.pdf. Acesso em 11 dez. 2020.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 79

ADPF 742 MC / DF

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

[...]

O Supremo, ao apreciar a ação popular nº 3.388, relator ministro Carlos Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de julho de 2010, na qual questionada a definição dos limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, proclamou o espírito fraternal e solidário dos citados preceitos, voltados à compensação de desvantagens historicamente acumuladas e à efetivação de integração comunitária.

Relativamente às terras ocupadas, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é categórico ao garantir a propriedade e a responsabilidade do Estado de emitir os títulos:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 79

ADPF 742 MC / DF

quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

A Declaração Universal sobre Diversidade Cultural de 2001 versa, no artigo 4º, a conexão entre liberdade cultural e dignidade humana:

Artigo 4º – Os direitos humanos, garantes da diversidade cultural

A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito pela dignidade da pessoa humana. Implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.

Nessa esteira, pertinente a lição de João Carlos Bemerguy Camerini no tocante à atuação do Supremo para a concretização dos direitos culturais (Os quilombos perante o STF: a emergência de uma jurisprudência de direitos étnicos (ADIN 3.239-9). *Revista Direito GV*, São Paulo, 8(1), p. 157-182):

A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.

Oxalá evoluamos para compreender que o problema de um é de todos. A pluralidade é a maior riqueza da sociedade e deve ser

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 79

ADPF 742 MC / DF

aproveitada em benefício de todos.

Firme nessas premissas, passo ao exame dos pedidos lançados na peça primeira:

A) Plano nacional de enfrentamento da pandemia nas comunidades quilombolas:

O Governo Federal tem papel central na coordenação e padronização das iniciativas destinadas ao enfrentamento da pandemia, no sentido de mitigar os nefastos prejuízos. Não cabe olvidar a dimensão territorial do País, uma vez disseminada, a comunidade quilombola, em todos os Estados.

Ante o quadro de violação generalizada de direitos fundamentais dos quilombolas em virtude da pandemia covid-19, a agravar o estado de vulnerabilidade e a marginalização histórica, é imprescindível elaborar e executar, sem prejuízo de outras providências estabelecidas no âmbito de grupo de trabalho, plano governamental nacional, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq, por meio do qual formulados objetivos, metas, ações programáticas, cronograma de implementação e metodologias de avaliação, contemplando-se, ao menos, providências visando a ampliação das estratégias de prevenção e do acesso aos meios de testagem e aos serviços públicos de saúde, controle de entrada nos territórios por terceiros considerado isolamento social comunitário e distribuição de alimentos e material de higiene e desinfecção.

B) Grupo de trabalho interdisciplinar e paritário com o objetivo de debater, aprovar e monitorar a execução do mencionado Plano:

O processo democrático deve oferecer condições para que todos se sintam igualmente qualificados a participar da tomada de decisões com as quais presidida a vida comunitária. Cuida-se de condição da própria

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 79

ADPF 742 MC / DF

existência da democracia.

Na dicção de Paulo Sérgio Novais de Macedo, cidadão não é mero sinônimo de eleitor, mas indivíduo participante e fiscalizador da atividade estatal (Democracia participativa na Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 178, abr./jun. 2008, p. 187).

Ante o interesse público, surge pertinente a constituição de grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, por meio do qual viabilizado o controle da execução dos programas e ações decorrentes do Plano de enfrentamento à pandemia nas comunidades quilombolas.

Deverá ser assegurada a participação, pelo menos, de representantes do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e das comunidades quilombolas.

C) Inclusão, no registro dos casos de covid-19, em prazo não superior a 48 horas, do quesito raça/cor/etnia, com notificação compulsória dos confirmados, ampla e periódica publicidade:

A verificação da efetividade de certa política pública exige monitoramento e avaliação qualificada, garantindo-se a adequada alocação de recursos considerados os objetivos e metas propostos.

Para a consecução desse objetivo, é imprescindível a consolidação de insumos a subsidiarem a adequada atuação dos órgãos, autarquias e instituições.

O rígido acompanhamento da doença, levando em conta evolução do contágio, da taxa de recuperação e de letalidade, pressupõe consideração das especificidades da população que se pretende atender.

A inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos propicia o levantamento, pelo Poder Público, de marcadores sociais que permitem a definição de programas destinados à adequada resposta à crise sanitária.

D) Suspensão, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 79

ADPF 742 MC / DF

tramitação de demandas judiciais e recursos vinculados envolvendo direitos territoriais das comunidades quilombolas, tais como ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse e anulatórias de demarcação:

Improcede, no ponto, a irresignação. Eventual pronunciamento jurisdicional contrário à ordem jurídica há de merecer glosa ante o sistema de cautelas e contracautelas ínsitas ao devido processo legal, sendo dado chegar-se, se for o caso, à Presidência do Supremo visando o afastamento da determinação.

O deslinde da controvérsia há de encontrar guarida no direito instrumental, tão desprezado em tempos de crise, mesmo sendo essencial à adequada realização do direito material, inclusive no âmbito do processo objetivo.

Não cabe tomar a arguição, instrumento nobre de controle concentrado e de excepcionalidade maior, como verdadeira advocatória, manietando Tribunais de determinadas unidades da Federação.

E) Restabelecimento do conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação:

Com o intuito de garantir efetividade ao direito fundamental à informação – artigos 5º, inciso XXXIII, 37, inciso II, § 3º, e 216, § 2º, da Constituição Federal –, foi editada a Lei nº 12.527/2015, aplicável a toda a Administração Pública, cujas diretrizes são, entre outras, a publicidade como regra e o sigilo como exceção.

O diploma tem por princípio a transparência ativa, incumbindo aos órgãos e entidades o dever de promover a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitação. É insuficiente atender pedidos de acesso, fazendo-se imperativo que a Administração, por iniciativa própria, avalie e disponibilize, sem embaraço, documentos e dados de interesse coletivo, por si produzidos ou custodiados – artigos 3º, inciso II, e 8º.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 79

ADPF 742 MC / DF

A Lei esclarece, no artigo 7º, inciso VII, alíneas “a” e “b”, o alcance do direito fundamental de acesso à informação, de obtenção de dados relativos à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, além de metas e indicadores propostos e o resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo.

Cumprido ao Executivo o restabelecimento dos sítios eletrônicos nos quais divulgadas as políticas públicas, programas, ações e pesquisas direcionadas à população quilombola no contexto da pandemia – <http://monitoramento.seppir.gov.br/> e <https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidadestradicionais/programa-brasil-quilombola> –, promovendo a atualização e a acessibilidade das informações.

F) Inclusão dos quilombolas na fase prioritária de vacinação, com a adoção de protocolos sanitários visando a eficácia da medida:

Considerada a publicação do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação, o Governo Federal procedeu à inclusão dos povos quilombolas na fase prioritária, em virtude do estado de vulnerabilidade. Limitou-se a fazer indicação genérica, deixando de prever protocolos sanitários voltados à efetividade da medida e de articular ações programáticas a fim de evitar descompasso nas unidades da Federação.

Das páginas 39 e 40 do Plano depreende-se que, na primeira fase, na qual inseridos trabalhadores de saúde, pessoas de 75 anos ou mais, de 60 anos ou mais institucionalizadas, indígenas aldeados em terras demarcadas e povos e comunidades tradicionais, não há especificação nem do quantitativo populacional nem das doses a serem destinadas aos remanescentes dos quilombos. Tampouco foram estabelecidos objetivos, metas, cronograma e providências para a imunização prioritária.

Não basta a inclusão formal dos quilombolas no grupo dos primeiros a serem imunizados, se desacompanhada de planejamento conducente à eficácia da medida. É preciso viabilizar a concretização dos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 79

ADPF 742 MC / DF

preceitos fundamentais atinentes à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde.

Os direitos fundamentais são a medula do projeto constitucional de 1988, cabendo ao Supremo, guardião da Carta da República e do Estado Democrático de Direito, atuar em diálogo com os Poderes e a sociedade, visando o cumprimento de prestações positivas em favor dos necessitados.

Levando em conta a aprovação, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do uso emergencial das vacinas de Oxford (AstraZeneca/Fiocruz) e CoronaVac (Instituto Butantan/Sinovac), e o início, em 18 de janeiro de 2021, da distribuição, é pertinente determinar a adoção de providências que assegurem a efetividade da imunização prioritária dos quilombolas.

Julgo parcialmente procedente o pedido, para determinar, à União, que:

(i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da pandemia covid-19 no que concerne à população quilombola, versando providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq;

(ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas;

(iii) providencie, no máximo em 72 horas, a inclusão, no registro dos casos de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas a notificação



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 742

530

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 41 de 79

ADPF 742 MC / DF

compulsória dos confirmados e ampla e periódica publicidade;

(iv) restabeleça, no prazo de 72 horas, o conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação <http://monitoramento.seppir.gov.br/> e <https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidadestradicionais/programa-brasil-quilombola>, abstendo-se de proceder à exclusão de dados públicos relativos à população.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 42 de 79

24/02/2021

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 742 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS (CONAQ)
ADV.(A/S)	: VERCILENE FRANCISCO DIAS
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	: RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S)	: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S)	: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: ORIEL RODRIGUES DE MORAES
REQTE.(S)	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DIREITOS HUMANOS EM REDE
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S)	: JULIANA DE PAULA BATISTA
ADV.(A/S)	: JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S)	: GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S)	: JOAO PAULO DE GODOY
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: EDUCAFRO ; EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENTENS E CARENTES
AM. CURIAE.	: CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 43 de 79

ADPF 742 MC / DF

ADV.(A/S)	:CAMILLA BORGES MARTINS GOMES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
AM. CURIAE.	:FEDERACAO NACIONAL DAS ASSOCIACOES QUILOMBOLAS
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	:GABRIELE GONCALVES DE SOUZA
ADV.(A/S)	:PEDRO SERGIO VIEIRA MARTINS
ADV.(A/S)	:CAMILA CECILINA DO NASCIMENTO MARTINS
ADV.(A/S)	:LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório do e. Min. Marco Aurélio, divergindo, no entanto, do seu voto no ponto em que indefere o pedido de suspensão de *“processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombolas;”*

A importância desse pedido foi especialmente ressaltada nas sustentações orais da “Terra de Direitos” e da “Educafro”, assim como nos respectivos Memoriais.

De fato, a efetivação de ordens executivas nesses processos pode comprometer as medidas de saúde, higiene e isolamento social nessas localidades. E o próprio exercício pleno e efetivo do contraditório queda-se precarizado.

A Lei n.14.021, de 7 de julho de 2020, cria Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 a “grupos em situação de extrema vulnerabilidade e, portanto, de alto risco” (art. 2º), incluindo as comunidades quilombolas (art. 1º, § 1º, V e VI).

O reconhecimento dessa condição demanda medidas proporcionais

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 44 de 79

ADPF 742 MC / DF

e a suspensão de processos é a técnica cautelar que, acompanhada dos demais pedidos, permite a efetivação do direito à proteção das comunidades dos quilombos (CRFB, art. 216, §5º e ADCT, art. 68) nesse especial momento de emergência sanitária.

Por se aplicarem as mesmas razões, repiso aqui o fundamento que adotei para deferir medida similar no RE 1.017.365, em 06 de maio de 2020, às comunidades indígenas.

De uma parte, concretamente, as ações que envolvem questões de titularidade e posse em locais remanescentes de quilombos são deveras sensíveis, com dilação probatória de grande complexidade e que, ordinariamente, abrangem uma diversidade de temas.

Nada obstante, de outra parte, vivenciamos uma emergência de saúde pública, assim reconhecida no território nacional em face do surgimento do novo coronavírus (COVID-19) pela Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Posteriormente, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS caracterizou a dissipação da infecção causada pelo vírus Sars-CoV-2 como uma pandemia.

Como essa pandemia ainda não possui data para se encerrar, uma vez que a ciência ainda não descobriu remédio e, embora felizmente já tenha descoberto vacina, a sua aplicação ainda é incipiente para esse vírus que tem demonstrado grande potencial de contágio e de letalidade, especialmente em populações vulneráveis, a OMS persiste orientando governos e populações, dentre outras medidas, a adotar práticas de isolamento social, a fim de impedir ao máximo a disseminação da infecção.

A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agravam a situação das comunidades quilombolas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus.

Incide, no caso, o princípio da precaução, com assento no artigo 225 da Constituição da República, a exigir do Poder Público um atuar na direção da mitigação dos riscos socioambientais, em defesa da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 45 de 79

ADPF 742 MC / DF

manutenção da vida e da saúde.

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado:

“A primeira questão versa sobre a existência do risco ou da probabilidade de dano ao ser humano e à natureza. Há certeza científica ou há incerteza científica do dano ambiental? Há ou não unanimidade no posicionamento dos especialistas? Devem, portanto, ser inventariadas as opiniões nacionais e estrangeiras sobre a matéria. Chegou-se a uma posição de certeza de que não há perigo ambiental? A existência de certeza necessita ser demonstrada, porque vai afastar uma fase de avaliação posterior. Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 103-104)

Apesar do e. relator considerar a medida incabível no âmbito do processo objetivo, trata-se de previsão expressamente prevista no art. 5, §3º, da Lei n.9.882/99 e, ainda que apenas em sede liminar, apoia-se na especial vocação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de servir de elo entre a generalidade da abstração e urgência da realidade.

Defende-se, ademais, a adoção de medidas estruturantes na ADPF a partir da leitura do art. 10 da Lei n. 9.882/99 (SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Mandado de Injunção: condições de fixação de técnicas estruturantes para o exercício de direitos assegurados constitucionalmente. In: CLÈVE, Clemerson. M; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno M. *Jurisdição Constitucional em Perspectiva*. Revista dos Tribunais, Página RB-2.4, <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/2468>

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 46 de 79

ADPF 742 MC / DF

01985/v1/page/RB-2.4, acesso em 16.02.2021).

Há tempos, ademais, diz que a técnica processual deve servir à específica necessidade de tutela do direito material:

“O direito somente é uma posição juridicamente tutelada quando dispõe de ‘formas de tutela’ adequadas às suas necessidades de proteção. Porém, tais formas de tutela não são atribuídas pelo direito processual ou pelo direito de ação, mas sim pelo próprio direito material. Pende-se, por exemplo, nas tutelas ressarcitória e inibitória. Como ‘evidente, ainda que o CPC não existisse, haveria direito às tutelas inibitória e ressarcitória. O processo deve se estruturar de modo a permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo material. Portanto, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação. Mas essa relação de adequação não pergunta apenas sobre as formas de tutela, mas também a respeito das técnicas processuais a elas adequadas. (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 502/503)

No caso, o direito material demanda a salvaguarda de comunidades quilombolas do risco sanitário exacerbado pela execução de medidas constritivas em seus territórios e a preservação de sua condição de acesso igualitário à justiça (CRFB, art. 5º, XXXV), ao devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV) e ao contraditório e à ampla defesa (CRFB, art. 5º, LIV) sem comprometer à especial necessidade de isolamento social decorrente da sua grave condição de vulnerabilidade, reconhecida em lei.

Assim, voto pela procedência também do pedido de suspensão dos *“processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombola”* até o término da pandemia.

É como voto.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 47 de 79

24/02/2021

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 742 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS (CONAQ)
ADV.(A/S)	: VERCILENE FRANCISCO DIAS
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	: RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S)	: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S)	: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: ORIEL RODRIGUES DE MORAES
REQTE.(S)	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DIREITOS HUMANOS EM REDE
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S)	: JULIANA DE PAULA BATISTA
ADV.(A/S)	: JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S)	: GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S)	: JOAO PAULO DE GODOY
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: EDUCAFRO ; EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENTENS E CARENTES
AM. CURIAE.	: CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 48 de 79

ADPF 742 MC / DF

ADV.(A/S)	:CAMILLA BORGES MARTINS GOMES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
AM. CURIAE.	:FEDERACAO NACIONAL DAS ASSOCIACOES QUILOMBOLAS
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	:GABRIELE GONCALVES DE SOUZA
ADV.(A/S)	:PEDRO SERGIO VIEIRA MARTINS
ADV.(A/S)	:CAMILA CECILINA DO NASCIMENTO MARTINS
ADV.(A/S)	:LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental apresentada pela COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS (CONAQ), entidade associativa, além do Partido Socialista Brasileiro – PSB e outros partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

Após discorrerem sobre a situação de vulnerabilidade socioeconômica dos quilombolas, agravada pela pandemia de COVID-19, os autores requereram o seguinte:

“Diante do exposto, requer-se que seja determinado à União Federal que, no âmbito de sua competência e com a participação da CONAQ, elabore e implemente um plano nacional de combate aos efeitos da pandemia de Covid-19 nas comunidades quilombolas, em um prazo de no máximo 30 dias, devendo observar, no mínimo:

1. *Distribuição imediata de equipamentos de proteção individual (máscaras e outros), água potável e materiais de higiene e desinfecção às comunidades quilombolas, com indicação de cronograma;*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 49 de 79

ADPF 742 MC / DF

2. *Medidas de segurança alimentar e nutricional que incluam ações emergenciais de distribuição de cestas básicas, indicando ações específicas e cronograma de implementação;*

3. *Medidas de logística que viabilizem a todas as pessoas integrantes de comunidades quilombolas acesso regular a leitos hospitalares, incluindo Unidade de Terapia Intensiva (UTI), indicando cronograma e ações específicas;*

4. *Fortalecimento dos Programas de Saúde da Família nos Quilombos como estratégia fundante da ação de prevenção aos efeitos da Covid-19, indicando ações específicas e cronograma de implementação;*

5. *Disponibilização de meios para testagem regular e periódica em integrantes das comunidades quilombolas com suspeita ou ocorrência de contaminação pelo novo coronavírus, conforme orientação médica;*

6. *Medidas que evitem o contágio de quilombolas pela Covid-19 em função da existência de empreendimentos estatais e de particulares com potencial de afetar territórios tradicionais, nos termos da Portaria Interministerial 60/2015, por meio da elaboração e adoção de protocolo de prevenção ao contágio;*

7. *Medidas de apoio às comunidades quilombolas que adotarem ações e/ou protocolos de isolamento social comunitário, incluindo atividades de controle sanitário de acesso de terceiros aos territórios tradicionais, indicando cronograma de implementação;*

8. *Medidas de combate ao racismo a quilombolas no atendimento médico e hospitalar que contem com canal específico para recebimento e processamento de denúncias, indicando medidas específicas e cronograma de implementação;*

9. *A aplicação do referido plano deve se estender na mesma medida e proporção dos efeitos da pandemia do novo coronavírus nas comunidades quilombolas."*

A Advocacia-Geral da União prestou informações, nas quais sustentou: **a)** a ilegitimidade ativa da CONAQ; **b)** o não cabimento da ADPF, inclusive com a notícia de que há ações civis públicas ajuizadas

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 50 de 79

ADPF 742 MC / DF

em, pelo menos, dois estados do Brasil tratando do mesmo assunto; e c) no mérito, que já há adoção de políticas públicas adequadas, não sendo o caso de substituí-las por outras, determinadas judicialmente.

Diversos outros órgãos do Governo também tiveram as suas manifestações, em sentido semelhante ao da AGU, juntadas aos autos.

O eminente Relator admitiu diversas entidades como *amici curiae* (peças 74 a 77; 88).

A Procuradoria-Geral da República pronunciou-se no sentido de que a ADPF deve ser conhecida e parcialmente acolhida, apenas para que se determine a constituição de um grupo de trabalho interdisciplinar e conceda-se prazo para apresentação de um “Plano Nacional de Combate aos Efeitos da Epidemia de COVID-19 sobre as Comunidades Quilombolas” (peça 89).

Houve aditamento à inicial para requerer prioridade no Plano Nacional de Vacinação, admitido pelo Relator (peça 104).

A Advocacia-Geral da União informou que o aditamento perdeu o objeto, uma vez que o Governo Federal concedeu aos quilombolas prioridade na vacinação. O pronunciamento da PGR foi no mesmo sentido (peça 120).

O Relator determinou a inclusão do feito no Plenário Virtual.

Houve a manifestação de diversos *amici curiae*.

É o relatório.

Acompanho parcialmente o voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 51 de 79

ADPF 742 MC / DF

Em respeito ao *quorum* quase majoritário que se forma nesta Suprema Corte em dinâmica de Plenário Virtual, consigno, vencido, que, a rigor, esta arguição não seria cabível por diversos óbices processuais. **Elenco os fundamentos abaixo apenas para que não fiquem sem registro. Tenho, contudo, que, excepcionalmente e em reconhecimento ao relevante teor deste caso, o caminho mais viável é a análise do mérito e o acolhimento parcial desta arguição.** Ressalvo, pois, o meu entendimento pessoal quanto ao não cabimento da ação.

Embora a CONAQ, com a devida vênia, não possua legitimidade ativa para o ajuizamento da ADPF (visto não se tratar de entidade de classe ou de categorias de pessoas ligadas por circunstâncias profissionais ou econômicas, conforme art. 103, IX, CF/88), os demais partidos políticos possuem representação no Congresso Nacional, o que afasta tal óbice.

A rigor, porém, falta à ADPF um de seus requisitos objetivos, qual seja, o **ato impugnado**. No caso, os autores aduzem ter havido supostas **omissões** – e não ações – do Poder Público. Assim, a inicial (p. 4) menciona suposta “omissão do Estado”:

“Ocorre que em função da omissão do Estado em agir para viabilizar o enfrentamento aos efeitos da pandemia da Covid-19 nos quilombos, estes experimentam graves e evitáveis lesões que afetam de forma relevante a possibilidade de continuidade de reprodução física, social, étnica e cultural de cada comunidade.” (grifei)

A ADPF, em sua gênese, não se presta a corrigir **omissões** do Estado, mas, sim, “**ato do Poder Público**” do qual possa resultar lesão a preceito fundamental, conforme art. 1º da Lei nº 9.882/99:

*“Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, **resultante de ato do Poder Público.**” (com meus grifos)*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 52 de 79

ADPF 742 MC / DF

Aliás, a Lei nº 9.882/99, em seu art. 3º, inciso II, determina, como requisito formal para o recebimento da inicial, que ela aponte o “ato questionado”. O debate remonta à Constituição de 1988, ocasião em que a ADPF foi criada com foco em atos, em condutas positivas que violassem “preceito fundamental”. No caso, quando a parte autora indica os “atos lesivos”, elenca uma série de supostas omissões que estariam em curso, consoante itens 70 e 71 da inicial (p. 24):

“70. Desse modo, em grande medida, a lesividade é observada na omissão da União, destacando-se:

(i) ausência de monitoramento, divulgação pública e regular dos casos envolvendo quilombolas infectados;

(ii) ausência de monitoramento, divulgação pública e regular de óbitos entre quilombolas;

(iii) ausência de plano governamental destinado ao combate aos efeitos da Covid-19 nos quilombos;

(iv) violações ao direito de realizar isolamento social comunitário como medida de autoproteção;

(v) ausência de medidas governamentais de apoio à proteção sanitária territorial por meio do fornecimento de equipamentos de proteção individual;

(vi) ausência de medidas de proteção da posse tradicional quilombola durante a pandemia, gerando riscos de deslocamentos forçados coletivos dessas comunidades em período de máxima vulnerabilidade;

(vii) ausência de instância institucional de Estado no âmbito do Poder Executivo Federal voltada à consulta e participação da entidade representativa nacional quilombola;

(viii) ausência de medidas de busca da equidade diante do acesso em menor escala a políticas públicas destinadas a toda a população, a exemplo do acesso ao auxílio emergencial;

(ix) ausência de ações em escala e com regularidade minimamente eficazes que viabilizem segurança alimentar e nutricional, a exemplo da distribuição de sementes, outros insumos agrícolas e cestas básicas.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 53 de 79

ADPF 742 MC / DF

71. *As omissões acima apontadas indicam que o Estado, mais precisamente o Poder Executivo Federal, deixou de adotar ações que são de execução absolutamente viável e que têm o condão de minimizar significativamente os efeitos da pandemia decorrente da Covid-19 e, assim, resguardar a garantia de reprodução física, social e cultural das comunidades quilombolas.* (sublinhei)

O único item que não trata de omissão é o de número IV, porém está expresso com tal vagueza que não se pode extrair dele nenhuma obrigação jurídica concreta. É dizer, a ADPF não preencheria, a rigor, requisito objetivo para sua admissibilidade.

Certo, ainda, que, no julgamento da célebre ADPF 347/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu o chamado “estado de coisas inconstitucional”, de alguma maneira determinou-se a correção de omissões inconstitucionais. Ali se estava no contexto em que havia vários atos lesivos também, de tal maneira que não se podia destriçá-los das omissões lesivas. Por isso, a Corte avançou no tema de um modo mais geral. De fato, o caráter massivo e persistente da violação provocada por políticas públicas existentes, embora falhas, foi decisivo para o conhecimento da ação.

A propósito disso, surgiria outro obstáculo para o conhecimento do pleito. É que se está lançando mão da ADPF como vanguarda da postulação judicial. Há diversos remédios que podem ser usados para corrigir as omissões apontadas pelos autores, inclusive coletivamente, como é a ação civil pública. Por esse ângulo, também, a ADPF não atende ao requisito da subsidiariedade. É dizer, haveria outros instrumentos legais de eficácia superior a esta arguição. Nesse sentido, precedente de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli:

“Vale ressaltar, ademais, que a expressão ‘outro meio eficaz’, contida no artigo 4º, § 1º, da Lei da 9.882/99, engloba não apenas

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 54 de 79

ADPF 742 MC / DF

instrumentos de controle concentrado, mas outros meios processuais existentes em nosso ordenamento jurídico que tenham aptidão de solver satisfatoriamente a controvérsia suscitada na ADPF. Neste sentido leciona, em sede doutrinária, o Ministro Luís Roberto Barroso:

‘O descabimento de outros mecanismos concentrados de controle de constitucionalidade, como assinalado, é um elemento necessário para caracterizar a presença da subsidiariedade que justifica a ADPF. Não se trata, porém, de elemento suficiente. Além da presença dos demais requisitos referidos acima, é preciso que os mecanismos subjetivos existentes sejam insatisfatórios justificando uma intervenção concentrada por parte do STF. Se tais mecanismos forem adequados para afastar eventual lesão, não se justifica o uso da ADPF.

O sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade não se destina a absorver toda e qualquer discussão subjetiva envolvendo questões constitucionais. Por tal razão, os jurisdicionados não detêm a expectativa legítima de verem todas as suas disputas apreciadas pelo STF em sede de uma ação abstrata. Para conhecer as lides e dar-lhes solução, existe um complexo sistema orgânico e processual que, eventualmente, poderá até mesmo chegar ao STF – pelas vias recursais próprias de natureza subjetiva.

*Nesse contexto, portanto, a ADPF não é uma ação abstrata subsidiária, no sentido de que seria cabível sempre que a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade não o fossem. Como explicado acima, a subsidiariedade significa apenas que não caberá ADPF se outro meio idôneo capaz de sanar a lesividade estiver disponível, não podendo ser extraída da regra da subsidiariedade a conclusão de que seria possível o ajuizamento de ADPF sempre que não coubesse ADIn e ADC’ (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289).”*

(ADPF 319/PB, Ministro Dias Toffoli, j. 14/05/2014)

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 55 de 79

ADPF 742 MC / DF

Isso, visto ainda por outro ângulo, demonstra que, em verdade, as condutas que se pede sejam realizadas pelo Poder Público pertencem mesmo à seara do Executivo.

Não haveria, ainda, a *justiciabilidade* necessária para conhecimento desta arguição, pois, em primeiro lugar, não há ato ou omissão. Ou seja, o interesse de agir surgiria apenas no caso de inércia do Poder Público cabalmente demonstrada.

Observo, contudo, que já existe, em andamento, previsão legal de ampla política pública emergencial específica para **as comunidades quilombolas**.

Com efeito, a recente Lei Federal nº 14.021/2020 tratou não apenas das comunidades quilombolas, mas também das indígenas. O texto dessa lei prevê diversas medidas de atendimento às **comunidades quilombolas** (art. 1º, V) e também à **população quilombola** que esteja fora de tais comunidades *“em razão de estudos, de atividades acadêmicas ou de tratamento de sua própria saúde ou da de seus familiares”* (art. 1º, VI).

Para que se tenha ideia da amplitude de tal legislação, segue ela colacionada:

*“Art. 1º Esta Lei institui medidas de vigilância sanitária e epidemiológica para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas, cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas, prevê ações de garantia de segurança alimentar, dispõe sobre ações relativas a povos indígenas isolados e de recente contato no período de calamidade pública em razão da Covid-19, estipula medidas de apoio às **comunidades quilombolas**, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19 e*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 56 de 79

ADPF 742 MC / DF

altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública.

§ 1º Estão abrangidos pelas disposições desta Lei:

I – indígenas isolados e de recente contato;

II – indígenas aldeados;

III – indígenas que vivem fora das terras indígenas, em áreas urbanas ou rurais;

IV – povos e grupos de indígenas que se encontram no País em situação de migração ou de mobilidade transnacional provisória;

V – quilombolas;

VI – quilombolas que, em razão de estudos, de atividades acadêmicas ou de tratamento de sua própria saúde ou da de seus familiares, estão residindo fora das comunidades quilombolas;

VII – pescadores artesanais;

VIII – demais povos e comunidades tradicionais.

§ 2º As disposições desta Lei não excluem outras formas de proteção aos indígenas, aos quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais por ações governamentais direcionadas à prevenção e ao enfrentamento dos efeitos da Covid-19.

*Art. 2º Os povos indígenas, as **comunidades quilombolas**, os pescadores artesanais e os demais povos e comunidades tradicionais serão considerados como grupos em situação de extrema vulnerabilidade e, portanto, de alto risco e destinatários de ações relacionadas ao enfrentamento de emergências epidêmicas e pandêmicas.*

*Art. 3º Todas as medidas e garantias previstas nesta Lei levarão em consideração a organização social, as línguas, os costumes, as tradições e o direito à territorialidade dos povos indígenas, nos termos do art. 231 da Constituição Federal, das **comunidades quilombolas**, nos termos do § 5º do art. 216 da Constituição Federal e do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dos pescadores artesanais e dos demais povos e comunidades tradicionais.*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 57 de 79

ADPF 742 MC / DF**CAPÍTULO II****DO PLANO EMERGENCIAL PARA ENFRENTAMENTO À COVID-19 NOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS**

Art. 4º Fica criado o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos Territórios Indígenas (Plano Emergencial), com o objetivo de assegurar o acesso aos insumos necessários à manutenção das condições de saúde para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19, bem como para o tratamento e a recuperação dos infectados, com observância dos direitos sociais e territoriais dos povos indígenas.

Art. 5º Cabe à União coordenar o Plano Emergencial e, conjuntamente com os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as demais instituições públicas que atuam na execução da política indigenista e com a participação efetiva dos povos indígenas por meio de suas entidades representativas, executar ações específicas para garantir, com urgência e de forma gratuita e periódica, as seguintes medidas, entre outras:

~~I – (VETADO);~~

I – acesso universal a água potável; Promulgação partes vetadas

~~H – (VETADO);~~

II – distribuição gratuita de materiais de higiene, de limpeza e de desinfecção de superfícies para aldeias ou comunidades indígenas, oficialmente reconhecidas ou não, inclusive no contexto urbano; Promulgação partes vetadas

III – participação de Equipes Multiprofissionais de Saúde Indígena (EMSIs) qualificadas e treinadas para enfrentamento à Covid-19, com disponibilização de local adequado e equipado para realização de quarentena pelas equipes antes de entrarem em territórios indígenas, bem como de equipamentos de proteção individual (EPIs) adequados e suficientes;

IV – acesso a testes rápidos e RT-PCRs, a medicamentos e a equipamentos médicos adequados para identificar e combater a Covid-19 nos territórios indígenas;

V – organização de atendimento de média e alta complexidade nos centros urbanos e acompanhamento diferenciado de casos que

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 58 de 79

ADPF 742 MC / DF

envolvam indígenas, com planejamento estruturado de acordo com a necessidade dos povos, que inclua:

a) (VETADO);

a) oferta emergencial de leitos hospitalares e de unidade de terapia intensiva (UTI); Promulgação partes vetadas

b) (VETADO);

b) aquisição ou disponibilização de ventiladores e de máquinas de oxigenação sanguínea; Promulgação partes vetadas

c) contratação emergencial de profissionais da saúde para reforçar o apoio à saúde indígena;

d) disponibilização, de forma a suprir a demanda, de ambulâncias para transporte – fluvial, terrestre ou aéreo – de indígenas de suas aldeias ou comunidades até a unidade de atendimento mais próxima, ou para transferência para outras unidades;

e) construção emergencial de hospitais de campanha nos Municípios próximos das aldeias ou comunidades com maiores números de casos de contaminação por Covid-19;

~~VI~~ (VETADO);

VI – elaboração e distribuição, com participação dos povos indígenas ou de suas instituições, de materiais informativos sobre os sintomas da Covid-19, em formatos diversos e por meio de rádios comunitárias e de redes sociais, com tradução e em linguagem acessível, respeitada a diversidade linguística dos povos indígenas, em quantidade que atenda às aldeias ou comunidades indígenas de todo o País; Promulgação partes vetadas

VII – transparência e publicização dos planos de contingência, notas e orientações técnicas, vigilância e monitoramento epidemiológico dos casos relacionados à Covid-19 em territórios indígenas;

~~VIII~~ (VETADO);

VIII – provimento de pontos de internet nas aldeias ou comunidades, a fim de viabilizar o acesso à informação e de evitar o deslocamento de indígenas para os centros urbanos; Promulgação partes vetadas

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 59 de 79

ADPF 742 MC / DF

IX – elaboração e execução de planos emergenciais, bem como estabelecimento de protocolos de referência para atendimento especializado, transporte e alojamento dos indígenas;

X – estabelecimento de rigoroso protocolo de controle sanitário e vigilância epidemiológica do ingresso nas terras indígenas e nas aldeias ou comunidades, preferencialmente com a disponibilização de testes rápidos para as EMSIs, com o objetivo de evitar a propagação da Covid-19 nos territórios indígenas;

XI – adequação das Casas de Apoio à Saúde Indígena (Casais) para as necessidades emergenciais de acompanhamento e isolamento de casos suspeitos, confirmados e de contatos com a Covid-19, garantindo medicamentos, equipamentos de proteção individual e contratação de profissionais;

XII – financiamento e construção de casas de campanha para situações que exijam isolamento de indígenas nas suas aldeias ou comunidades.

§ 1º Os comitês, comissões ou outros órgãos colegiados direcionados ao planejamento, coordenação, execução, supervisão e monitoramento dos impactos da Covid-19 no âmbito da saúde dos povos indígenas devem contar com a participação e o controle social indígena e de suas instâncias representativas.

§ 2º As medidas de isolamento e de quarentena de casos suspeitos de Covid-19 deverão considerar que os povos indígenas têm maior vulnerabilidade do ponto de vista epidemiológico e têm como característica a vida comunitária, com muitos membros convivendo em uma mesma moradia.

Art. 6º Nenhum atendimento de saúde ou de assistência social na rede pública pode ser negado às populações indígenas por falta de documentação ou por quaisquer outros motivos.

Art. 7º (VETADO).

Art. 8º O atendimento de saúde aos indígenas residentes fora das terras indígenas e àqueles povos e grupos de indígenas que se encontram no País em situação de migração ou de mobilidade transnacional provisória será feito diretamente pela rede do Sistema Único de Saúde (SUS), com as devidas adaptações na estrutura, respeitadas as especificidades culturais e sociais dos povos e observado

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 60 de 79

ADPF 742 MC / DF

o disposto nos §§ 1º-A, 1º-B, 2º e 3º do art. 19-G da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, com exceção daqueles de aldeias ou comunidades indígenas localizadas nas áreas urbanas, para os quais o atendimento será articulado pela União com o apoio da rede do SUS.

Parágrafo único. Para efeitos de comprovação documental, será aceito o Registro Administrativo de Nascimento do Indígena (Rani) ou o registro civil de nascimento com a identificação étnica expedido pelos cartórios de registro civil, conforme disposto na Resolução Conjunta nº 3 do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, de 19 de abril de 2012.

CAPÍTULO III**DA SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL**

Art. 9º Considerada a abrangência prevista no § 1º do art. 1º desta Lei, fica instituída a garantia da segurança alimentar e nutricional aos povos indígenas, às **comunidades quilombolas**, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais enquanto perdurar o estado de emergência decorrente da pandemia da Covid-19.

§ 1º (VETADO).

§ 2º A União disponibilizará remédios, itens de proteção individual e materiais de higiene e de desinfecção, observados os protocolos de proteção dos profissionais e dos povos indígenas, bem como as diretrizes do Plano Emergencial de que trata o Capítulo II desta Lei.

§ 3º Os atos de distribuição de cestas básicas e de outros produtos relacionados às medidas de enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas, nas **comunidades quilombolas** e nos territórios de pescadores artesanais e de povos e comunidades tradicionais serão preferencialmente realizados pelo Poder Público, com a participação das comunidades interessadas.

§ 4º A União garantirá suporte técnico e financeiro à produção dos povos indígenas, das **comunidades quilombolas**, dos pescadores artesanais e dos demais povos e comunidades tradicionais e ao escoamento da produção daqueles prejudicados em função da Covid-19, por meio da aquisição direta de alimentos no

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 61 de 79

ADPF 742 MC / DF

âmbito dos programas da agricultura familiar, assegurando a infraestrutura e a logística necessárias, de acordo com cada região.

Art. 10. Serão simplificadas, para o enfrentamento à Covid-19, as exigências documentais para acesso a políticas públicas que visam a criar condições para garantir a segurança alimentar aos povos indígenas, às **comunidades quilombolas**, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais.

§ 1º Em processos de compra pública, doação simultânea e alimentação escolar, quando a aquisição e o consumo da mercadoria ocorrerem na mesma terra indígena, fica estendido o conceito de autoconsumo, dispensando-se o atesto dos órgãos de vigilância animal e sanitária.

§ 2º Em processos de compra pública, doação simultânea e alimentação escolar, se houver uma única pessoa jurídica na terra indígena e se a aquisição e o consumo da mercadoria ocorrerem nessa mesma terra indígena, será dispensado o chamamento público.

§ 3º As Declarações de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) para pessoas físicas indígenas podem ser substituídas pelas Certidões de Atividade Rural ou outros documentos comprobatórios simplificados que já sejam emitidos pelo órgão indigenista oficial.

§ 4º (VETADO).

~~§ 5º (VETADO).~~

§ 5º Será garantida a inclusão das **comunidades quilombolas** certificadas pela Fundação Cultural Palmares como beneficiárias do Programa Nacional de Reforma Agrária (PNRA), assegurado o cadastramento das famílias na Relação de Beneficiários (RB), para acesso às políticas públicas. Promulgação partes vetadas

CAPÍTULO IV**DOS POVOS INDÍGENAS ISOLADOS OU DE RECENTE CONTATO**

Art. 11. Nos casos dos povos indígenas isolados ou de recente contato, com o objetivo de resguardar seus direitos e de evitar a propagação da Covid-19, somente em caso de risco iminente, em caráter excepcional e mediante plano específico articulado pela União, será permitido qualquer tipo de aproximação para fins de prevenção e combate à pandemia.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 62 de 79

ADPF 742 MC / DF

Art. 12. A União adotará as seguintes medidas:

~~I – (VETADO);~~

I – elaboração, no prazo de 10 (dez) dias, dos planos de contingência para situações de contato para cada registro confirmado de indígenas isolados oficialmente reconhecido pela Funai; Promulgação partes vetadas

~~II – (VETADO);~~

II – elaboração, no prazo de 10 (dez) dias, dos planos de contingência para surtos e epidemias específicos para cada povo de recente contato oficialmente reconhecido pela Funai; Promulgação partes vetadas

III – quarentena obrigatória para todas as pessoas autorizadas a interagir com povos indígenas de recente contato;

IV – suspensão de atividades próximas às áreas de ocupação de indígenas isolados, excetuadas aquelas de fundamental importância para a sobrevivência ou o bem-estar dos povos indígenas, na forma do regulamento;

V – disponibilização imediata de testes para diagnóstico da Covid-19 e de EPIs para todos os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (Dseis) que atuam em áreas onde existam registros oficiais de povos indígenas isolados ou presença de povos indígenas de recente contato.

Art. 13. Fica vedado o ingresso de terceiros em áreas com a presença confirmada de indígenas isolados, salvo de pessoas autorizadas pelo órgão indigenista federal, na hipótese de epidemia ou de calamidade que coloque em risco a integridade física dos indígenas isolados.

§ 1º As missões de cunho religioso que já estejam nas comunidades indígenas deverão ser avaliadas pela equipe de saúde responsável e poderão permanecer mediante aval do médico responsável.

§ 2º A vedação de que trata este artigo não se aplica aos agentes públicos, desde que observados os parâmetros de segurança epidemiológica orientados pela Organização Mundial da Saúde e pelo Ministério da Saúde.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 79

ADPF 742 MC / DF**CAPÍTULO V****DO APOIO ÀS COMUNIDADES QUILOMBOLAS, AOS PESCADORES ARTESANAIS E AOS DEMAIS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NO ENFRENTAMENTO À COVID-19**

Art. 14. Enquanto perdurar o período de calamidade pública em saúde decorrente da pandemia da Covid-19, serão adotadas medidas urgentes para mitigar os seus efeitos entre os quilombolas, os pescadores artesanais e os demais povos e comunidades tradicionais do País.

~~*Parágrafo único. (VETADO).*~~

Parágrafo único. Aplicam-se às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais as disposições referentes ao Plano Emergencial de que trata o Capítulo II desta Lei, e cabe à União o planejamento e a execução das medidas de que trata o 'caput' deste artigo, no que couber. Promulgação partes vetadas

Art. 15. Serão desenvolvidas ações emergenciais de saúde, sem prejuízo de outras, em prol das comunidades quilombolas, dos pescadores artesanais e dos demais povos e comunidades tradicionais, que incluam, no mínimo:

I – medidas de proteção territorial e sanitária, com a restrição de acesso a pessoas estranhas à comunidade, ressalvadas as de missões religiosas que já estejam atuando e os responsáveis pela prestação de serviços públicos devidamente credenciados, como profissionais da saúde e de demais órgãos públicos, visando a impedir a disseminação da Covid-19 e a circulação do coronavírus entre os quilombolas e os pescadores artesanais;

II – ampliação emergencial do apoio por profissionais da saúde, com ampla utilização de EPIs pelos profissionais envolvidos, além da garantia de testagem rápida para os casos suspeitos de Covid-19 nos quilombos ou em territórios de pescadores artesanais e de demais povos e comunidades tradicionais;

III – inclusão do quesito raça ou cor no registro dos casos de Covid-19, asseguradas a notificação compulsória dos casos confirmados entre quilombolas e sua ampla e periódica publicidade.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 64 de 79

ADPF 742 MC / DF

Art. 16. (VETADO).

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES E FINAIS

Art. 17. A União poderá firmar convênio com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para executar as medidas previstas nesta Lei, autorizados o ajuste de dotações e a transferência direta de recursos para os entes federativos.

Art. 18. (VETADO).

Art. 18. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações: Promulgação partes vetadas

'Art. 19-E.

§ 1º A União instituirá mecanismo de financiamento específico para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sempre que houver necessidade de atenção secundária e terciária fora dos territórios indígenas.

§ 2º Em situações emergenciais e de calamidade pública:

I – a União deverá assegurar aporte adicional de recursos não previstos nos planos de saúde dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (Dseis) ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena;

II – deverá ser garantida a inclusão dos povos indígenas nos planos emergenciais para atendimento dos pacientes graves das Secretarias Municipais e Estaduais de Saúde, explicitados os fluxos e as referências para o atendimento em tempo oportuno.' (NR)

'Art.19-G.

§ 1º-A. A rede do SUS deverá obrigatoriamente fazer o registro e a notificação da declaração de raça ou cor, garantindo a identificação de todos os indígenas atendidos nos sistemas públicos de saúde.

§ 1º-B. A União deverá integrar os sistemas de informação da rede do SUS com os dados do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

..... ' (NR)'

Art. 19. (VETADO).

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 65 de 79

ADPF 742 MC / DF

*Art. 19. Em áreas remotas, a União adotará mecanismos que facilitem o acesso ao auxílio emergencial instituído pelo art. 2º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, assim como aos benefícios sociais e previdenciários, de modo a possibilitar a permanência de povos indígenas, de **comunidades quilombolas**, de pescadores artesanais e de demais povos e comunidades tradicionais em suas próprias comunidades. Promulgação partes vetadas*

Art. 20. Ressalvado o disposto no art. 18, os demais dispositivos desta Lei terão validade apenas enquanto vigorar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, nos termos do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Parágrafo único. As aquisições de materiais e serviços e as contratações em cumprimento a esta Lei deverão seguir os termos dos arts. 4º, 4º-A, 4º-B, 4º-C, 4º-D, 4º-E, 4º-F, 4º-G, 4º-H e 4º-I da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.” (com meus grifos)

Vê-se que a extensão da lei aponta existir previsão legal de política pública específica que atende, assim, as comunidades quilombolas (bem como as indígenas), que se encontram em situação de maior vulnerabilidade.

Também induz ao raciocínio do quanto o debate é profundo, complexo e plúrimo. Ainda, os debates para promulgação de tal lei, além de ampla discussão no Parlamento, também foram precedidos de prévia oitiva dos Ministérios da Saúde, da Justiça e Segurança Pública, da Economia e da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

Concordo que a situação é grave. Noto, contudo, que a própria existência de lei específica a respeito do enfrentamento da COVID-19 às comunidades quilombolas, acompanhada do Plano Nacional de Imunização, afasta, ao menos neste momento, a omissão de política pública por parte do Legislativo.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 79

ADPF 742 MC / DF

Em relação ao Poder Executivo, a AGU traz notícias mais atualizadas sobre as contínuas ações do Ministério da Saúde concretizadas no Plano Nacional de Imunização (PNI).

A vacinação prioritária a grupos de risco, não só à população quilombola, mas também a trabalhadores da área da saúde, pessoas idosas com 60 anos ou mais, indígenas, pessoas com comorbidades, entre outras, é expressamente informada pelo PNI:

*“Desta forma foram elencadas as seguintes populações como grupos prioritários para vacinação: trabalhadores da área da saúde (incluindo profissionais da saúde, profissionais de apoio, cuidadores de idosos, entre outros), pessoas de 60 anos ou mais institucionalizadas, população idosa (60 anos ou mais), indígena aldeado em terras demarcadas aldeados, comunidades tradicionais ribeirinhas e **quilombolas**, população em situação de rua, morbididades (Diabetes mellitus; hipertensão arterial grave (difícil controle ou com lesão de órgão alvo); doença pulmonar obstrutiva crônica; doença renal; doenças cardiovasculares e cérebro-vasculares; indivíduos transplantados de órgão sólido; anemia falciforme; câncer; obesidade grau III), trabalhadores da educação, pessoas com deficiência permanente severa, membros das forças de segurança e salvamento, funcionários do sistema de privação de liberdade, trabalhadores do transporte coletivo, transportadores rodoviários de carga, população privada de liberdade. Os detalhamentos das especificações dos grupos prioritários e recomendações para vacinação dos grupos elencados acima encontram-se no Anexo II.”*

(https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano_vacinacao_versao_eletronica-1.pdf – fl. 22 – grifei)

Percebe-se que estão incluídos no plano não só os quilombolas, mas também os demais grupos vulneráveis protegidos constitucionalmente.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 67 de 79

ADPF 742 MC / DF

No caso em cotejo, reconhece-se a fragilidade a que as comunidades quilombolas estão expostas. Isso, porém, não afasta a urgência e fragilidade dos demais grupos de risco, que também são merecedores da atenção do Poder Público, até mesmo por isonomia constitucional.

É compreensível que toda a população brasileira esteja apreensiva com a pandemia. O vírus, porém, não reconhece distinções étnicas, econômicas ou sociais. Está claro que vulnerabilidades socioeconômicas acentuam os riscos da doença, e, nesse sentido, o tratamento sanitário diferenciado aos quilombolas, tendo em vista dados objetivos que o justifiquem, pode e deve ser dispensado pelo Governo.

Entretanto, a escolha das medidas diferenciadas, os contextos que devem ser considerados, a modulação das distinções compensatórias, tudo isso é assunto próprio da formulação de políticas públicas e depende da coleta e processamento de um conjunto vastíssimo de dados e informações.

Daí, adentrar-se nessa seara, sem informações logísticas constantemente atualizadas para determinar os comandos específicos requeridos, sem corpo técnico altamente qualificado, ressenete-se da cautela que deve permear a atuação do Judiciário.

Deve-se guardar respeito ao Pacto Republicano com o princípio da separação dos Poderes, observando-se a atuação harmônica entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, para, assim, evitar-se eventual comando que, em vez de ajudar toda a população quilombola, acabe por obstar ação já em andamento.

E, por mais zelo que possua a parte autora, ela descreve, na petição inicial, um quadro muito amplo e genérico, todo assentado em estatísticas que enfatizam a relevância do quilombola, sem entrar, contudo, nos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 68 de 79

ADPF 742 MC / DF

inumeráveis detalhamentos concretos que uma política pública de saúde deve levar em conta nos mais de 5 mil municípios do país.

Prova disso está na ausência de dado básico que sequer foi informado na inicial ou no correspondente aditamento. **Os autores não trouxeram o número aproximado da população quilombola, ou seja, inexistente estimativa de quantas pessoas se pretende sejam vacinadas prioritariamente.**

De fato, é tamanha a dificuldade que o próprio IBGE informa, em matéria de 24/04/2020, o seguinte:

“(...) Já a população que se considera quilombola será identificada pela primeira vez no próximo Censo, adiado para 2021. Embora não tenha estimativa dessa população, o IBGE calcula que o país possua 5.972 localidades quilombolas, que estão divididas em 1.672 municípios brasileiros, mais que o dobro com localidades indígenas (827).

Do total de localidades, 404 são territórios oficialmente reconhecidos, 2.308 são denominados agrupamentos quilombolas e o restante, 3.260, identificados como outras localidades quilombolas. Entre os agrupamentos, 709 estão localizados dentro dos territórios quilombolas oficialmente delimitados e 1.599 fora dessas terras.

O Nordeste possui 3.171 localidades quilombolas, pouco mais da metade do total. Em seguida vem o Sudeste com 1.359 quilombos. O restante está dividido nas regiões Norte (873), Sul (319) e Centro-Oeste (250).

A Bahia tem o maior número de localidades quilombolas entre todos os estados do país. São 1.046 no total. Em segundo lugar está Minas Gerais com 1.021 comunidades do tipo. Outros destaques são o Maranhão com 866 e o Pará, que soma 516. Acre e Roraima não possuem localidades quilombolas.

No Nordeste também está localizado o maior número de territórios quilombolas oficialmente reconhecidos, somando 176 ocorrências. Mas é no estado do Pará, no Norte, que está a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 79

ADPF 742 MC / DF

maioria das localidades com delimitação oficial (75). O Maranhão vem em seguida com 60 e a Bahia, com 40 quilombos. Entre as grandes regiões, depois do Nordeste, está o Norte (94), Sudeste (76), Sul (36) e Centro-Oeste (22) também com territórios reconhecidos oficialmente.

Barreirinha, no Amazonas, é a cidade com mais localidades quilombolas do país (167), seguida de Alcântara (74) e Itapecuru Mirim (45), ambas no Maranhão, e Oriximiná (41) e Moju (38), no Pará.

‘Essa é a primeira estimativa de dados quilombolas produzida pelo IBGE. Como o Instituto nunca divulgou informações sobre essa população, os dados apresentados estão em fase de consolidação e, portanto, sujeitos a revisões até o próximo Censo, em 2021, quando poderão ser confirmados’, destacou Damasco.”

(<https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/27487-contra-covid-19-ibge-antecipa-dados-sobre-indigenas-e-quilombolas.html> – grifei)

Assim, sem nem mesmo se saber ao certo quantas pessoas se pretende vacinar, é prudente que tal política pública emergencial para vacinação da população quilombola (e, aliás, de toda a população brasileira) seja primordialmente encampada pelo Executivo.

Deveras, observo que não só a União, como também os Estados-membros e até os Municípios estão a realizar planos estaduais de vacinação por suas Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.

Daí porque a determinação de qualquer comando específico pelo Judiciário, sem informações constantemente atualizadas do país todo, poderá não apenas ter eficácia questionável (até ineficácia), como, pior, poderá obstar ou, no mínimo, gerar conflitos na **ação** do Poder Público em suas três esferas (União, Estados e Municípios), que já está a ser implementada em caráter de emergência.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 70 de 79

ADPF 742 MC / DF

Há evidente risco de indevida sobreposição de determinações, a levar a um estado conflituoso de condutas a serem observadas pela União e pelos demais entes públicos.

Só para ficar num exemplo. A parte autora requereu, entre outras providências, a “*distribuição imediata de equipamentos de proteção individual (máscaras e outros), água potável e materiais de higiene e desinfecção às comunidades quilombolas, com indicação de cronograma*”.

Admitamos que essa medida fosse deferida. Em primeiro lugar, quantas máscaras seriam distribuídas para cada quilombola? Seriam máscaras descartáveis? A água potável a que se refere a inicial seria aquela que sai da torneira (e pode ser filtrada ou fervida antes de ser consumida), que decorre de um serviço público municipal, ou teria que ser água mineral engarrafada? Os materiais de higiene e desinfecção, quais seriam e em que quantidade?

Mais não fosse, embora reconheça e também acredite que o Poder Público não deve tangenciar *omissão inconstitucional*, existe política pública em andamento.

Feitas tais ponderações, tenho que esta Corte, de um lado, não deve manter-se inerte ante o grave quadro da pandemia e, também, em respeito a outras ações e medidas aqui já adotadas; de outro, deve guardar, como já mencionei, respeito à separação dos Poderes.

Desse modo, na medida em que não se pode deixar de ver que a Lei nº 14.021/2020 já traça política pública em amparo às comunidades quilombolas, bem assim que o Plano Nacional de Imunização prevê vacinação prioritária a essas comunidades, é eficaz, prudente e ponderada a solução adotada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, no sentido de deferir-se à União prazo de 30 dias para elaboração e esclarecimento da política pública a ser adotada, além de prazo de 72 horas para inclusão de mais informações a respeito.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 71 de 79

ADPF 742 MC / DF

O acolhimento da sugestão proposta pelo eminente Ministro Edson Fachin traria possível e indevida restrição ao acesso à justiça, visto que, sem mais informações, a suspensão de ações possessórias e demais medidas colidem com a proteção do direito de propriedade, de grandeza constitucional.

Pontuo, contudo, que, de forma específica, e essa a ressalva principal que faço, o acolhimento do item “ii” quanto à constituição de grupo de trabalho interdisciplinar não possui lastro na própria legislação mencionada pelos autores. Carece de previsão clara das Leis nºs 12.228/2010 e 14.021/2020 ou mesmo do Decreto nº 6.261/2017. Por outro lado, esclareço que o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos já foi ouvido por ocasião da promulgação da Lei nº 14.021/2020, a indicar que a própria União poderá novamente colher informações e trazê-las no bojo do item “i”, doravante determinado. Acolher o item “ii” esbarra na exiguidade do prazo exigido para que se formem tais grupos interdisciplinares. **E a premência da implementação da vacinação (aliás, fundamento principal desta ADPF) indica a exiguidade do tempo, a afastar, também por esse ângulo, o acolhimento de tal item.**

Ante o exposto, ressaltando o meu entendimento pessoal quanto ao não cabimento da presente ação, voto pela sua parcial procedência, acompanhando, em parte, o voto do eminente Relator, dissentindo, tão somente, quanto ao item II da parte dispositiva de seu voto.

É como voto.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 72 de 79

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 742 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS (CONAQ)
ADV.(A/S)	: VERCILENE FRANCISCO DIAS
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	: RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S)	: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S)	: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: ORIEL RODRIGUES DE MORAES
REQTE.(S)	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DIREITOS HUMANOS EM REDE
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S)	: JULIANA DE PAULA BATISTA
ADV.(A/S)	: JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S)	: GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S)	: JOAO PAULO DE GODOY
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: EDUCAFRO ; EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENTENS E CARENTES
AM. CURIAE.	: CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
ADV.(A/S)	: CAMILLA BORGES MARTINS GOMES
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
AM. CURIAE.	: FEDERACAO NACIONAL DAS ASSOCIACOES QUILOMBOLAS



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 79

ADPF 742 MC / DF

ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	:GABRIELE GONCALVES DE SOUZA
ADV.(A/S)	:PEDRO SERGIO VIEIRA MARTINS
ADV.(A/S)	:CAMILA CECILINA DO NASCIMENTO MARTINS
ADV.(A/S)	:LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO

VOTO

O MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (VOGAL): Bem examinados os autos, adoto o relatório do emitente Ministro Marco Aurélio, votou pela procedência parcial do o pedido,

“para determinar, à União, que: (i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da pandemia covid-19 no que concerne à população quilombola, versando providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas Conaq; (ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas; (iii) providencie, no máximo em 72 horas, a inclusão, no registro dos casos de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas a notificação compulsória dos confirmados e ampla e periódica publicidade; (iv) restabeleça, no prazo de 72 horas, o conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação <http://monitoramento.seppir.gov.br/> e

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 74 de 79

ADPF 742 MC / DF

<https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidadestradicionais/programa-brasil-quilombola>,
abstendo-se de proceder à exclusão de dados públicos relativos à população.”

Estou de acordo com Sua Excelência quanto ao deferimento de tais pedidos, porém acompanho a divergência pontual do Ministro Edson Fachin, pois, como bem observou, “a suspensão de processos é a técnica cautelar que, acompanhada dos demais pedidos, permite a efetivação do direito à proteção das comunidades dos quilombos (CRFB, art. 216, §5º e ADCT, art. 68) nesse especial momento de emergência sanitária”.

Acrescento, tal como já destaquei na Reclamação (RCL) 45319-MC, que, na atual pandemia que vivenciamos, o contágio do coronavírus é crescente, e os serviços de saúde podem não suportar a demanda de internações de pacientes infectados, em estado grave de saúde.

Observo, ainda, que o direito à moradia foi especialmente enfatizado na Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS, aprovada pela CIDH em 10 de abril de 2020), particularmente no que tange a grupos afrodescendentes.

Transcrevo, por oportuno, os seguintes trechos da citada norma, que elucida aspectos importantes para a solução da questão *sub judice*:

“III. Grupos em situação de especial vulnerabilidade

Recordando que, ao emitir medidas de emergência e contenção frente à pandemia da COVID-19, os Estados da região devem aplicar perspectivas interseccionais e prestar especial atenção às necessidades e ao impacto diferenciado dessas medidas nos direitos humanos dos grupos historicamente excluídos ou em especial risco, tais como idosos e pessoas de qualquer idade que tenham doenças preexistentes,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 75 de 79

ADPF 742 MC / DF

peças privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, pessoas em situação de mobilidade humana, crianças e adolescentes, pessoas LGBTI, afrodescendentes, pessoas com deficiência, trabalhadores e pessoas que vivem em pobreza e pobreza extrema, especialmente trabalhadores informais e pessoas em situação de rua, bem como defensores de direitos humanos, líderes sociais, profissionais da saúde e jornalistas.

[...]

Em virtude do exposto anteriormente, no exercício das funções que lhe são conferidas pelo artigo 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos e aplicando o artigo 41.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 18.b de seu Estatuto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos formula as seguintes recomendações aos governos dos Estados membros:

[...]

Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais

4. Garantir que as medidas adotadas para enfrentar a pandemia e suas consequências incorporem de maneira prioritária o conteúdo do direito humano à saúde e seus determinantes básicos e sociais, os quais se relacionam com o conteúdo de outros direitos humanos, como a vida e a integridade pessoal, e de outros DESCAs, tais como acesso a água potável, acesso a alimentação nutritiva, acesso a meios de limpeza, moradia adequada, cooperação comunitária, suporte em saúde mental e integração de serviços públicos de saúde, bem como respostas para a prevenção e atenção da violência, assegurando efetiva proteção social, inclusive, entre outros, a concessão de subsídios, renda básica ou outras medidas de apoio econômico.

[...]

Pessoas afrodescendentes

72. Prevenir o uso excessivo da força baseado na origem étnico-racial e padrões de perfilagem racial, no âmbito dos estados de exceção e toques de recolher adotados pela pandemia.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 76 de 79

ADPF 742 MC / DF

73. Implementar medidas de apoio econômico, bônus e subsídios, entre outros, para as pessoas afrodescendentes e comunidades tribais que se encontram em situação de pobreza e pobreza extrema, e outras situações de especial vulnerabilidade no contexto da pandemia.

74. Incluir nos registros de pessoas contagiadas, hospitalizadas e falecidas pela pandemia da COVID-19 dados desagregados de origem étnico-racial, gênero, idade e deficiência.

75. Garantir o acesso a serviços de saúde pública integral de forma oportuna a pessoas afrodescendentes e comunidades tribais, incorporando um enfoque intercultural e garantindo a esta população informação clara, acessível e inclusiva sobre os procedimentos médicos nelas praticados.”

Por tais razões, voto para que também seja deferido o pleito de suspensão de processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombolas.

É como voto.



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 742

566

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 79

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 742

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS (CONAQ)

ADV.(A/S) : VERCILENE FRANCISCO DIAS (49924/GO)

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO (25120/DF, 409584/SP)

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV.(A/S) : ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI (29498/DF, 7040/O/MT)

REQTE.(S) : PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL

ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARAES (05358/DF)

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : ORIEL RODRIGUES DE MORAES (81608/PR)

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)

INTDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DIREITOS HUMANOS EM REDE

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL

ADV.(A/S) : JULIANA DE PAULA BATISTA (60748/DF)

ADV.(A/S) : JULIA MELLO NEIVA (223763/SP)

ADV.(A/S) : GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO (55891/DF, 252259/SP)

ADV.(A/S) : JOAO PAULO DE GODOY (365922/SP)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : EDUCAFRO ; EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENDENTES E CARENTES

AM. CURIAE. : CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO (63551/DF, 73032/RJ)

ADV.(A/S) : CAMILLA BORGES MARTINS GOMES (63549/DF, 179620/RJ)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA

AM. CURIAE. : FEDERACAO NACIONAL DAS ASSOCIACOES QUILOMBOLAS

ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR (000830/RJ)

AM. CURIAE. : TERRA DE DIREITOS

ADV.(A/S) : GABRIELE GONCALVES DE SOUZA (200637/RJ)

ADV.(A/S) : PEDRO SERGIO VIEIRA MARTINS (017976/PA)

ADV.(A/S) : CAMILA CECILINA DO NASCIMENTO MARTINS (61165/DF)

ADV.(A/S) : LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO (59751/DF)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, converteu o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito. Por maioria, julgou procedente o pedido para determinar, à União, que: (i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 742

567

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 78 de 79

da pandemia covid-19 no que concerne à população quilombola, versando providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas - Conaq; (ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas; (iii) providencie, no máximo em 72 horas, a inclusão, no registro dos casos de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas a notificação compulsória dos confirmados e ampla e periódica publicidade; (iv) restabeleça, no prazo de 72 horas, o conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação <http://monitoramento.seppir.gov.br/> e <https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidadestradicionais/programa-brasil-quilombola>, abstendo-se de proceder à exclusão de dados públicos relativos à população. E, ainda, deferiu o pedido para suspender os "processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombola" até o término da pandemia. Tudo nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Nunes Marques. Falaram: pelo requerente Partido dos Trabalhadores, o Dr. Miguel Filipi Pimentel Novaes; pela requerente Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas - CONAQ, a Dra. Vercilene Francisco Dias; pelos *amici curiae* Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes - Educafro e Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Daniel Sarmiento; pelo *amicus curiae* Instituto Socioambiental, a Dra. Juliana de Paula Batista; pelo *amicus curiae* Associação Direitos Humanos em Rede, a Dra. Julia Mello Neiva; pelos *amici curiae* Federação Nacional das Associações Quilombolas e Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA, o Dr. Humberto Adami Santos Junior; pelo *amicus curiae* Terra de Direitos, o Dr. Gabriele Gonçalves de Souza; e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público da União. Plenário, Sessão Virtual de 12.2.2021 a 23.2.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 742

568

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 79

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 19

01/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDOSEGUNDA EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 754
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S) : CASSIO DOS SANTOS ARAUJO
REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa: TUTELAS DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA PARCIAL. PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19. OMISSÃO SOBRE A DISCRIMINAÇÃO DA ORDEM DE IMUNIZAÇÃO DE CADA GRUPO E SUBGRUPOS DE PRIORITÁRIOS. PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE. DIREITO À INFORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO.

I - Na 2ª edição Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 estabeleceu-se a população que será imunizada prioritariamente, sem, no entanto, detalhar adequadamente, dentro daquele universo de cerca de setenta e sete milhões de pessoas, qual a ordem de cada grupo de pessoas.

II – O perigo decorrente da alegada omissão sobre a discriminação categorizada dos primeiros brasileiros a serem vacinados – uma vez que a quantidade de vacinas disponíveis até o momento em solo nacional é muito inferior ao número das pessoas incluídas como prioritárias –, é evidente, e compromete o dever constitucional da proteção da vida e da saúde.

III - O direito à informação e o princípio da publicidade da Administração Pública constituem verdadeiros pilares sobre os quais se assenta a participação democrática dos cidadãos no controle daqueles que gerenciam o patrimônio comum do povo, seja ele material ou imaterial,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

com destaque para a saúde coletiva, sobretudo em período de temor e escassez de vacinas.

IV - Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19.

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, referendar a medida cautelar pleiteada para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 1º de março de 2021.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 19

01/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDOSEGUNDA EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 754
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : **REDE SUSTENTABILIDADE**
ADV.(A/S) : **CASSIO DOS SANTOS ARAUJO**
REQDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Tratam-se de pedidos de tutela de urgência (Petições STF 4.890/2021, 5.210/2021 e 6.788/2021) formulados em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo partido político Rede Sustentabilidade, em face de ato do Presidente da República que desautorizou a assinatura do Ministério da Saúde no protocolo de intenção de aquisição da vacina CoronaVac, desenvolvida pela farmacêutica chinesa Sinovac Biotech em parceria com o Instituto Butantan, de São Paulo, por afronta aos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal (pág. 1 da inicial).

Na exordial desta ADPF, formula os seguintes pedidos:

“A. O deferimento da medida liminar ora requerida, já que presentes os requisitos previstos no artigo 5º, § 1º, da Lei 9.882/99, para determinar:

a. que o Governo Federal assine, caso ainda não tenha feito, o protocolo de intenções de adquirir as 46 milhões de doses inicialmente previstas da vacina CoronaVac, desenvolvida pela farmacêutica chinesa Sinovac Biotech;

b. que o Governo Federal apresente, em 48 horas, planos de aquisição de vacinas que contemplem todas as alternativas viáveis, com as devidas justificativas para que

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

uma opção seja mais ou menos viável do que a outra, sem objeções infundadas de procedência nacional, e com base em critérios científicos de segurança, de perspectiva de disponibilidade e eficácia das vacinas;

c. que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) analise os registros de vacinas internacionais porventura solicitados em caráter de urgência, em até 20 dias contados do recebimento da documentação, justificando suas conclusões com base em critérios unicamente científicos, em cumprimento à recente Nota Técnica nº 78/2020/SEI/GPBIO/GGMED/DIRE2/ANVISA;

d. que, após a aprovação da Anvisa, o Governo Federal providencie com urgência a contratação de vacinas registradas, nos limites das disponibilidades orçamentárias, inclusive via crédito extraordinário ou via 'orçamento de guerra', pautando-se por critérios exclusivamente técnicos de segurança e eficácia, rechaçando escolhas políticas ou personalistas do objeto.

B. O julgamento pela procedência desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, confirmando-se todos os pedidos liminares" (págs. 23-24 da inicial).

Posteriormente, o partido atravessou novas petições. Na primeira, em síntese, requer: i – a previsão de organização, com critérios objetivos, dentro do extenso grupo de risco, para que haja uma ordem de preferência entre classes e subclasses e ii – a publicidade dos nomes dos vacinados para que as pessoas “furadoras de fila” possam ser sujeitas à responsabilização.

Alega que, dada a escassez de vacinas disponíveis no país, o Novo Plano Nacional de Imunização é ainda muito genérico, de forma que, sem uma adequada operacionalização da vacina em fases bem distintas, com “uma ordem de preferências dentro de todos os grupos preferenciais” (pág. 5 do documento eletrônico 260), poderá ensejar várias situações de injustiça, a exemplo da vacinação de médicos que não estão na linha de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

frente da Covid-19 em detrimento daqueles que estão.

Assevera, mais, que “o ato de ‘fura-fila’ (imunizar-se sem pertencer a qualquer grupo prioritário) vem sendo bastante comum no Brasil” (pág. 6 do documento eletrônico 260), fato que levou a Defensoria Pública da União a recomendar ao Ministério da Saúde a aplicação do Sistema Unificado de Controle da Fila de Vacinação, programa já previsto no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, bem como em Resolução da Anvisa, de 2017, que “diz que é ‘obrigação dos serviços de vacinação registrar as informações referentes às vacinas aplicadas no cartão de vacinação e no sistema de informação definido pelo Ministério da Saúde, bem como manter prontuário individual, com registro de todas as vacinas aplicadas, acessível aos usuários e às autoridades sanitárias” (pág. 8 do documento eletrônico 260).

Argumenta, também, que:

“[...] parece bastante mais adequada a forma como Manaus, por ordem judicial, vem lidando com a vacinação: disponibiliza-se a lista com a identificação dos vacinados e o respectivo motivo (grupo de prioridade) da ordem de vacinação. Eventualmente se poderia discutir se a exibição do CPF por completo não poderia ser um dado excessivo à luz do direito fundamental à privacidade, mas a lógica por trás da lista parece invariavelmente correta. Afinal, facilitam-se o controle social - cidadãos comuns poderiam passar a ‘auditar’ as listas - e, sobretudo, o controle pelos órgãos constitucionalmente competentes” (pág. 10 do documento eletrônico 260).

Defende, assim, em razão dos princípios constitucionais da publicidade, da impessoalidade e da moralidade, além do quanto estabelecido na Lei de Acesso à Informação, “o controle social e institucional dos vacinados, para evitar que os ‘furadores de fila’ sejam beneficiados em prejuízo da maior parte da população brasileira, que

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

aguarda paciente e honestamente sua vez” (pág. 13 do documento eletrônico 260).

Requer, então:

“1) que o Ministério da Saúde, as secretarias estaduais e distrital de saúde e as secretarias municipais de saúde que tenham Planos próprios de Imunização contra a Covid-19 **editem e publiquem com grande transparência, (i) a nível macro, critérios e subcritérios claros de vacinação por classes e subclasses no Plano de Vacinação**, para que não haja preterimento de um cidadão sobre outro por falta de metodologia clara, baseada em critérios técnicos, científicos e publicamente cognoscíveis, e, (ii) a nível micro, a ordem de preferência dentro de cada classe e subclasse (quais, dentre os inúmeros profissionais de saúde, terão preferência em relação aos demais, por exemplo; e assim sucessivamente para cada classe);

2) que o Ministério da Saúde **organize e divulgue, pública e efetivamente, as listas dos vacinados**, e que cada dirigente de unidade do SUS (Lei 8.080/90) informe diariamente **o nome das pessoas vacinadas e a respectiva categoria em que foi imunizada** (garantindo-se o sigilo sobre eventuais informações de índole meramente pessoal, como o CPF, a idade, o tipo de eventual comorbidade, etc.). Sugere-se a utilização, preferencialmente, do Sistema de Informação do Programa Nacional de Imunização (Novo SI-PNI - online) - que já deveria estar em funcionamento -, respeitada a possibilidade de acesso a todos os cidadãos.

Na hipótese de não ser factível o acesso de todos os cidadãos, que seja, ao menos, concedido o acesso às instituições de controle (Tribunais de Contas, órgão de auditoria interna, Ministérios Públicos Estaduais e Federal, Polícias Civil e Federal, etc.);

3) que **seja determinada que a vacinação se dê estritamente dentro da ordem de prioridades e preferências**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

estabelecidas no Plano Nacional de Imunização ou nos correspondentes estaduais e municipais, sempre à luz de critérios técnicos e científicos, sob pena de multa/ astreinte no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a serem revertidos em favor do orçamento utilizado para o controle da pandemia no Brasil, para o caso de inobservância da lista de prioridades e preferências, aplicável tanto ao agente público que, tendo conhecimento da ilegalidade, aplicou ou autorizou a aplicação do imunizante, quanto ao indivíduo que se beneficiou com a inobservância da lista de vacinação, salvo quando se tratar de cidadão hipossuficiente, e sem prejuízo de apuração de eventuais ilícitos outros de ordem penal, civil ou administrativa, bem como de improbidade administrativa;

4) **que sejam oficiados, pelas respectivas Secretarias de Saúde e pelo Ministério da Saúde, o Ministério Público e a Polícia em cada caso de descumprimento da ordem da lista de preferências e prioridades de vacinação, de modo a deflagrarem inquérito ou outros instrumentos processuais para a apuração de crimes (peculato, infração de medida sanitária e quaisquer outros tipos penais porventura materializados), ilícitos administrativos, civis ou de ordem de improbidade administrativa”** (págs. 13-15 do documento eletrônico 260; grifei).

Por sua vez, na Petição STF 5.210/2021, após explanar a respeito do risco de indisponibilidade das doses da vacina Coronavac, por alegada desídia do Ministério da Saúde, formula os seguintes pedidos:

“1) que o Ministério da Saúde faça a opção, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, pela aquisição do segundo lote de vacinas Coronavac, no total de 54 milhões de novas doses;

2) que o Ministério da Saúde apresente nos autos o planejamento da destinação desse segundo lote para cada Estado e o DF, conforme o Plano Nacional de Imunização para o combate ao Coronavírus” (pág. 7 do documento eletrônico 266).

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

Finalmente, na Petição STF 6.788/2021, o partido requerente questiona os critérios expedidos pela Anvisa sobre a fase 3 de estudos dos imunizantes contra a Covid-19, formulando os seguintes pedidos:

“A) sejam intimados a Anvisa e o Ministério da Saúde para explicar nestes autos, dentro de 24 horas, a razão pela qual os estudos da fase 3 das vacinas contra a Covid-19, especialmente da Vacina Sputnik V, devem ser feitos necessariamente no Brasil, explicitando, detalhadamente, os motivos por que o estudos científicos estrangeiros publicados em revistas renomadas não podem ser simplesmente homologados no Brasil para fins de aprovação do uso emergencial da vacina; e

B) em não havendo justificativa razoável para referida exigência, que seja suspenso o requisito de condução da fase 3 - de testes - exclusivamente no Brasil para a aprovação do uso emergencial das vacinas, autorizando a homologação, pela Anvisa, dos dados de segurança e eficácia de testes da fase 3 produzidos no exterior” (pág. 5 do documento eletrônico 281).

Em 8/2/2021, deferi parcialmente a cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário desta Suprema Corte, para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19 (documento eletrônico 289).

É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 19

01/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDOSEGUNDA EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 754
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem analisados os pleitos, num exame ainda perfunctório, de mera delibação, próprio desta fase ainda embrionária da demanda, entendo que, por ora, apenas um deles merece ser contemplado.

Com efeito, numa postura dialógica, no dia 12/12/2020, foi juntado aos autos o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (documento eletrônico 44). Após, em 15/12/2020, o cronograma provável da vacinação foi incluído no processo (documento eletrônico 68). Mas não só. Por meio da Petição STF 106.360/2020 (documento eletrônico 49), a União Federal firmou o compromisso de encaminhar mensalmente as atualizações do referido plano, as quais, conforme constou do despacho proferido em 12/1/2021, devem contemplar, inclusive, o cronograma correspondente às distintas fases da imunização.

Pois bem. Consta da atualização do referido plano (2ª edição) a indicação dos grupos prioritários a serem vacinados e a estimativa de doses necessárias, tomando-se por base a “preservação do funcionamento dos serviços de saúde, proteção dos indivíduos com maior risco de desenvolvimento de formas graves e óbitos, seguido da proteção dos indivíduos com maior risco de infecção e a preservação do funcionamento dos serviços essenciais” (pág. 22 do documento eletrônico 184 – ADPF 756/DF).

Consoante quadro da estimativa populacional disponibilizado pela 2ª edição do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, este é o grupo prioritário e sua respectiva estimativa:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

“Pessoas com 60 anos ou mais institucionalizadas 156.878
Pessoas com Deficiência Institucionalizadas 6.472
Povos indígenas Vivendo em Terras Indígenas 410.197
Trabalhadores de Saúde 6.649.307
Pessoas de 80 anos ou mais 4.441.046
Pessoas de 75 a 79 anos 3.614.384
Povos e Comunidades tradicionais Ribeirinha 286.833
Povos e Comunidades tradicionais Quilombola 1.133.106
Pessoas de 70 a 74 anos 5.408.657
Pessoas de 65 a 69 anos 7.349.241
Pessoas de 60 a 64 anos 9.383.724
Comorbidades 17.796.450
Pessoas com Deficiências Permanente Grave 7.744.445
Pessoas em Situação de Rua 66.963
População Privada de Liberdade 753.966
Funcionário do Sistema de Privação de Liberdade 108.949
Trabalhadores de Educação do Ensino Básico 2.707.200
Trabalhadores de Educação do Ensino Superior 719.818
Forças de Segurança e Salvamento 584.256
Forças Armadas 364.036
Trabalhadores de Transporte Coletivo Rodoviário de Passageiros 678.264
Trabalhadores de Transporte Metroviário e Ferroviário 73.504
Trabalhadores de Transporte Aéreo 64.299
Trabalhadores de Transporte de Aquaviário 41.515
Caminhoneiros 1.241.061
Trabalhadores Portuários 111.397
Trabalhadores Industriais 5.323.291
Total 77.219.259” (págs. 25-26 do documento eletrônico 184 – ADPF 756/DF).

A requerente, com pertinência, alerta que “na primeira versão do plano de imunização, parecia haver a organização das populações de risco em fases de vacinação, organizadas de acordo com o grau de risco do coronavírus àquelas populações específicas” (pág. 4 do documento

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

eletrônico 260), ao passo que “na atualização do referido plano, contudo, não há qualquer indicativo de fácil compreensão sobre a operacionalização da vacina em fases” (pág. 4 do documento eletrônico 260).

Como se vê, na 2ª edição estabeleceu-se a população que será imunizada prioritariamente, sem, no entanto, detalhar adequadamente, dentro daquele universo de cerca de setenta e sete milhões de pessoas, qual a ordem de cada grupo de pessoas.

Em razão dessa lacuna, não é difícil perceber que o Poder Judiciário passará a ser acionado cada vez mais, ensejando, assim, que sejam proferidas múltiplas decisões judiciais, em diversos Estados da federação, com a determinação de distintas subordens na fila de vacinação do grupo prioritário, o que provocará insegurança jurídica “acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade” (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia).

O perigo decorrente da alegada omissão sobre a discriminação categorizada dos primeiros brasileiros a serem vacinados – uma vez que a quantidade de vacinas disponíveis até o momento em solo nacional é muito inferior ao número das pessoas incluídas como prioritárias –, é evidente, e compromete o dever constitucional da proteção da vida e da saúde.

Ao que parece, faltaram parâmetros aptos a guiar os agentes públicos na difícil tarefa decisória diante da enorme demanda e da escassez de imunizantes, os quais estarão diante de escolhas trágicas a respeito de quais subgrupos de prioritários serão vacinados antes dos outros. Os noticiários têm dado conta de que não há uma racionalidade nessa primeira distribuição, insuficiente para todos os milhões de brasileiros com perfil de prioridade. Nesse sentido, o sítio eletrônico do

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

jornal Folha de S. Paulo destacou que:

“Diante da escassez de vacinas contra Covid-19 nesta primeira etapa da imunização que começa nesta segunda (18), pesquisadores e dirigentes de entidades de saúde defendem que os profissionais da área que estão na linha de frente de enfrentamento da pandemia sejam priorizados, a exemplo do que ocorre em países que saíram à frente na vacinação

O Plano Nacional de Vacinação ainda não definiu, dentre os profissionais da saúde, quais serão os primeiros vacinados.

Na ausência de uma diretriz, estados e municípios têm adotado critérios próprios e aberto espaço para que várias categorias profissionais, dos professores de educação física aos tatuadores, peçam prioridade na fila da vacinação.”¹

Portanto, estando em jogo a saúde de toda a população brasileira, em tempos de grande angústia e perplexidade, avulta mais do que nunca o dever que incumbe ao Estado de pautar as respectivas ações em conformidade com evidências **técnicas, científicas e estratégicas**, baseando-as, sobretudo, nos princípios da prevenção e da precaução.

Nunca é demais repetir: se é certo que, como regra, vulnera o princípio da separação dos poderes a atuação de juízes em seara de atuação privativa do Legislativo ou do Executivo, substituindo-os na tomada de decisões de cunho eminentemente político-administrativo, também é verdade que o Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde (RE 668.722-AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli).

Ademais, uma das principais medidas das autoridades sanitárias,

1 Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/01/com-5-milhoes-de-profissionais-de-saude-pais-nao-define-quais-deles-receberao-a-vacina-primeiro.shtml>>. Acesso: fev.2021.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

sobretudo em período de temor e escassez de vacinas, diz respeito à necessidade de conferir-se a máxima publicidade a todas as ações que envolvam o enfrentamento da Covid-19.

Vale recordar, por oportuno, que o direito à informação e o princípio da publicidade da Administração Pública constituem verdadeiros pilares sobre os quais se assenta a participação democrática dos cidadãos no controle daqueles que gerenciam o patrimônio comum do povo, seja ele material ou imaterial, com destaque para a saúde coletiva. Nessa linha, o Ministro Alexandre de Moraes já assentou, com propriedade, que a transparência configura “um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, [...] garantindo pleno acesso às informações a toda a sociedade” (ADI 6.347-MC-Ref/DF).

Sim, porque, como afirmei em sede acadêmica, os postulados que os anglo-saxões denominam de *accountability* (obrigação de prestar contas) e *responsiveness* (encargo de atender às necessidades sociais) representam a base do próprio regime republicano - ao qual fiz referência acima -, que adotamos desde os idos de 1889. E completei: “Numa república os governantes, escolhidos pelo povo, são responsáveis diante dele pela gestão dos negócios públicos. Não exercem o poder por direito próprio, constituindo meros mandatários dos cidadãos”.²

Marianna Montebello Willeman, estudando esses conceitos, com apoio na mais abalizada doutrina estrangeira, explica que a *accountability* apresenta duas dimensões: a *answerability* e o *enforcement*. A primeira identifica “a sujeição de todo aquele que exerce alguma parcela de poder político a exigências de transparência e motivação”; já o segundo corresponde “à capacidade de as agências de *accountability* aplicarem

2 LEWANDOWSKI Enrique Ricardo. Reflexões em torno do Princípio Republicano. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROSAS, Roberto e AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

sanções aos agentes que tenham violado seus deveres públicos”.³
Aprofundando a temática, a autora assim complementa a sua explicação:

“Envolve, assim, o direito de exigir informações confiáveis e compreensíveis acerca de decisões adotadas na esfera pública e, também, o direito de receber explicações e o correspondente dever de autoridades públicas justificarem, a partir de válidas razões, suas condutas.

[...]

Com efeito, o fundamento que norteia a **ideia de accountability é a necessidade de se controlar o poder político, e não o objetivo de eliminá-lo e/ou de se substituir a ele**. Instituições de *accountability* buscam limitar, disciplinar e restringir o exercício da autoridade política, prevenindo arbitrariedades e procurando assegurar que sua atuação ocorre de maneira alinhada a regras e procedimentos previamente estabelecidos. Isso absolutamente **não significa determinar a forma ou o conteúdo de determinadas decisões políticas, tampouco eliminar graus de discricionariedade próprios de burocracias estatais**”.⁴ (grifei).

Assim, ao que parece, a pretensão de que sejam editados e publicados critérios e subcritérios de vacinação por classes e subclasses no Plano de Vacinação, assim como a ordem de preferência dentro de cada classe e subclasse, encontra arrimo nos princípios da publicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF); no direito à informação que assiste aos cidadãos em geral (art. 5º, XXXIII, e 37, § 2º, II, da CF); na obrigação da União de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas” (art. 21, XVII, CF); e no dever incontornável cometido ao Estado de assegurar a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF), traduzida por uma “existência digna” (art. 170, *caput*, da CF), e no direito à saúde, este

3 WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 49.

4 *Idem*, p. 50-51.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

último, repita-se, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 6º, *caput*, e 196, *caput*, da CF).

Rememoro, ainda, que esta Suprema Corte assentou que decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas (ADIs 6.421-MC/DF, 6.422-MC, 6.424-MC/DF, 6.425-MC/DF, 6.427-MC/DF, 6.428-MC/DF e 6.431-MC/DF, todas de relatoria do Ministro Roberto Barroso).

Passo, finalmente, a apreciar a pretensão agasalhada na petição incidental de determinar que o Ministério da Saúde faça a opção, dentro de 48 horas, pela aquisição do segundo lote de vacinas Coronavac, e o faço para indeferi-lo, pois tal representaria indevida intromissão do Judiciário numa esfera privativa do Executivo, matizada pela discricionariedade, que, para Marçal Justen Filho, “se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico”.⁵

Ademais, é evidente que a referida pretensão encontra-se ultrapassada. Digo isso porque, instada a apresentar manifestação, a União, por meio do Advogado-Geral da União, juntou “aos autos o Ofício nº 266/2021/SE/GAB/SE/MS, de 29 de janeiro de 2021 (anexo), endereçado ao Sr. Diretor Presidente da Fundação Butantan, mediante o qual o Ministério da Saúde diligentemente manifestou sua opção contratual antecipada (em pelo menos três meses) de compra das 54 milhões de doses adicionais do imunizante pertinente” (pág. 1 do documento eletrônico 276).

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

Ainda, consignou o AGU que:

“É compromisso explícito e reiterado da União que não faltem vacinas no curto prazo e, se vier a ser verificada a inestimável fortuna de sobram vacinas no longo prazo, tanto melhor: após a completa imunização da população brasileira, a eventual ocorrência de volumes excedentes de vacinas não se perderá, porque a União poderá (observadas as normas constitucionais e legais pertinentes), por exemplo, doar imunizantes para outras nações, aliás, como é próprio da tradição humanitária do nosso País.

Ademais, não se pode ignorar ou menosprezar o histórico presente e pretérito de rigorosa conduta de lealdade federativa da União em suas relações com os entes. Tanto é assim que a opção contratual em questão foi exercida, insista-se, com mais de três meses de antecedência aos termos contratuais. Por isso mesmo, situam-se no limiar do cordatamento esperado expressões como subterfúgios burocráticos” (págs. 1-2 do documento eletrônico 276).

Observo, também, que foi juntado aos autos o Ofício nº 266/2021/SE/GAB/SE/MS, de 29 de janeiro de 2021, subscrito pelo Secretário-Executivo do Ministério da Saúde, no qual, em resposta ao Ofício 14/2021, de 21 de janeiro de 2021, assinado pelo Diretor Executivo da Fundação Butantan, dentre outras informações, constou o seguinte:

“[...] dando continuidade aos termos do Contrato nº 5/2021, cuja CLÁUSULA PRIMEIRA em seu Item 1.3 reserva ao Ministério da Saúde a exclusividade na aquisição de doses da vacina, e em seu Item 1.6 concede a opção de aquisição de mais 54 milhões de doses da vacina, **informo que este Ministério confirma a opção de compra dessas 54 milhões de doses adicionais. Dessa forma, essa Fundação pode iniciar as tratativas para aquisição dos insumos necessários à produção dessas doses adicionais.**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

2. Com efeito, não podem faltar vacinas no curto prazo e, se viermos a ter a fortuna de sobrar vacinas no longo prazo, tanto melhor: após a completa imunização da população brasileira, a verificação de eventual excedente de vacinas não se perderá, porque a União poderá (observadas as normas constitucionais e legais pertinentes), por exemplo, doar imunizantes para outras nações, aliás, como é próprio da tradição humanitária do nosso País.

3. **Do exposto, solicito que seja encaminhado a este Ministério, até o dia 3 de fevereiro de 2021, o cronograma de entrega do referido quantitativo (54 milhões) de doses, para que possam ser concluídos os termos no novo contrato, a ser assinado até o dia 5 de fevereiro de 2021.**

4. Solicito ainda que seja antecipado o processo de registro junto à Anvisa até o final de fevereiro de 2021 e informado a este Ministério, no intuito de, com essas doses adicionais, podermos dar início junto com todos os Estados e Municípios à vacinação em massa da população brasileira.

[...]” (pág. 1 do documento eletrônico 277; grifei).

Pelas mesmas razões, o segundo pedido - para que o Ministério da Saúde apresente nos autos o planejamento da destinação desse segundo lote -, não merece prosperar. Além disso, já foi ressaltado acima o compromisso da União de encaminhar mensalmente as atualizações do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, as quais, como já observado, deve contemplar o cronograma correspondente às distintas fases da imunização. Por entender que o pedido formulado estará contemplado nas atualizações as quais se comprometeu a União, entendo que não há nada a prover.

Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, voto por referendar a medida cautelar pleiteada para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 754

586

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 19

ADPF 754 TPI-SEGUNDA-REF / DF

precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19.



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 754

587

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 19

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****REFERENDOSEGUNDA EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 754**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : CASSIO DOS SANTOS ARAUJO (54492/DF)

REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 19.2.2021 a 26.2.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 89

15/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS MULHERES DE CARREIRA JURIDICA
ADV.(A/S)	:ALICE BIANCHINI
ADV.(A/S)	:ELIANA CALMON ALVES
ADV.(A/S)	:ERIC DINIZ CASIMIRO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM
ADV.(A/S)	:THAISE MATTAR ASSAD
ADV.(A/S)	:THIAGO MIRANDA MINAGE
ADV.(A/S)	:SHEYNER YASBECK ASFORA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABMLBT
ADV.(A/S)	:MARIANA SALINAS SERRANO
ADV.(A/S)	:LUANDA MORAIS PIRES

EMENTA

Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. “Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

1. “Legítima defesa da honra” não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal.

2. A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.

3. Tese violadora da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, **caput** e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio. O acolhimento da tese tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção.

4. A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Assim, devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação a todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio.

5. Na hipótese de a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da “legítima defesa da honra” (ou de qualquer argumento que a ela

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal.

6. Medida cautelar parcialmente concedida para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

7. Medida cautelar referendada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 5 a 12/3/21, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade, em referendar a concessão parcial da medida cautelar para: (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, **caput**, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento, nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli. Os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux (Presidente) e Roberto Barroso acompanharam o Relator com ressalvas. A ressalva do Ministro Gilmar Mendes foi acolhida pelo Relator.

Brasília, 15 de março de 2021.

Ministro Dias Toffoli

Relator



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 779

592

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 89

15/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS MULHERES DE CARREIRA JURIDICA
ADV.(A/S)	:ALICE BIANCHINI
ADV.(A/S)	:ELIANA CALMON ALVES
ADV.(A/S)	:ERIC DINIZ CASIMIRO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM
ADV.(A/S)	:THAISE MATTAR ASSAD
ADV.(A/S)	:THIAGO MIRANDA MINAGE
ADV.(A/S)	:SHEYNER YASBECK ASFORA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABMLBT
ADV.(A/S)	:MARIANA SALINAS SERRANO
ADV.(A/S)	:LUANDA MORAIS PIRES

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com o objetivo de que seja dada interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal (CP) – Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – e ao art. 65 do Código de Processo Penal (CPP) – Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 –, a fim de se afastar a tese jurídica da legítima defesa da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

honra e se fixar entendimento acerca da soberania dos veredictos. Também pleiteia o autor que se dê interpretação conforme à Constituição, “se esta Suprema Corte considerar necessário”, ao art. 483, III, § 2º, do CPP.

Eis o teor das normas para as quais é requerida a interpretação conforme:

Código Penal

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

II - em legítima defesa;

(...)

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no **caput** deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”

Código de Processo Penal

“Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – a materialidade do fato; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

II – a autoria ou participação; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

III – se o acusado deve ser absolvido; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

(...)

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

O jurado absolve o acusado?”

Preliminarmente, o autor sustenta o cabimento da arguição de descumprimento fundamental, pois se estaria diante de **controvérsia constitucional relevante**, consubstanciada em decisões do Tribunal de Justiça que ora validam, ora anulam, veredictos do tribunal do júri em que se absolvem réus processados pela prática de feminicídio com fundamento na tese da legítima defesa da honra. Aponta, também, divergências de entendimento sobre o tema entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Ainda em sede preliminar, aduz o autor ter sido cumprido o **requisito da subsidiariedade** para efeito de conhecimento da arguição.

No mérito, alega que a interpretação questionada violaria **os arts. 1º, caput e inciso III; 3º, inciso IV, e 5º, caput e inciso LIV, da Constituição Federal**.

Em suma, defende a necessidade de concordância prática do conteúdo da soberania dos veredictos do tribunal do júri com os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como com a proibição constitucional de preconceitos e discriminações e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no intuito de que

“se entenda tal ‘soberania’ com temperamento, por interpretação restritiva (redução teleológica), para entender que ela não legitima a adoção de teses de lesa-humanidade, manifestamente coisificadoras da pessoa humana, subordinando-a ao arbítrio de outra, como a horrenda, nefasta e

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

anacrônica tese de lesa-humanidade da 'legítima defesa da honra' (sic)".

Argumenta o autor que a garantia constitucional de soberania dos veredictos do tribunal do júri, por vezes, acaba legitimando julgamentos contrários aos elementos fático-probatórios produzidos à luz do devido processo legal, passando a mensagem de que é legítimo absolver réus que comprovadamente praticam feminicídio se isso houver ocorrido em defesa de suas honras. Nesse sentido, acrescenta que a "absolvição quando presentes autoria e materialidade só pode se dar em hipóteses admissíveis para tanto pelo Direito vigente, não por preconceitos ou arbitrariedades em geral do corpo de jurados".

O autor especifica que a presente arguição pretende colocar em discussão o conteúdo jurídico da legítima defesa, de forma a excluir de seu âmbito a proteção à honra do acusado.

Requer a concessão de medida cautelar e, ao fim, a procedência da presente ADPF para que seja atribuída

"interpretação conforme [à] Constituição ou, alternativamente, declaração de não-recepção sem redução de texto, ao disposto nos artigos 23, II, e 25 do Código Penal e do artigo 65 do Código de Processo Penal (e, se esta Suprema Corte considerar necessário, o art. 483, III, § 2º, do CPP), para considerá-los compatíveis com a Constituição Federal apenas se interpretados como não incluindo, em seu âmbito de proteção, a nefasta, horrenda e lesa-humanidade tese jurídica da 'legítima defesa da honra'".

Em 26 de fevereiro de 2021, **concedi parcialmente a medida cautelar, ad referendum** do Plenário, para:

"(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, **caput**,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,

(iii) obstar à defesa que sustente, direta ou indiretamente a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento”.

Por razões de celeridade processual, determinei a intimação das partes, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República para que se manifestassem, caso desejassem, antes do julgamento do referendo da presente cautelar. Também possibilitei a apresentação de sustentação oral até às 12h do dia 4/3/21.

O Advogado-Geral da União apresentou parecer pelo referendo da medida cautelar, nos termos sintetizados na seguinte ementa:

“Medida Cautelar. Alegada inconstitucionalidade da interpretação de dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal que incluía, no âmbito de proteção da legítima defesa, a denominada 'legítima defesa da honra' do réu acusado pelo crime de feminicídio, perante o tribunal do júri. Afronta às normas inscritas nos artigos 1º, **caput** e III; 3º, IV; 5º, **caput** e LIV, da Lei Maior. Cautelar parcialmente deferida, **ad referendum** do Plenário, para firmar o entendimento pela inconstitucionalidade da tese jurídica da legítima defesa da honra e para obstar à defesa que a sustente, direta ou indiretamente, sob pena de nulidade. **Fumus boni iuris**. A denominada 'legítima defesa da honra' é um artifício anacrônico, que não apenas garante a impunidade de uma prática nefasta e historicamente arraigada em nossa sociedade – a violência contra a mulher –, mas que também contribui para a sua subsistência e naturalização no âmbito familiar. A vedação

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

dessa tese jurídica para fins de absolvição do réu acusado de feminicídio consubstancia legítima restrição à garantia da plenitude de defesa assegurada à instituição do júri (art. 5º, XXXVIII, 'a'). Interpretação conforme do art. 483, § 2º, do CPP. O pronunciamento absolutório nele referido decorre da livre convicção dos jurados, não se atrelando a nenhuma tese jurídica apresentada ou prova dos autos. **Periculum in mora**. A possibilidade de que réus acusados de feminicídio continuem a ser inocentados com base na tese da 'legítima defesa da honra' atesta de modo inconteste e plenamente suficiente a presença desse requisito cautelar. Manifestação pelo referendo da medida cautelar."

Em 1º/3/21, o autor da ação requereu o aditamento à inicial (e-doc. 37), pleiteando:

"(i) a juntada das inclusas decisões anexas, ratificando a prova da controvérsia constitucional relevante que justifica o cabimento da presente ADPF (complemento ao doc. Eletrônico n.º 21); (ii) o complemento da causa de pedir da petição inicial, com a explicação da jurisprudência pacífica desta Suprema Corte sobre o caráter relativo (e não absoluto) da previsão constitucional da 'soberania dos veredictos' do Tribunal do Júri, no sentido de que é compatível com a Constituição a possibilidade de apelação contra decisões de Júris que sejam manifestamente contrárias à prova dos autos e ao Direito em vigor, bem como dos demais fundamentos aqui apresentados; (iii) seja reconhecida conexão ou continência com o ARE n.º 1.225.185/MG-RG, que visa discutir se é possível o júri absolver homicidas por 'clemência' e os limites de tal 'clemência', lembrando-se que a petição inicial defendeu que absolvições pelo quesito genérico em questão só são constitucionalmente admissíveis nas hipóteses de excludentes de ilicitude, a saber, legítima defesa (a genuína, não a 'da honra'), estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e inexigibilidade de conduta diversa em geral."



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 779

598

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Admiti o ingresso como **amici curiae** da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), da Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas (ABMCJ) e da Associação Brasileira de Mulheres Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transsexuais (ABMLBT).

É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 89

15/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Eis o teor da decisão concessiva da medida cautelar:

“Compulsados os autos, considerando a relevância do caso, em caráter excepcional, examino monocraticamente, **ad referendum** do Plenário, o pedido de medida cautelar, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou o ato, conforme precedentes desta Corte, tais como: ADPF nº 130/DF-MC, Rel. Min. **Ayres Britto**, DJ de 27/2/08; ADI nº 4.307/DF-MC, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 8/10/09; ADI nº 4.598/DF-MC, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 1º/8/11; ADI nº 4.638/DF-MC, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.705/DF-MC, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.635-MC, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJ de 5/1/12; ADI nº 4.917-MC, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 21/3/13; e ADI nº 5.184-MC, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 9/12/14.

De início, verifico que a presente arguição foi ajuizada por partido político com representação no Congresso Nacional, nos termos do art. 103, inciso VIII, da Constituição Federal e do art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro do 1999, estando o autor devidamente representado mediante instrumento de mandato específico para a presente impugnação.

Quanto ao cabimento do feito, verifica-se que o art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/1999 autoriza o conhecimento da ADPF 'quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **incluídos os anteriores à Constituição**', o que contempla o caso presente, em que se requer seja concedida interpretação conforme à Constituição a dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal, ambos anteriores a 1988, em razão de controvérsia constitucional

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

acerca da tese da legítima defesa da honra no âmbito do tribunal do júri.

Destaque-se que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou ser a ADPF o meio cabível para se conferir interpretação conforme à Constituição a diplomas legais editados anteriormente ao texto constitucional vigente. **Vide:**

'DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE DISPOSITIVOS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988. CABIMENTO. (...) 2. ADPF cujo objeto são atos normativos anteriores à entrada em vigor da Constituição de 1988. Atendimento do princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999). Cabimento. (...) 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconhecer o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e permitir-lhe o seguimento' (ADPF nº 322/DF-AgR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Rel. p/ o ac. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 13/10/2020, DJe de 10/11/20).

Por fim, entendo preenchido o **requisito da subsidiariedade**, visto que, diante da controvérsia judicial posta em torno da legitimidade constitucional da utilização em benefício do acusado da tese da '**legítima defesa da honra**', a arguição de descumprimento de preceito fundamental revela-se como único meio apto a sanar a lesividade alegada pelo autor de forma **ampla, geral e imediata** (ADPF nº 388, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, DJe 1º/8/2016).

Por não haver óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **passo à análise do pedido de medida cautelar**.

Verifico que a **controvérsia desta arguição diz respeito à**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

aferição da legitimidade constitucional da tese da 'legítima defesa da honra', a qual, conforme demonstrou o requerente, tem sido utilizada para suscitar a excludente de ilicitude da legítima defesa nas hipóteses de feminicídio ou violência contra a mulher, ensejando a absolvição por esse fundamento.

De início, registro que, o pedido formulado pelo autor vai além da argumentação contida na petição inicial, que versa, em grande medida, sobre a hipótese em que o feminicida é absolvido com base em suposta 'legítima defesa da honra', nos termos do art. 483, III, § 2º, do CPP (absolvição genérica ou por clemência), com incursões no princípio da soberania dos veredictos.

O autor pleiteia que seja dada interpretação conforme à Constituição ao instituto previsto nos arts. 23, inciso II; e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e no art. 65 do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), para que fique claro que não comporta a tese atacada.

É límpido que a chamada 'legítima defesa da honra' não encontra qualquer amparo ou ressonância no ordenamento jurídico pátrio, pelas razões expostas a seguir.

1. Da atecnia da tese da 'legítima defesa da honra'.

'Legítima defesa da honra' não é, tecnicamente, legítima defesa. Tanto é assim que tem sido mais frequentemente utilizada no contexto do tribunal do júri, no qual, em virtude da plenitude da defesa (art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição de 1988), admite-se a utilização de argumentos jurídicos e extrajurídicos.

A legítima defesa é uma das causas excludentes da ilicitude previstas no Código Penal, as quais, consoante o teor do art. 23, excluem a configuração de um crime, e, conseqüentemente, afastam a aplicação da lei penal, tendo em vista a condição específica em que foi praticado determinado fato típico. **Vide:**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

'Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.'

No art. 25 daquele **Codex**, especifica-se em que situação ficará caracterizada a legítima defesa:

'Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no **caput** deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.'

Como se vê, o instituto caracteriza-se pela conjunção dos seguintes elementos: a agressão é injusta e atual ou iminente; envolve direito próprio ou de terceiro, o uso moderado dos meios necessários e a presença de um ânimo de defesa (**animus defendendi**). Trata-se, portanto, de hipótese excepcional de afastamento da aplicação da lei penal, a qual somente se justifica pela confluência dos referidos fatores.

Em casos tais, o direito não atribui desvalor à conduta, eis que praticada no exercício da proteção de um bem jurídico contra uma ofensa perpetrada por outrem.

Por agressão injusta, entende-se aquela que ameaça ou lesa um bem jurídico. A atualidade ou a iminência da agressão são requisitos essenciais para a caracterização da excludente de ilicitude, pois ela deve ser aferível no momento da autodefesa, não podendo ser uma situação passada ou futura. Por sua vez,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

ao dispor sobre o uso moderado dos meios necessários, o Código Penal está a estabelecer a proibição do excesso, no sentido de que a defesa deve consistir no uso de meios proporcionais à agressão, ou seja, suficientes para repeli-la.

Enfim, a legítima defesa demanda um elemento de natureza subjetiva, pois, além da presença dos requisitos objetivos previstos na lei, é preciso que 'saiba o agente que atua nessa condição, ou, pelo menos, acredita agir assim, pois, caso contrário, não se poderá cogitar de exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, ainda, contrária ao ordenamento jurídico' (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Niterói: Editora Impetus. 19. ed., 2017. p. 487)

Diante dessa breve exposição do instituto, **salta ao olhos que a 'legítima defesa da honra', na realidade, não configura legítima defesa**. Tenho que a traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas, sendo que tanto homens quanto mulheres estão suscetíveis de praticá-la ou de sofrê-la. Seu desvalor reside no **âmbito ético e moral**, não havendo que se falar em um direito subjetivo de contra ela agir com violência.

Aliás, **foi imbuído desse espírito e para evitar que a autoridade judiciária absolvesse o agente que agiu movido por ciúme ou outras paixões e emoções que o legislador ordinário inseriu no atual Código Penal a regra do art. 28, segundo a qual:**

'Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão'.

Para **Fernando Capez,**

'todos os direitos são suscetíveis de legítima defesa, tais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra etc., bastando que esteja tutelado pela ordem jurídica. Dessa forma, **o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa. Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas pela falta de moderação, mas também devido ao fato de que **a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero'** (Execução Penal – Simplificado: 15 ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 309-310).

Nessa mesma linha, rememoro o saudoso professor **Magalhães Noronha**, que afirma que a honra é atributo pessoal, individual e próprio (**Direito Penal**. 1985, v. I, p. 192). Nesse contexto, a honra refere-se a um atributo pessoal, íntimo e subjetivo, cuja tutela se encontra delineada na Constituição, por exemplo, na previsão do direito de resposta, e no Código Penal, Capítulo V, que prevê os tipos penais da calúnia, da difamação e da injúria. Portanto, aquele que se vê lesado em sua honra tem meios jurídicos para buscar sua compensação.

Portanto, aquele que pratica feminicídio ou usa de violência, com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional de forma covarde e criminoso. Assim sendo, o adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal.

2. Da ofensa constitucional à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e ao direito à vida e à igualdade.

Apesar da alcunha de 'legítima defesa', instituto técnico-jurídico amplamente amparado no direito brasileiro, a chamada

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

'legítima defesa da honra' corresponde, na realidade, a **recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo imensamente para a naturalização e a perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no Brasil.**

A ideia que subjaz à 'legítima defesa da honra' - perdão do autor de feminicídio ou agressão praticado contra a esposa ou companheira adúltera - tem raízes arcaicas no direito brasileiro, constituindo um **ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.**

Com efeito, a 'honra masculina' já foi um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se verificava, à época da colônia, no Livro V, Título XXXVIII, das Ordenações Filipinas, no qual se concedia ao homem o direito de matar sua esposa quando flagrada em adultério.

No Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, e no Código Penal da República de 1890, conquanto não houvesse previsão acerca do direito do homem de matar a mulher por uma traição, nesses diplomas, o adultério era considerado um crime contra a segurança do estado civil e doméstico quando cometido por ambos os sexos. Todavia, **enquanto a configuração do instituto demandava, para os homens, a comprovação de uma relação extraconjugal estável e duradoura, para as mulheres, bastava a mera presunção de sua ocorrência**¹ (RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. *Revista Estudos Feministas*, v. 20, n. 1, p. 53-73, 2012).

A partir de então, foi no discurso jurídico acerca da legítima defesa que se abriu espaço para a tolerância em relação aos homicídios cometidos por homens contra esposas

1 Apenas em 2005, com a edição da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, o adultério deixou de ser crime no Brasil.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

consideradas adúlteras, visando à tutela da honra masculina, a qual era reforçada pela lei civil, que, trazendo conceitos como 'mulher honesta' e 'mulher já deflorada', conferia tratamento extremamente desigual entre os gêneros.

Margarita Ramos destaca que, desse modo, 'se estruturará, de forma equivocada na Jurisprudência brasileira, a tese de legítima defesa da honra pelo discurso jurídico'. Destarte,

'para que fosse possível a descriminalização do assassinato da mulher eliminando, assim, o caráter criminoso da ação, 'operou-se uma 'adaptação' ou uma justa posição entre a legítima defesa e a defesa do bem jurídico 'honra' para a construção da tese da 'legítima defesa da honra" (Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Revista Estudos Feministas**, v. 20, n. 1, p. 66, 2012).

Percebe-se, portanto, o anacronismo da ideia de legítima defesa da honra, a qual remonta a uma concepção rigidamente hierarquizada de família, na qual a mulher ocupa posição subalterna e tem restringida sua dignidade e sua autodeterminação. Segundo essa percepção, o comportamento da mulher, especialmente no que se refere à sua conduta sexual, **seria uma extensão da reputação do 'chefe de família', que, sentindo-se desonrado, agiria para corrigir ou cessar o motivo da desonra.**

Trata-se, assim, de uma percepção instrumental e desumanizadora do indivíduo, que subverte o conceito kantiano - que é base da ideia seminal de dignidade da pessoa humana - de que **o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo jamais ter seu valor individual restringido por outro ser humano ou atrelado a uma coisa.** Essa dimensão da dignidade da pessoa humana foi delineada por Othon de Azevedo Lopes:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

'O homem como ser racional, que age segundo sua autonomia, não tem um preço, nem muito menos um equivalente. A condição humana é assim revestida de dignidade por ser um fim em si mesmo e jamais um meio.

A dignidade humana está ligada à ideia de tratar todos como um fim em si mesmo. Nas palavras de Kant, o imperativo prático seria o seguinte: 'haja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa ou na de outro, sempre como um fim em si mesmo e jamais com um meio'. De tal ideia, Kant tira várias conclusões.

A primeira é a de que o homem não pode ser coisificado, transformado em objeto já que é necessariamente um fim em si mesmo. A pessoa humana é, por isso, indisponível, até por ato próprio.

A segunda é a circunstância de que a violação dos direitos humanos reduz o homem a um meio, na medida em que o violador estará utilizando o ofendido como um meio para os seus objetivos.

A terceira consequência é a de que não basta não atentar contra a pessoa humana, sendo indispensável transformá-la nos fins de todas as ações. A humanidade, como um fim em si mesma, deve ser promovida.

A quarta está no fato de que o fim natural de todos os homens é a felicidade. Daí que, por reconhecer o outro como um fim em si mesmo, cada homem deve tomar os fins e a felicidade do outro, na medida do possível, como os seus fins.

Uma última consequência, não menos importante, é a de considerar que a dignidade a pessoa humana é um princípio supremo limitador de todos os demais, já que para Kant adviria da razão pura e não da experiência" (LOPES, Othon de Azevedo. A dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental. In: **Estudos de direito público: direitos fundamentais e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 193-211).

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Ingo Sarlet nos fornece uma definição contemporânea do princípio da dignidade da pessoa humana, **in verbis**:

'Temos por dignidade da pessoa humana a **qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade**, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos' (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

Reconheço que a dignidade da pessoa humana é norma constitucional de difícil densificação. No entanto, **entendo ser o caso em análise um daqueles em que a subversão a esse paradigma constitucional** - que é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988) - **é dotado de singular clareza**, visto que o argumento da 'legítima defesa da honra' **normaliza e reforça uma compreensão de desvalor da vida da mulher, tomando-a como ser secundário cuja vida pode ser suprimida em prol da afirmação de uma suposta honra masculina**. Isso também está em descompasso com os **objetivos fundamentais** contidos no art. 3º da Carta Magna, especialmente os seguintes: 'I - construir uma sociedade livre, justa e solidária'; e 'IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'.

Trata-se, além do mais, de tese violadora dos direitos à

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, **caput** e incisos I, da CF), também pilares de nossa ordem constitucional. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no **estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio**. Com efeito, o acolhimento da tese da legítima defesa da honra tem a **potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção**.

Silvia Pimentel et al. apontam que

“é nos chamados ‘crimes de honra’ e, em geral, em casos de agressões e homicídios contra mulheres, praticados por seus maridos, companheiros, namorados ou respectivos ex – sob a alegação da prática de adultério e/ou do desejo de separação por parte da mulher – que a discriminação e violência contra as mulheres ganha máxima expressão. A título de ‘defender a honra conjugal e/ou do acusado’, buscando justificar o crime, garantir a impunidade ou a diminuição da pena, operadores(as) do Direito lançam mão da tese da legítima defesa da honra ou da violenta emoção, e de todo e qualquer recurso para desqualificar e culpabilizar a vítima pelo crime, **em um verdadeiro julgamento não do crime em si, mas do comportamento da mulher, com base em uma dupla moral sexual**” (PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. ‘Legítima defesa de honra’. *Ilegítima impunidade de assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina*. In: **Vida em família: uma perspectiva comparativa sobre crimes de honra**. 2006. p. 65-208, grifo nosso).

De outra banda, resalto que é dever do Estado criar mecanismos para coibir o feminicídio e a violência doméstica, a teor do que dispõe o art. 226, § 8º, da CF, segundo o qual o ‘Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, **criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações**’ (grifo nosso). Decorre da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 23 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

norma constitucional em tela não somente a obrigação do Estado de adotar condutas positivas, mas também **o dever de não ser conivente e de não estimular a violência doméstica e o feminicídio.**

A propósito do feminicídio, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio de nota divulgada em 4/2/19, expressou 'sua preocupação pela prevalência alarmante de assassinatos de mulheres por motivo de estereótipo de gênero no Brasil, uma vez que pelo menos 126 mulheres foram mortas no país desde o início do ano'.

No ensejo, a Comissão exortou o Brasil 'a implementar estratégias abrangentes para prevenir tais eventos e cumprir sua **obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis;** bem como oferecer proteção e reparação integral a todas as vítimas'.

Salientou, ainda, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, 'segundo dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), da Organização das Nações Unidas, **40% de todos os assassinatos de mulheres registrados no Caribe e na América Latina ocorrem no Brasil**' (<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp?fbclid=IwAR29DPySrtbfqc9X_xpF4K%20piKJUQJ13o83pr5lGxMQUCPJ9XQhajE-L9svQ>. Acesso em 24/2/21).

O Atlas da Violência 2020 (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA), o crescimento dos **índices de feminicídio no Brasil entre 2008 e 2013, in verbis:**

'Ao se analisarem os homicídios de mulheres pelo local de ocorrência, notam-se duas tendências distintas. A taxa de homicídios ocorridos fora da residência da vítima segue a mesma tendência da taxa geral de homicídios e da taxa total de homicídios de mulheres no país, com quedas nos períodos entre

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

2013 e 2018 e entre 2017 e 2018 (redução de 11,8% em ambos os períodos), e aumento no decênio 2008-2018 (3,4%). **Por sua vez, a taxa de homicídios na residência segue outro padrão: enquanto a taxa ficou constante entre 2008 e 2013, aumentou 8,3% entre 2013 e 2018, havendo estabilidade entre 2017 e 2018.**

Essas diferenças indicam a existência de dinâmicas diversas nos homicídios de mulheres nas residências em comparação com aqueles fora das residências. Ademais, **considerando-se os homicídios ocorridos na residência como proxy de feminicídio, observa-se que 30,4% dos homicídios de mulheres ocorridos em 2018 no Brasil teriam sido feminicídios – crescimento de 6,6% em relação a 2017 –**, indicando crescimento da participação da mortalidade na residência em relação ao total de mulheres vítimas de homicídio. Esse percentual é compatível com os resultados apresentados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em que a proporção de feminicídios em relação aos homicídios de mulheres registrados pelas polícias civis foi de 29,4% (Bueno et al., 2019).'

(<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>, acesso em 25/2/21).

Por sua vez, o 'Mapa da Violência de 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil', já registrava que o Brasil detinha a 5ª maior taxa de feminicídios do mundo, **in verbis**:

'Com sua taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, ocupa uma pouco recomendável 5ª posição, evidenciando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. Efetivamente, só El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil. Mas as taxas do Brasil são

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 25 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

muito superiores às de vários países tidos como civilizados:

* 48 vezes mais homicídios femininos que o Reino Unido;

* 24 vezes mais homicídios femininos que Irlanda ou Dinamarca;

* 16 vezes mais homicídios femininos que Japão ou Escócia.'

Outrossim, segundo levantamento feito pelo Estadão Dados, núcleo do jornal O Estado de São Paulo especializado em reportagens baseadas em estatísticas, **no Estado de São Paulo, a cada 60 (sessenta) horas uma mulher é vítima de feminicídio, conforme boletins de ocorrência da Secretaria de Segurança Pública.** (<<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,uma-mulher-e-vitima-de-feminicidio-a-cada-60-horas-noestado-de-sao-paulo,70002725469>>. Acesso em 24/2/21).

O Ministério da Saúde, com base no cruzamento dos registros de óbitos com os atendimentos na rede pública de saúde entre 2011 e 2016, verificou que **três em cada dez mulheres que morreram no Brasil por causas ligadas à violência haviam sido frequentemente agredidas**

(<<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,3-em-cada-10-mulhe-res-que-morrem-por-violencia-tem-historico-de-agressao,70002671084>>. Acesso em 24/2/21).

Por sua vez, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020 indicou

'uma escalada nos feminicídios no Brasil em nível nacional e subnacional. No país, os casos registrados passaram de 929 em 2016, primeiro ano completo de vigência da lei, para 1.326 em 2019 – um aumento de 43% no período. Mesmo com a redução nos homicídios em 2018 e 2019, o número de casos de feminicídio registrados continuou a subir, assim como sua proporção em relação

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

ao total de casos de homicídios com vítimas mulheres' (<<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. acesso em 24/2/21).

Por todo o exposto, **concluo que o recurso à tese da 'legítima defesa da honra' é prática que não se sustenta à luz da Constituição de 1988, por ofensiva à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e aos direitos à igualdade e à vida, não devendo ser veiculada no curso do processo penal nas fases pré-processual e processual, sob pena de nulidade do respectivo ato postulatório e do julgamento, inclusive quando praticado no tribunal do júri.**

3. Tribunal do júri e plenitude de defesa.

É certo que a plenitude de defesa é princípio constitucional essencial à instituição do tribunal do júri e está inscrita no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, nos termos do art. 5º, inciso XXXVIII, al. a, do texto constitucional.

Assim sendo, entendo que a Constituição garante aos réus submetidos ao tribunal do júri plenitude de defesa, no sentido de que são cabíveis argumentos jurídicos e não jurídicos – sociológicos, políticos e morais, por exemplo -, para a formação do convencimento dos jurados.

Não obstante, para além de um argumento atécnico e extrajurídico, a **'legítima defesa da honra' é estratégia cruel, subversivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade e à vida e totalmente discriminatória contra a mulher, por contribuir com a perpetuação da violência doméstica e do feminicídio no país.**

Com efeito, como bem colocou o Ministro **Rogério Schietti**, no julgamento do AREsp nº 1.553.933/SC,

'é surpreendente ver ainda essa tese sustentada por

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 27 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

profissional do Direito (...) como se a decisão judicial que afastou tão esdrúxula tese fosse contrária à lei penal. Como pretender lícito, ou conforme ao Direito (...), o comportamento de ceifar, covardemente a vida de uma mulher companheira[?]'

Logo a legítima defesa da honra, nessa perspectiva, não cabe ser invocada como argumento jurídico ou não jurídico inerente à plenitude de defesa própria do Tribunal do Júri. Isso porque, nas palavras de **Fernando Capez**, outrora citado, 'a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero' (op. cit. p. 309).

Mas, ainda que assim não fosse, não se pode ignorar que a **cláusula tutelar da plenitude de defesa não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.**

Como já tive a oportunidade de consignar, ao citar o Ministro **Celso de Mello**, inexistem garantias individuais de ordem absoluta, mormente com escopo de salvaguardar práticas ilícitas (v.g. RHC nº 132.115, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 9/3/17).

As franquias constitucionais individuais, nas palavras de Sua Excelência, constituem

'um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas. Porém essas franquias ostentam caráter meramente relativo. Não assumem nem se revestem de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público' (Pet nº 577-QO/DF, Tribunal Pleno, DJ de 23/4/93).

Sob essa perspectiva, a **cláusula tutelar da plenitude de defesa, invocada para sustentar a tese de legítima defesa da honra, teria a função ultrajante de salvaguardar a prática ilícita do feminicídio ou de qualquer outra forma de violência**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 28 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

contra a mulher, o que é inaceitável em um país em que a vida é considerada o bem jurídico mais valioso do Direito, por opção inequívoca da Constituição de 1988.

Há, portanto, a prevalência da dignidade da pessoa humana, da vedação a todas as formas de discriminação, do direito à igualdade e do direito à vida sobre a plenitude da defesa, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio.

4. Da ressalva quanto ao art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal: a soberania dos veredictos.

O autor questiona especificamente as situações em que o feminicida é absolvido com base em 'legítima defesa da honra' na hipótese processual do art. 483, III, § 2º, do CPP (absolvição genérica ou por clemência). Defende que, nesses casos, o princípio da soberania dos veredictos seja interpretado com temperamentos, para que não coloque à salvo do controle judicial a absolvição com base na aludida tese.

O pedido do autor, quanto ao ponto, tem conexão com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte no julgamento do HC nº 178.777/MG, de relatoria do Ministro **Marco Aurélio**. Pleiteava-se, naquela ação, o restabelecimento de decisão absolutória proferida com base no 483, § 2º, do Código de Processo Penal, a qual **havia sido anulada por contrariedade à prova do processo**, com determinação de novo júri.

A Turma deferiu a ordem e restabeleceu a decisão absolutória, com fundamento na impossibilidade de o Ministério Público recorrer de decisão absolutória do tribunal do júri baseada em quesito absolutório genérico (CPP, art. 483 c/c § 2º) - tendo em vista a soberania dos vereditos, assegurada na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c.

Os Ministros **Roberto Barroso** e **Alexandre de Moraes** divergiram, enfatizando o fato de que, naquele caso, o acusado havia confessado o feminicídio.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Acompanhando as premissas trazidas pelo eminente Relator e seguindo a maioria, votei pelo acolhimento do HC, forte no argumento de que a absolvição ocorrida na forma do art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal

'tem natureza genérica, não estando vinculado à prova. Decorre da essência do Júri, segundo a qual o jurado pode absolver o réu com base na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais. A pergunta, conforme se depreende do preceito legal, há de ser formulada obrigatoriamente, no que a resposta afirmativa não implica nulidade da decisão, independentemente dos argumentos suscitados, em Plenário, pela defesa' (grifos nossos).

Portanto, no meu sentir, não havendo vinculação a teses ou a prova na absolvição do acusado pelos jurados na forma do art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal, **não há margem legal para órgão de acusação recorrer dessa decisão sustentando a nulidade do veredicto por contrariedade à prova dos autos.**

Isso porque, o quesito versado no art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal tem natureza genérica, não estando vinculado a nenhum tipo de prova que tenha sido produzida. Decorre, pois, da essência do júri que os jurados possam absolver o réu com base na **livre convicção e independentemente das teses que foram veiculadas**, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais, pois **não há como avaliar, nessa etapa, o íntimo dos jurados para concluir pelas razões que os levaram ao veredicto absolutório.**

Souza Nucci, ao tratar do tema, destaca que a reforma processual de 2008 veio justamente para **'eliminar as diversas questões vinculadas a teses defensivas de absolvição, tais como legítima defesa, estado de necessidade, erro de tipo etc.'** (Código de Processo Penal comentado, 16. ed. Rio de Janeiro:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Forense, 2017. p. 1134).

Ainda segundo esse renomado autor, '[o] quesito genérico permite a abrangência de toda e qualquer razão para considerar o réu inocente' (op. cit. p. 1134).

Estou convencido, de fato, conforme votei no julgamento do HC nº 178.777/MG, na Primeira Turma, sobre a impossibilidade de o Ministério Público recorrer de decisão absolutória do tribunal do júri baseada em quesito absolutório genérico (CPP, art. 483, III, c/c § 2º), tendo em vista a soberania dos veredictos, assegurada na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c.

Essas razões, aliás, percolarão a inexorável discussão da Corte sobre os limites da liberdade conferida aos jurados pelo art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal para absolver o acusado, a qual será travada no julgamento do RE nº 1.225.185-RG/MG, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, cuja repercussão geral foi reconhecida nos seguintes termos:

'RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF). IMPUGNABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO A PARTIR DE QUESITO GENÉRICO (ART. 483, III, C/C §2º, CPP) POR HIPÓTESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL' (DJe de 22/6/20).

Contudo, por todas as razões levantas ao longo de minha exposição, **penso ser inaceitável, diante do sublime direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que o acusado de feminicídio seja absolvido, na forma do art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal, com base na esdrúxula tese da**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF**'legítima defesa da honra'.**

Dessa forma, caso a defesa lance mão, direta ou indiretamente, da tese inconstitucional de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese), seja na fase pré-processual, processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou até mesmo dos debates por ocasião da sessão do júri (caso não obstada pelo Presidente do Júri), facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal.

Por essas razões, reconheço serem patentes a **fumaça do bom direito** e o **perigo da demora**, que se fazem presentes diante da notória epidemia de crimes violentos contra mulheres. Postergar uma decisão até o julgamento definitivo da presente arguição acabaria por perpetuar situações de discriminação de gênero e por subsidiar a absolvição de réus confessos com fundamento em tese patentemente inconstitucional.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, **concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário**, para:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, **caput**, da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

(iii) obstar à defesa que sustente, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Tendo em vista se tratar de referendo de medida liminar, o qual pode ser apresentado em mesa para julgamento independentemente de pauta (art. 21, XIV, RISTF), **submeto esta decisão à referendo do colegiado na próxima sessão virtual, que se inicia em 5/3/21.**

Por razões de celeridade processual, intimem-se as partes, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República para que se manifestem, se o desejarem, antes do julgamento do referendo da presente cautelar, **possibilitando ainda a apresentação de sustentação oral até às 12h do dia 4/3/21.**

Dê-se ciência desta decisão ao Presidente desta Corte, Ministro **Luiz Fux**, e à Assessoria do Plenário para adoção das providências de praxe.”

No que tange ao pedido de aditamento à inicial, deixo para analisá-lo após a decisão acerca do referendo à medida cautelar.

Ante as razões apresentadas, **acolhendo, para tanto, ainda, a proposta de redação** do eminente Ministro **Gilmar Mendes** **no tocante ao item iii da parte dispositiva da decisão liminar**, voto por seu referendo, concedendo-se parcialmente a medida cautelar na presente ação para:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, **caput**, da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 779

620

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

defesa e, por consequência,

(iii) **obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra** (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 89

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS MULHERES DE CARREIRA JURIDICA
ADV.(A/S)	:ALICE BIANCHINI
ADV.(A/S)	:ELIANA CALMON ALVES
ADV.(A/S)	:ERIC DINIZ CASIMIRO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM
ADV.(A/S)	:THAISE MATTAR ASSAD
ADV.(A/S)	:THIAGO MIRANDA MINAGE
ADV.(A/S)	:SHEYNER YASBECK ASFORA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABMLBT
ADV.(A/S)	:MARIANA SALINAS SERRANO
ADV.(A/S)	:LUANDA MORAIS PIRES

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT para que seja atribuída interpretação conforme a Constituição aos arts. 23, II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, bem como ao art. 65 do Código de Processo Penal – “*e, se esta Suprema Corte considerar isso possível em sede de ADPF, também [a]o artigo 188, I, do Código Civil e [a]o artigo 483, III e §2º, do Código de Processo Penal*” –, em ordem a excluir do âmbito de proteção dos permissivos legais de legítima defesa, enquanto excludente de ilicitude, quaisquer interpretações que admitam a invocação da tese

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

jurídica da “legítima defesa da honra”, que tem permitido a absolvição de homicídios, normalmente cometidos por homens contra suas esposas em razão de adultério, a pretexto de “lavar a honra com sangue”. Alternativamente, requer seja declarada a não-recepção constitucional, sem redução de texto, dos dispositivos legais em questão.

Para justificar a opção pela via eleita, a parte autora indica a efetiva existência de controvérsia judicial relevante, caracterizada por decisões absolutórias proferidas por Tribunais de Júri com sustento na tese da legítima defesa da honra, em contraponto a decisões de Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça que anulam essas mesmas sentenças por manifesta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal). Cita, ainda, diversas decisões contraditórias de Tribunais de Justiça sobre o tema, ora anulando, ora validando absolvições que se apoiaram em referida tese; e, por fim, aponta para a decisão da 1ª Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no HC 178.777, em que se reestabeleceu, com base na norma constitucional que consagra a soberania dos veredictos, absolvições de feminicídios decididas por Tribunais do Júri do país com apoio no argumento da legítima defesa da honra.

Alega, ainda, o atendimento ao requisito da subsidiariedade, na medida em que a presente Arguição pretende seja declarada a não recepção à CF de tese comumente empregada com apoio em normas pré-constitucionais.

No mérito, aponta como preceitos fundamentais violados a partir da tese ora questionada, frequentemente adotada pelos Tribunais brasileiros, o direito fundamental à vida (art. 5º, *caput*, da CF); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF); o princípio da não-discriminação (art. 3º, IV, da CF); e os princípios do Estado de Direito (art. 1º da CF), da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF).

Questiona, em síntese, a abrangência do conteúdo jurídico da legítima defesa, para defender que ela não abarca, em seu âmbito de proteção, a tese da “legítima defesa da honra”. Com isso, afasta-se a possibilidade de o Tribunal do Júri decidir pela absolvição genérica do

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

art. 483, III, §2º, do CPP com base em tal argumento inconstitucional.

Afirma que a premissa da legítima defesa da honra corrobora com a naturalização do feminicídio e com a objetificação da mulher, como se fosse propriedade do homem, em flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana. Trata-se, segundo a parte autora, de uma inferiorização jurídica feminina que se apoia em justificativas hierárquico-patriarcais com óbvia origem histórica, sendo indispensável, nos dias atuais, afastar a utilização dessa tese.

Em seguida, aduz a contrariedade à razoabilidade e à proporcionalidade em admitir-se a invocação dessa justificativa de que a prática de homicídio configura meio legítimo para defender a honra maculada pelo adultério, considerada sua manifesta desnecessidade, por existência de meio objetivamente menos gravoso (divórcio ou separação), bem como sua evidente desproporcionalidade em sentido estrito, pela supremacia no caso concreto do direito fundamental à vida sobre o direito fundamental à honra. Suscita, também, a sua duvidosa adequação, uma vez que a honra invocada como bem jurídico a ser tutelado na espécie não se confunde com orgulho ferido de homem traído, sendo certo, ainda, que o adultério não coloca o marido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25 do Código Penal.

De outro lado, argumenta também que considerar a cláusula constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri de forma absoluta, através da possibilidade de absolvição pelo quesito genérico com total arbitrariedade, constitui “formalismo cego avalorativo”, a permitir um poder fático que não encontra nenhum limite, em evidente contrariedade ao princípio da vedação do arbítrio, basilar do Estado de Direito.

Requer, portanto, seja conferida uma interpretação sistêmica à cláusula soberania dos veredictos, em consonância com os demais princípios constitucionais, para dela afastar qualquer conclusão que permita a validade de julgamentos manifestamente contrários tanto à prova dos autos quanto ao Direito pátrio.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Por fim, busca a concessão de medida liminar, concernente à antecipação da tutela requerida nesta sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Em 26/2/2021, o eminente Relator, Ministro DIAS TOFFOLI, deferiu parcialmente o pedido cautelar deduzido pela autora, *ad referendum* do Plenário deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, para:

“(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, **caput**, da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,

(iii) **obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra** (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento”.

Submetida a ação a julgamento virtual, o Relator vota pelo referendo da medida liminar concedida.

É o relatório.

A concessão de medida cautelar nas ações de jurisdição constitucional concentrada exige a comprovação de perigo de lesão irreparável (IVES GANDRA MARTINS, Repertório IOB de jurisprudência, n 8/95, p. 150/154, abr. 1995), uma vez que se trata de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais (ADI 1.155-3/DF, Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 18/5/2001). Conforme ensinamento de PAULO BROSSARD, segundo axioma incontroverso, a lei se presume

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário (*A constituição e as leis a ela anteriores*. Arquivo Ministério Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992. p. 139).

A análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para sua concessão admite maior discricionariedade por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia (ADI 3.401 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, decisão: 3/2/2005), pelo qual deverá ser analisada a conveniência da suspensão cautelar da lei impugnada (ADI 425 MC, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Pleno, decisão: 4/4/1991; ADI 467 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão: 3/4/1991), permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão (ADI 490 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 6/12/1990; ADI 508 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão: 16/4/1991), bem como da plausibilidade inequívoca e dos evidentes riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente (ADI 474 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão: 4/4/1991), ou, ainda, das prováveis repercussões pela manutenção da eficácia do ato impugnado (ADI 718 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 3/8/1992), da relevância da questão constitucional (ADI 804 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão: 27/11/1992) e da relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de *periculum in mora*, tais os entraves à atividade econômica (ADI 173 MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, decisão: 9/3/1990) ou social.

É o que ocorre na presente hipótese, onde os panoramas fático e jurídico apresentados pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI demonstram a necessidade de referendo à concessão da medida liminar.

A questão trazida a debate consiste em definir se, à luz do ordenamento constitucional brasileiro, é legítima a invocação, ainda que indiretamente, no julgamento perante o Tribunal do Júri e em outros

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

julgados penais, da tese da legítima defesa da honra em socorro ao acusado, historicamente arguida como excludente de ilicitude em crimes de violência praticados por homem contra sua companheira ou esposa.

Na linha do voto proferido pelo Min. DIAS TOFFOLI, entendo que o emprego desse argumento, a fim de convencer o julgador (jurados e magistrados) no sentido da existência de um suposto – e inexistente – direito de legítima defesa da honra, leva à nulidade do ato e do julgamento, impondo seja outro realizado no lugar.

A origem do discurso jurídico e social que sustenta o argumento da legítima defesa da honra remonta ao Brasil colonial, tendo sido construído, ao longo de séculos, como salvo-conduto para a prática de crimes violentos contra mulheres.

E o que se vê até hoje, infelizmente, é o uso indiscriminado dessa tese como estratégia jurídica para justificar e legitimar homicídios perpetrados por homens contra suas companheiras, nada obstante o número elevadíssimo de feminicídio registrado no Brasil, colocando o país como um dos líderes de casos registrados entre as nações mundiais.

Em 2019, levantamento com base nos dados oficiais constantes do Monitor nacional da Violência apontam para uma média de uma mulher assassinada a cada sete horas, por sua simples condição de mulher. Entre as que sobrevivem, os números são igualmente alarmantes. Dados de notificações recebidas entre 2014 e 2018 pelo SINAN – Sistema de Informação de Agravos de Notificação, divulgados pelo Ministério da Saúde, registram que uma mulher é agredida por um homem a cada quatro minutos no Brasil. Uma média de violência e desigualdade alta que ainda se mantém, não obstante os esforços de movimentos, lutas e reivindicações sociais.

E essa realidade, como se sabe, é histórica. Uma análise do Brasil desde os tempos de colônia nos mostra a conformação de um discurso não apenas moral da sociedade, mas também de todo um arcabouço jurídico complacente com a violência contra as mulheres, pensada como mera propriedade do homem. A mulher, antes do casamento, pertencia ao pai, até que o matrimônio concedia ao marido tais direitos de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

pertencimento.

Nesse contexto, as tradições familiares e a necessária manutenção de estruturas de hierarquia e poder perpetradas por laços de sangue, tão importantes naquele contexto histórico, empurravam à mulher a missão de sustentar, por meio de sua pureza e fidelidade, a honra do pai e, posteriormente, do marido, tratando-se, assim, de um atributo eminentemente masculino, ligado à descendência, boa fama e reputação social do homem (MARGARITA DANIELLE RAMOS. Estudos Feministas, Florianópolis, 20(1): 344, janeiro-abril/2012).

Com vistas a preservar bem jurídico de tamanha valia que era considerada a honorabilidade do homem, tão importante para a preservação de *status* social e oportunidades de convivência pública, o ato de matar a esposa considerada infiel transformou-se historicamente em verdadeiro mérito do marido, que vingava a sua desonra com sangue. Legitimou-se, com isso, a consideração da honra masculina como bem jurídico de maior valor que a vida da mulher.

Essa legitimação não era apenas de cunho ético-moral, mas encontrava suporte na própria ordem jurídica da época. Não por menos que as Ordenações Filipinas, além de considerar o adultério como crime grave imputado somente às mulheres, também previa expressamente, no Título XXXVIII do Livro V, denominado “Do que matou sua mulher, pô-la achar em adultério”, a possibilidade legal do homicídio perpetrado pelo homem em virtude da traição conjugal por parte da esposa:

Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezebargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degradado para a Africa, com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de trez annos.

1. E não somente poderá o marido matar sua mulher e o

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 41 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

adultero, que achar com ella em adultério, mas ainda os pode licitamente os matar, sendo certo que lhe cometerão adultério; e entendendo assi a provar, e provando depois o adultério per prova lícita e bastante conforme a Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito he.

Por sua vez, os Códigos Penais do Império do Brasil e do Regime Republicano de 1890, apesar de não terem autorizado expressamente o direito do homem de matar a esposa para a restauração de sua honra e terem passado a considerar – apenas formalmente – o homem como sujeito potencial da prática do crime de adultério, condicionavam a sua responsabilização penal à comprovação de que ele mantinha uma relação estável com a amante, na medida em que relações extraconjugais por parte do homem eram tidas como normais e aceitas pela sociedade. No caso da mulher adúltera, bastava a presunção do crime, independentemente de um relacionamento duradouro ou não.

O argumento da legítima defesa da honra, embora não mais expresso em qualquer texto legal, continuou sendo acolhido pela jurisprudência brasileira – vale ressaltar, especificamente em detrimento das mulheres –, pelo que se depreende de voto histórico registrado por MARY DEL PRIORE:

“Em 1809, certo João Galvão Freire achou-se preso, no Rio de Janeiro, **por ter confessadamente matado sua mulher**, D. Eufrásia de Loiola. Alegando legítima ‘defesa da honra’, encaminhou ao Desembargo do Paço uma petição solicitando ‘seguro real para solto tratar de seu livramento’. A resposta dos desembargadores não deixa dúvidas sobre a tolerância que rodeava tal tipo de crime: ‘a ocasião em que este [o marido] entrou em casa, os achou ambos, esposa e amante, deitados numa rede, o que era bastante para suspeitar a perfídia e o adultério e acender a cólera do suplicante que levado de honra e brio cometeu aquela morta em desafronta sua, julgando-se ofendido’. **Cometido por ‘paixão e arrebatamento’, o crime era**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 42 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

desculpável!” (Histórias íntimas. 2ª Ed. São Paulo: Planeta, 2014, p. 68, grifos nossos).

Mesmo com o passar dos anos, a mulher continuou sendo tratada, social e institucionalmente, em papel de inferioridade em relação ao homem e um constante perigo instintivo que necessitava ser sempre vigiado. Essa realidade só começou a ser verdadeiramente transformada com a redemocratização do Brasil, a partir da Constituição de 1988 e da incorporação de 80% das pautas apresentadas por movimentos feministas pelos Constituintes (CECÍLIA MACDOWELL SANTOS. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. Oficina do CES n.º 301, 2008, p. 7), mediante grande mobilidade da sociedade civil, com garantia de verdadeira igualdade formal e material para as mulheres e uma ampliação da cidadania feminina no plano jurídico nacional.

Nossa Constituição Republicana de 1988 reforçou a garantia universal do princípio da igualdade, assegurando que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”* (art. 5º, I), sendo a mulher titular de todos os direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da vida (art. 5º, *caput*), e de todos os demais garantidos pela Constituição, na mesma medida que o homem; além de prever que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”* (art. 5º, XLI); e que *“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”* (art. 226, §8º).

Tornou-se obrigatória a ampliação do debate público e o aumento da preocupação social com o problema da violência e da desigualdade da mulher, de que decorreu a adoção de medidas políticas e legais, como a promulgação da Lei da Maria da Penha e a aprovação da qualificadora de feminicídio no crime de homicídio, a consolidação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher, a criação de secretarias especializadas na proteção dos direitos da mulher e a adoção dos Planos Nacionais de Política para as Mulheres e do Pacto Nacional de Enfrentamento da Violência contra as Mulheres.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 43 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Não obstante tais avanços legais e institucionais, verifica-se, ainda, a subsistência de um discurso e uma prática que tentam reduzir a mulher na sociedade e naturalizar preconceitos de gênero existentes até os dias atuais, perpetuando uma crença estruturalmente machista, de herança histórica, que considera a mulher como inferior em direitos e mera propriedade do homem.

Essa realidade é atestada por tantos casos ainda frequentes de homicídios e violência contra as mulheres, simplesmente por sua condição de gênero, que continuam atingindo números espantosos – repita-se, um feminicídio a cada sete horas – colocando o Brasil, lamentavelmente – repito novamente –, na corrida para campeão mundial de casos de feminicídio.

É o que se denota, também, a partir da frequente e ainda atual invocação do discurso odioso da legítima defesa da honra, que continua possibilitando, mesmo que indiretamente, absolvições de homicídios perpetrados contra mulheres, em que pese tratar-se de retórica que reforça uma cultura extremamente patriarcal, de desrespeito e objetificação da mulher, como salvo-conduto de crime estruturalmente gravíssimo pelo motivo mais abjeto possível: o fato do homem entender que sua companheira lhe pertence; o fato de entender que pode matá-la para lavar a sua honra.

Não pode o Estado permanecer omissos perante essa naturalização da violência contra a mulher, sob pena de ofensa ao princípio da vedação da proteção insuficiente e do descumprimento ao compromisso adotado pelo Brasil de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º, da CF).

Exige-se, com isso, uma atuação conjunta de todos os Poderes da República e da sociedade como um todo, a fim de não mais tolerar não somente o discurso discriminatório, mas a impunidade daqueles envolvidos em crimes tão selvagens, cruéis e desumanos como o que se tem em discussão aqui.

Nesse sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no exercício de sua competência institucional de defesa da ordem democrática e da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 44 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

supremacia da Constituição, não pode continuar ratificando o argumento da legítima defesa da honra do acusado, que, como visto, até décadas atrás, no Brasil, era o que mais absolvía os homens violentos que matavam as suas esposas, companheiras, namoradas, mulheres, e que não mais encontra guarida à luz da Constituição de 1988, sob pena de ofensa aos princípios da dignidade, da igualdade, da vida e da proibição à discriminação.

Diante de todo o exposto, ACOMPANHO o eminente relator, MINISTRO DIAS TOFFOLI e REFERENDO A MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA, no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, II, e 25, *caput* e parágrafo único, do CP, bem como ao art. 65 do CPP, para excluir do âmbito de proteção dos permissivos legais de legítima defesa, enquanto excludente de ilicitude, quaisquer interpretações que admitam a invocação da tese jurídica da “legítima defesa da honra”, e assentando, ainda, a nulidade de sua invocação perante o Tribunal do Júri ou diante de quaisquer outros julgados penais, por nenhum dos sujeitos envolvidos na relação processual, inclusive pelo magistrado ou magistrada da causa, por atentatória aos direitos da mulher, notadamente os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, à vida, à igualdade e à não-discriminação.

É o voto.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 45 de 89

15/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS MULHERES DE CARREIRA JURIDICA
ADV.(A/S)	:ALICE BIANCHINI
ADV.(A/S)	:ELIANA CALMON ALVES
ADV.(A/S)	:ERIC DINIZ CASIMIRO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM
ADV.(A/S)	:THAISE MATTAR ASSAD
ADV.(A/S)	:THIAGO MIRANDA MINAGE
ADV.(A/S)	:SHEYNER YASBECK ASFORA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABMLBT
ADV.(A/S)	:MARIANA SALINAS SERRANO
ADV.(A/S)	:LUANDA MORAIS PIRES

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Conforme relatado, trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com o objetivo de que seja dada interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal (CP) – Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – e ao art. 65 do Código de Processo Penal (CPP) – Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 –, a fim de que se **afaste a tese jurídica da legítima defesa da honra e se fixe**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 46 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

entendimento acerca da soberania dos veredictos. Também pleiteia o autor que se dê interpretação conforme à Constituição, “*se esta Suprema Corte considerar necessário*”, ao art. 483, III, § 2º, do CPP.

Transcrevo os dispositivos questionados:

“CP, Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
(...)

II - em legítima defesa; (...)

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”

“CPP, Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

“CPP, Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (...)

III – se o acusado deve ser absolvido; (...)

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?”

No mérito, alega que a interpretação questionada violaria os arts. 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV, e 5º, *caput* e inciso LIV, da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 47 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana; (...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

Relata-se defender o autor que a garantia constitucional de soberania dos veredictos do tribunal do júri, por vezes, acaba legitimando julgamentos contrários aos elementos fático-probatórios produzidos à luz do devido processo legal, passando a mensagem de que é legítimo absolver réus que comprovadamente praticam feminicídio, se o crime houver ocorrido em defesa de suas honras.

Em sede cautelar, o relator concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para:

“(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 48 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,

(iii) obstar à defesa que sustente, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.”

Em sua decisão, afirma que “*é límpido que a chamada ‘legítima defesa da honra’ não encontra qualquer amparo ou ressonância no ordenamento jurídico pátrio*”, pois “*não é, tecnicamente, legítima defesa*”, já que ausente injusta agressão a ensejá-la.

Como bem assentado pelo eminente relator, preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo à análise do mérito.

1. Premissas sobre a tese de “legítima defesa da honra”

Sem dúvidas, vivemos em uma sociedade marcada por relações patriarcalistas, que tenta justificar com os argumentos mais absurdos e inadmissíveis as agressões e as mortes de mulheres, cis ou trans, em casos de violência doméstica e de gênero. Pode-se afirmar que:

“Essa subjugação imposta à mulher perante o homem é produto de um conjunto de enunciados que juntos podem ser entendidos como uma formação discursiva. Seguindo essa linha de pensamento, podemos dizer que *honra* é um enunciado que seguido de outros, dentro do contexto histórico recortado por este estudo, produziu um discurso complacente com a violência contra as mulheres.” (RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. *Revista de Estudos Feministas*, v. 20, n. 1, 2012).

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 49 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Mesmo o nosso Código Penal, até dias recentes, previa hipótese de rapto de “mulher honesta”, a demonstrar uma carga semântica evidentemente machista e patriarcal. E, nesse sentido, pesquisas demonstram diversos ranços machistas na nossa doutrina penal tradicional (MENDES, Soraia; XIMENES, Julia; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 130, 2017).

Nesse cenário, a tese de “legítima defesa da honra” aflora nas discussões e em alguns casos de julgamentos por jurados para justificar (manifestamente de modo absurdo e inadmissível) atos aberrantes de homens que se sentem traídos e se julgam legitimados a defender a sua honra ao agredir, matar e abusar de outras pessoas.

Desde os anos 80, cresce a crítica ao uso do argumento da legítima defesa da honra nos casos de assassinatos de mulheres cometidos pelos companheiros (CORRÊA, Marisa. *Os Crimes da Paixão*. São Paulo: Brasiliense, 1981; CORRÊA, Marisa. *Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais*. Rio de Janeiro: Graal, 1983).

E, felizmente, o debate tem se consolidado no meio acadêmico, especialmente a partir de pesquisas empíricas e leituras feministas dos problemas inerentes ao sistema penal (CAMPOS, Carmen Hein de; SEVERI, Fabiana C. *Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira*. *Rev. Direito & Práxis*, v. 10, n. 2, 2019; MENDES, Soraia da Rosa. *Processo Penal Feminista*. Atlas, 2020).

Nesse diapasão, afirma-se de modo consistente a total abusividade da tese de “legítima defesa da honra”:

“O acolhimento da tese de legítima defesa da honra para

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 50 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

manter absolvições de homens que mataram ou feriram suas companheiras vem fundamentado por construções jurídicas que misturam ao Direito a moral patriarcal, ao resgatar entendimentos já superados nas academias, no sentido de proteção do casamento e da família patriarcal em detrimento das pessoas que a integram; de defesa da moral social e tutela da honra ultrajada pelo ato adúltero da mulher, que vitimizaria não só o cônjuge ou companheiro traído, como o próprio Estado.” (PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. 'Legítima defesa da honra': ilegítima impunidade dos assassinos - um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. *Cadernos Pagu*, Campinas: Unicamp, 2006. p. 131-132).

“De maneira que, se existe a tese da violenta emoção, não há como se defender a tese da legítima defesa da honra, a qual, além de injurídica, envergonha toda uma nação. A tese da legítima defesa da honra foi uma evasiva que, desde o início, apresentou fragilidade. Tratava-se de uma tese movida pelo preconceito reinante na época, mas que podia ser utilizada por qualquer um, por ser a honra um atributo inquestionável.” (ASSIS, Maria Sônia M. S. *Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. 2003. p. 106)

Portanto, reputo como inadmissível a tese da “legítima defesa da honra”, visto que pautada por ranços machistas e patriarcais, que fomentam um ciclo de violência de gênero na sociedade.

2. Limitações argumentativas às partes na justiça criminal de um Estado democrático de Direito

Inicialmente, vale destacar que o **próprio ordenamento em vigor prevê limitações argumentativas** como aquela disciplinada no art. 28 do CP, que veda absolvição por emoção ou paixão, e no art. 478 do CPP, que

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 51 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

determina:

“Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo”.

Cito a previsão das denominadas *rape shield law*, em discussão também em nosso ordenamento, após recentes casos de abusos argumentativos praticados por atores processuais em audiências relativas a crimes sexuais.

Trata-se de limitações probatórias e argumentativas relacionadas ao histórico sexual de vítimas de crimes sexuais, além de suas opções e costumes a isso correlatos.

Menciono, por exemplo, dispositivos das *Federal Rules of Evidence*, dos EUA:

“Rule 412. Sex-Offense Cases: The Victim

(a) Prohibited Uses. The following evidence is not admissible in a civil or criminal proceeding involving alleged sexual misconduct:

(1) evidence offered to prove that a victim engaged in other sexual behavior; or

(2) evidence offered to prove a victim’s sexual predisposition.

(b) Exceptions.

(1) Criminal Cases. The court may admit the following evidence in a criminal case:

(A) evidence of specific instances of a victim’s sexual behavior, if offered to prove that someone other than the defendant was the source of semen, injury, or other physical

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 52 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

evidence;

(B) evidence of specific instances of a victim's sexual behavior with respect to the person accused of the sexual misconduct, if offered by the defendant to prove consent or if offered by the prosecutor; and

(C) evidence whose exclusion would violate the defendant's constitutional rights.

(2) Civil Cases. In a civil case, the court may admit evidence offered to prove a victim's sexual behavior or sexual predisposition if its probative value substantially outweighs the danger of harm to any victim and of unfair prejudice to any party. The court may admit evidence of a victim's reputation only if the victim has placed it in controversy."

Sem dúvidas, trata-se de dispositivos que devem ser ponderados cuidadosamente, visto que **qualquer limite ao exercício do direito de defesa precisa ser necessariamente excepcionalíssimo**. Vale destacar que, na previsão estadunidense, há exceção à vedação quando a defesa pretender com tais provas demonstrar que o agressor foi outra pessoa específica ou o consentimento da vítima em concreto, e não por presunções ilegítimas em razão de suas condutas ou opções de comportamento.

Contudo, percebe-se que há questões relevantes em debate para consolidar uma proteção mais ampla e efetiva a pessoas vulneráveis e potencialmente sujeitas a um risco maior de revitimização ao ingressar no sistema de justiça criminal.

3. Distinção em relação ao debate sobre o recurso da acusação em hipótese de absolvição pelo quesito genérico

Devo destacar que a **questão objeto desta ADPF é distinta da que está em discussão neste julgamento**, embora ambas partam do mesmo problema: a falta de motivação na decisão dos jurados, conforme o procedimento regulado pelo CPP brasileiro.

A tese de que não é cabível apelação por decisão manifestamente

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 53 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

contrária à prova dos autos em caso de absolvição com fundamento no quesito genérico não se identifica com o debate sobre a legítima defesa da honra.

Tanto é assim que, mesmo se aceito tal recurso, o próprio CPP limita o cabimento a somente uma revisão, nos termos do § 3º do art. 593:

“Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; **não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.”**

Ou seja, fixada, ou não, a tese que restrinja o recurso do MP, ainda assim poderá continuar existindo a alegação de “legítima defesa da honra” e, desse modo, fundamentando absolvições em julgamentos por jurados que não precisam motivar as suas decisões.

Portanto, o problema da tese da “legítima defesa da honra” precisa ser enfrentado de modo distinto e esta ADPF é o meio adequado para tanto. De qualquer modo, parece-me ser uma discussão muito mais relacionada aos limites argumentativos que deveriam ser impostos às partes (o que pode ou não ser alegado em Plenário), bem como à falta de qualquer motivação na decisão dos jurados – debates que demandariam uma reforma mais ampla do CPP.

Ademais, destaco que existem diversas hipóteses de cabimento de apelação ao julgamento pelo Júri, nos termos do art. 593 do CPP:

- “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...)
III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
 - b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
 - c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 54 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.”

Desse modo, o julgamento por jurados pode ser anulado se ocorrer alguma nulidade durante o Plenário (como a alegação da tese de “legítima defesa da honra”), por exemplo, ou qualquer injustiça em relação à pena fixada.

Além disso, a tese sustentada somente restringe o recurso se a absolvição se fundamentar na resposta positiva dos jurados ao quesito genérico (“O jurado absolve o acusado?”, art. 483, § 2º), pois, sendo desnecessária qualquer motivação, a absolvição pode se dar por qualquer fundamento, tornando-se, assim, incontrolável pelo Tribunal em sede de recurso, em atenção à soberania dos veredictos consagrada constitucionalmente.

Contudo, se a absolvição se der por qualquer outro quesito e fundamento, mantém-se a possibilidade de apelação da acusação se “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”.

Diante desses argumentos, posso afirmar que a tese sobre a inadmissibilidade da apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos em caso de absolvição com fundamento no quesito genérico **não fomenta e muito menos autoriza a absurda “legítima defesa da honra”.**

Nesse sentido, desde já, resta **ilegítimo o pedido de aditamento apresentado pelo autor da ação (eDOC 37) tampouco se mostra necessário o julgamento conjunto deste feito com o ARE 1.225.185**, de minha relatoria.

A semelhança entre as questões seria uma: a opção do legislador pela não motivação das decisões dos jurados e a sistemática do procedimento previsto no CPP sem maiores instruções aos juízes leigos. Isso sim poderia ser objeto de debate doutrinário (cito, por ex. as propostas apresentadas por MASCARENHAS NARDELLI, Marcella. A

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 55 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

prova no tribunal do Júri. Uma abordagem racionalista. Lumen Juris, 2019) e eventual reforma legislativa.

4. A proposta apresentada pelo relator

A partir de tais considerações, acompanho o relator e conheço da ação em suas premissas quanto à inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, o que enseja “*conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa*” (itens i e ii da proposta).

Contudo, em relação ao item (iii), penso que a **limitação argumentativa ali proposta deve ser aplicável a todas as partes processuais e, inclusive, à juíza ou ao juiz do caso**, visto que a tese também pode ser por eles veiculada em alegações ou petições, na formulação de quesitos aos jurados ou em eventual fundamentação de absolvição sumária ao fim da primeira fase do procedimento do Júri, por exemplo.

Portanto, **por questão de isonomia e paridade entre as partes, a limitação argumentativa assentada nesta ADPF deve ser aplicável a todos os envolvidos na persecução penal**, e não somente à defesa. Nesse sentido, cita-se o já mencionado art. 478 do CPP, o qual estabelece ser vedado às partes fazer referências à pronúncia, sua confirmação ou ao silêncio do réu.

Por fim, vai bem a proposta do relator ao prever a nulidade do ato e do julgamento se houver a veiculação da tese. Novamente, trata-se de consequência prevista à situação semelhante, nos termos do art. 478 do CPP. Vale destacar que eventual abuso das partes para ensejar dolosamente a anulação de um Júri a partir de tal motivo pode acarretar eventual sanção, a depender do caso concreto e da análise devidamente realizada pelo órgão competente.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 56 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Nesse sentido, destaco a necessidade de se reforçar a importância da ata da sessão de julgamento e da gravação audiovisual da sessão, de modo registrar devidamente os debates, alegações e fundamentos das partes (art. 495, XIV, CPP). Somente assim será possível o devido controle em Plenário do Júri (SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel R. *Manual do Tribunal do Júri*. RT, 2020. p. 444).

5. Dispositivo

Assim, sugeriria a seguinte redação para as teses firmadas:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, porquanto contraria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e, por consequência,

(iii) **obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra** (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Diante do exposto, considerando que, durante o julgamento virtual, o eminente Relator acolheu a ressalva por mim inicialmente indicada, **voto por referendar a medida cautelar deferida.**

É como voto.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 57 de 89

15/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS MULHERES DE CARREIRA JURIDICA
ADV.(A/S)	:ALICE BIANCHINI
ADV.(A/S)	:ELIANA CALMON ALVES
ADV.(A/S)	:ERIC DINIZ CASIMIRO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM
ADV.(A/S)	:THAISE MATTAR ASSAD
ADV.(A/S)	:THIAGO MIRANDA MINAGE
ADV.(A/S)	:SHEYNER YASBECK ASFORA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABMLBT
ADV.(A/S)	:MARIANA SALINAS SERRANO
ADV.(A/S)	:LUANDA MORAIS PIRES

V O T O – ACOMPANHA COM RESSALVA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório do e. Min. Dias Toffoli, e o acompanho parcialmente em seu voto, o qual inclusive já aderiu à ressalva quanto ao item “iii” do dispositivo feita pelo e. Min. Gilmar Mendes.

As palavras de Luiza Eluf bem descrevem o contexto anacrônico e trágico de reificação da mulher que sustenta a tese da legítima defesa da honra:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 58 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

“O exemplo de paixão assassina trazido por Shakespeare em Otelo é bastante atual, pois mostra o aspecto doentio daquele que mata sob o efeito de suspeitas de adultério por parte de sua esposa. Após o crime, o grande dramaturgo atribui ao matador a seguinte frase: ‘Dizei, se o quereis, que sou um assassino, mas por honra, porque fiz tudo pela honra e nada por ódio’. Na verdade, a palavra ‘honra’ é usada para significar ‘homem que não admite ser traído’. Aquele que mata e depois alega que o fez para salvaguardar a própria honra está querendo mostrar à sociedade que tinha todos os poderes sobre sua mulher e que ela não poderia tê-lo humilhado ou desprezado.” (ELUF, Luiza Nagib. A paixão no banco dos réus – casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157)

No entanto e por compreender que a proteção deve ser mais efetiva, com as mais respeitadas vênias, avanço para acolher também o pedido sucessivo de interpretação conforme a Constituição do art. 483, III, §2º, do Código de Processo Penal, ratificando as razões expostas quando do início do julgamento do ARE 1.225.185, tema 1087, rel. Ministro Gilmar Mendes e no julgamento dos Habeas Corpus n. 192.431 e 192.432.

Entendo, assim, que a questão guarda nítida pertinência em relação à que aqui se discute acerca da inconstitucionalidade – já reconhecida nos brilhantes votos já proferidos pelo ministro relator e pelo ministro Gilmar Mendes – da tese da legítima defesa da honra.

Nos termos do art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal, depois de responder sobre a materialidade e a autoria, o Conselho de Sentença deve responder se o acusado deve ser absolvido:

“Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

- I – a materialidade do fato;
- II – a autoria ou participação;
- III – se o acusado deve ser absolvido;

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 59 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

(...)

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?”

A pergunta é substancialmente distinta daquela que era expressa no antigo texto do art. 484, por meio do qual era o juiz quem formulava os critérios a partir das alegações de antijuridicidade ou de não culpabilidade veiculadas pela defesa.

No atual sistema, a quesitação genérica não se destina a elencar apenas as hipóteses legais de exclusão da ilicitude ou da punibilidade, mas, por sua amplitude, a autorizar também a utilização de causas extralegais de exculpação.

Como já assentei nas outras ocasiões mencionadas, a alteração de redação, porém, não implica, necessariamente, o descabimento do recurso de apelação, seja para a defesa, seja para a acusação, noutras palavras, a quesitação genérica não implica, necessariamente, a inviabilidade do recurso previsto no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal. E a sua inadmissibilidade implicaria um déficit de proteção aos direitos – à vida, à dignidade, à igualdade – considerados violados ao se declarar a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra. É preciso, pois, ir além.

O caminho a percorrer é sempre o da legalidade constitucional, isto é, é preciso examinar se a margem de conformação do legislador ordinário respeita os limites do texto constitucional.

A previsão constitucional do Tribunal do Júri é a seguinte:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 60 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;"

A primeira formulação desses termos é da Constituição de 1946, que, em seu art. 141, § 28, dispunha ser "mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

As Constituições anteriores não consagraram os contornos do Tribunal do Júri, com as garantias e os termos que foram posteriormente a ele assegurados. A Constituição de 1891, por exemplo, previa laconicamente que "é mantida a instituição do júri", conforme previsão de seu art. 72, § 31.

A origem da fórmula adotada em 1946 deriva de emenda apresentada pelo então Deputado Constituinte Aloísio de Carvalho, que não apenas incluiu o júri no rol de direitos fundamentais, como também consagrou nele a soberania de seus vereditos. Sua emenda foi objeto de destaque e o Deputado Osvaldo Lima, nos debates, objetou sua aprovação, afirmando que "a inconsciência do júri libertava os piores criminosos".

Contra essa posição, Aloísio Carvalho respondia que:

"O júri é, assim, ao mesmo tempo, não só uma garantia individual, porque ninguém nega, ainda nos dias de hoje a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 61 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

pesar das transformações das concepções democráticas, deva o acusado ser julgado pelos seus semelhantes; julgado acima de normas inflexíveis e rígidas da lei a que um juiz togado está obrigado, julgado de acordo com as condições locais, com as normas, os padrões morais da sociedade em que vive e onde cometeu o crime. Direito do cidadão, porque todos reconhecemos aos componentes de uma sociedade o direito de julgar os seus concidadãos como o de eleger os seus governantes”.

O nobre Constituinte também se opunha ao Decreto-Lei 167, de 1938, editado sob a égide da autoritária Constituição de 1937, por meio do qual retirava-se dos tribunais do júri a garantia da soberania de seus vereditos, permitindo-se aos tribunais de apelação que, em caso de contrariedade à evidência dos autos, outra decisão pudesse ser proferida.

A redação proposta por Aloísio Carvalho, portanto, visava restabelecer o júri, com as características sem as quais ele não existiria.

Contudo, em 1941, quando da promulgação do Código de Processo Penal, o recurso de apelação com fundamento da contrariedade de prova havia sido extinto. Ele só retorna para o Código, em 1948, por força da Lei 263, a mesma Lei que acabou sendo revogada, em parte, pelas alterações promovidas no sistema do júri pela Lei 11.689, de 2008.

A própria Lei 263 pode ser vista como esforço do legislador de regulamentar a nova disposição constitucional. Ela foi proposta já em 1946, como sendo o primeiro projeto da legislatura ali instalada. A Lei estabelecia a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e previa o procedimento para a formulação de quesitos e do recurso de apelação.

Com a Constituição de 1988, o texto de 1946 manteve-se praticamente idêntico, incorporando-se às disposições constitucionais sobre o júri apenas a competência material (crimes dolosos contra a vida) que havia sido fixada pela Lei 263. Durante os debates para a aprovação da nova Constituição, o constituinte Nyder Barbosa chegou a sugerir que a redação prevísse, ainda, que as decisões absolutórias seriam

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 62 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

irrecorríveis, proposta que, no entanto, não foi adiante no curso dos debates da Assembleia.

A síntese que se extrai da experiência constitucional sobre posituação da garantia do júri assegurada nos textos constitucionais é, de um lado, a de admitir a invocação de causa extralegais de exculpação e, de outro, a de reconhecer como compatível com o princípio da soberania dos vereditos o recurso de apelação por contrariedade à prova dos autos.

Entendo, portanto, que é de se rejeitar de plano posições que considero extremadas sobre a instituição do quesito genérico previsto na atual redação do Código de Processo Penal. Se, de um lado, é admissível a utilização de critérios extralegais de exculpação, de outro, não é possível tornar irrecorrível a decisão do júri por mera aplicação do quesito genérico.

É preciso, contudo, melhor definir o alcance das disposições constitucionais. Para isso, o melhor guia são os debates travados no Congresso Nacional por ocasião da aprovação da Lei 263. Do curso desses trabalhos, é possível reconhecer, como o fez a Comissão de Constituição e Justiça, que “o princípio da soberania do júri somente estaria violado se ao tribunal *ad quem* se desse competência para modificar a decisão do júri, tal competência não é dada ao tribunal *ad quem* que somente pode mandar que o réu se submeta a novo julgamento”. Como asseverava o relator do projeto na Câmara, Gustavo Capanema, “a soberania do júri tem que entender-se não como se fosse um princípio novo, assegurado pela Constituição, mas segundo o seu conceito consagrado tradicionalmente pelo nosso direito”.

E para justificar o uso tradicional do conceito relata (Projeto 591-A, de 1947):

“A apelação da decisão do júri, quando contrária à evidência do processo e para submeter o réu ao julgamento de novo júri, foi instituída em nosso país pela lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código do Processo Criminal de 1832. Mau grado as críticas desde logo suscitadas, o princípio perdurou. Sobre a matéria, doutrinava Pimenta

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Bueno:

‘Temos ouvido algumas opiniões manifestarem-se contra essa disposição da lei, mas pensamos que elas não têm razão. O júri tem sem dúvida o direito de decidir segundo sua convicção, mas convicção sincera e moral, que não pode nem deve contrariar a evidência das provas e debates concludentes; e que quando contraria, faz duvidar da sua boa fé e imparcialidade, ou supor um erro substancial. O injusto é sempre injusto, qualquer que seja o tribunal que o profira. O recurso portanto não desnatura a instituição; só o que é verdadeiramente justo é que apóia a liberdade e com ela a ordem pública.’”

Como se observa da leitura das razões do projeto de lei, em nenhum momento entendia-se que o julgamento de apelação para a realização de um novo júri implicaria ofensa à regra da soberania. É apenas no caso em que, tal como previa a lei feita durante o regime varguista, houvesse julgamento do mérito da acusação pelo órgão de apelação é que se poderia questionar de ofensa à decisão autônoma do Tribunal do Júri. Desde de 1946, no entanto, não é esse mais o caso.

Além disso, o recurso de apelação movido pela acusação que tenha por objetivo a realização do novo júri ante a contrariedade manifesta com as provas produzidas visa, nas palavras de Pimenta Bueno, garantir a justiça da decisão, ou, caso se prefira, uma racionalidade mínima, como bem apontaram Maíra Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado, Matheus de Barros, Mariana Celano de Souza Amaral e Ana Clara Klink de Melo, em “As Provas, os Jurados e o Tribunal: A Anulação dos Veredictos diante da Soberania do Júri” (in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 164, 220):

“Uma das características dos julgamentos no Tribunal do Júri é a de que os jurados não precisam fundamentar seus votos, pois eles julgam segundo a sua consciência. A regra do 593, III, “d”, do CPP (...), no entanto, aponta para um limite nesse procedimento valorativo: a consciência deve estar em alguma medida amparada por algum elemento de prova, pois

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 64 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

se ela for manifestamente contrária à prova dos autos, o julgamento deve ser anulado. Trata-se de uma exigência de um mínimo de fundamento racional para a legitimidade do voto de consciência. Em outras palavras, é por meio dessa estreita janela que o juiz togado – a princípio guiado pela persuasão racional – pode supervisionar os jurados. (...) a extensão dessa supervisão depende da interpretação que se dá à expressão ‘manifestamente contrária à prova dos autos’. Um dos problemas da redação atual do dispositivo é justamente a incerteza sobre o conteúdo da expressão, que abre extensa margem para o exercício da discricionariedade judicial nos Tribunal de Justiça. Reconhecemos que a discricionariedade é inerente à jurisdição, mas quando tratamos de veredictos de jurados amparados por previsão constitucional, ela deve se restringir ao mínimo possível. Mas, como apontado neste texto, tal mínimo interpretativo nem sempre é respeitado e, com isso, o significado da soberania dos veredictos fica à deriva nas Câmaras do Tribunal de Justiça.

Ainda sobre a vagueza do dispositivo da lei processual, a expressão da lei é problemática ao mencionar “prova” no singular, como se houvesse uma única prova ou se o conjunto probatório fosse monolítico e apontasse em um único sentido. Em que pese os problemas ligados à letra da lei, podemos dizer que há formas de interpretá-la que são mais adequadas ao princípio da soberania dos veredictos do que outras”.

Como se observa, o recurso de apelação com fundamento na alínea “d” é, sem dúvidas, controverso, mas ele, em si, não desafia a cláusula da soberania dos vereditos, a menos não na forma como ela foi constitucionalmente assegurada.

Não é, de fato, possível que o Tribunal que julga a apelação possa valorar a prova de forma distinta e, com isso, julgar de forma diferente da que julgou o Tribunal do Júri. O efeito devolutivo do recurso é limitado, não se permitindo a substituição da atividade judicante, mas apenas admitindo o controle mínimo de racionalidade da decisão. Como já dito,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 65 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

não cabe, no âmbito do Tribunal do Júri, investigar a fundamentação acolhida pelos jurados, já que não possuem a obrigação de justificar seus votos.

No entanto, nada há no ordenamento jurídico que vede a investigação sobre **a racionalidade mínima que deve guardar toda e qualquer decisão**. Se é certo que o Tribunal do Júri guarda distinções em relação à atividade judicial típica, não deixa de ser também um julgamento, isto é, a aplicação de uma norma jurídica a um caso particular e, como tal, deve guardar um mínimo de racionalidade e de objetividade. A importante tarefa de julgar não pode ser um jogo de dados.

O cerne da controvérsia dos autos, no entanto, reside em saber se esse controle mínimo tem aplicação nos casos em que o réu é absolvido pela incidência do quesito genérico. A pergunta que se coloca, portanto, é a de saber se o juízo feito pelo Tribunal de Apelação teria qualquer margem de avaliação nesses casos, porquanto, se admitida a absolvição por critérios extralegais, a incidência da norma ao caso concreto jamais poderia ser verificada. Dito de outro modo, se o júri é livre para escolher qualquer norma, inclusive morais, para absolver alguém, então jamais seria possível identificar o enquadramento normativo por ele realizado.

Esse raciocínio é, todavia, falacioso.

Não há dúvidas de que, tal como formulado, o quesito genérico de fato dá margem para que seja interpretado no sentido de se reconhecer a possibilidade de absolvição por critérios extralegais. Mas a existência de diversas novas hipóteses de absolvição **não significa que elas sejam indetermináveis, nem ilimitadas**. Por isso, sempre haverá margem para que o Tribunal, no recurso de apelação, possa identificar a causa de absolvição, sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, e, finalmente, se há respaldo mínimo nas provas produzidas, sempre tendo em conta que das provas, em geral, não se extrai apenas uma conclusão possível e, nos casos de divergência, a primazia é do Tribunal do Júri.

Como explicitarei no voto proferido no ARE 1.225.185 e ora assento de modo específico, é absolutamente contrária à Constituição a interpretação

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

do quesito genérico que implique a reprimenda da odiosa figura da legítima defesa da honra. Os avanços da legislação penal no combate a discriminação contra a mulher, como a Lei Maria da Penha e a tipificação do feminicídio, não podem ser simplesmente desconsiderados pela interpretação sem limites da quesitação genérica.

É parte da missão constitucional deste Tribunal honrar a luta pela afirmação histórica dos direitos das minorias, não se podendo permitir que, a pretexto de interpretar o direito democrático da cláusula do júri, sejam revigoradas manifestações discriminatórias. Nesse sentido, permanecem atuais as lições de Silvia Pimentel, Valeria Pandjarijin e Juliana Belloque, em seu célebre trabalho sobre a “Legítima Defesa da Honra”:

“Em função da soberania dos veredictos do júri popular, os Tribunais de Justiça dos Estados – que integram o segundo grau de jurisdição ou a chamada jurisdição recursal – apenas podem anular a decisão dos jurados considerada manifestamente contrária à prova dos autos, determinando a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, com novos jurados; mas nunca é permitido a juizes(as) togados substituir a decisão recorrida.

Neste contexto, é muito comum a situação em que, mesmo após a anulação da absolvição, o Tribunal do Júri, em segundo julgamento, novamente aceita a aplicação da tese da “legítima defesa da honra” e acaba por absolver o homicida. Importa dizer que há um debate nacional sobre a legitimidade ou não da existência desse tipo de tribunal popular. Alguns reconhecendo sua relevância e vendo-o como manifestação de um profundo espírito democrático. Outros, reconhecendo suas limitações face ao despreparo jurídico de seus componentes.

A comunidade internacional reunida na Organização das Nações Unidas (ONU) já se manifestou, por mais de uma vez – há vários documentos a respeito – sua não aceitação e mesmo repúdio às práticas culturais desrespeitadoras dos direitos humanos das mulheres.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 67 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, 1995, em sua Plataforma de Ação, item 224, estabeleceu que a violência contra as mulheres constitui ao mesmo tempo uma violação aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais e um óbice e impedimento a que desfrute deste direito. Ressalta a violência contra as mulheres derivada dos preconceitos culturais e declara que é preciso proibir e eliminar todo aspecto nocivo de certas práticas tradicionais, habituais ou modernas, que violam os direitos das mulheres.”

Essa também é a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para quem a legitimidade de uma sentença penal depende da observância dos parâmetros jurisprudenciais da Corte (Corte IDH. Caso de la Massacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, reparações e custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Serie C No. 163, par. 197).

E encontra respaldo no texto constitucional que prevê, expressamente, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (art. 5º, XLIII, da CRFB).

Por isso, ainda que fundada em eventual clemência, a decisão do júri não pode implicar a concessão de perdão a crimes que nem mesmo o Congresso Nacional teria competência para perdoar. E o homicídio qualificado, nos termos do art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90, é considerado crime hediondo.

Assim, a decisão do júri, para que seja minimamente racional e não arbitrária, deve permitir identificar a causa de absolvição. Dito de outro modo, para que seja possível o exame de compatibilidade do veredito com a jurisprudência desta Corte ou mesmo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é preciso que a causa de absolvição, ainda que variada, seja determinável. Caberá, portanto, ao Tribunal de Apelação o controle mínimo dessa racionalidade, no caso, para evitar a absolvição – ainda que não explicitada nos autos – pela

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 68 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

inconstitucional legítima defesa da honra.

O reconhecimento doutrinário de causas extralegais de exculpação não exime o Tribunal de Apelação, caso haja recurso do Ministério Público, do exame das razões possíveis de absolvição. Elas podem fundar-se em elementos legais de exclusão da antijuridicidade ou mesmo nas legais de exculpação. Podem, ainda, evidentemente, referir-se a causas extralegais como o chamado “fato de consciência”, as situações de “provocação de legítima defesa” e os “conflitos de deveres”, como bem os descrevem Juarez Cirino dos Santos e René Dotti. Podem, finalmente, fundar-se na própria clemência dos jurados.

Seja qual for a tese escolhida, havendo um mínimo lastro probatório, ainda que haja divergência entre as provas, deve prevalecer a decisão do júri. De outro lado, não se podendo identificar a causa de exculpação ou então não havendo qualquer indício probatório que justifique plausivelmente uma das possibilidades de absolvição, ou ainda sendo aplicada a clemência a um caso insuscetível de graça ou anistia, pode o Tribunal *ad quem*, provendo o recurso da acusação, determinar a realização de novo júri, sob pena de se transformar a participação democrática do júri em juízo caprichoso e arbitrário de uma sociedade que é ainda machista e racista.

Júri é participação democrática, mas participação sem justiça é arbítrio.

Trazendo essas considerações para a presente ADPF, acolho o pedido sucessivo, a fim de conceder a medida cautelar em maior extensão e conferir interpretação conforme ao art. 483, III, §2º, do Código de Processo Penal, para excluir a interpretação do quesito genérico que implique a reprimenda da odiosa figura da legítima defesa da honra, de modo que a decisão do Tribunal de Justiça que a anula é compatível com a garantia da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.

É como voto.

Brasília, 8 de março de 2021, Dia Internacional da Mulher.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 89

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
REQTE.(S) : **PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA**
ADV.(A/S) : **PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI E
OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS MULHERES DE
CARREIRA JURIDICA**
ADV.(A/S) : **ALICE BIANCHINI**
ADV.(A/S) : **ELIANA CALMON ALVES**
ADV.(A/S) : **ERIC DINIZ CASIMIRO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS
CRIMINALISTAS - ABRACRIM**
ADV.(A/S) : **THAISE MATTAR ASSAD**
ADV.(A/S) : **THIAGO MIRANDA MINAGE**
ADV.(A/S) : **SHEYNER YASBECK ASFORA**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES
LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E
TRANSEXUAIS - ABMLBT**
ADV.(A/S) : **MARIANA SALINAS SERRANO**
ADV.(A/S) : **LUANDA MORAIS PIRES**

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, com requerimento de medida liminar, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista contra “*decisões de Tribunais de Júri [de todo o país] que absolvem feminicidas (...) [pela sustentação da tese] de ‘legítima defesa da honra’, bem como [contra] as decisões dos Tribunais de Justiça e a decisão da Primeira Turma desta Suprema Corte no HC n. 178.777/MG*”, que teriam validado esses veredictos populares.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 70 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

2. Sustenta o arguente haver controvérsia constitucional relevante a justificar o cabimento da presente arguição, na qual se pretende a exclusão da abrangência do inc. II do art. 23 e do *caput* do art. 25 do Código Penal a invocação de tese jurídica da legítima defesa da honra.

Afirma que as decisões judiciais sobre o tema são contraditórias. Haveria Tribunais Estaduais e o Superior Tribunal de Justiça alternando entre anular e validar os veredictos populares de absolvição, nos quais se invoca a proteção da honra para escusar a prática de crimes de feminicídio.

Destaca recente acórdão da Primeira Turma deste Supremo Tribunal no *Habeas Corpus* n. 178.777/MG e cita diversos julgados que demonstrariam a divergência jurisprudencial sobre a interpretação das garantias constitucionais da soberania dos veredictos populares e da plenitude de defesa.

Defende o afastamento da possibilidade de o Tribunal do Júri, aplicando a tese da legítima defesa da honra, absolver o acusado com base no inc. III, do §2º do art. 483 do Código de Processo Penal (quesito absolutório genérico). Nesse sentido, anota que a al. *d* do inc. III do art. 593 do Código de Processo Penal funcionaria como restrição válida à garantia constitucional da soberania dos veredictos.

Argumenta ser eventual aceitação da tese questionada “*naturalização do feminicídio*”, fruto da histórica “*inferiorização jurídica coisificadora (...) da mulher frente ao homem*”, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Aponta como normas constitucionais violadas pela invocação da tese da legítima defesa da honra aquelas previstas no *caput* e inc. LIV do art. 5º; *caput* e inc. III do art. 1º; inc. IV do art. 3º, da Constituição da República.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 71 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Pleiteia seja conferida interpretação conforme à Constituição aos inc. II do art. 23 e *caput* do art. 25 do Código Penal para supressão de proteção da excludente de ilicitude interpretações decorrentes da invocação da tese jurídica da “legítima defesa da honra”.

São os requerimentos e o pedido:

“REQUER-SE o reconhecimento do cabimento da presente ADPF, por serem impugnadas normas pré-constitucionais, donde incidente a regra legal da subsidiariedade para o cabimento desta ação (cf. item 1.2, supra), para que:

(i) seja concedida MEDIDA CAUTELAR MONOCRÁTICA, inaudita altera pars, para que, com efeito vinculante e eficácia erga omnes e ex nunc, seja atribuída interpretação conforme a Constituição ou, alternativamente, declaração de não-recepção sem redução de texto, ao disposto nos artigos 23, II, e 25 do Código Penal e do artigo 65 do Código de Processo Penal (e, se esta Suprema Corte considerar necessário, o art. 483, III, §2º, do CPP), para considerá-los compatíveis com a Constituição Federal apenas se interpretados como não incluindo, em seu âmbito de proteção, a nefasta, horrenda e lesa-humanidade tese jurídica da “legítima defesa da honra” (sic), pela qual se “admite” (sic) que uma pessoa (normalmente, um homem) mate outra (normalmente, uma mulher) para “proteger” (leia-se, “lavar”) sua “honra” em razão de (real ou suposta) traição em uma relação afetiva, ou, alternativamente, considerar incompatíveis com a Constituição quaisquer interpretações dos mesmos que incluam em seu âmbito de proteção referida tese nefasta de lesa-humanidade, por força da presença dos requisitos legais da fumaça do bom Direito (verdadeira verossimilhança neste caso), pela evidente desproporcionalidade e irrazoabilidade da permissão ao assassinato de uma pessoa pelo fato de ter cometido (ou ter sido acusada de) adultério em uma relação afetiva, por dever ser interpretada com temperamento, mediante interpretação restritiva (com redução teleológica), a garantia constitucional de “soberania dos veredictos” do Tribunal do Júri, por essa soberania não poder chegar ao ponto de “legitimar” constitucionalmente julgamentos manifestamente contrários aos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 72 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

elementos fático-probatórios produzidos à luz do devido processo legal e muito menos “legitimar” julgamentos manifestamente contrários ao ordenamento jurídico-constitucional, bem como (o requisito legal) do perigo na demora, por até hoje estarmos tendo julgamentos de Tribunais de Júri absolvendo feminicidas (assassinos de mulheres) pela nefasta, horrenda e anacrônica tese de lesa-humanidade da “legítima defesa da honra” (sic), que ora são anuladas por Tribunais de Justiça por manifesta contrariedade à prova dos autos, ora são mantidas/validades por outros Tribunais de Justiça;

(ii) sejam intimadas a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República para que ofertem Pareceres, nos prazos legais;

(iii) seja, ao final, JULGADA TOTALMENTE PROCEDENTE a presente ação, confirmando-se a medida cautelar/liminar anteriormente deferida, ou, caso indeferida, para que, com efeito vinculante e eficácia erga omnes, seja atribuída interpretação conforme a Constituição ao disposto nos artigos 23, II, e 25 do Código Penal e do artigo 65 do Código de Processo Penal (e, se esta Suprema Corte considerar necessário, o art. 483, III, §2º, do CPP), para considerá-los recepcionados pela Constituição apenas se interpretados como não admitindo absolvições, mesmo por Tribunais de Júri, pela nefasta, horrenda e anacrônica tese de lesa-humanidade da “legítima defesa da honra” (sic), ou seja, de assassinos de pessoas que cometeram (ou foram acusadas de) adultério em uma relação afetiva (caracterizadora de família conjugal ou não), geralmente feminicidas, ou, alternativamente, seja declarada a não-recepção sem redução de texto de ditos dispositivos legais pré-constitucionais (e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do dispositivo pós-constitucional, se esta Suprema Corte isto entender necessário), para deles excluir uma tal exegese, como medida da mais lúdima JUSTIÇA!”

3. Em 26/2/2021, o Ministro Dias Toffoli deferiu parcialmente a medida liminar requerida, *ad referendum* do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, para: “(i) firmar o entendimento de que a tese da *legítima defesa da honra* é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento”.

Examinados os elementos havidos no processo, DECIDO.

4. Na presente arguição, sustenta-se contrariedade a preceitos fundamentais relacionados ao direito fundamental à vida (*caput* do art. 5º da CR), e aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da CR), da não-discriminação (inc. IV do art. 3º da CR), do Estado de Direito (art. 1º da CR), da razoabilidade e da proporcionalidade (inc. LIV do art. 5º da CR), pela invocação, no Tribunal do Júri e aceitação pela jurisprudência, da tese jurídica da “legítima defesa da honra” como forma de afastar a ilicitude do crime de feminicídio.

5. O inc. XXXVIII do art. 5º da Constituição da República estabelece como garantia individual, prevista no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a instituição do júri, fundada nos princípios da plenitude de defesa, do sigilo das votações e da soberania dos veredictos. Permite-se, assim, o julgamento do acusado de crime doloso contra a vida pelos seus pares, como importante mecanismo democrático, a incluir a participação direta do cidadão nas decisões do Poder Judiciário.

Conferindo-se concretude ao princípio constitucional da plenitude de defesa, determina-se no inc. III e §2º do art. 483 do Código de Processo

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 74 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Penal, desde que afirmadas a autoria e materialidade do crime, seja indagado aos jurados se absolvem o acusado, podendo-se ali contemplar todas as possíveis teses legais e supralegais de exculpação e de exclusão da ilicitude da conduta levada a efeito pelo agente.

Nesse contexto, insere-se a legítima defesa, prevista no inc. II do art. 23 e art. 25 do Código Penal, como causa de exclusão da ilicitude, a autorizar ao agente reagir prontamente em defesa de interesses relevantes, na impossibilidade de intervenção tempestiva do Estado para resguardá-los.

Questiona-se, entretanto, se, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação, do Estado de Direito, da razoabilidade, da proporcionalidade e, sobretudo, do direito fundamental à vida, seria conforme ao Direito a invocação da tese da legítima defesa da honra no julgamento no Tribunal do Júri Popular, com a finalidade de livrar o agente de uma possível imposição de pena.

7. Para melhor compreensão do tema, faz-se mister analisar o contexto histórico e jurídico no qual desenvolvida a tese.

No processo de colonização do território brasileiro, os portugueses adotaram, desde 1605, as Ordenações Filipinas, nas quais se tutelava o “*poder do homem sobre o corpo e a vida da mulher*”, no Livro V, título XXXVIII (“*Do que matou sua mulher, pola achar em adultério*”):

“Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar a assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degredado para a África com pregão na Audiencia, pelo tempo que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de trezannos”.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 76 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente."

Igual previsão constou no art. 279 do Código Penal Republicano:

"Art. 279. A mulher casada que cometer adulterio será punida com a pena de prisão celular por um a tres annos.

§ 1º Em igual pena incorrerá:

1º O marido que tiver concubina teuda e manteuda;

2º A concubina;"

Com a promulgação do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), deixou-se de diferenciar a tipificação do crime com base no gênero do agente – não mais se exigindo a comprovação de relação de permanência quando do adultério masculino.

Porém, nada havia culturalmente se alterado. Continuava a incidir cobrança social e política apenas da mulher, como propriedade do homem, sua exclusividade sexual.

Neste sentido, o inc. II do art. 6º do Código Civil de 1916 (norma originária), que vigorou no ordenamento jurídico até o início de vigência da Lei n. 4.121/1962), dispunha serem relativamente incapazes as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal. Outros dispositivos da lei civilista patenteavam a submissão da mulher ao homem na sociedade conjugal, respaldando-se tais normas no caldo cultural de uma sociedade patriarcal, machista e preconceituosa.

O art. 233 do Código Civil de 1916 preconizava que "o marido é o chefe da sociedade conjugal", norma que permaneceu após a alteração dada ao dispositivo pela Lei n. 4.121/1962, acrescentando-se tão somente que aquela função deveria ser exercida "com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos".

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

Como obrigações e restrições da mulher na sociedade conjugal, podem ser mencionados, ainda, os arts. 240 e 242 do Código Civil de 1916:

“Art. 240 - A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1970)”

“Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

I - praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

III - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)”

O Código Penal vigente, do mesmo modo, contava com diversas expressões discriminatórias em seus dispositivos, produzindo uma “contaminação sistêmica” no direito brasileiro. (PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. *'Legítima defesa da honra': ilegítima impunidade dos assassinos - um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina*. Cadernos Pagu , Campinas: Unicamp, 2006. p. 131-132)

Até o início de vigência da Lei n. 11.106/2005, o Código Penal previa como causa extintiva da punibilidade nos então denominados “crimes contra os costumes” o casamento da vítima com o agente ou com terceiros (inc. VII e VIII do art. 107 do Código Penal), além de contar com o emprego de expressões como “mulher honesta” e “mulher virgem” para configuração de tais delitos, atualmente previstos no título dos crimes

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 78 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

contra a dignidade sexual.

Consequência jurídica dessa institucionalizada submissão dos direitos da mulher aos interesses do homem é que, culturalmente, relaciona-se a honra masculina ao dever da mulher *“através de sua castidade e fidelidade, [de] sustentar a legitimidade do sangue, já que esse era um fator importante para dizer da honorabilidade tanto de seu pai quanto de seu marido. A infidelidade feminina era, portanto, perigosa por duas razões: a primeira seria a desonra do pai ou do marido perante a sociedade e a segunda seria o risco de essa traição trazer para o seio familiar filhos estranhos, ilegítimos”* (RAMOS, Margarita Danielle. *Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres*. Revista Estudos Feministas, v. 20, n. 1, p. 53-73, 2012).

8. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, todo cidadão, homens e mulheres, tem direito de tratamento idêntico pela lei, sendo dever do Estado instituir mecanismos para coibir a violência doméstica (§8º do art. 226 da CR), visando a construção de uma sociedade justa, livre de preconceitos e discriminações.

Anote-se ser o Brasil signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Decreto n. 4.377/2002) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto n. 1.973/1996).

Embora não tenha sido abordada a questão da violência de gênero naqueles documentos, o Comitê instituído pelo art. 17 do Decreto 4.377/2002 recomendou a adoção pelos Estados signatários de medidas visando a eliminação da discriminação contra a mulher por ações legais, políticas e programáticas.

Nesse contexto, foi editada a Lei n. 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”), que regulamentou os direitos assegurados constitucionalmente e

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

ratificados pelo Brasil por tratados sobre direitos humanos, com o objetivo de coibir as múltiplas formas de violência contra a mulher.

9. Apesar da evolução legal e constitucional, o Estado e a sociedade continuam aceitando a violência de gênero contra a mulher. Uma das demonstrações desta triste constatação é a admissão da tese defensiva da “legítima defesa da honra”, em situações nas quais o “brio” e o “orgulho ferido” do homem justificariam, culturalmente, a prática do feminicídio e a absolvição do autor do assassinato.

A tese jurídica de legítima defesa da honra não tem amparo legal. Construiu-se ela por discurso proferido em julgamentos pelos tribunais e firmou-se como forma de adequar práticas de violência e morte à tolerância vívida na sociedade aos assassinatos praticados por homens contra mulheres tidas por adúlteras ou com comportamento que fugisse ou destoasse do desejado pelo matador.

Nessa linha de raciocínio, *“o problema não está na escrita da lei, mas sim na manobra feita pelo discurso jurídico, que munido de suas estratégias de poder, utilizou dessa prerrogativa para abrir espaço para a impunidade dos assassinatos das mulheres consideradas adúlteras”*. (RAMOS, Margarita Danielle. *Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres*. Revista Estudos Feministas, v. 20, n. 1, p. 53-73, 2012).

À luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da igualdade de gênero, e do direito fundamental à vida, é urgente e tarda seja afastada a ilicitude da conduta do acusado que tenha praticado crime de homicídio contra a mulher com base na tese jurídica da “legítima defesa da honra”.

10. A matéria em análise relaciona-se ao objeto do Tema n. 1087 da repercussão geral, no qual se discute *“a possibilidade de Tribunal de segundo*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 80 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos” (ARE n. 1.225.185).

Esse assunto foi debatido pela Segunda Turma recentemente, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 178.856, Relator o Ministro Celso de Mello, no qual fiquei vencida ao acompanhar o voto divergente do Ministro Edson Fachin, para admitir a possibilidade de o Ministério Público apelar sob o fundamento de que a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária à prova dos autos, mesmo nos casos em que a decisão absolutória for proferida pelo Tribunal do Júri com base no quesito genérico do § 2º do art. 483 do Código de Processo Penal.

Na sessão virtual de 2.10.2020 a 9.10.2020, destacou o Ministro Fachin ser *“absolutamente contrária à Constituição a interpretação do quesito genérico que implique a reprimenda da odiosa figura da legítima defesa da honra. Os avanços da legislação penal no combate a discriminação contra a mulher, como a Lei Maria da Penha e a tipificação do feminicídio, não podem ser simplesmente desconsiderados pela interpretação sem limites da quesitação genérica.*

(...)

Assim, a decisão do júri, para que seja minimamente racional e não arbitrária, deve permitir identificar a causa de absolvição. Dito de outro modo, para que seja possível o exame de compatibilidade do veredito com a jurisprudência desta Corte ou mesmo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é preciso que a causa de absolvição, ainda que variada, seja determinável.

O reconhecimento doutrinário de causas extraleais de exculpação não exige o Tribunal de Apelação, caso haja recurso do Ministério Público, do exame das razões possíveis de absolvição. Elas podem fundar-se em elementos legais de exclusão da antijuridicidade ou mesmo nas legais de exculpação. Podem, ainda, evidentemente, referir-se a causas extraleais como o chamado “fato de consciência”, as situações de “provocação de legítima defesa” e os “conflitos de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 81 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

deveres”, como bem os descrevem Juarez Cirino dos Santos e René Dotti. Seja qual for a tese escolhida, havendo um mínimo lastro probatório, ainda que haja divergência entre as provas, deve prevalecer a decisão do júri. De outro lado, não se podendo identificar a causa de exculpação ou então não havendo qualquer indício probatório que justifique plausivelmente uma das possibilidades de absolvição, pode o Tribunal ad quem, provendo o recurso da acusação, determinar a realização de novo júri.

Ainda que tenha havido o reconhecimento formal, por meio da instituição do quesito genérico, do cabimento de causas extralegais de exculpação, elas podem e devem ser identificadas pelo Tribunal de apelação, sempre que assim o requerer o Ministério Público, sob pena de se transformar a participação democrática do júri, em juízo caprichoso e arbitrário de uma sociedade que é ainda machista e racista. Júri é participação democrática, mas participação sem justiça é arbítrio”.

11. Pelo exposto, voto no sentido de referendar a medida liminar deferida pelo Relator para conferir interpretação conforme à Constituição ao inc. II do art. 23 e *caput* do art. 25 do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, para excluir de legitimidade jurídica a invocação da tese jurídica da “legítima defesa da honra” ou discurso que, sem aproveitar os mesmos termos expressem o mesmo dizer, ainda que sob a roupagem de outras expressões a denotarem o emprego da violência de gênero como justificativa do crime de feminicídio, proibindo-se todos os sujeitos responsáveis pela persecução e no processo penal a utilização, de forma direta, indireta ou subliminar, da tese jurídica da “legítima defesa da honra”, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 82 de 89

15/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS MULHERES DE CARREIRA JURIDICA
ADV.(A/S)	:ALICE BIANCHINI
ADV.(A/S)	:ELIANA CALMON ALVES
ADV.(A/S)	:ERIC DINIZ CASIMIRO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM
ADV.(A/S)	:THAISE MATTAR ASSAD
ADV.(A/S)	:THIAGO MIRANDA MINAGE
ADV.(A/S)	:SHEYNER YASBECK ASFORA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABMLBT
ADV.(A/S)	:MARIANA SALINAS SERRANO
ADV.(A/S)	:LUANDA MORAIS PIRES

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

1. Acompanho integralmente o voto do Ministro Dias Toffoli, que coloca freio à lastimável e preconceituosa tese da “legítima defesa da honra”, que ainda continua a ser brandida nos Tribunais do Júri Brasil afora.

2. Faço apenas, na linha do voto do Ministro Edson Fachin,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 83 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

uma ressalva. O voto do Ministro Relator prevê que *“caso a defesa lance mão, direta ou indiretamente, da tese inconstitucional de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese), seja na fase pré-processual, processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou até mesmo dos debates por ocasião da sessão do júri (caso não obstada pelo Presidente do Júri), facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal”*.

3. O art. 593, III, a, trata do cabimento da apelação contra decisões do Tribunal do Júri na hipótese de “nulidade posterior à pronúncia”. Portanto, de acordo com o voto do Relator, a acusação, para poder recorrer da decisão baseada na tese da “legítima defesa da honra”, teria de demonstrar – o que pode ser bastante controverso nos casos concretos – que ela foi, direta ou indiretamente, utilizada pela defesa.

4. Embora relevantíssimo, o voto do Relator, a meu ver, ainda permitirá uma brecha para a utilização da tese da “legítima defesa da honra”.

5. Explico. O art. 483, § 2º, do CPP permite que, a despeito de assentar a materialidade e a autoria do crime doloso contra a vida, o acusado seja absolvido por clemência. Com isso, o argumento poderá, ainda que sub-repticiamente, ser levado em consideração pelos jurados para conceder ao acusado uma absolvição genérica.

6. Para remediar casos como esse, é importante que o Tribunal deixe claro o cabimento do recurso de apelação previsto no art. 593, § 3º, do CPC em tais hipóteses. Em outros termos, afirmar o cabimento da apelação fundada na decisão do Tribunal do Júri contrária à prova dos autos – submetendo-se o réu a novo julgamento – em todos os casos de feminicídio.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 84 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

7. Portanto, parece justificado, como pretende a autora, que se *exclua* do art. 483, III e § 2º, do Código de Processo Penal a interpretação de que o quesito genérico autoriza a absolvição pela tese de legítima defesa da honra, de modo que o acórdão do Tribunal de Justiça que a anula seja considerado compatível com a garantia da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri.

8. É como voto.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 85 de 89

15/03/2021

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS MULHERES DE CARREIRA JURIDICA
ADV.(A/S)	:ALICE BIANCHINI
ADV.(A/S)	:ELIANA CALMON ALVES
ADV.(A/S)	:ERIC DINIZ CASIMIRO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM
ADV.(A/S)	:THAISE MATTAR ASSAD
ADV.(A/S)	:THIAGO MIRANDA MINAGE
ADV.(A/S)	:SHEYNER YASBECK ASFORA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABMLBT
ADV.(A/S)	:MARIANA SALINAS SERRANO
ADV.(A/S)	:LUANDA MORAIS PIRES

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (VOGAL): Trata-se de referendo em medida cautelar deferida pelo Ministro Relator, Dias Toffoli, conferindo interpretação conforme à Constituição aos artigos 23, II, e 25, ambos do Código Penal, e ao art. 65, do Código de Processo Penal, de ordem a declarar incompatível com a constituição a incidência da legítima defesa em casos de feminicídio, impedindo a articulação da tese da legítima defesa da honra nos processos de competência do Tribunal do Júri.

A decisão submetida a referendo estabelece o seguinte:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 86 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,

(iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Eu acompanho o relator na interpretação proposta, mas, assim como o Ministro Edson Fachin, avanço para acolher, desde logo, o pedido deduzido na inicial, no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição também ao art. 483, inciso III, §2º, do Código de Processo Penal, que prevê a denominada absolvição por clemência.

Com efeito, encontra-se submetida a julgamento deste Supremo Tribunal Federal, na sistemática da Repercussão Geral, controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento de recurso contra a denominada absolvição por clemência.

Uma das correntes interpretativas deste dispositivo propõe que, à luz da soberania dos veredictos, seja considerado incabível recurso de apelação, quando o júri decide absolver o acusado, acolhendo o quesito genérico estabelecido no art. 483, III, §2º, do CPP.

Por esta interpretação, ainda que a absolvição se revele manifestamente contrária à prova dos autos, ela estaria resguardada pela soberania do veredicto, prevista no art. 5º da Constituição, e por isso não poderia ser revista pelo Tribunal.

A toda evidência, referida interpretação do art. 483, III, §2º, do CPP, tornaria ineficaz a conjuração da tese da legítima defesa da honra, que ora

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 87 de 89

ADPF 779 MC-REF / DF

se estabelece.

Isso porque, ainda que a defesa, o Ministério Público, os órgãos de persecução penal ou o juiz não articulem, direta ou indiretamente, a tese da legítima defesa da honra, nada impede que os jurados, absolvam um réu acusado de feminicídio, em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, por sua íntima convicção de que o fato foi praticado para legítima defesa da honra.

Com efeito, a cultura machista, misógina, que ainda impera em nosso país e coloniza as mentes de homens e mulheres, seja de modo refletido ou irrefletido, consciente ou pré-consciente, não precisa de outra prova além dos números da violência doméstica e do feminicídio registrados nas tristes estatísticas policiais.

Nestes já tristes tempos de pandemia, é devastador constatar que a violência contra mulheres cresceu ainda mais, revelando quadro em que as vítimas são forçadas a viver enclausuradas com seus algozes.

Por tal razão, entendo que, desde logo, é crucial que se estabeleça interpretação conforme à Constituição ao art. 483, III, §2º, a fim de impedir interpretação da referida norma que obstaculize a interposição de recurso contra a absolvição por clemência em casos de feminicídio, tentado ou consumado.

Ex positis, **sem prejuízo do julgamento do tema 1087**, que trata do tema em maior amplitude, acompanho o voto do Relator, com as ressalvas do Ministro Edson Fachin, e referendo a medida cautelar, em maior extensão, a fim de estabelecer que, em casos de feminicídio, **o disposto no art. 483, III, §2º, do CPP não impede a interposição de recurso de apelação contra a absolvição por clemência, quando considerada manifestamente contrária à prova dos autos.**

É como voto.



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 779

675

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 88 de 89

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP) E

OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS MULHERES DE CARREIRA JURIDICA

ADV.(A/S) : ALICE BIANCHINI (387876/SP)

ADV.(A/S) : ELIANA CALMON ALVES (46625/DF)

ADV.(A/S) : ERIC DINIZ CASIMIRO (63071/DF)

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM

ADV.(A/S) : THAISE MATTAR ASSAD (80834/PR)

ADV.(A/S) : THIAGO MIRANDA MINAGE (131007/RJ)

ADV.(A/S) : SHEYNER YASBECK ASFORA (11590/PB)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABMLBT

ADV.(A/S) : MARIANA SALINAS SERRANO (324186/SP)

ADV.(A/S) : LUANDA MORAIS PIRES (47652/DF, 23873-A/MS, 95946/PR, 357642/SP)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, referendou a concessão parcial da medida cautelar para: (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento, nos termos do voto do Relator. Os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux (Presidente) e Roberto Barroso acompanharam o Relator com ressalvas. A ressalva do Ministro Gilmar Mendes foi acolhida pelo Relator. Falaram: pelo requerente, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pelo interessado, o Ministro José Levi Mello do Amaral Junior, Advogado-Geral da União; e, pelo *amicus*



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 779

676

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 89 de 89

curiae Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, a Dra. Eliana Calmon. Plenário, Sessão Virtual de 5.3.2021 a 12.3.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário



Supremo Tribunal Federal

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 828 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S) : ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI E
 OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
 AMAZONAS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO
 SANTO
INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
 MARANHÃO
INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS
 GERAIS
INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO
 GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ



Supremo Tribunal Federal

ADPF 828 MC / DF

PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	:GOVERNADOR DO ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARANA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANA
AM. CURIAE.	:TERRA DE DIREITOS
AM. CURIAE.	:CENTRO GASPAR GARCIA DE DIREITOS



BR > Defensoria Pública da União

ADPF 828

679

Supremo Tribunal Federal

ADPF 828 MC / DF

	HUMANOS
ADV.(A/S)	:DAISY CAROLINA TAVARES RIBEIRO
ADV.(A/S)	:JULIA AVILA FRANZONI
ADV.(A/S)	:DIEGO VEDOVATTO
ADV.(A/S)	:ANDRE FEITOSA ALCANTARA
ADV.(A/S)	:LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO
AM. CURIAE.	:PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	:EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
ADV.(A/S)	:NATALIA BASTOS BONAVIDES
AM. CURIAE.	:MOVIMENTO DOS TRABALHADORES SEM TETO ; MTST
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO AMIGOS DA LUTA DOS SEM TETO
ADV.(A/S)	:DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
AM. CURIAE.	:INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO - IBDU
ADV.(A/S)	:ROSANE DE ALMEIDA TIerno
ADV.(A/S)	:LETICIA MARQUES OSORIO
AM. CURIAE.	:CONSELHO ESTADUAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PARAÍBA
ADV.(A/S)	:OLIMPIO DE MORAES ROCHA
ADV.(A/S)	:HERRY CHARRIERY DA COSTA SANTOS
AM. CURIAE.	:GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - GAETS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO BRASILEIRA DE JURISTAS PELA DEMOCRACIA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DAS ADVOGADAS E ADVOGADOS PÚBLICOS PARA DEMOCRACIA - APD
AM. CURIAE.	:COLETIVO POR UM MINISTERIO PUBLICO TRANSFORMADOR
ADV.(A/S)	:RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO
ADV.(A/S)	:PAULO FRANCISCO SOARES FREIRE

DECISÃO:

*Supremo Tribunal Federal*

ADPF 828 MC / DF

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À MORADIA E À SAÚDE DE PESSOAS VULNERÁVEIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

I. A hipótese

1. Ação que tem por objeto a tutela dos direitos à moradia e à saúde de pessoas em situação de vulnerabilidade. Pedido cautelar de suspensão imediata de todos os processos, procedimentos, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse enquanto perdurarem os efeitos da crise sanitária da COVID-19.

II. Fundamentos de fato

2. O requerente destaca dados da *Campanha Despejo Zero*, segundo a qual mais de 9.000 (nove mil) famílias foram despejadas durante a pandemia e em torno de 64.000 (sessenta e quatro mil) se encontram ameaçadas de remoção. Notícia de casos de desocupações coletivas realizadas sem suporte assistencial às populações, que já se encontravam em situação de vulnerabilidade.

III. Fundamentos jurídicos

3. No contexto da pandemia da COVID-19, o direito social à moradia (art.

*Supremo Tribunal Federal*

ADPF 828 MC / DF

6º, CF) está diretamente relacionado à proteção da saúde (art. 196, CF), tendo em vista que a habitação é essencial para o isolamento social, principal mecanismo de contenção do vírus. A recomendação das autoridades sanitárias internacionais é de que as pessoas *fiquem em casa*.

4. Diante dessa situação excepcional, os direitos de propriedade, possessórios e fundiários precisam ser ponderados com a proteção da vida e da saúde das populações vulneráveis, dos agentes públicos envolvidos nas remoções e também com os riscos de incremento da contaminação para a população em geral.

5. É preciso distinguir três situações: (i) ocupações antigas, anteriores à pandemia; (ii) ocupações recentes, posteriores à pandemia; e (iii) despejo liminar de famílias vulneráveis. Também merecem solução específica: a) ocupações conduzidas por facções criminosas; e b) invasões de terras indígenas.

IV. Decisão quanto a ocupações anteriores à pandemia

6. Justifica-se a suspensão, por 6 (seis) meses, da remoção de ocupações coletivas instaladas antes do início da pandemia. Trata-se da proteção de comunidades estabelecidas há tempo razoável, em que diversas famílias fixaram suas casas, devendo-se aguardar a normalização da crise sanitária para se

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

cogitar do deslocamento dessas pessoas.

V. Decisão quanto a ocupações posteriores à pandemia

7. Os agentes estatais poderão agir para evitar a consolidação de novas ocupações irregulares, desde que com a devida realocação em abrigos públicos ou em locais com condições dignas. Tudo deve ser feito com o cuidado necessário para o apoio às pessoas vulneráveis, inclusive provendo condições de manutenção do isolamento social.

VI. Decisão quanto ao despejo liminar por falta de pagamento

8. No que diz respeito às situações de despejo por falta de pagamento de aluguel, a proibição genérica pode gerar efeitos sistêmicos difíceis de calcular em sede de controle concentrado de constitucionalidade, particularmente em medida cautelar de urgência. Isso porque a renda proveniente de locações, em muitos casos, também é vital para o sustento de locadores. Por essa razão, nesse tópico, a intervenção judicial deve ser minimalista.

9. Assim sendo, na linha do que já fora previsto na Lei nº 14.010/2020, que disciplinou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus, suspendo, pelo prazo de 6 (seis) meses, tão-somente a possibilidade de despejo liminar de pessoas

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

vulneráveis, sem a audiência da parte contrária. Não fica afastada, portanto, a possibilidade de despejo por falta de pagamento, com observância do art. 62 e segs. da Lei nº 8.245/1991, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos.

VII. Conclusão

1. Ante o quadro, defiro parcialmente a medida cautelar para:

- i) *com relação a ocupações anteriores à pandemia*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020);
- ii) *com relação a ocupações posteriores à pandemia*: com relação às ocupações ocorridas após o marco temporal de 20 de março de 2020, referido acima, que sirvam de moradia para populações vulneráveis, o Poder Público poderá atuar a fim de evitar a sua consolidação, desde que as pessoas sejam levadas para abrigos públicos ou que de outra forma se assegure a elas moradia adequada; e

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

iii) *com relação ao despejo liminar*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, a possibilidade de concessão de despejo liminar sumário, sem a audiência da parte contrária (art. 59, § 1º, da Lei nº 8.425/1991), nos casos de locações residenciais em que o locatário seja pessoa vulnerável, mantida a possibilidade da ação de despejo por falta de pagamento, com observância do rito normal e contraditório.

2. Ficam ressalvadas da abrangência da presente cautelar as seguintes hipóteses:

- i) ocupações situadas em áreas de risco, suscetíveis à ocorrência de deslizamentos, inundações ou processos correlatos, mesmo que sejam anteriores ao estado de calamidade pública, nas quais a remoção poderá acontecer, respeitados os termos do art. 3º-B da Lei federal nº 12.340/2010;
- ii) situações em que a desocupação se mostre absolutamente necessária para o combate ao crime organizado – a exemplo de complexos habitacionais invadidos e dominados por facções criminosas – nas quais deve ser assegurada a realocação de pessoas vulneráveis que não estejam envolvidas na prática dos delitos;
- iii) a possibilidade de desintrusão de invasores em terras indígenas; e
- iv) posições jurídicas que tenham por fundamento leis locais mais favoráveis à tutela do direito à moradia, desde que compatíveis com a Constituição, e decisões

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

judiciais anteriores que confirmam maior grau de proteção a grupos vulneráveis específicos, casos em que a medida mais protetiva prevalece sobre a presente decisão.

I. SÍNTESE DA DEMANDA

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, “contra atos do Poder Público relativos à desocupações, despejos e reintegrações de posse, a fim de evitar e reparar lesão a preceitos fundamentais relativos ao direito social à saúde (art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art. 198; art. 199 e art. 200), o direito fundamental à vida (art. 5º, *caput*; art. 227 e art. 230), o fundamento da República Federativa do Brasil de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I), e o direito fundamental à moradia (art. 6º e 23, inc. IX)”.

2. O autor argumenta que “as Defensorias Públicas, Ministério Público e entidades têm se insurgido contra as remoções e despejos requerendo a suspensão das operações, uma vez que as operações são ilegais, pois (i) violam disposições expressas de lei estaduais, (ii) atingem ocupações antigas e anteriores ao período pandêmico e do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo 06, de 20 de março de 2020); e (iii) são desproporcionais, ilegítimas e inadequadas por desconsiderar qualquer medida garantidora de direitos, como a Resolução nº 10/2018 do Conselho Nacional de Direitos e da Recomendação 90/2021 do Conselho Nacional de Justiça, e são levadas a cabo no pior momento da pandemia no Brasil, carregando um potencial de agravar a situação de vulnerabilidade daquelas famílias e intensificar

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

os riscos epidemiológicos e o colapso da saúde em todo o país” (Doc. 1, fl. 3).

3. Na petição inicial, o autor relata a existência de um número relevante de famílias desalojadas e ameaçadas de remoção. Afirma que, segundo dados da Campanha Despejo Zero, 9.156 (nove mil, cento e cinquenta e seis) famílias foram despejadas em quatorze estados da federação¹, e outras 64.546 (sessenta e quatro mil, quinhentas e quarenta e seis) se encontram ameaçadas de despejo. Afirma que “muitas vezes sem qualquer notificação prévia ou possibilidade de defesa administrativa e judicial, e com grande aparato logístico e repressivo (servidores, policiais e agentes públicos), os governos continuam a desalojar famílias no período mais gravoso da pandemia, num total desrespeito à condição humana e aos direitos de saúde e moradia” (Doc. 1, fl. 2).

4. Destaca casos ocorridos no Distrito Federal e em São Paulo, este último objeto de denúncia junto ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Relata a edição de leis estaduais e distrital que restringem a possibilidade de remoções e cumprimentos de ordens de despejo durante a pandemia, a fim de resguardar o direito de o ocupante permanecer em sua moradia enquanto vigorar o estado de emergência de saúde pública. Menciona, ainda, a Recomendação nº 90, do CNJ, de acordo com a qual os órgãos do Poder Judiciário devem avaliar com especial cautela o deferimento de tutela de urgência que tenha por objeto a desocupação coletiva de imóveis urbanos e rurais, sobretudo nas hipóteses que envolverem pessoas em estado de vulnerabilidade social e econômica, enquanto perdurar a situação de pandemia da COVID-19. Sustenta o cabimento da ADPF diante da existência de preceitos

1 Número de famílias por Estado da Federação, de acordo com a petição inicial: 3.004 no Amazonas; 2.852 em São Paulo; 550 em Minas Gerais; 320 em Pernambuco; 555 em Roraima; 175 em Goiás; 730 no Paraná; 140 em Santa Catarina; 6 no Rio Grande do Sul; 27 no Rio de Janeiro; 27 no Rio Grande do Norte; 67 no Maranhão; 150 no Piauí; 80 na Bahia e 235 no Sergipe.

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

fundamentais envolvidos e da falta de outro meio igualmente eficaz de sanar a lesividade. Defende a necessidade de concessão da medida cautelar, em razão da crise sanitária e humanitária. Aponta a violação do direito à saúde, a ausência de políticas públicas de moradia à população em situação de hipervulnerabilidade, o descumprimento de normas relativas à regularização fundiária e gestão das cidades e a ameaça ao direito à vida. Pontua que as ações colocam em risco não só as famílias, mas também os agentes públicos envolvidos. Menciona o precedente da Medida Cautelar na Reclamação 45.319/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, no qual se restabeleceu a validade de dispositivo de lei estadual que impôs a suspensão de “mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejo e remoções judiciais ou extrajudiciais” enquanto durar a pandemia.

5. Ao final, formula os seguintes pedidos cautelares:

“a) conceda a medida cautelar, nos termos do §1º do art. 5º da Lei 9.882, *inaudita altera pars* e *ad referendum* do Plenário, ordenando-se a **suspensão imediata de:**

1. **todos os processos, procedimentos** ou qualquer outro meio que vise a expedição de medidas judiciais, administrativas ou extrajudiciais **de remoção e/ou desocupação, reintegrações de posse ou despejos enquanto perdurarem os efeitos sobre a população brasileira da crise sanitária da Covid-19;** e

2. **toda e qualquer medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em despejos, desocupações ou remoções forçadas que ordenam desocupações, reintegrações de posse ou despejos enquanto perdurarem os efeitos sobre a população da crise sanitária da Covid-19;**”

6. No mérito, requer:

“a) a determinação aos governos Federal, Estaduais e municipais, para que se abstenham de todo e qualquer ato que viole a saúde pública, o direito à moradia, o direito à educação,

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

os direitos da infância e da adolescência, bem como o direito à cidade diante do cenário atual, devendo:

i) **interromper imediatamente as remoções em todo território do nacional**, a fim de resguardar a saúde de famílias por sua manutenção em suas respectivas habitações durante o curso da pandemia, e fazer cumprir a Leis estaduais que visam salvaguardar a saúde pública;

ii) **promovam o levantamento das famílias existentes, a fim de garantir-lhes moradia digna**, resguardando principalmente a unidade familiar, buscando mitigar e resolver os problemas referentes às crianças e aos adolescentes presentes na ocupação;

iii) **sejam criados Planos Emergenciais de Moradias Populares em caráter provisório**, com estruturas sanitárias e de fácil acesso aos aparelhos urbanos (Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS) para garantir a subsistência das famílias, devendo garantir o amplo debate para com as famílias, bem como a participação social, nos moldes do Estatuto da Cidade, com envio ao STF para conhecimento e controle;

iv) **sejam criadas, em no máximo 60 (sessenta) dias Políticas Públicas de moradias populares em caráter Permanente**, com o devido debate com a sociedade, buscando resguardar a ampla participação social das tomadas de decisões com poder de veto popular, sob pena de nulidade dos atos administrativos;

b) **Subsidiariamente, para os casos de área de risco que se repute inadiável a intervenção do poder público, requer-se que se respeite os estritos limites da Lei Federal 12.340/2010**, que em seu art. 3-B determina os procedimento legais para a atuação do poder público em situações "susceptíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos", adicionando-se os necessários cuidados inerentes à situação de contágio do Covid-19, garantindo-se medidas alternativas de moradia nos termos da lei.

c) em caso de acolhimento dos pedidos acima,

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

principalmente referente à interrupção das dos despejos, desocupações ou remoções forçadas, judiciais ou administrativas, de ocupações objeto de disputa judiciais ou não, a fixação de multa diária pelo descumprimento dessa decisão;

d) Pelo deferimento total e, não sendo possível, parcial de todos os pedidos e argumentos da presente demanda;

e) sejam requisitadas informações à União Federal, ao Presidente da República e aos Estados, responsáveis pelos atos e ações violadores de preceitos fundamentais;

f) Nos termos do art. 6º e parágrafos da Lei 9.882, o Partido Arguente requer a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta ADPF, tais como a requisição de informações adicionais e designação de peritos;

g) sejam o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República intimados para se manifestarem, nos termos do disposto no art. 103, §§ 1º e 3º, da CF.”

7. Solicitei informações a todos os Estados da Federação, bem como ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/1999.

8. A Advocacia-Geral da União se manifesta pelo não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e pelo indeferimento dos pedidos cautelares. Preliminarmente, sustenta que o pleito não pode ser conhecido, pois (i) não foram indicados de forma precisa os atos do Poder Público impugnados e (ii) não se observou o princípio da subsidiariedade, tendo em vista que “o controle judicial requerido pode e deve ser exercido na via difusa” (Doc. 154, fl. 14). Além disso, sustenta que (iii) a arguição de descumprimento de preceito fundamental não pode ser utilizada para a coordenação, supervisão e monitoramento de políticas públicas, pois, “a se confirmar a tendência de universalização de demandas fundadas no controle de ‘estados de coisas inconstitucional’, perder-se-á qualquer sentido de deferência institucional” (Doc. 154, fl. 22). Destaca a (iv) impossibilidade de

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

investigação probatória em processo objetivo. Ainda em sede preliminar, sustenta a (v) inépcia parcial da petição inicial, por ausência de correlação entre a causa de pedir e alguns dos pedidos formulados, pois a fundamentação desenvolvida centra-se no contexto da pandemia e parte dos pedidos de mérito diz respeito à formulação de políticas públicas perenes e não relacionadas à situação emergencial relativa à disseminação da COVID-19 e, por fim, (vi) a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar como legislador positivo. A fim de afastar a verossimilhança das alegações para o pedido cautelar, sustenta (vii) que o direito à moradia é devidamente tutelado, tanto na ordem constitucional, quanto pela Lei nº 14.118/2021, que instituiu o Programa Casa Verde e Amarela, com o objetivo de ampliar o acesso à moradia; (viii) que a União não detém competência para a elaboração minuciosa de políticas públicas de interesse local; (ix) que, nas hipóteses de ocupações irregulares, deve-se sopesar, em cada caso concreto, os direitos fundamentais potencialmente violados e, especialmente em situações de crise, revelam-se imprescindíveis o exercício do poder de polícia administrativa e a garantia do acesso à justiça; (x) destaca que o CNJ editou a Resolução nº 90/2021, que “recomenda aos órgãos do Poder Judiciário a adoção de cautelas quando da solução de conflitos que versem sobre a desocupação coletiva de imóveis urbanos e rurais durante o período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)” e que o art. 9º da Lei nº 14.010/2020 suspendeu em caráter temporário, até 20 de outubro de 2020, a concessão de liminares para a desocupação de imóveis urbanos nas ações de despejo a que se refere o art. 59, §1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245/1991²; (xi) afirma que o problema habitacional, no Brasil, é histórico

2 A Lei nº 14.010/2020 dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Confira-se o art. 9º:

Art. 9º Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020.

Confira-se o teor dos dispositivos da Lei nº 8.245/91 (Lei de Locações) ali referidos:

Art. 59 (...) § 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

e deve ser enfrentado no âmbito das políticas públicas sobre o tema, havendo necessidade de deferência aos Poderes Legislativo e Executivo sobre a matéria. Por fim, afasta a existência de *periculum in mora* ao argumento de que, ainda que a política administrativa não seja imune a críticas, ela não é inconstitucional e o eventual acolhimento dos pedidos interferiria no andamento das políticas públicas existentes, a revelar a existência de *periculum in mora* inverso.

9. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação. Afirma que não foi atendido o requisito da subsidiariedade e que “a inobservância de leis estaduais/distritais que impeçam a execução de atos de desalojamento em atenção à epidemia de Covid-19 é impugnável por ações ordinárias, individuais ou coletivas, não sendo cabível ADPF para obtenção de determinação judicial ampla que, desconsiderando as peculiaridades de cada caso, determine a suspensão generalizada de todas as medidas de remoção e/ou desocupação, reintegrações de posse ou despejos em todo o território nacional”. Além disso, argumenta que não houve indicação de ato do

da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

I - o descumprimento do mútuo acordo (art. 9º, inciso I), celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento;

II - o disposto no inciso II do art. 47, havendo prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou sendo ela demonstrada em audiência prévia; (...)

V - a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário. (...)

VII – o término do prazo notificatório previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato; [\(Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

VIII – o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada; [\(Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo. [\(Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009\).](#)

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

Poder Público sindicável por arguição de descumprimento de preceito fundamental e que a atuação judicial com tamanha generalidade e abstração o aproximaria da condição de legislador positivo. Indica que cabe a cada ente da federação adotar as medidas materiais e administrativas que visem a impedir os desalojamentos, não cabendo ao Poder Judiciário definir políticas públicas.

10. Nas manifestações dos estados, algumas alegações foram apresentadas por praticamente todos eles. Sustentam a inépcia da inicial devido à amplitude do pedido, que é formulado de maneira genérica e sem que tenha havido a comprovação de ato de suas administrações, comissivo ou omissivo, que possa ser considerado atentatório a preceito fundamental. Defendem que, nos casos de cumprimento de mandado de reintegração de posse decorrente de decisão judicial, não se pode falar em ilegalidade da atuação, nem tampouco de descumprimento de preceito fundamental. Ainda em sede preliminar, argumentam que não foi preenchido o requisito da subsidiariedade, tendo em vista que haveria outros mecanismos processuais aptos a alcançar o mesmo objetivo.

11. No mérito, articulam a incompatibilidade dos pedidos formulados com o princípio da separação de poderes, na medida em que limitam o exercício do poder de polícia administrativa e que as políticas públicas de habitação devem ser elaboradas pelo Poder Legislativo. Argumentam que cabe ao Poder Judiciário apenas o controle pontual de eventuais desvios, e não a atuação na qualidade de legislador positivo. Alertam para possíveis efeitos sistêmicos do deferimento da medida cautelar, que geraria um estímulo para a ocupação desordenada de novas áreas, com incremento do risco sanitário de toda a comunidade. Impedir que o Poder Público, em todo e qualquer caso, realize atos de remoção, ensejaria a instalação de um quadro de instabilidade social, caracterizado pelo incentivo das ocupações irregulares, com grave risco de comprometimento de estruturas públicas essenciais à manutenção dos serviços públicos. Além disso, alegam que as questões possessórias e

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

fundiárias envolvem a colisão de direitos fundamentais, que devem ser sopesados à luz dos casos concretos e peculiaridades locais, sendo descabida uma solução apriorística e uniforme para todo o território nacional. Sustentam, nessa linha, a inadequação da utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para a tutela de direito que já tenha sido objeto de consideração por órgão jurisdicional competente. Afirmam, ainda, que o pedido formulado, na realidade, se traduz em formulação de política pública por meio de ação judicial, exigindo a criação de despesas sem a devida previsão orçamentária. Destacam a necessidade de observância do princípio da reserva de administração na formulação de políticas públicas.

12. Nas informações, alguns estados informam a edição de leis que suspendem o cumprimento de medidas judiciais, extrajudiciais ou administrativas que impliquem em despejos, desocupações ou remoções forçadas enquanto perdurar a pandemia da COVID-19. Além disso, a fim de afastar o argumento de omissão, parte dos Estados relata as políticas públicas adotadas, que contam com estratégias diversas para enfrentar o déficit habitacional. Também foram relatados casos concretos de reintegrações de posse e desocupações que não poderiam ser considerados violadores de preceitos fundamentais. Destacam-se, nesse sentido, as manifestações do Estado de Roraima (Doc. 227), que afirma ter realocado pacificamente um grande número de venezuelanos sob a gestão da Operação Acolhida, e do Estado de Alagoas (Doc. 171), segundo o qual teria havido apenas uma remoção administrativa de famílias que ocupavam prédio público com sérios riscos de desabamento e que todos os ocupantes foram realocados consensualmente.

13. Admiti o ingresso, na qualidade de *amicus curiae*, das seguintes entidades: Conselho de Direitos Humanos do Estado da Paraíba (Doc. 22); Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), Associação Advogadas e Advogados Públicos para a Democracia (APD) e Coletivo por um Ministério Público Transformador (Doc. 174);

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores – GAETS (Doc. 194); Terra de Direitos e Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos (Doc. 202); Movimento dos Trabalhadores Sem Teto – MTST e Associação Amigos da Luta dos Sem Teto (Doc. 215); o Partido dos Trabalhadores (Doc. 222); o Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico – IBDU (Doc. 237), o Centro Popular de Direitos Humanos – CPDH (Doc. 255), a Petrobras (Doc. 269); o Acesso Cidadania e Direitos Humanos, o Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH, o Núcleo de Amigos da Terra-Brasil e o Centro de Direitos Econômicos e Sociais – CDES (Doc. 275).

14. A maioria se manifestou a favor da concessão da medida cautelar, exceto a Petrobras. Alertam os *amici curiae* que existe uma dimensão territorial da crise sanitária da COVID-19, tendo em vista que as áreas periféricas dos grandes centros urbanos, em que vive população predominantemente negra e pobre, são mais vulneráveis à disseminação do vírus, além de possuírem acesso reduzido a serviços de saúde. Destacam que mesmo antes da pandemia o Brasil já contava com déficit habitacional relevante e, com a crise econômica, as pessoas têm perdido a capacidade de pagar aluguel, o que tem levado ao surgimento de novas ocupações. Ressaltam que a moradia é um dos principais fatores de defesa contra o coronavírus, imprescindível para o isolamento social. Pontuam que, se as autoridades públicas pedem que as pessoas fiquem em casa, é preciso que tenham uma casa para ficar. Trazem, ainda, normativas de direito internacional, notadamente da Relatoria da ONU para o Direito à Moradia, que recomenda “declarar um fim a todas as remoções forçadas de assentamentos informais e acampamento” até o fim da pandemia. Afirmam que as famílias que perdem suas casas podem passar a viver em abrigos ou acampamentos já lotados, aumentando o risco de transmissão do vírus. Ressaltam, ainda, que há um grande número de pessoas que perderam seus empregos e que passam a desenvolver atividades de geração de renda nas suas próprias casas, além daqueles que vivem em áreas rurais produtivas e tiram o seu sustento da

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

exploração da terra em que vivem. Além disso, as manifestações destacam casos de desocupações que se encontram na iminência de acontecer, gerando estado de tensão de um grande número de famílias e, por conseguinte, a urgência da concessão da medida cautelar. Algumas manifestações postulam a convocação de audiência pública nos autos desta ação. A Petrobras, a seu turno, relatou casos de invasão a imóveis de sua propriedade que não teriam relação com a questão do direito à moradia, mas motivações políticas envolvendo disputa sindical e, nesse sentido, sustenta que “invasões com motivação política devem ser rechaçadas do alcance de eventual liminar concedida” (Doc. 269).

15. Além disso, por meio do Ofício nº 1012/2021/CNDH/SNPG/MMFDH, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDH encaminhou ao gabinete informações a respeito de casos envolvendo conflitos fundiários, com “exemplos ilustrativos em cada uma das regiões das violações de direitos humanos nas ações de despejos”. Ao final, manifestou-se em favor da concessão da medida cautelar.

16. Em 28.05.2020, o requerente reiterou o pedido cautelar. Na ocasião, relatou a existência de diversas ordens de desocupação de comunidades inteiras desde o ajuizamento desta demanda, reiterando a urgência da concessão da medida cautelar.

17. É o relatório. Decido.

II. CABIMENTO DA ADPF

18. Estão presentes os requisitos de admissibilidade do pedido. De um lado, resta verificada a lesão e a ameaça de lesão dos preceitos fundamentais à saúde, à moradia, à dignidade e à vida humana (arts. 1º, III; 5º, *caput* e XI; 6º e 196, CF³). De outro lado, o requisito da

3 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e



Supremo Tribunal Federal

ADPF 828 MC / DF

subsidiariedade também está atendido, tendo em vista que não há outro instrumento adequado a sanar a violação a direitos fundamentais de maneira ampla e uniforme no país, com efeitos gerais e vinculantes. O controle difuso de constitucionalidade não seria capaz de conter com a mesma eficácia a lesão ou ameaça de lesão. O pedido cautelar formulado, na parte em que requer a suspensão dos processos, procedimentos e medidas judiciais que resultem em despejos, desocupações ou remoções, por sua vez, é autorizado pelo art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/1999⁴.

19. Afasto, ainda, a preliminar de inépcia da petição inicial. Alegou-se que o pedido foi formulado de maneira genérica, sem que tenham sido comprovados atos atentatórios a direitos fundamentais por

tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

4 Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental. (...)

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

parte de todos os estados e que as desocupações que resultam do cumprimento de decisões judiciais não podem ser consideradas atos ilícitos. Há, contudo, elementos que indicam que existe uma situação generalizada, por todo o país, de famílias que perderam suas moradias durante a pandemia da COVID-19, sendo que a recomendação técnico-científica é manter o isolamento social e *ficar em casa*. Ainda que não se tenham comprovado individualmente atos de todos os estados, fato é que a arguição de descumprimento de preceito fundamental não se presta apenas a reparar lesão já consumada a direitos, mas também a evitá-la (art. 1º, Lei nº 9.882/1999). Aqui, está em questão tanto o direito das famílias em situação de vulnerabilidade, quanto o interesse de toda a coletividade de conter a propagação da COVID-19. Especialmente no contexto de pandemia, recomenda-se a intervenção da Corte Constitucional para a defesa de direitos fundamentais.

20. Em diversos precedentes, o Supremo Tribunal Federal conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental como via processual adequada para a tutela de direitos fundamentais no enfrentamento da crise oriunda do estado de calamidade pública da COVID-19. Vale mencionar, nesse sentido, a ADPF 690-MC-Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADPF 709-MC-Ref, de minha relatoria; ADPF 742-MC, Rel. Min. Marco Aurélio; e ADPF 754 TPI-segunda-Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

21. Ante o exposto, conheço do pedido cautelar. Passo, então, a analisá-lo.

III. DEFERIMENTO PARCIAL DA MEDIDA CAUTELAR

22. A medida cautelar deve ser deferida parcialmente, a fim de evitar que remoções e desocupações coletivas violem os direitos à moradia, à vida e à saúde das populações envolvidas.

*Supremo Tribunal Federal*

ADPF 828 MC / DF

III.1. Breve panorama: a pandemia, populações vulneráveis, atos normativos e recomendações.

23. A pandemia da COVID-19 impacta de maneira mais grave pessoas pobres e negras. Diversos fatores contribuem para esse impacto desproporcional, a exemplo das condições precárias de saneamento básico e acesso à água potável, a dificuldade de praticar o isolamento social e a necessidade de sair para trabalhar. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA aponta que existe uma dimensão territorial da crise sanitária da COVID-19 e que “a perspectiva territorial, sobretudo nos espaços intraurbanos, ganha importância na medida em que há um reconhecimento da relação existente entre a taxa de contaminação, a disponibilidade da infraestrutura urbana e a densidade demográfica (Connoly et al., 2020)”⁵.

24. Diante da crise instaurada pela pandemia, a principal estratégia de combate à COVID-19 é o isolamento social. A recomendação é que as pessoas *fiquem em casa* a fim de achatar a curva de contágio da doença. No atual contexto, a residência passou a ser um escudo relevante contra o vírus. A garantia do direito à moradia, fundamental *per se*, agora também é um instrumento de promoção da saúde.

25. Por isso, algumas medidas normativas já foram adotadas a fim de assegurar que as pessoas não percam a moradia nesse contexto. Os estados do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 9.020/2020), Pará (Lei Estadual nº 9.212/2021), Amazonas (Lei Estadual nº 5.429/2021) e o Distrito Federal (Lei Distrital nº 6.657/2020) editaram leis que suspendem ações e/ou o cumprimento de mandados de reintegração de posse e imissão na posse, despejos e remoções judiciais e extrajudiciais enquanto medida temporária de prevenção ao contágio e de enfrentamento da propagação

5 IPEA. Nota Técnica nº 15. *Apontamentos sobre a dimensão territorial da pandemia da Covid-19 e os fatores que contribuem para aumentar a vulnerabilidade socioespacial nas unidades de desenvolvimento humano de áreas metropolitanas brasileiras*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200423_nt_dirur%20n%2015_web.pdf



Supremo Tribunal Federal

ADPF 828 MC / DF

decorrente do novo coronavírus (COVID-19)⁶. A Paraíba (Lei Estadual nº 11.676/2020), por sua vez, editou lei que proíbe o despejo por falta de pagamento durante a pandemia⁷.

26. No âmbito federal, a Lei nº 14.010/2020 disciplinou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus, e seu art. 9º estabeleceu que “não se concederá liminar para desocupação de imóvel

6 No **Rio de Janeiro**, a Lei nº 9.020, de 15 de setembro de 2020 “determina a suspensão do cumprimento de mandados de reintegração de posse e imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extra-judiciais enquanto medida temporária de prevenção ao contágio e de enfrentamento da propagação decorrente do Novo Coronavírus (Covid-19)”.

No **Amazonas**, a Lei nº 5.429, de 24 de março de 2021 “determina a suspensão do cumprimento de mandados de reintegração de posse e imissão na posse, despejos e remoções judiciais e extrajudiciais enquanto medida temporária de prevenção ao contágio e de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (COVID-19) no âmbito do Estado do Amazonas”.

No **Pará**, a Lei n.º 9.212, de 14 de janeiro de 2021 “dispõe sobre a suspensão, durante a Pandemia da COVID-19, de ações de despejos, desocupações ou remoções forçadas em imóveis privados ou públicos, urbanos ou rurais, que sirvam para moradia ou que tenham se tornado produtivos pelo trabalho individual ou familiar, em todo o Estado do Pará”.

No **Distrito Federal**, a Lei nº 6.657, de 17 de agosto de 2020, estabelece diretrizes para a criação do Plano Emergencial para Enfrentamento da Covid19 nas periferias e dentre outras medidas, como a distribuição de kits de higiene, em seu art. 2º, dispõe “Art. 2º **O direito de se manter** isolado em domicílio ou de se afastar dele provisoriamente **compreende**: I – a **proibição de remoção de ocupações e a efetivação de ordens de despejo, desde que a posse tenha se iniciado antes da declaração da emergência de saúde de importância internacional**; (grifou-se).

7 Na **Paraíba**, a Lei nº 11.676, de 15 de abril de 2020, dispõe da seguinte forma:

Art. 4º Fica também proibida a realização de despejo por falta de pagamento enquanto durar o período de anormalidade de que trata o caput do artigo 1º.

§ 1º Aplica-se também a proibição que trata o caput do art. 4º a pontos comerciais que se encontram em centros empresariais e shoppings centers no Estado da Paraíba.

§ 2º O descumprimento do art. 4º, § 1º, desta lei por centros empresariais ou shoppings centers no Estado da Paraíba ensejará em multa no valor de 1.000 (um mil) até 2.000 (dois



Supremo Tribunal Federal

ADPF 828 MC / DF

urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020”⁸. Trata-se de hipóteses previstas na Lei de Locações nas quais é concedida a liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária, desde que prestada caução no valor equivalente a três meses de aluguel.

27. Além disso, em 18.05.2021, foi aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 827/2020, que atualmente se encontra em análise pelo Senado Federal. A proposta “estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender até 31 de dezembro de 2021 o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público,

_____ mil) Unidades Fiscais de Referência do Estado da Paraíba (UFR-PB) por estabelecimento despejado.

8 Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§ 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

I - o descumprimento do mútuo acordo (art. 9º, inciso I), celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento;

II - o disposto no inciso II do art. 47, havendo prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou sendo ela demonstrada em audiência prévia;

V - a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário.

VII – o término do prazo notificador previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato; [\(Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

VIII – o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada; [\(Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo. [\(Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

urbano ou rural, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para dispensar o locatário do pagamento de multa em caso de denúncia de locação de imóvel e para autorizar a realização de aditivo em contrato de locação por meio de correspondências eletrônicas ou de aplicativos de mensagens” (art. 1º).

28. Com relação às ocupações coletivas, o PL nº 827/2020 suspende as medidas que “imponham a desocupação ou a remoção forçada coletiva de imóvel privado ou público, urbano ou rural, que sirva de moradia ou que represente área produtiva pelo trabalho individual ou familiar” (art. 2º). Superado o prazo de suspensão, o Poder Judiciário deverá realizar audiência de mediação entre as partes, com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública (art. 2º, §4º). Essa suspensão se aplica somente às ocupações ocorridas após 31 de março de 2021 e não alcançam as desocupações já consumadas quando da entrada em vigor da lei (art. 7º).

29. Com relação às locações de imóvel urbano, o projeto estabelece que não será concedida medida liminar de desocupação nas mesmas hipóteses que foram previstas na Lei nº 14.010/2020 (*i.e.* art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei de Locações), desde que atendidas as seguintes condições: (i) “o locatário demonstre a ocorrência de alteração da situação econômico-financeira decorrente de medida de enfrentamento da pandemia que resulte em incapacidade de pagamento do aluguel e dos demais encargos sem prejuízo da subsistência familiar” (art. 4º, *caput*); (ii) o valor mensal do contrato não deve ser superior a R\$ 600,00 (seiscentos reais) em caso de locação de imóvel residencial e R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) em caso de locação de imóvel não residencial. Ainda com relação às locações, nos casos em que frustrada a negociação para a melhora nas condições de pagamento, em que exista alteração da equação econômico-financeira decorrente da diminuição de renda do locatário, permite-se a denúncia da locação independentemente (i) do pagamento de multa, nas locações por prazo determinado e (ii) do

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

cumprimento do aviso prévio, nos contratos por prazo indeterminado, (iii) desde que “o imóvel objeto da locação [seja] o único de propriedade do locador, excluído o utilizado para sua residência, desde que os aluguéis consistam na totalidade de sua renda” (art. 5º).

30. O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 90, aprovada em 23 de fevereiro de 2021, que orienta os órgãos do Poder Judiciário a avaliarem com especial cautela o deferimento de tutela de urgência que tenha por objeto desocupação coletiva de imóveis urbanos e rurais, sobretudo nas hipóteses que envolverem pessoas em estado de vulnerabilidade social e econômica, enquanto perdurar a pandemia da COVID-19. Além disso, também recomenda que verifiquem se estão atendidas as diretrizes estabelecidas na Resolução nº 10 do Conselho Nacional de Direitos Humanos, de acordo com a qual (i) as remoções e despejos devem ocorrer apenas em circunstâncias excepcionais e não devem resultar em pessoas sem teto (art. 9º)⁹, e (ii) enquanto não houver solução garantidora de direitos humanos, deve-se permitir a permanência das populações nos locais em que tiverem se estabelecido, ainda que temporariamente (art. 14)¹⁰.

31. No contexto internacional, também foram editadas

⁹ Art. 9º Enquanto não houver solução garantidora de direitos humanos, deve-se permitir a permanência das populações nos locais em que tiverem se estabelecido, adotando providências para a regularização de sua situação jurídica no local, ainda que temporariamente, garantindo-se o acesso a todos os serviços essenciais. Parágrafo único. A negativa de acesso a serviços públicos essenciais, pela falta de apresentação de comprovante de residência, viola direitos humanos.

¹⁰ Art. 14 Remoções e despejos devem ocorrer apenas em circunstâncias excepcionais, quando o deslocamento é a única medida capaz de garantir os direitos humanos. §1º Os deslocamentos não deverão resultar em pessoas ou populações sem teto, sem terra e sem território. §2º Não deverão ser realizadas remoções que afetem as atividades escolares de crianças e adolescentes, o acesso à educação e a assistência à pessoa atingida, que faz acompanhamento médico, para evitar a suspensão do tratamento. §3º Não deverão ser realizadas remoções antes da retirada das colheitas, devendo-se assegurar tempo razoável para o levantamento das benfeitorias.

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

diversas recomendações no sentido de impedir que pessoas e populações percam a sua moradia durante a pandemia. A Organização das Nações Unidas – ONU editou diretrizes gerais sobre a COVID-19 e os direitos humanos e, no documento, afirma que “como as pessoas são chamadas a ficar em casa, é vital que os governos tomem medidas urgentes para ajudar as pessoas sem moradia adequada” e que “as autoridades devem tomar cuidado especial para impedir que outras pessoas fiquem desabrigadas”. O Comitê de Direitos Econômicos e Sociais da ONU, por sua vez, recomenda que os estados adotem medidas específicas para mitigar o impacto da pandemia em populações vulneráveis, dentre as quais “a imposição de uma moratória de despejos ou execuções de títulos de hipoteca de moradia durante a pandemia”. A Relatoria Especial da ONU para o Direito à Moradia, por sua vez, recomenda aos estados que, como medida emergencial,

“Declarem um fim a todas as remoções de todas as pessoas, em quaisquer locais, por quaisquer razões, até o fim da pandemia e por um período razoável de tempo posterior. As únicas exceções para essa política geral devem ocorrer apenas quando alguém deve ser removido de seu ou sua residência porque ela ou ele está causando dano a outros ou em situação de ameaça séria à vida dos residentes, por ex. para prevenir morte causada pelo colapso de casas ou desastres naturais, como enchentes. Qualquer pessoa que é evacuada para prevenir dano deve ser provida com uma alternativa decente e segura de moradia” (tradução livre).¹¹

III.2. Existência de lesões e ameaças de lesões dos direitos fundamentais à moradia, à saúde, à dignidade e à vida.

32. Foram trazidos aos autos elementos suficientes a caracterizar a lesão e a ameaça de lesão dos direitos fundamentais à saúde, à moradia, à dignidade e à vida humana (arts. 1º, III; 5º, *caput* e XI;

11

Disponível em: [SR_housing_COVID-19_guidance_evictions.pdf \(ohchr.org\)](https://www.ohchr.org/documents/E/huridocda/huridoca13/h22doc04.pdf).

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

6º e 196, CF¹²). Há diversos casos em que a execução de mandados de reintegração de posse e a remoção de comunidades dos locais que ocupam expõem populações vulneráveis a uma situação de absoluto flagelo. Famílias e pessoas que perderam seus empregos enfrentam dificuldades financeiras, perdem suas moradias e, com isso, passam a ter obstáculos ainda maiores para praticar o isolamento social. O crescimento de populações em situação de vulnerabilidade e das ocupações informais configura verdadeira crise humanitária.

33. Entendo, portanto, que se justifica a intervenção judicial para a proteção de direitos fundamentais, especialmente de pessoas vulneráveis. Como acentuado pela relatoria especial da ONU, a moradia se tornou a linha de frente da defesa contra o coronavírus. Se a recomendação principal para conter a pandemia da COVID-19 é que as pessoas *fiquem em casa*, é preciso realizar um esforço acentuado para evitar que aumente o número de desabrigados.

12 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

34. Além disso, também é preciso considerar que os casos de desocupações coletivas costumam envolver a atuação de policiais militares e servidores públicos que igualmente são expostos ao contato social em momento de agravamento da pandemia. Vale mencionar informação trazida aos autos por *amici curiae*, de caso em que o Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Tocantins solicitou a suspensão de mandado de reintegração de posse para a proteção da saúde pública dos envolvidos, destacando o elevado número de oficiais contaminados pela COVID-19 (Doc. 202).

35. A partir das informações prestadas, conquanto se reconheça que existam políticas públicas voltadas a diminuir o déficit habitacional, não se verificam medidas emergenciais destinadas a atender as populações de rua e pessoas em situação de hipervulnerabilidade. Além disso, nas disputas judiciais envolvendo conflitos fundiários, os órgãos do Poder Judiciário costumam avaliar a regularidade da posse, sem considerar a excepcionalidade da situação da pandemia e os riscos à saúde e à vida que remoções podem gerar neste momento.

36. Destaco, nesse sentido, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes na Pet 9.382-MC, na qual foi deferida a tutela de urgência para suspender os efeitos de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a ordem de reintegração de posse nele contida¹³. A hipótese envolve o despejo da comunidade Quilombo Valente, com aproximadamente oitocentas pessoas. De acordo com o relator, a realização do ato nesse momento da pandemia levaria ao risco elevado de infecção. Confira-se trecho da decisão:

“Em primeiro lugar, a presente petição traz questões jurídicas relevantes, seja do ponto de vista processual (ofensa à reserva de Plenário e ao princípio do devido processo legal), seja no que concerne ao direito material (função social da propriedade e direito fundamental à moradia).

13

Pet. 9382, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 13.01. 2021, DJE de 15.01.2021.

*Supremo Tribunal Federal*

ADPF 828 MC / DF

Em segundo lugar, verifica-se risco iminente de dano irreparável, pois está prestes a ser efetivada a remoção de centenas de famílias, de área ocupada há cerca de três anos. A realização deste ato no presente momento, em que se verifica recrudescimento dos casos de infecções e mortes pelo vírus do COVID-19, certamente elevaria a exposição das pessoas à grave doença. Registre-se estar demonstrado o número exponencial de indivíduos em situação de risco (idosos e enfermos).

Portanto, deve ser mantido o estado de fato, até que haja definitivo pronunciamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL acerca do RE interposto na ação possessória.

Diante de todo o exposto, com base no parágrafo único do art. 995 do Código de Processo Civil, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA, para (I) suspender os efeitos do do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação nº 1009619-07.2018.8.26.0292; (II) suspender a ordem de reintegração de posse, até o trânsito em julgado da decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL quanto ao Recurso Extraordinário.”

37. Além disso, na Rcl 45.319-MC, o Min. Ricardo Lewandowski concedeu medida cautelar para restabelecer os efeitos da Lei nº 9.020/2020, do Estado do Rio de Janeiro, que determina a suspensão do cumprimento de mandados de reintegração de posse e imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais enquanto medida temporária de prevenção ao contágio e de enfrentamento da COVID-19¹⁴. A reclamação impugna medida cautelar deferida monocraticamente em representação de inconstitucionalidade, que suspendeu os efeitos da lei por entender que haveria usurpação de competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito civil. O relator da reclamação deferiu o pedido liminar, nos seguintes termos:

14 Rcl. 45.319-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 23.12.2020, DJe 11.01.2021. Decisão monocrática mantida pela Segunda Turma do STF em agravo regimental julgado em 15.03.2021.

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

“Com efeito, entendo que tal decisão, ao menos aparentemente, pode estar a afrontar o entendimento que prevaleceu nos paradigmas invocados na presente reclamação, no sentido de que medidas de proteção à saúde pública durante a pandemia são matéria de competência legislativa concorrente, não havendo hierarquia entre os entes da federação.

Ademais, embora a Lei Estadual 9.020/2020 imponha a suspensão de “mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejo e remoções judiciais ou extrajudiciais” (art. 1º), ao menos a princípio, tratase de sobrestamento temporário da execução de tais medidas, levando-se em conta a complexidade ora enfrentada em razão da pandemia mundial, somada às peculiaridades daquela unidade federativa.

A urgência da medida está caracterizada pelo fato notório que o contágio do coronavírus é crescente, e que os serviços de saúde podem não suportar a demanda de internações de pacientes infectados, em estado grave de saúde”.

38. Ante o quadro, é possível afirmar que se está diante de ameaças de lesão a preceitos fundamentais e também da urgência na concessão do pedido, notadamente por conta do risco de incremento do contágio pela COVID-19.

III.3. Análise das diferentes situações de fato abrangidas pelo pedido cautelar.

39. Na análise do pedido cautelar, considero relevante explicitar as premissas de que parte a presente decisão. A primeira delas é que, no contexto da pandemia da COVID-19, a tutela do direito à moradia funciona como condição de realização do isolamento social e, por conseguinte, para o enfrentamento da doença. A segunda delas é que a atuação estatal deve ser orientada no sentido de prover atenção especial a pessoas em situação de vulnerabilidade, que são mais propensas a contrair o vírus. A terceira premissa é que, diante da situação de crise

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

sanitária, deve-se conferir absoluta prioridade a evitar o incremento do número de desabrigados.

40. Esse registro inicial se faz necessário porque o pedido cautelar foi formulado de maneira ampla. O requerente postula a suspensão dos processos e medidas judiciais, administrativas ou extrajudiciais de remoção e/ou desocupação, reintegrações de posse ou despejos. Inclui casos individuais e coletivos, com ou sem o ajuizamento de demanda judicial, independentemente da capacidade econômica dos envolvidos. O deferimento integral do pedido, portanto, poderia atingir situações de fato que não estão relacionadas à proteção dos valores constitucionais em questão. Por isso, é relevante pontuar que a intervenção da Corte Constitucional em sede cautelar se justifica diante da situação de absoluta excepcionalidade instaurada pela pandemia da COVID-19, com o objetivo de assegurar direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade, que se encontram particularmente desprotegidas nesse momento.

Abrangência da medida cautelar

41. Começo a expor as razões de decidir, afastando partes do pedido formulado que são mais abrangentes do que o necessário.

42. Em primeiro lugar, rejeito o pedido de suspensão de “todos os processos, procedimentos ou qualquer outro meio” que visem à remoção, desocupação, reintegrações de posse ou despejos enquanto durar a crise sanitária. Tendo em vista que o objetivo é tutelar o direito à moradia para permitir que as pessoas possam fazer isolamento social, a medida emergencial deve abranger apenas as medidas judiciais e administrativas que objetivamente possam resultar em desalojamento. Não há motivo para impedir o oferecimento de defesas e recursos, nem a instrução probatória de todas as ações de despejo e todas as ações possessórias do país, de maneira genérica.

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

43. Evidentemente, a presente decisão não deve ser interpretada de maneira conflitante com precedentes em que o próprio Supremo Tribunal Federal conferiu proteção mais abrangente a grupos vulneráveis específicos, cujos efeitos devem ser respeitados. Refiro-me, particularmente, aos casos em que foi deferida a suspensão nacional de processos que tratam de direitos territoriais de comunidades quilombolas (ADPF 742) e de comunidades indígenas (RE 1.017.365). No mesmo sentido, em linha de coerência com o decidido na ADPF 709, a suspensão de remoções coletivas não deve impedir a possibilidade de desintrusão de invasores em terras indígenas. Além disso, nos casos em que leis locais determinaram suspensão mais abrangente do que a prevista nesta decisão (v. parágrafo 25), elas deverão prevalecer, desde que compatíveis com a Constituição de 1988.

44. Em segundo lugar, a medida de suspensão não pode alcançar ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos correlatos. Nos casos que envolvam áreas de risco, a remoção poderá acontecer, desde que respeitados os termos do art. 3º-B Lei Federal nº 12.340/2010¹⁵. Essas

15 Art. 3º-B. Verificada a existência de ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, o município adotará as providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro. [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

§ 1º A efetivação da remoção somente se dará mediante a prévia observância dos seguintes procedimentos: [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

I - realização de vistoria no local e elaboração de laudo técnico que demonstre os riscos da ocupação para a integridade física dos ocupantes ou de terceiros; e [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

II - notificação da remoção aos ocupantes acompanhada de cópia do laudo técnico e, quando for o caso, de informações sobre as alternativas oferecidas pelo poder público para assegurar seu direito à moradia. [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

§ 2º Na hipótese de remoção de edificações, deverão ser adotadas medidas que impeçam a reocupação da área. [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

§ 3º Aqueles que tiverem suas moradias removidas deverão ser abrigados, quando necessário, e cadastrados pelo Município para garantia de atendimento habitacional em caráter definitivo, de acordo com os critérios dos programas públicos de habitação de interesse social. [\(Incluído pela](#)

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

situações demandam a atuação emergencial do Poder Público a fim de evitar desastres e, por isso, a suspensão não deve abarcá-las.

45. Em terceiro lugar, a medida de suspensão não deve impedir a atuação do Poder Público nas situações em que a desocupação se mostre absolutamente necessária para o combate ao crime organizado. O Estado de Rondônia informou a existência de diversos imóveis públicos dominados por facções criminosas, como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV), que ocupam unidades habitacionais destinadas ao Programa Minha Casa Minha Vida, e requereu que “a decisão diferencie os casos de ocupação de imóveis abandonados daqueles onde há necessidade de atuação do Estado em face de criminosos, sob pena de manutenção da desordem e da insegurança pública que eles causam” (Doc. 220). No Município do Rio de Janeiro, o Poder Público tem atuado com a finalidade de combater ocupações e construções irregulares erguidas pela milícia, a fim de desarticular esse tipo de facção criminosa¹⁶. Nessas hipóteses, afigura-se legítima a intervenção estatal diante da necessidade de tutelar a segurança pública. Nada obstante, nas hipóteses em que a desocupação resultar na remoção de famílias e pessoas vulneráveis que não estejam diretamente envolvidas na prática de delitos, o Poder Público deverá assegurar a sua realocação de maneira adequada.

46. Tecidas essas ressalvas iniciais, passo a delimitar o escopo da medida cautelar ora deferida.

***Suspensão temporária do despejo liminar de pessoas vulneráveis em
locações residenciais. Hipótese prevista na Lei nº 14.010/2020.***

Lei nº 12.608, de 2012)

16 Confiram-se as seguintes notícias: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/13/prefeitura-e-pm-derrubam-condominio-da-milicia-em-campo-grande-zona-oeste-do-rio.ghtml>
<https://extra.globo.com/noticias/rio/colonia-juliano-moreira-construcoes-em-area-da-milicia-sao-demolidas-pela-prefeitura-do-rio-imoveis-eram-vendidos-por-ate-70-mil-25014114.html>, acesso em 02.06.2021.

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

47. O pedido cautelar é analisado com as informações preliminares prestadas nos autos e não foram trazidos dados sobre os efeitos sistêmicos que o deferimento da suspensão genérica de despejos em locações poderia gerar. A maior parte dos casos trazidos como exemplos de violações a direitos fundamentais diz respeito a desocupações coletivas envolvendo pessoas vulneráveis. Com relação a locações residenciais, sustenta-se que, com a crise econômica, muitas famílias têm perdido a capacidade de pagar aluguel e, por isso, o direito à moradia resta prejudicado.

48. Ainda que os fundamentos jurídicos sejam, em tese, aptos a justificar a suspensão dos despejos por falta de pagamento de aluguel, temo que o deferimento da medida possa gerar um efeito em cascata, provocando um estímulo para o não pagamento de aluguel mesmo por aqueles que possuem condições financeiras. É preciso considerar que a medida cautelar, tal como postulada, tem o condão de produzir impacto relevante, ensejando a perda da renda proveniente das locações de todo o país. Além disso, não é possível presumir, de maneira genérica, que a suspensão do pagamento de locações residenciais se daria sem prejuízo do sustento do locador.

49. Por isso, ainda que a situação emergencial da pandemia justifique a proteção especial dos locatários – *e.g.* com o estímulo à renegociação do valor da locação, a fixação de moratória ou até mesmo a vedação ao despejo em determinadas situações –, a adoção desse tipo de medida depende de avaliação meticulosa com relação aos critérios a serem adotados. Em sede cautelar, a questão não se encontra suficientemente amadurecida para a suspensão genérica de todos os despejos.

50. Com relação a essas hipóteses, recomenda-se a intervenção judicial minimalista, pautando-se em balizas já fixadas pelo legislador.

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

Identifico, nesse sentido, que o art. 9º da Lei nº 14.010/2020, que regulamentou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia, suspendeu por quatro meses – até 30 de outubro de 2020 – a concessão de liminares para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei de Locações. São hipóteses em que a legislação permite a concessão de liminar para que o despejo ocorra no prazo de quinze dias, mesmo sem a oitiva da parte contrária. Confira-se:

Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§ 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

I - o descumprimento do mútuo acordo (art. 9º, inciso I), celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento;

II - o disposto no inciso II do art. 47, havendo prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou sendo ela demonstrada em audiência prévia;

V - a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário.

VII – o término do prazo notificadorio previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato; (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

VIII – o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada; (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo. (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

51. A ponderação aqui realizada é que, diante da situação excepcional da pandemia, deve-se evitar o despejo do locatário de maneira abrupta, no prazo exíguo de quinze dias, e independentemente de sua manifestação nos autos. A avaliação que subjaz o regime transitório fixado em lei é a de que é preciso garantir prazo razoável de acomodação para o locatário. **Cumprе esclarecer que não se impede todo e qualquer despejo por falta de pagamento de aluguel, que poderá acontecer nos termos do Capítulo II da Lei de Locações.** A hipótese prevista no seu art. 59, §1º, IX, diz respeito apenas ao despejo liminar no prazo de quinze dias, que se suspende por conta da situação emergencial.

52. Assim, diante da excepcionalidade da crise sanitária da COVID-19, tendo em vista que o próprio legislador erigiu tais parâmetros para evitar o despejo liminar nesse momento e levando em consideração, ainda, que a situação emergencial ainda não cessou, considero razoável estender essa suspensão. É necessário assegurar que as pessoas tenham meios para fazer isolamento social, daí a suspensão dos despejos liminares em prazo exíguo.

53. Registro, por fim, que os órgãos do Poder Judiciário podem avaliar as circunstâncias dos casos concretos, a fim de evitar que a ordem de despejo exponha o locatário e sua família a uma situação de vulnerabilidade. Assim, uma vez demonstrado o decréscimo remuneratório do locatário, a dificuldade de arcar com as despesas locatícias sem prejuízo da subsistência familiar e, de outro lado, a situação do locador, recomenda-se a busca de situação conciliatória, sendo possível cogitar da suspensão temporária da ordem de despejo. A medida cautelar é deferida em menor extensão devido à impossibilidade

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

de avaliar os efeitos sistêmicos da suspensão genérica, mas isso não obsta a avaliação específica pelo juiz da causa.

54. Ante o exposto, defiro parcialmente a medida cautelar postulada, para suspender a possibilidade de concessão de liminar de despejo nas hipóteses previstas no art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.425/1991, nos casos de de locações residenciais em que o locatário seja pessoa vulnerável. Tendo em vista a necessidade de conferir maior segurança jurídica e facilitar a execução da medida cautelar, fixo o prazo de suspensão por seis meses a contar da presente decisão, sendo possível cogitar sua extensão caso a situação de crise sanitária perdure.

*Suspensão temporária de despejos de ocupações coletivas anteriores à
decretação do estado de calamidade pública.*

55. Passo, então, a avaliar a questão relativa às ocupações coletivas. A partir das informações prestadas, é possível identificar algumas situações de fato. Destaco inicialmente as ocupações anteriores à pandemia, que podem ser tanto urbanas quanto rurais. Adoto como marco temporal o dia 20 de março de 2020, data do Decreto Legislativo nº 6/2020 que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública. Trata-se de hipóteses razoavelmente consolidadas no tempo, em que famílias e comunidades vulneráveis se encontram instaladas há mais de um ano. Ainda que exista um justo título possessório apto a justificar a sua remoção, o agravamento da crise sanitária recomenda que se suspenda *temporariamente* a execução da reintegração de posse.

56. A remoção ou despejo de ocupações coletivas envolve o deslocamento de um número considerável de pessoas, o que inevitavelmente prejudica o isolamento social. Em primeiro lugar, porque pessoas e famílias são desalojadas de suas residências e nesse momento encontram maior dificuldade de encontrar um lugar para morar, sendo certo que a recomendação é praticar o isolamento social e *ficar em casa*. Em

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

segundo lugar, porque a execução da ordem de reintegração de posse, em si, envolve de maneira inevitável a exposição tanto das pessoas removidas, quanto dos agentes públicos. São diversos os relatos nos autos de casos com emprego de violência e mobilização de aparato policial. Em terceiro lugar, porque a execução dessas ações incrementa o risco de contaminação da população em geral, sendo que é preciso reunir esforços para achatar a curva de contágio.

57. Por essas razões, diante de uma crise sanitária sem precedentes e em vista do risco real de uma terceira onda de contágio, os direitos de propriedade, possessórios e fundiários precisam ser ponderados com a proteção da vida e da saúde das populações vulneráveis, dos agentes públicos envolvidos e também com os riscos de incremento da contaminação para a população em geral. Se as ocupações coletivas já se encontram consolidadas há pelo menos um ano e três meses, não é esse o momento de executar a ordem de despejo. Razões de prudência e precaução recomendam que se aguarde o arrefecimento da crise sanitária.

58. Diante do exposto, defiro parcialmente a medida cautelar postulada, para suspender pelo prazo de seis meses, a contar da presente decisão, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020).

Possibilidade de atuação do Poder Público para evitar a consolidação de novas ocupações.

59. Por fim, deixo de suspender as medidas de remoção de



Supremo Tribunal Federal

ADPF 828 MC / DF

ocupações coletivas recentes, essas consideradas as posteriores a 20 de março de 2020, desde que seja possível ao Poder Público assegurar que as pessoas removidas possam ser levadas para abrigos, ou de alguma outra forma possa garantir-lhes moradia adequada. Trata-se de evitar a consolidação de novas ocupações irregulares.

60. Por mais que nesses casos também exista o risco de contaminação, outros fatores também devem ser considerados. Existe um interesse público legítimo em evitar que se criem novas situações de fato que posteriormente serão de difícil solução. Aqui, a atuação possui viés eminentemente preventivo, que se mostra particularmente relevante para a manutenção da ordem urbana. Mas, evidentemente, a atuação do Poder Público não pode deixar pessoas vulneráveis em situação ainda pior do que já se encontravam. Tratando-se de ocupação recente, a remoção deve ser acompanhada por órgãos de assistência social que garantam o encaminhamento das pessoas em situação de vulnerabilidade para abrigos públicos ou locais com condições dignas.

IV. CONCLUSÃO

61. Ante o quadro, defiro parcialmente a medida cautelar para:

i) *com relação a ocupações anteriores à pandemia*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020);

ii) *com relação a ocupações posteriores à pandemia*: com relação às ocupações ocorridas após o marco temporal de 20 de março de 2020, referido acima, que sirvam de moradia para populações vulneráveis, o

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

Poder Público poderá atuar a fim de evitar a sua consolidação, desde que as pessoas sejam levadas para abrigos públicos ou que de outra forma se assegure a elas moradia adequada; e

iii) *com relação ao despejo liminar*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, a possibilidade de concessão de despejo liminar sumário, sem a audiência da parte contrária (art. 59, § 1º, da Lei nº 8.425/1991), nos casos de locações residenciais em que o locatário seja pessoa vulnerável, mantida a possibilidade da ação de despejo por falta de pagamento, com observância do rito normal e contraditório.

62. Ficam ressalvadas da abrangência da presente medida cautelar as seguintes hipóteses:

i) ocupações situadas em áreas de risco, suscetíveis à ocorrência de deslizamentos, inundações ou processos correlatos, mesmo que sejam anteriores ao estado de calamidade pública, nas quais a remoção poderá acontecer, respeitados os termos do art. 3º-B da Lei federal nº 12.340/2010¹⁷;

ii) situações em que a desocupação se mostre

17 Art. 3º-B. Verificada a existência de ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, o município adotará as providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro. [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

§ 1º A efetivação da remoção somente se dará mediante a prévia observância dos seguintes procedimentos: [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

I - realização de vistoria no local e elaboração de laudo técnico que demonstre os riscos da ocupação para a integridade física dos ocupantes ou de terceiros; e [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

II - notificação da remoção aos ocupantes acompanhada de cópia do laudo técnico e, quando for o caso, de informações sobre as alternativas oferecidas pelo poder público para assegurar seu direito à moradia. [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

§ 2º Na hipótese de remoção de edificações, deverão ser adotadas medidas que impeçam a reocupação da área. [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

§ 3º Aqueles que tiverem suas moradias removidas deverão ser abrigados, quando necessário, e cadastrados pelo Município para garantia de atendimento habitacional em caráter definitivo, de acordo com os critérios dos programas públicos de habitação de interesse social. [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

*Supremo Tribunal Federal***ADPF 828 MC / DF**

absolutamente necessária para o combate ao crime organizado – a exemplo de complexos habitacionais invadidos e dominados por facções criminosas – nas quais deve ser assegurada a realocação de pessoas vulneráveis que não estejam envolvidas na prática dos delitos;

iii) a possibilidade de desintrusão de invasores em terras indígenas; e

iv) posições jurídicas que tenham por fundamento leis locais mais favoráveis à tutela do direito à moradia, desde que compatíveis com a Constituição, e decisões judiciais anteriores que confirmam maior grau de proteção a grupos vulneráveis específicos, casos em que a medida mais protetiva prevalece sobre a presente decisão.

63. Determino a intimação da União, do Distrito Federal e dos Estados da Federação, assim como da Presidência dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, para ciência e imediato cumprimento da decisão. Intime-se também o Conselho Nacional de Direitos Humanos, para ciência.

64. Submeta-se prontamente a presente decisão a referendo no Plenário Virtual.

Publique-se. Intimem-se pelo meio mais expedito à disposição do Tribunal.

Brasília, 3 de junho de 2021.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 125

15/12/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S)	:SINDICATO UNIFICADO DOS TRABALHADORES PETROLEIROS PETROQUIMICOS QUIMICOS E PLASTICOS DOS ESTADOS DE ALAGOAS E SERGIPE SINDIPETRO
RECTE.(S)	:COORDENAÇÃO NACIONAL DE LUTAS - CONLUTAS
RECTE.(S)	:PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU
ADV.(A/S)	:RAQUEL DE OLIVEIRA SOUSA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	:RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO
ADV.(A/S)	:ARISTEU CESAR PINTO NETO
RECDO.(A/S)	:UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:SINDICATO DOS TRABALHADORES EM SINDICATOS FEDERACOES ASSOCIACOES CENTRAIS SINDICAIS ORGAOS CLASSISTAS E ENTIDADES AFINS DO ESTADO DE SERGIPE - SINTES
ADV.(A/S)	:MARIA DA CONCEIÇÃO BEZERRA
INTDO.(A/S)	:COMISSAO PASTORAL DA TERRA - CPT
ADV.(A/S)	:MARTA PINTO DOS ANJOS
INTDO.(A/S)	:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	:MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(S)
INTDO.(A/S)	:ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	:CAMILA MARQUES BARROSO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	:MARCOS ROBERTO FUCHS
INTDO.(A/S)	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 125

RE 806339 / SE

PAULO

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DE MANIFESTAÇÃO. DIREITO DE REUNIÃO E DE EXPRESSÃO. AVISO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Em uma sociedade democrática, o espaço público não é apenas um lugar de circulação, mas também de participação. Há um custo módico na convivência democrática e é em relação a ele que eventual restrição a tão relevante direito deve ser estimada.

2. O aviso ou notificação prévia visa permitir que o poder público zele para que o exercício do direito de reunião se dê de forma pacífica e que não frustrate outra reunião no mesmo local. Para que seja viabilizado, basta que a notificação seja efetiva, isto é, que permita ao poder público realizar a segurança da manifestação ou reunião.

3. Manifestações espontâneas não estão proibidas nem pelo texto constitucional, nem pelos tratados de direitos humanos. A inexistência de notificação não torna *ipso facto* ilegal a reunião.

4. A notificação não precisa ser pessoal ou registrada, porque implica reconhecer como necessária uma organização que a própria Constituição não exigiu.

5. As manifestações pacíficas gozam de presunção de legalidade, vale dizer, caso não seja possível a notificação, os organizadores não devem ser punidos por sanções criminais ou administrativas que resultem multa ou prisão.

6. Tese fixada: A exigência constitucional de aviso prévio relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao poder público zelar para que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustrate outra reunião no mesmo local.

ACÓRDÃO



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 125

RE 806339 / SE

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 4 a 14 de dezembro de 2020**, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, apreciando o tema 855 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário para afastar a condenação ao pagamento da multa cominatória e dos honorários fixados, invertendo-se, por conseguinte, a sucumbência, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin (redator para o acórdão) vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes, Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Foi fixada a seguinte tese: “A exigência constitucional de aviso prévio relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao poder público zelar para que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustre outra reunião no mesmo local”.

Brasília, 15 de dezembro de 2020.

Ministro **EDSON FACHIN**
Redator para o acórdão
Documento assinado digitalmente

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 125

05/04/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR CEZAR BRITTO (ADVOGADO) - Excelência, só uma questão de ordem, se possível: embora esteja presente aqui, há um pedido de adiamento dos *amici curiae* das outras partes, se seria apreciado agora ou não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É dirigido ao Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Estou sendo surpreendido. Atuo com as peças que estão no processo.

O SENHOR CEZAR BRITTO (ADVOGADO) - É porque eles estavam presentes ontem, e a informação é de que peticionaram hoje e voltaram.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quem pede o adiamento? Vossa Excelência tem procuração?

O SENHOR CEZAR BRITTO (ADVOGADO) - Tenho nos autos, para falar em nome de uma das partes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pelo requerente. O que ele está dizendo é que ontem havia *amicus curiae*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quem está pedindo o adiamento? Quem pede o adiamento?

O SENHOR CEZAR BRITTO (ADVOGADO) - Os *amici curiae*. Comunicaram-me também agora que houve o pedido de adiamento, e por dever meu de lealdade, como advogado, informar que há nos autos este pedido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Terceiros. Os trabalhos do Supremo precisam ter sequência, não podem ficar sujeitos a ponderações – e ponderações indiretas –, que sequer o terceiro, mediante advogado credenciado, veio à tribuna veicular o pleito.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 125

RE 806339 / SE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - De maneira muito honesta até, da parte do advogado, mas o endereçamento é ao Relator.

O SENHOR CEZAR BRITTO (ADVOGADO) - A informação é que estaria nos autos, Excelência. Há pedido, nos autos, oficialmente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Como são *amici curiae*, então, o Ministro-Relator está dizendo que, como Vossa Excelência sabe, os processos que não terminaram no dia podem ter o julgamento da sessão subsequente, então os advogados estão avisados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Adota-se antecedência alargada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro, alargada. E foi, exatamente - assim que terminou a sessão, recolocamos -, publicado que estaríamos hoje a chamar todos os processos de ontem.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 125

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : SINDICATO UNIFICADO DOS TRABALHADORES
 PETROLEIROS PETROQUIMICOS QUIMICOS E
 PLASTICOS DOS ESTADOS DE ALAGOAS E SERGIPE
 SINDIPETRO
RECTE.(S) : COORDENAÇÃO NACIONAL DE LUTAS -
 CONLUTAS
RECTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES
 UNIFICADO - PSTU
ADV.(A/S) : RAQUEL DE OLIVEIRA SOUSA
RECDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES EM
 SINDICATOS FEDERACOES ASSOCIACOES
 CENTRAIS SINDICAIS ORGAOS CLASSISTAS E
 ENTIDADES AFINS DO ESTADO DE SERGIPE -
 SINTES
ADV.(A/S) : MARIA DA CONCEIÇÃO BEZERRA
INTDO.(A/S) : COMISSAO PASTORAL DA TERRA - CPT
ADV.(A/S) : MARTA PINTO DOS ANJOS
INTDO.(A/S) : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS -
 IBCCRIM
ADV.(A/S) : MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(S)
INTDO.(A/S) : ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO
INTDO.(A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório,
 as informações prestadas pelo assessor Dr. Paulo Timponi Torrent:

A União formalizou interdito proibitório objetivando a
 prolação de decisão judicial a inviabilizar a prática de esbulho

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 125

RE 806339 / SE

ou turbação, por parte das entidades recorrentes, sobre a área correspondente a trecho da BR-101 localizado no Município de Propriá/SE (folha 2 a 6).

O Juízo acolheu a pretensão, nos seguintes termos (folha 333 a 346):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. DIREITO DE REUNIÃO. CONTORNOS ESTABELECIDOS PELO ART. 5º, XVI, DA CF/88. EXTRAVASAMENTO. ABUSO DE DIREITO. PROCEDÊNCIA.

[...]

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para ratificar integralmente a liminar e condenar as entidades requeridas no pagamento da multa fixada pelo provimento de urgência, diante de seu descumprimento, incidindo juros de mora (0,5% por cento ao mês) e correção desde o fato lesivo. Por igual, comino, para o caso de nova ameaça de turbação ou esbulho que interfira no uso regular do local descrito pela inicial, multa diária no valor de R\$ 20.000,00 para cada uma das entidades réis.

Condeno as demandadas nas custas, *pro rata*, e em honorários, estes fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), para cada uma delas.

O Sindicato Unificado dos Trabalhadores Petroleiros, Petroquímicos e Plásticos nos Estados de Alagoas e Sergipe – SINDIPETRO AL/SE, a Coordenação Nacional de Lutas – CONLUTAS e o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU recorreram da sentença.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da apelação cível nº 2008.85.00.001051-3, assentou o caráter não absoluto do direito de reunião, considerada a ausência de aviso prévio. Manteve astreintes a fim de compelir os recorrentes a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 125

RE 806339 / SE

dissolverem a manifestação na BR-101, no Município mencionado. Eis a ementa do julgado (folhas 540 e 541):

CONSTITUCIONAL. SINDIPETRO, PASTORAL DA TERRA (CONLUTAS) E UNIÃO FEDERAL. POSSÍVEL COLISÃO DE PRINCÍPIOS: ART. 5º, XV E XVI DA CF/88. PONDERAÇÃO, E PROCESSUAL CIVIL: NULIDADE DA CITAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 214, § 1º CPC. CONDIÇÕES DA AÇÃO. ATENDIMENTO. ASTREINTES DA SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO COM RAZOABILIDADE. APELOS REJEITADOS.

1. Hipótese em que várias entidades planejaram e realizaram, manifestação, de caráter político, na BR 101, no Município de Própria-SE, sem aviso prévio às autoridades e, após manifesta proibição da União Federal, responsável pela garantia da livre locomoção de todos no território nacional.

2. Possível colisão de direitos fundamentais: reunião e livre locomoção: art. 5º, XV e XVI. Solução da sentença pela ponderação de princípios, por considerar-se que o direito de reunião não é absoluto, exigindo o aviso prévio para que as autoridades examinassem a conveniência e oportunidade no local que permite o exercício da locomoção e que seria comprometido.

3. Fixação de astreinte (multa) para dissuasão da manifestação no local preferido em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por entidade, que não impediu a tentativa de desobediência da ordem judicial e de ônus de sucumbência de R\$ 3.000,00 (três mil reais), também por entidade. Razoabilidade.

4. A astreinte tem por escopo compelir a parte a cumprir a ordem judicial, no caso à obrigação de não fazer. O descumprimento da ordem implica a cobrança da multa imposta, pois, como observou CARNELLUTTI: '... o homem é livre até para realizar um ato contra a lei, em vez de agir de acordo com ela, podendo escolher entre a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 125

RE 806339 / SE

obediência ou a desobediência da lei, mas não pode evitar as conseqüências dessa desobediência, daí porque a liberdade é freada com a responsabilidade".

5. Apelos rejeitados. Sentença mantida por seus próprios fundamentos".

Embargos declaratórios desprovidos – folha 576 a 579.

No recurso extraordinário – folha 612 a 628 –, interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional, os recorrentes apontam transgressão ao artigo 5º, inciso XVI, da Constituição Federal.

Sob o ângulo da repercussão geral, articulam com o alcance de direito fundamental de reunião e ressaltam as conseqüências sociais da decisão impugnada, ante o grande número de manifestações realizadas no País.

No mérito, afirmam inexistir previsão de intimação formal e pessoal da autoridade pública, para o exercício do direito de reunião. Aludem à pertinência da informação veiculada em outros meios de comunicação, desde que suficiente à ciência do Poder Público. No caso, dizem observada a exigência, porquanto demonstrado o conhecimento da Polícia Rodoviária Federal, a qual esteve presente no evento. Salientam a impossibilidade do exame de conveniência do Poder Executivo acerca da associação de pessoas em locais públicos (folha 622 a 625). Postulam o afastamento das penalidades estabelecidas no pronunciamento atacado (folha 628).

Nas contrarrazões, a União aponta, preliminarmente, a ausência de repercussão geral da controvérsia, a deficiência na fundamentação do recurso e a inviabilidade de reapreciação do conjunto fático-probatório (folha 651 a 653). No mérito, evoca a literalidade do preceito constitucional em discussão, salientando mostrar-se inafastável a prévia comunicação ao

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 125

RE 806339 / SE

Poder Público (folha 654).

Em 8 de outubro de 2015, o Supremo concluiu pela repercussão geral do tema, em acórdão assim ementado:

LIBERDADE DE REUNIÃO AUTORIDADE COMPETENTE PRÉVIO AVISO ARTIGO 5º, INCISO XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ALCANCE RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia alusiva ao alcance da exigência de prévio aviso à autoridade competente como pressuposto para o exercício do direito versado no artigo 5º, inciso XVI, da Carta de 1988.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo desprovimento do recurso extraordinário. Sustenta a constitucionalidade do aviso prévio como pressuposto para o exercício do direito de reunião. Assevera imprescindível ser a comunicação prévia, expressa e formal. Frisa o dever de observância das balizas de segurança pública, bem assim de outros direitos igualmente fundamentais. Defende adequado o exame de conveniência da realização do ato, pela Administração Pública, quando em jogo a garantia de continuidade da prestação de serviço público, a liberdade de locomoção e a integridade física de transeuntes e participantes da manifestação. Propõe a fixação de tese com o seguinte teor:

O art. 5º, XVI, da Constituição estabelece os parâmetros para o exercício legítimo do direito de reunião em locais abertos ao público, devendo o Poder Público adotar os meios necessários para garantir a segurança dos participantes do evento e da população em geral. O aviso à autoridade competente deve ser prévio, expresso e formal.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 125

RE 806339 / SE

Os pedidos de ingresso no processo, formalizados pelo Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo – APEOESP e pelo espólio de Carlos Ramiro de Castro, foram indeferidos.

Vossa Excelência, em 25 de agosto de 2017, admitiu o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, a Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos e a organização Artigo 19 Brasil como interessados no processo.

Artigo 19 Brasil, por meio da petição/STF nº 60.151/2017, aludindo ao exercício da prerrogativa em jogo, aponta impertinente estabelecer restrições incompatíveis com as novas formas de comunicação e articulação coletivas. Destaca possível conferir-se concessões, admitindo-se, por exemplo, que convocações realizadas em mídias sociais, pela rede mundial de computadores, sejam equiparadas à notificação prévia. Articula com o risco de imposição de requisitos desproporcionais. Aponta como objetivo primordial do pressuposto constitucional em debate a cientificação das autoridades a respeito da ocorrência de eventos, de forma a permitir atuação voltada à preservação de direitos direta e indiretamente afetados pelo ato. Diz da necessidade de garantia das liberdades de reunião e expressão, ainda que materializadas em manifestações e protestos espontâneos, exceto quando o exercício desses direitos representar violação da ordem pública democrática.

É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 125

05/04/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

LIBERDADE DE REUNIÃO – AUTORIDADE COMPETENTE – PRÉVIO AVISO – ARTIGO 5º, INCISO XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE. O exercício do direito de reunião pacífica deve ser precedido de aviso à autoridade competente, não podendo implicar a interrupção do trânsito em rodovia.

Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. O acórdão impugnado foi disponibilizado no Diário da Justiça eletrônico em 18 de outubro de 2012 – folha 475. A peça, subscrita por profissional da advocacia habilitado, veio a ser protocolada no dia 6 do mês seguinte, no prazo assinado nos artigos 191 e 508 do diploma de regência, o Código de Processo Civil de 1973.

Observem o direito constitucionalmente assegurado:

Art. 5º [...]

[...]

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Cumpra ter presente a condição prevista ao término da cláusula constitucional. A reunião, em local aberto ao público, deve ser alvo de prévia comunicação à autoridade competente. No caso, isso não ocorreu.

Há mais a ser levado em conta: o inciso anterior ao XV revela livre a movimentação no território nacional em tempo de paz, podendo



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 125

RE 806339 / SE

qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. A locomoção é um direito dos cidadãos em geral.

Pois bem, sem aviso e com a finalidade de haver repercussão ímpar, obstaculizando-se o trânsito, a reunião ocorreu, inviabilizando passagem, na rodovia BR-101. O objetivo visado não foi simplesmente o de proceder-se à reunião de integrantes do segmento profissional, mas, sim, breçar o tráfego em rodovia de grande movimento. Surgiu situação jurídica à margem da ordem constitucional, no que ocupada rodovia sem prévio aviso à autoridade competente, impedindo-se o fluxo de veículos, valendo notar que o transporte rodoviário de carga é a base da circulação da riqueza nacional.

Bem decidiram o Juízo federal e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Desprovejo o recurso extraordinário. Proponho a seguinte tese: “O exercício do direito de reunião pacífica deve ser precedido de aviso à autoridade competente, não podendo implicar a interrupção do trânsito em rodovia.”

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 125

05/04/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, antes da proclamação final, farei algumas observações sem adiantar posição.

Este é um tema sobre o qual, em meu voto, me posicionei no sentido de ser matéria infraconstitucional, porque isso é uma questão de direito local, que disciplina situação local, com a devida vênia de quem entende de maneira diferente.

A Ministra **Rosa Weber** também assim votou no Plenário virtual, e, salvo engano de memória, também assim votaram o Ministro **Teori**, saudoso Ministro **Teori**, o Ministro **Ricardo** e a Ministra **Cármem Lúcia**.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agora, Vossa Excelência me permite?

Melhor refletindo sobre essa questão e a partir do aprofundado voto do Ministro Marco Aurélio, realmente fiquei com dúvidas e também, tendo em conta a sustentação oral feita da tribuna, será que nós podemos submeter um direito fundamental, um direito magno, um direito de primeira grandeza, que eu direi, de reunião, uma formalidade burocrática, será que grupos mais vulneráveis, menos organizados, têm condições de cumprir essa formalidade?

Então, realmente, eu tenho dúvida, acho que é uma questão constitucional importante, e, *data venia*, penso, sem querer adiantar meu voto, precisa ser discutida aqui neste Plenário, salvo melhor juízo evidentemente.

Apenas estou manifestando, enfim, uma certa perplexidade com relação ao assunto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Tecnicamente, sempre estive do lado de levar o jato d'água, e não de disparar o jato d'água, mas está em boas mãos, as do Ministro **Alexandre de Moraes**, o pedido de vista. Mas, como Sua Excelência não participou

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 125

RE 806339 / SE

do Plenário virtual, foi o Ministro **Teori Zavascki**, de saudosa memória, que votou. E votou no sentido de ser o tema matéria infraconstitucional, até pelo fato de Sua Excelência ter pedido vista. Eu votei no sentido de ser o tema matéria infraconstitucional, com a devida vênia e saudando a belíssima sustentação de nosso querido **bâtonnier**, Presidente, sempre Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, o Britto. Ele não citou, para não fazer propaganda, o filme Selma, que resgata toda essa história, comemorada e televisionada nos jornais na data de ontem, cujo tema é a marcha de Luther King.

Mas a questão é a seguinte: tenho muita preocupação com o fato de haver 5.570 municípios no Brasil. Como vamos engessar todas essas localidades? Essa é minha preocupação. Não estou adiantando voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro! E apenas porque houve o pedido de vista.

Eu comungo desta posição também, sem adiantamento de voto, até porque há o pedido de vista.

Penso ser importante, como trouxe o Ministro Marco Aurélio, acentuando ser uma matéria que tende a, cada vez mais, inclusive, ter, ganhar foro de especial importância por causa de manifestações, de reuniões, que são públicas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas lembremos dos **black blocs**.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, mas a liberdade de manifestação e de reunião é da maior significação para uma democracia, a praça é do povo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – De qualquer forma, há uma realidade, constitucional: assegura-se o direito de reunião, mas condiciona-se o exercício desse direito à prévia comunicação à autoridade competente. Não é dado reescrever a Constituição Federal de 1988.

O voto foi curto, porque pensei que a matéria fosse tranquila, mas, nos tempos atuais, inclusive o relatório se mostrou maior do que o voto, nada mais é tranquilo.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 125

RE 806339 / SE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Acho importante, realmente, ter vindo esse tema, como Vossa Excelência afirma, por causa do relevo de alguns temas, que antes nem talvez tivessem as dimensões ou podem vir a ter no período, e por isso a importância de ter sido trazido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Há de considerar-se, também, o princípio que está no inciso anterior, que é o XV do artigo 5º, revelador do direito de locomoção.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Presidente, eu também gostaria de fazer um brevíssimo. Entendo perfeitamente as preocupações do Ministro Dias Toffoli, mas acho que há aqui, neste caso, que eu também pretendo estudar com mais calma, uma questão relevante suscitada da tribuna, que é saber se a não comunicação - não se exige autorização, portanto, há liberdade de manifestação -, mas o que está talvez em discussão, e subjacente à manifestação do Ministro Marco Aurélio, é se a não comunicação torna a manifestação ilícita. Acho que essa é a questão constitucional subjacente, e, aí, acho que de fato há uma relevância em se definir qual o princípio jurídico que vai reger esta matéria.

De modo que eu, pedindo todas as vênias ao Ministro Dias Toffoli, me alinho aos que acham que há repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, se entendesse lícita a reunião, não teria concluído da forma que concluí. Se o ato deve ser praticado segundo o figurino constitucional, não o sendo, merece a pecha de ilícito.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, permita-me apenas anotar, vou aguardar o voto-vista do eminente Ministro Alexandre de Moraes, mas apenas para deixar registrado que também, na minha percepção, o tema tem grandeza constitucional, repercussão indiscutível de uma questão constitucional, e eu subscrevo às inteiras a reflexão que o Ministro Ricardo Lewandowski acaba de fazer pela magnitude que o tema representa e pela compreensão se essa expressão "aviso prévio" significa, na verdade, na prática, a transformação em uma



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 125

RE 806339 / SE

autorização.

De modo que este é o problema, acho que isso tem uma estatura constitucional extremamente relevante e também, sem adiantar o voto, compreendo que o sentido desse aviso prévio deve ser interpretado em homenagem a esse direito fundamental, essencial numa sociedade democrática, que é o direito de reunir-se pacificamente.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 125

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : SINDICATO UNIFICADO DOS TRABALHADORES PETROLEIROS
 PETROQUIMICOS QUIMICOS E PLASTICOS DOS ESTADOS DE ALAGOAS E SERGIPE
 SINDIPETRO

RECTE.(S) : COORDENAÇÃO NACIONAL DE LUTAS - CONLUTAS

RECTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU

ADV.(A/S) : RAQUEL DE OLIVEIRA SOUSA (4572/SE) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO (32147/DF, 140251/MG, 1190/SE)

ADV.(A/S) : BRUNO SILVESTRE DE BARROS (00148373/RJ)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES EM SINDICATOS FEDERACOES
 ASSOCIACOES CENTRAIS SINDICAIS ORGAOS CLASSISTAS E ENTIDADES AFINS DO
 ESTADO DE SERGIPE - SINTES

ADV.(A/S) : MARIA DA CONCEIÇÃO BEZERRA (0002444/SE)

INTDO.(A/S) : COMISSAO PASTORAL DA TERRA - CPT

ADV.(A/S) : MARTA PINTO DOS ANJOS (4658/BA)

INTDO.(A/S) : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(S) (PR040855/)

INTDO.(A/S) : ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)

INTDO.(A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP)

INTDO.(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux. Falou, pelo recorrente Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado - PSTU, o Dr. Cezar Britto. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 5.4.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
 Assessora-Chefe do Plenário

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Recurso Extraordinário com repercussão geral, em que se analisa o alcance da exigência de prévio aviso à autoridade competente como pressuposto para o exercício do direito previsto no artigo 5º, XVI, da Constituição Federal, especialmente em situações em que há potencial prejuízo à liberdade de locomoção de terceiros (art. 5º, XV, da CF).

No caso em foco, organizou-se uma manifestação política intitulada “*Dia Nacional de Luta contra as mentiras do Governo Lula*”, em protesto contra a condução do projeto de transposição do Rio São Francisco.

Tratou-se essencialmente de obstruir totalmente o fluxo da rodovia BR-101, em Propriá-SE, precisamente na ponte sobre o Rio São Francisco. Não houve prévia notificação a qualquer autoridade pública, mas tão somente a divulgação do ato em meios de comunicação ao público em geral. A União teve ciência dos fatos um dia antes da reunião, não por comunicação de seus organizadores, mas por intermédio do Ministério da Justiça, que enviou o Ofício 216/2008 da Regional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Tampouco a Polícia Rodoviária Federal foi comunicada, sendo que tomou conhecimento da manifestação a partir do Boletim Ouro Negro, distribuído pelo Sindicato dos Petroleiros de Sergipe e Alagoas.

A União ajuizou interdito proibitório em que obteve, por decisão liminar, depois confirmada em sentença, tutela judicial para liberação da via e cominação de multa diária no valor de R\$ 20.000,00.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve esse entendimento, realçando o prejuízo à livre circulação de pessoas pelo território nacional e a exigência de prévia notificação à autoridade competente.

As entidades recorrentes alegam que (a) houve ampla divulgação da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 125

RE 806339 / SE

realização do evento por outros meios, como imprensa, cartazes, etc; (b) a ausência de prévio aviso à autoridade não tornaria ilícita a reunião, pois o Poder Público não tem legitimidade para exercer juízo de conveniência sobre a realização da reunião ou seu modo de ser.

Iniciado o julgamento, foi proferido voto pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, no qual Sua Excelência negou provimento ao recurso e propôs a enunciação da seguinte tese de repercussão geral: *O exercício do direito de reunião pacífica deve ser precedido de aviso à autoridade competente, não podendo implicar a interrupção do trânsito em rodovia.*

É o relato do essencial.

Senhor Presidente, obviamente ninguém discute que o direito de reunião é um direito instrumental de um outro direito fundamental, que é a livre manifestação de pensamento, direito de expressão. E o direito de reunião, diferentemente do que era no seu nascedouro, que era um direito exercido de maneira estática, o direito de reunião, com o passar do tempo e, principalmente, de tempos para cá, não só no Brasil como no mundo, é um direito dinâmico, dinâmico no sentido de movimento, inclui o direito de passeata, o direito de carreata. Ou seja, a reunião tornou-se móvel, hoje mais dificilmente se faz uma reunião estática, faz-se uma passeata, uma carreata, se sai de um determinado ponto da cidade para outro ponto, e isso tudo, como a Constituição consagra, garante, é para que as pessoas possam manifestar livremente a sua opinião, a sua expressão. Portanto - parto dessa premissa -, o direito de reunião é um dos princípios basilares de um Estado democrático.

Na visão ocidental de Democracia, governo pelo povo e limitação no exercício do poder estão indissolavelmente combinados, sendo imprescindível a observância dos direitos e garantias individuais constitucionalmente consagrados, uma vez que, enquanto comandos proibitórios expressos direcionados ao Estado, têm por primordial finalidade o afastamento de indevida ingerência estatal no âmbito da esfera jurídica individual, impedindo o ferimento da dignidade humana, vida, liberdade, propriedade e intimidade (MANOEL GONÇALVES

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 125

RE 806339 / SE

FERREIRA FILHO. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 16 e ss; JOSÉ ALFREDO OLIVEIRA BARACHO. Teoria da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 15. n. 58. abr/jun. 1978; J. J. GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541 e ss; PAOLO BARILE. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino. p. 13 e ss).

A real efetividade dos direitos e garantias individuais é imprescindível para a preservação do Estado de Direito (RAFAEL BIELSA. *Estudios de Derecho Público – Derecho Constitucional*. Tomo III. Buenos Aires: Arayú, 345), pois, conforme a sempre atual advertência de MADISON:

“num governo livre, é preciso dar aos direitos civis a mesma garantia que aos direitos religiosos” (Federalist papers, LI).

Exatamente nesse aspecto, o direito de reunião – que incluiu o *direito de passeata e carreat* – configura-se como um dos princípios basilares de um Estado Democrático, assim como a liberdade de expressão, pois não se compreenderia a efetividade de reuniões sem que os participantes pudessem discutir e manifestar suas opiniões livremente, tendo que se limitar apenas ao direito de ouvir, quando se sabe que o direito de reunião compreende não só o direito de organizá-la e convocá-la, como também o de total participação ativa.

A Constituição consagra que todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente, tratando-se, pois, de direito individual o coligar-se com outras pessoas, para fim lícito.

O direito de reunião é uma manifestação coletiva da liberdade de expressão, exercitada por meio de uma associação transitória de pessoas e tendo por finalidade o intercâmbio de ideias, a defesa de interesses, a publicidade de problemas e de determinadas reivindicações.

O mesmo raciocínio se aplica ao exercício do direito de reunião

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 125

RE 806339 / SE

durante movimentos grevistas. O surgimento da palavra *greve* deve-se a uma Praça de Paris, denominada *Place de Grève*, na qual os operários se reuniam quando paralisavam seus serviços com finalidades reivindicatórias, podendo ser definida como um direito de autodefesa, consistente na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados.

O direito de greve, sob a ótica jurídica, portanto, se configura como *direito de imunidade* do trabalhador em face das consequências normais de não trabalhar, incluindo-se em seu exercício diversas situações de índole instrumental, para além do fato de o empregado *não trabalhar*, tais como o direito de reunião, atuação de piquetes pacíficos, passeatas, reivindicações em geral, a propaganda, coleta de fundos, “operação tartaruga”, “cumprimento estrito do dever”, “não colaboração”, etc. Há diversas espécies de greves permissíveis pelo texto constitucional, podendo os trabalhadores decretar *greves reivindicativas*, objetivando a melhoria das condições de trabalho, ou *greves de solidariedade*, em apoio a outras categorias ou grupos reprimidos, ou *greves políticas*, visando a conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requeira, ou, ainda, *greves de protesto*.

A garantia plena e o efetivo exercício dos direitos de greve e reunião consistem em exigência nuclear do direito fundamental à livre manifestação de pensamento, sendo absolutamente necessários na efetivação da cidadania popular e fundamentais no desenvolvimento dos ideais democráticos.

A proclamação dos direitos individuais, entretanto, nasceu para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecer a obrigatoriedade de as condutas individuais *operarem dentro dos limites impostos pelo direito*, conforme salienta QUIROGA LAVIÉ (*Derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 123 e ss).

Os direitos e garantias individuais, conseqüentemente, não são absolutos e ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 23 de 125

RE 806339 / SE

direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*) e, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua, pois as democracias modernas, garantindo a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não consagram, pretendem, como lembra ROBERT DAHL, a paz e prosperidade da Sociedade como um todo e em harmonia.

Dessa maneira, como os demais Direitos Fundamentais, os direitos de reunião e greve são relativos, não podendo ser exercidos, em uma sociedade democrática, de maneira abusiva e atentatória à proteção dos direitos e liberdades dos demais, às exigências da saúde ou moralidade, da ordem pública, da segurança nacional, da segurança pública, da defesa da ordem e prevenção do crime, e do bem-estar da sociedade; como proclamam a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu artigo 29; o art. 21 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o art. 15 da Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 11:

Artigo 29. Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. (...) no exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Artigo 21. O direito de reunião pacífica será reconhecido.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 125

RE 806339 / SE

O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Artigo 15. Direito de reunião. É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 11. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade reunião pacífica e liberdade de associação, incluindo o direito de formar sindicatos com outros e de se unir a sindicatos em defesa de seus interesses. 2. O exercício desses direitos não pode estar sujeito a outras restrições além daquelas que, previstas em lei, constituem medidas necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa ordem e prevenção do crime, a proteção da saúde ou moralidade, ou a proteção dos direitos e liberdades dos outros.

Os direitos e garantias individuais, portanto, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos contrários ao direito, sob pena de desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (HC nº 70.814-5/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ de 24/6/1994), pois, como ensinado por DUGUIT:

“a norma de direito, por um lado, impõe a todos o respeito aos direitos de cada um, e em contrapartida, determina uma limitação sobre os direitos individuais, para assegurar a proteção aos direitos gerais” (*Fundamentos do direito*. São Paulo:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 25 de 125

RE 806339 / SE

Ícone Editora, 1996, p. 11 ss).

A relatividade e razoabilidade no exercício do direito de reunião são requisitos essenciais em todos os ordenamentos jurídico-democráticos, sendo necessário harmonizá-los com os demais direitos e garantias fundamentais nas hipóteses de conflitos, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em atrito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua e buscando o bem-estar de uma sociedade democrática.

Assim ocorre nos Estados Unidos da América, onde a SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA definiu que a Primeira Emenda à Constituição consagra o direito de reunião pacífica e a impossibilidade de proibições discricionárias pelos órgãos governamentais (*Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 394 U.S. 147, 150–51, 1969), porém o exercício desse direito não se reveste de caráter absoluto, não permitindo a realização de reuniões nas quais haja uso de força para atingir determinados objetivos, evidente perigo de tumulto, desordem, ameaças à segurança pública ou grave prejuízo ao tráfego em vias públicas (*Jones v. Parnley*, 465 F.3d 46, 56–57 2d Cir. 2006); sendo, ainda, possível a previsão de restrições razoáveis de tempo, lugar e forma, que não infrinjam as garantias constitucionais, e, desde que, justificadas pela presença de interesse público legítimo, mantenham “*abertos amplos canais alternativos para a difusão da informação desejada*”, de maneira a não frustrar a livre manifestação de expressão (*Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791, 1989; *Thomas v. Chi. Park Dist.*, 534 U.S. 316, 322, 2002; *Quoting Clark v. Cmty. For Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 293, 1984), inclusive permitindo exigências de requisitos específicos no caso de reuniões marcadas nas proximidades de locais mais sensíveis (*Tabatha Abu El-Haj, The Neglected Right of Assembly*, 56 UCLA L. Rev. 543, 551–52, 2009).

As mesmas relatividade e razoabilidade no exercício do direito de reunião também são exigidas pela legislação da Inglaterra e País de Gales, que permite restrições proporcionais por parte das autoridades públicas,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 125

RE 806339 / SE

inclusive no tocante a duração máxima do ato, quando houver a real possibilidade de “séria desordem pública, sérios danos à propriedade, edifícios ou monumentos de importância histórica, arquitetônica, arqueológica ou científica ou sérios distúrbios na vida da comunidade”, ou ainda, quando “o propósito das pessoas que organizam é a intimidação de outros com vistas a obrigá-los a não realizar um ato que eles têm o direito de fazer, ou a fazer um ato que eles têm o direito de não fazer” (Statutes of England & Wales, Public Order Act 1986, Ch. 64, Royal Assent, 7 November 1986).

Igualmente, na Seção 2 da Constituição do Canadá - *Canadian Charter of Rights and Freedoms* -, a liberdade de reunião pacífica é consagrada e garantida “aos limites razoáveis prescritos por lei, como pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática”.

Comentando o direito de reunião e de manifestação assegurado pela Constituição Portuguesa de 1976 – diploma que, como se sabe, foi uma das fontes inspiradoras da nossa Lei Maior –, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS assinalam que cabe ao Estado garantir o livre acesso das pessoas a lugares públicos para que possam se reunir ou se manifestar. E bem por isso, “em contrapartida, pode a utilização de locais públicos ficar sujeita a condicionamentos, para defesa do direito ao repouso, da livre circulação das pessoas e outros interesses constitucionalmente relevantes”. E concluem que, desatendidos esses condicionamentos, torna-se admissível a dispersão, desde que observado o princípio da proporcionalidade (*Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 465-466).

A razoabilidade no exercício do direito de reunião constitucionalmente consagrado deve, portanto, evitar a ofensa aos demais direitos fundamentais, o desrespeito à consciência moral da comunidade, visando, em contrapartida, à esperança fundamentada de que se possa alcançar um proveito considerável para a convivência social harmoniosa, resultante na prática democrática do direito de reivindicação. Trata-se da cláusula de proibição de excesso (*Übermassverbot*) consagrada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, ao estabelecer o pensamento da proporcionalidade como parâmetro para

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 27 de 125

RE 806339 / SE

se evitarem os *tratamentos excessivos, abusivos e inadequados*, buscando-se sempre no caso concreto o tratamento necessariamente exigível.

Ao consagrar o pleno exercício do direito de reunião, a Constituição Federal de 1988 somente estabeleceu critérios de *relatividade* – ao determinar que a finalidade do ato seja pacífica, os participantes estejam desarmados e não aconteça no mesmo dia, local e horário de outra reunião – e de *razoabilidade* – ao exigir prévio aviso à autoridade competente, prevendo no artigo 5º, inciso XVI, que:

“todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

A consagração do direito de reunião no texto constitucional foi ampla, não permitindo às autoridades públicas qualquer análise de conveniência ou não de sua realização, impedindo qualquer exigência prévia de autorização para a realização de reuniões pacíficas e lícitas.

A impossibilidade constitucional de condicionar o exercício do direito de reunião à prévia autorização do Poder Público não exclui, por óbvio, a necessidade constitucional de comunicação prévia às autoridades a fim de que exercitem as condutas a elas exigíveis, tais como a regularização do trânsito, a garantia da segurança – tanto dos manifestantes, quanto dos demais membros da Sociedade – e da ordem pública, o impedimento de realização de outra reunião, pois, como bem qualificado por PAOLO BARILE, o direito de reunião é, simultaneamente, um direito individual e uma garantia coletiva, uma vez que consiste tanto na possibilidade de determinados agrupamentos de pessoas reunirem-se para livre manifestação de seus pensamentos, concretizando a titularidade desse direito, inclusive para as minorias, quanto na livre opção do indivíduo de participar ou não dessa reunião, não podendo ser obrigado pelos manifestantes a participar ou cessar suas atividades (*Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984. p. 182-183).

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 28 de 125

RE 806339 / SE

Esta SUPREMA CORTE teve oportunidade de se pronunciar sobre a necessária distinção entre comunicação e autorização para reunião, no julgamento em que se afirmou a constitucionalidade do evento conhecido como “Marcha da Maconha”, de finalidade lícita, voltado à crítica da legislação penal de drogas e de políticas públicas correlatas em vigor. Como destacado em voto do Ministro LUIZ FUX:

“Especialmente quanto à reunião de pessoas para a realização da manifestação ou evento público, a própria norma constitucional – o art. 5º, XVI – delineou os contornos da limitação, que não suscitam, em princípio, maior controvérsia: a reunião deve ser pacífica, sem armas, não deve frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local e deve ser previamente comunicada à autoridade competente. A comunicação – que jamais será confundida com pedido de autorização ou licença – deve, por óbvio, declinar dia, horário, local e finalidade do evento, para permitir às autoridades públicas a adoção de medidas que, sem impedir o exercício do direito, possam racionalizar o uso do espaço público.” (ADPF 187, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 29/5/2014).

O *prévio aviso à autoridade competente* é, portanto, exigência razoável e expressa do texto constitucional e tem por finalidade permitir ao Poder Público a organização e realização das medidas necessárias para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa ordem e prevenção do crime, a proteção da saúde ou moralidade, ou a proteção dos direitos e liberdades dos outros, de maneira a garantir aos manifestantes o pleno exercício de seu direito de manifestação, e proteger os direitos e liberdades dos demais não participantes, preservando, dessa maneira, o bem-estar de uma sociedade democrática, exatamente nos termos dos já citados artigos 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, 21 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 15 da Convenção Americana dos Direitos Humanos e 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 125

RE 806339 / SE

O Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu a plena validade da exigência de prévia notificação à polícia e sua compatibilidade com o art. 21 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Caso *Auli Kivenmaa v. Finland*). O Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre direitos à liberdade de assembleia e associação pacífica, em seu relatório sobre melhores práticas mundiais no tema (A/HRC/20/27, in www.ohchr.org), considera que o exercício da liberdade de assembleia não deve ser sujeito à autorização prévia, porém poderá ser condicionado a um procedimento de notificação prévia, cuja justificativa é permitir às autoridades facilitarem o exercício do direito e adotarem medidas para proteger a segurança pública e a ordem, assim como os direitos e liberdades de terceiros. Segundo o Relator, a notificação deve ser sujeita a um juízo de proporcionalidade, não devendo ser excessivamente burocrática, devendo ser requerida com, no máximo, 48 horas de antecedência em relação à assembleia planejada.

Igualmente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considera que os Estados podem regular o uso do espaço público, fixando inclusive requisitos de aviso prévio, mas que as referidas regulamentações não podem comportar exigências excessivas que acabem por negar o exercício do direito (*Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos em las Américas*, 2006).

Não há dúvidas, portanto, de que os movimentos reivindicatórios instrumentalizados pelo direito de reunião não podem obstar o exercício, por parte do restante da Sociedade, dos demais direitos fundamentais, configurando-se claramente abusivo o exercício desses direitos que impeçam o livre acesso das demais pessoas aos aeroportos, rodovias e hospitais, por exemplo, em flagrante desrespeito à liberdade constitucional de locomoção (*ir e vir*), colocando em risco a harmonia, a segurança e a Saúde Pública.

Na presente hipótese, o bloqueio integral das rodovias caracterizou o abuso no exercício do direito de reunião, em face da obstrução total do tráfego em rodovias e vias públicas, impedindo a livre circulação no

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 125

RE 806339 / SE

território nacional e com alta e gravíssima possibilidade de causar a descontinuidade no abastecimento de combustíveis e no fornecimento de insumos para a prestação de serviços públicos essenciais, como transporte urbano, tratamento de água para consumo humano, segurança pública, fornecimento de energia elétrica, medicamentos, alimentos e tudo quanto dependa de uma cadeia de fabricação e distribuição dependente do transporte em rodovias federais – o que, na nossa realidade econômica e social, tem efeitos dramáticos, como recentemente verificamos na “*Greve geral de Caminhoneiros*”, objeto inclusive da ADPF 519, de minha relatoria.

Além disso, a ausência de prévio aviso à autoridade competente impediu qualquer providência administrativa que pudesse minorar esses efeitos e salvaguardar os direitos do restante da Sociedade não participante da manifestação.

Observe-se que, em hipótese muito menos grave, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu existir abuso no exercício dos direitos de greve, reunião e liberdade de expressão por parte de caminhoneiros que obstruíram uma única rodovia pública (*Affaire Barraco v. France, Cinquième Section, Requête no 31684/05, Arrêt, Strasbourg, 5 mars 2009, Définitif 05/06/2009*).

Naquele caso, os requerentes haviam alegado violação ao exercício de seus direitos de greve e liberdade de expressão, bem como a liberdade de reunião e associação garantida pelos artigos 10 e 11 da Convenção, por terem sido condenados judicialmente, em virtude da participação da denominada “Operação de Caracóis”, consistente em greve nacional dos trabalhadores das empresas de transporte. A atuação dos grevistas consistia em viajar com seus veículos em velocidade reduzida e ocupando várias faixas de tráfego, com o intuito de retardar a locomoção dos demais veículos. Os recorrentes, porém, utilizaram três caminhões para obstruir as faixas da rodovia pública.

O Tribunal Europeu analisou a necessária compatibilização entre os direitos de greve, reunião e livre manifestação de expressão com os demais direitos fundamentais consagrados na Convenção Europeia e, após reafirmar que o “*direito à liberdade de reunião é um direito fundamental*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 125

RE 806339 / SE

de uma sociedade democrática e, como o direito à liberdade de expressão, um dos fundamentos de tal sociedade. Portanto, não deve ser interpretado restritivamente”, e salientar a possibilidade de restrições razoáveis aos direitos e liberdades garantidos pela Convenção Europeia, desde que “necessárias em uma sociedade democrática”, e proporcionais ao “objetivo legítimo perseguido”, entendeu que o bloqueio da rodovia foi excessivo, não estando envolvido no exercício do direito de reunião pacífica, pois a “completa obstrução do tráfego claramente foi além do simples inconveniente causado por qualquer demonstração na via pública”; e, por unanimidade, decidiu pela inexistência de qualquer violação à cláusula do artigo 11 da Declaração Europeia de Direitos Humanos.

O quadro fático revela com nitidez um cenário em que o abuso no exercício dos direitos constitucionais de reunião e livre manifestação acarretou um efeito desproporcional e intolerável sobre todo o restante da sociedade, que depende do pleno funcionamento das cadeias de distribuição de produtos e serviços para a manutenção dos aspectos mais essenciais e básicos da vida social.

Daí porque a necessidade de comunicação prévia da reunião às autoridades competentes, permitindo-lhes a tomada de providências proporcionais e razoáveis para compatibilização do direito de reunião com outros direitos tutelados pela Constituição Federal.

A mera divulgação pública de intenção de realizar manifestação não atende o requisito constitucional de *prévio aviso à autoridade competente*. O aviso à autoridade competente deve ser *prévio, expresso e formal*. Dito de outro modo, não basta que os organizadores da reunião a divulguem previamente por meio de redes sociais, panfletos ou outros veículos de comunicação. A notícia da reunião planejada deve ser prévia, oficial e formalmente *dirigida às autoridades públicas competentes*.

Observo, por fim, que há manifestações que surgem de forma espontânea, sem prévia organização e, conseqüente e logicamente, não permitem a prévia notificação ao Poder Público. Logicamente, nessas hipóteses, não estará caracterizado o abuso no exercício do direito de reunião e da livre manifestação de expressão. Nesse mesmo sentido, a



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 125

RE 806339 / SE

Corte Europeia de Direitos Humanos (caso *Bukta and others v. Hungary*) reconhece que a sujeição de assembleias públicas à autorização prévia normalmente não viola a essência desse direito. Ao mesmo tempo, pondera que, em "circunstâncias especiais", quando uma manifestação não notificada for justificada como resposta imediata a um evento político, a decisão de dispersar a reunião pacífica apenas em razão da falta de aviso prévio, sem que tenha havido qualquer conduta ilegal dos participantes, constitui restrição desproporcional ao direito de liberdade de reunião pacífica.

Ante o exposto, acompanho o eminente Ministro Relator e NEGÓCIO PROVIMENTO ao Recurso.

É o voto.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

Como bem registrou Sua Excelência, a presente repercussão geral objetiva definir o alcance da exigência constitucional de prévio aviso à autoridade competente como pressuposto para o exercício do direito versado no artigo 5º, XVI, da Constituição Federal.

O dispositivo tem o seguinte teor:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;”

Ao interpretar o referido dispositivo, o e. Ministro Ayres Britto, quando do julgamento da ADI 4.274, assentou que:

“Desse dispositivo extrai-se a compreensão de que: a) ao fazer uso pronome “todos”, a Constituição quis expressar que o seu comando tem um âmbito pessoal de incidência da máxima abrangência, de sorte a não excluir ninguém da sua esfera de proteção; b) traduz-se o direito de reunião na faculdade de encontro corporal ou junção física com outras pessoas naturais, a céu aberto ou em via pública. Com a particularidade de ser um direito individual, porém de exercício coletivo (ninguém se

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 125

RE 806339 / SE

reúne sozinho ou apenas consigo mesmo). Mais ainda, direito de conteúdo elástico, porquanto não restrito a esse ou aquele tema. Pelo que se constitui em direito-meio ou instrumental, insusceptível de censura prévia. Censura prévia que implicaria matar, no próprio nascedouro, não só esse direito-meio, como todos os direitos-fim com ele relacionados. Especialmente o direito à informação e de manifestação de pensamento (inciso IV do art. 5º da CF). Sem olvidar a liberdade de expressão e as diversas formas de seu exercício, inclusive a comunicacional (inciso IX do art. 5º da CF). Pensamento, expressão, informação e comunicação, tudo assim separadamente protegido e possível de concreto exercício por ocasião de uma passeata, um comício, um ato público. Sendo certo que todos esses direitos fazem parte do rol de direitos individuais de matriz constitucional (incisos IV, XIII e XIV do art. 5º da CF).”

De modo semelhante, quando do julgamento da ADI 1.969, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 30.08.2007, o Tribunal julgou inconstitucional restrição a esse direito consubstanciada no Decreto Distrital que vedava a manifestação em locais determinados de Brasília, assim como aquelas que não tivessem caráter cívico-militar, religioso e cultural.

Embora sejam precedentes relevantes para a definição do direito de reunião, não se depreende desses julgados o alcance da exigência de “prévio aviso à autoridade competente”. Assim, é necessário analisar, de forma mais detida, aquilo que consta do histórico processual da presente ação.

Quando do julgamento do caso, o Tribunal *a quo* manteve a sentença (eDOC 3, p. 173), a qual, por sua vez, assentou (eDOC 3, p. 67):

“Não bastasse o descumprimento do requisito do aviso prévio nele consignado (as entidades organizadoras, em outras palavras, deixaram de levar ao conhecimento da administração pública o propósito de realizar a manifestação), tem-se que desde as etapas preparativas do evento aqui impugnado, em

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 125

RE 806339 / SE

razão do local e horário designados pelos seus organizadores, já havia indícios suficientes no sentido de delinear o abuso do exercício da garantia constitucional em questão. Despiciendo seria perquirir, dada sua obviedade, se as entidades que conduziram naquela dia o aglomerado de pessoas para ali atraídas tinham ciência de que o tráfego naquela rodovia teria seu fluxo obstruído. Tratando-se da BR 101, de longe principal eixo rodoviário que cruza o Estado, o profundo impacto sobre a locomoção de pessoas e sobre o transporte de mercadoria, inquestionavelmente, era sabido de antemão, ao passo que o “efeito surpresa”, demarcado pela omissão de notificação prévia, evidencia justamente a intenção de amplificar a visibilidade da manifestação a partir dos prejuízos daí decorrente para aquelas atividades regulares.

É bem verdade que a criação de mecanismos aptos a operacionalizar a fruição do direito de reunião é tarefa primordialmente a ser atribuída à Administração Pública. Não se pode olvidar, todavia, aliás como oportunamente salientado nesta decisão, que os organizadores de um evento desta magnitude, sobretudo quando propiciam a aglomeração de indivíduos em locais de grande circulação, não podem se esquivar de sua obrigação de respeitar os bens jurídicos que possam eventualmente ser atingidos em virtude do exercício da prerrogativa em tela. Impõe-se assim, bem se nota, uma ação conjunta de ambas as partes.

Aos agentes públicos, no entanto, deixou-se de ofertar tanto a possibilidade, constitucionalmente lícita, de estabelecer os parâmetros necessários à fruição do direito de reunião, quanto a faculdade, igualmente amparada no Texto Maior, de, em sendo o caso, restringi-la ou deslocá-la para outro sítio adequado”.

Na sentença, o e. Juiz Federal de Primeiro Grau assenta que suas conclusões “têm como substrato a realização de um juízo de ponderação entre tal garantia e os demais bens jurídicos aludidos nesta decisão, bem como a constatação de descumprimento do preceito insculpido no art. 5º,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 125

RE 806339 / SE

XVI, da CF/88" (eDOC 3, p. 69). O dispositivo, então, foi lavrado nos seguintes termos:

"Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para ratificar integralmente a liminar e condenar as entidades requeridas no pagamento da multa fixada pelo provimento de urgência, diante de seu descumprimento, incidindo juros de mora (0,5% por cento ao mês) e correção desde o fato lesivo. Por igual, comino, para o caso de nova ameaça de turbação ou esbulho que interfira no uso regular do local descrito pela inicial, multa diária no valor de R\$ 20.000,00 para cada uma das entidades rés" (eDOC 3, p. 72).

Embora o acórdão não discorra sobre o alcance da exigência constitucional de aviso prévio, na petição de recurso extraordinário, pugna-se pelo afastamento da condenação ao pagamento da multa, ao fundamento de que o aviso prévio é mera informação para o exercício do direito de manifestação.

É relevante, pois, a controvérsia suscitada nos autos e, para essa questão específica, são poucos os parâmetros que se extraem dos precedentes desta Corte. Por isso, são dignas de encômios as manifestações trazidas aos autos pelos *amici curiae*: a cláusula de abertura da Constituição, consubstanciada no art. 5º, § 2º, da CRFB, permite que as referências aos tratados de direitos humanos de que é parte a República Federativa do Brasil fixem parâmetros mais precisos para a interpretação da garantia constitucional. Isso porque, consabido, não deve o intérprete pressupor divergência entre um direito fundamental insculpido na própria Constituição e um direito humano consagrado nos tratados internacionais.

Nos termos do próprio texto constitucional, o direito de reunião é direito de todos e deve ser exercido (i) de forma pacífica, (ii) independentemente de autorização, (iii) sendo exigido apenas prévio aviso.

De forma semelhante, o Pacto Internacional de Direitos Civis e

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 125

RE 806339 / SE

Políticos prevê, em seu Artigo 21, o seguinte:

“O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.”

O Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, prevê, em seu Artigo 15, que:

“É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.”

Ao interpretar tais dispositivos, os órgãos internacionais de direitos humanos, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal – conforme se depreende da eloquente definição feita pelo e. Ministro Ayres Britto –, têm sublinhado a estreita vinculação que existe entre o direito de reunião e o direito de expressão.

Essa constatação permite afastar, de plano, qualquer interpretação que condicione o aviso prévio à realização de uma manifestação. Dada a primazia do direito de expressão, não é possível interpretar a exigência de prévio aviso como condicionante ao exercício do direito.

Sobre a primazia da liberdade de expressão, sublinha Roberto Gargarella:

“É absolutamente certo (...) que o exercício de um direito não pode implicar a supressão de outros. De todo modo, no momento de fazer um balanceamento acerca de que peso deve ser assinalado a cada direito, deve-se ter em conta que o direito

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 125

RE 806339 / SE

à liberdade de expressão não é um direito mas, em todo caso, um dos primeiros e mais importantes fundamentos de toda a estrutura democrática. Isto é, em casos como os que examinamos, a liberdade de expressão não apenas merece ser tomado em conta como qualquer outro direito afetado, mas também – muito mais – requer uma atenção privilegiada: o socavamento da liberdade de expressão afeta diretamente o nervo principal do sistema democrático” (GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta: El primer derecho*. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 26, tradução livre).

Na mesma linha de interpretação, registrou a Comissão Interamericana, no Informe da Relatoria para a Liberdade de Expressão, que “a finalidade da regulamentação do direito de reunião não pode ser a de criar uma base para que a reunião ou manifestação seja proibida”. Por essa razão, ainda de acordo com a Comissão, “a regulamentação que estabelece, por exemplo, o aviso ou notificação prévia tem como objetivo informar as autoridades para que tomem as medidas voltadas a facilitar o exercício do direito sem embaraçar de maneira significativa o desenvolvimento normal das atividades do resto da comunidade”.

Noutras palavras, porque não há uma *autorização* prévia, o único sentido possível para a exigência de aviso prévio é precisamente o de permitir que o poder público zele para que o exercício do direito se dê de forma pacífica e que não frustre outra reunião no mesmo local. Para tanto, basta que a notificação seja efetiva, isto é, permita ao poder público realizar a segurança da manifestação ou reunião.

Deve-se reconhecer que tal interpretação exige das autoridades públicas uma postura ativa, afinal, manifestações espontâneas não estão proibidas nem pelo texto constitucional, nem pelos tratados de direitos humanos. Assim, a inexistência de notificação não torna *ipso facto* ilegal a reunião.

Tampouco se depreende do texto constitucional qualquer exigência relativamente à organização: a liberdade de expressão e reunião pode, com efeito, assumir feição plural e igualitária, não sendo possível

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 125

RE 806339 / SE

estabelecer, como regra, uma organização prévia. Assim, não há como exigir-se que a notificação seja pessoal ou de algum modo registrada, porque implica reconhecer como necessária uma organização que a própria Constituição não exigiu.

Nessa ordem de ideias, o Relatório do Relator Especial para o direito à reunião pacífica e à associação Maina Kiai assentou que deve haver uma presunção de legalidade das reuniões e manifestações pacíficas. Isso implicaria em reconhecer, em seu sentir, que, caso não seja possível a notificação, os organizadores não devem ser punidos por sanções criminais ou por sanções administrativas que resultem multa ou prisão.

Ademais, ainda de acordo com Maina Kiai, a notificação só faria sentido para grandes manifestações, onde um certo grau de ruptura é antecipável. Nesses casos, a notificação deveria ser dirigida a apenas uma única autoridade, sem que, para tanto, exija-se um prazo prévio demasiadamente longo. A notificação seria, ainda, simples, preferencialmente *online*, com informações relativas à data, horário, duração e localização, com detalhes de contato das entidades organizadoras. Seriam inadmissíveis, dessa forma, as exigências relativas à identificação prévia de todos os organizadores ou dos participantes, ou à fundamentação do exercício do direito.

Muito embora tais considerações sejam úteis para casos futuros em que a exigência da notificação prévia é formulada, é preciso ter-se conta que, no presente caso, a interpretação do Tribunal *a quo*, segundo a qual é ilegal a reunião se não precedida de notificação, afronta o direito constitucionalmente assegurado, impondo, por conseguinte, o provimento do recurso extraordinário.

Ademais, é relevante observar que a ponderação levada a efeito pelo Tribunal *a quo* tampouco autorizaria a procedência do interdito proibitório.

Em uma sociedade democrática, o espaço público não é apenas um lugar de circulação, mas também de participação. Não por acaso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos, assentou que, conquanto o

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 125

RE 806339 / SE

exercício do direito de reunião possa causar distúrbios na rotina normal da vida, ou ainda que afete a liberdade de circulação, “tais distúrbios são parte da mecânica de uma sociedade plural em que interesses divergentes e às vezes conflitantes coexistem e encontram os fóruns em que podem se expressar”. Noutras palavras, há um custo módico na convivência democrática e é em relação a ele que eventual restrição a tão relevante direito deve ser estimada. Ante as circunstâncias do caso concreto, expressa pela curta interrupção do fluxo da rodovia, a restrição estabelecida pelo juiz de primeiro grau longe está de obedecer ao critério da estrita necessidade. Como, novamente, adverte Maina Kiai:

“Acesso ao espaço público significa concretamente que os organizadores devem ser capazes de utilizar as ruas, rodovias e quarteirões para conduzir (estática ou em movimento) reuniões pacíficas” (A/HRC/23/39, par. 66, tradução livre).

Por essas razões, seja porque a ausência de notificação prévia não implica necessariamente a ilegalidade da manifestação, seja porque a concessão do interdito não obedece ao teste da estrita necessidade e proporcionalidade, é procedente o presente recurso extraordinário.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para afastar a condenação ao pagamento da multa cominatória e dos honorários fixados, invertendo-se, por conseguinte, a sucumbência.

É como voto.

Proposta de tese: A exigência constitucional de aviso prévio relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao poder público zelar para que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustrate outra reunião no mesmo local.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 41 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, cumprimento o eminente Ministro Marco Aurélio, Relator; eminente Ministro Alexandre de Moraes; eminente Ministro Edson Fachin, pelo mosaico de visões diferentes e sustentadas com proficiência nessa matéria.

Releio, Presidente - meu voto é muito breve -, o dispositivo em questão, art. 5º, XVI da Constituição, que está dentro do Capítulo de Diretos e Garantias Individuais:

"XVI - Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização," - gostaria de enfatizar a frase independentemente de autorização - "desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;"

Aqui, neste caso, há, em primeiro lugar, uma discussão fática que é saber se houve ou não houve prévio aviso à autoridade. Não há dúvida de que não houve um prévio aviso formal, não houve uma comunicação das entidades.

Mas houve o conhecimento notório, por parte das autoridades, do evento. Tanto houve o conhecimento que a União ingressou com interdito proibitório para impedir a realização do evento. Portanto, dou, de barato, que houve ciência suficiente do Poder Público quanto à realização do evento.

Porém, a grande questão em discussão - e aqui foi realçada pelo Ministro Luiz Edson Fachin -, é saber qual é o efeito da não apresentação do prévio aviso à autoridade competente. Eu penso que esta seja eventualmente uma obrigação que, analogicamente, chamaria de acessória, mas não acho que o direito de reunião seja condicionado ao

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 42 de 125

RE 806339 / SE

prévio aviso.

E, portanto, não dar o prévio aviso pode, inclusive, comportar algum tipo de sanção administrativa pelo distúrbio que produza, mas não é requisito para a existência do direito. Esse é o primeiro ponto que gostaria de fixar, que aparentemente está em divergência com a decisão do primeiro grau, que foi mantida em segundo grau.

O segundo ponto que gostaria de enfatizar é que, a meu ver, o Poder Público pode, sim, legitimamente, impedir a interdição de uma via pública, porque o direito de reunião e de manifestação de qualquer pessoa ou grupo não é absoluto e tem que conviver harmonicamente com o direito das demais pessoas de se locomoverem.

De modo que, também aqui, considero legítimo que o Poder Público, pela via judicial própria, impeça o bloqueio de vias públicas. O que ocorreu, todavia, foi que a decisão impugnada considerou legítima e deferiu o interdito proibitório, sob o fundamento de que a falta de aviso prévio tornava a reunião ilícita, e com este argumento não posso concordar.

E

Estou de acordo com a parte final da conclusão do voto do Ministro Marco Aurélio, quando assentou a tese. Sua Excelência afirmou o seguinte: "O exercício do direito de reunião pacífica deve ser precedido de aviso à autoridade competente" - aqui talvez repouse a divergência -, "não podendo implicar interrupção do trânsito em rodovia" - aqui estou de acordo.

Portanto, as teses que eu assentaria no meu voto seriam as seguintes: a eventual ausência de prévio aviso para o exercício do direito de reunião não transforma a manifestação em ato ilícito, ainda quando possa gerar algum tipo de responsabilização; dois, o Poder Público pode, legitimamente, impedir o bloqueio integral de via pública para assegurar o direito de locomoção de todos.

Como, neste caso, entendo que a premissa jurídica da decisão impugnada, que foi a sentença de primeiro grau mantida pelo Tribunal, foi a de que a manifestação se tornou ilícita pela falta do prévio aviso,



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 43 de 125

RE 806339 / SE

pedindo todas as vênias às compreensões diferentes, eu também estou dando provimento ao recurso.

De novo, gostaria de enfatizar, porque considero muito importante: acho que o Poder Público tem o poder, quando não o dever, de impedir bloqueios de via pública que causem transtornos a toda a coletividade. Assentado isso, neste caso concreto, todavia, penso que o fundamento constitucional da decisão não subsiste, na medida em que considerou que o aviso prévio é requisito para a existência ou, pelo menos, para a validade do direito de reunião, com o que não estou de acordo.

Estou me alinhando à divergência iniciada pelo Ministro Luiz Edson Fachin, para dar provimento ao recurso, e porque considero relevante, diverjo da primeira parte da tese do eminente Relator, mas não da segunda parte.

É como voto.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 44 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eminentes Pares, começo saudando o eminente Ministro Marco Aurélio, Relator, também cumprimento os Advogados, o Doutor Cezar Britto em especial, lembro-me da sustentação promovida por Sua Excelência.

A questão já foi devidamente exposta, mas eu me permitiria lembrar apenas de alguns aspectos fáticos. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento à apelação – acabou de lembrá-los o Ministro Luís Roberto –, mas me parece importante que se tenha bem presente.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 45 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: 1. Senhor Presidente, em discussão o delineamento da proteção assegurada ao **direito fundamental de reunião** pelo art. 5º, XVI, da Lei Maior, preceito invocado como supedâneo do recurso extraordinário em exame, e que assim dispõe:

“XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

2. No caso em tela, o **Tribunal Regional Federal da 5ª Região** negou provimento à apelação, nos autos de interdito proibitório, para manter a condenação ao pagamento de multa imposta pelo juízo de primeiro grau às entidades responsáveis pela organização de manifestação de caráter político, ante o descumprimento da ordem de não realização do ato. A decisão recorrida, em síntese:

(i) **empresta validade a ordem de proibição de manifestação pacífica**, sob o pretexto de inconveniência do local escolhido para sua realização;

(ii) reputa não observada a exigência de aviso prévio à autoridade competente ao fundamento de que *“tal comunicação deve ser realizada de forma pessoal e expressa para que as autoridades efetivamente pudessem examinar a conveniência e oportunidade no local que permite a locomoção e que seria comprometido”*; e

(iii) procede a um simulacro de ponderação de princípios ao afirmar uma **possível** colisão com o direito de locomoção (art. 5º, XVI, da CF) considerado **em abstrato**.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 46 de 125

RE 806339 / SE

3. Em 08.10.2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a **repercussão geral** da questão alusiva ao **alcance da exigência de prévio aviso à autoridade competente como pressuposto para o exercício do direito versado no artigo 5º, inciso XVI, da Carta de 1988.**

Pois bem.

4. Irmão das liberdades de expressão e de manifestação do pensamento, o **direito fundamental** relativo à **liberdade de reunião** é um dos alicerces das sociedades democráticas. Quaisquer **exceções ou limitações** eventualmente admitidas ao seu livre exercício devem, por esta razão, ser **interpretadas restritivamente**. Desse norte se afastou o acórdão recorrido.

A tradição jurídica ocidental repudia qualquer limitação ao exercício desse direito que extravase do que seja considerado **estritamente necessário em uma sociedade democrática**, consoante registram não apenas tratados internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro voluntariamente se submeteu, como inúmeros julgados proferidos por cortes constitucionais de países democráticos e tribunais internacionais de direitos humanos.

O **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, adotado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1966, e incorporado à ordem jurídica brasileira pelo **Decreto nº 592/1992**, protege, no seu **art. 21**, o direito de reunião pacífica, nos seguintes termos:

“O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito **apenas** às restrições previstas em lei e que se façam **necessárias, em uma sociedade democrática**, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.”
(destaquei)

Em sentido idêntico, o **artigo 15 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, incorporada pelo **Decreto nº 678/1992** afirma que o direito de reunião pacífica e sem armas

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 47 de 125

RE 806339 / SE

somente admite restrições, ainda que previstas em lei, quando elas sejam *“necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”*.

Exsurge, pois, que, para serem justificáveis, à luz desses instrumentos internacionais, não basta que as pretendidas restrições, além de veiculadas em **lei formal**, sejam consideradas convenientes, desejáveis, adequadas ou proporcionais. Devem ser **necessárias**, no sentido de que o seu fim legítimo não poderia ser de outro modo alcançado.

5. O tema recebe frequente a atenção do **Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. Em julgamento recente (13.12.2016), no caso *Kasparov e Outros c. Rússia* (queixa nº 51988/07), que teve ampla repercussão não só pela relevância da matéria mas por figurar o célebre campeão mundial de xadrez, e também ativista político, no seu polo ativo, aquela Corte, reafirmando sua extensa e sólida jurisprudência a respeito, assentou que, desde que os manifestantes não se envolvam em atos de violência, as autoridades públicas devem mostrar **sensível grau de tolerância** relativamente às manifestações pacíficas, **sob pena de se privar de qualquer substância a garantia à liberdade de reunião**. Reiterou, ainda, que a **ausência de prévia autorização, mesmo quando exigida pela legislação doméstica**, não justifica interferência no livre exercício da liberdade fundamental de reunião, assegurada no **artigo 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos**.

Em outro caso paradigmático (*Sergey Kuznetsov c. Rússia*, queixa nº 10877/04, de 2008, o Tribunal sediado em Estrasburgo assentou que em hipótese alguma a inobservância de exigência formal relativa à notificação prévia da realização de ato público constitui razão relevante ou suficiente para justificar a imposição de qualquer sanção ou responsabilização aos seus participantes ou organizadores. Nesse sentido, enfatizou que *“a liberdade de participar de uma reunião pacífica é de tal importância que uma pessoa não pode estar sujeita a sanção – ainda que seja a sanção mais leve – por participar em uma demonstração não proibida”*. E

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 48 de 125

RE 806339 / SE

arrematou:

“(...) qualquer interferência nas liberdades de reunião e de expressão que não tenha relação com casos de incitação à violência e rejeição dos princípios democráticos – por mais chocantes e inaceitáveis que certas opiniões ou palavras usadas possam parecer às autoridades – faz um desserviço à democracia e muitas vezes até mesmo a coloca em perigo”.

Ao enfrentar, no mesmo caso, a questão relativa ao bloqueio de passagens e vias públicas, que também se verifica no caso em exame, anotou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que *“qualquer demonstração em espaços públicos inevitavelmente causa algum nível de perturbação da vida ordinária, incluindo perturbação do tráfego, e que é essencial que as autoridades públicas mostrem um certo grau de tolerância relativamente a reuniões pacíficas, sem o qual a liberdade de reunião seria privada da sua própria substância”.*

Nesse mesmo sentido, aquele tribunal também já decidiu em *Oya Ataman c. Turquia*, queixa nº 74552/01, decisão de 2006; *Bukta e Outros c. Hungria*, queixa nº 25691/04, decisão de 2007; *Fáber c. Hungria*, nº 40721/08, decisão de 2012; *Berladir e Outros c. Rússia*, queixa nº 34202/06, decisão de 2012; *Malofeyeva c. Rússia*, nº 36673/04, decisão de 2013; *Navalnyy e Yashin c. Rússia*, queixa nº 76204/11, decisão de 2014; e *Kudrevičius e Outros c. Lituânia*, queixa nº 37553/05, decisão de 2015.

A seu turno, a **Corte Constitucional da África do Sul**, em 19.11.2018, há exatos trinta dias, no julgamento do caso **CCT 32/18 (Mlungwana e Outros c. O Estado)**, decidiu, por unanimidade, que a imposição de penalidades a participantes de manifestações, em razão da **falha em notificar previamente as autoridades competentes** a respeito da realização de um protesto, traduz *“limitação injustificável do direito de reunião”*. Ressalta, ainda, o acórdão:

“Hoje em dia, as democracias constitucionais progressistas, incluindo a nossa, reconhecem que o direito à

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 49 de 125

RE 806339 / SE

liberdade de reunião 'é fundamental para a democracia constitucional'. Pessoas que carecem de poder político e econômico têm apenas os protestos como ferramenta para comunicar suas preocupações legítimas. Retirar-lhes essa ferramenta minaria a promessa do preâmbulo da Constituição de que a África do Sul pertence a todos que nela vivem, e não apenas a uma elite poderosa. Também frustraria um pilar de nossa democracia: a participação pública."

Pertinente, ainda, mencionar decisão da **Corte Constitucional da Colômbia** que, ao apreciar a constitucionalidade da **obstrução de vias públicas** durante a realização de protestos, em decisão de 26.09.2012 (C-742/12), apontou que os direitos de se reunir e de protestar se constituem em manifestações específicas da liberdade de expressão e, como tal, **não podem ser interpretados restritivamente pelas Cortes**, somente sendo passíveis de restrições legítimas mediante atos formais do Parlamento. Observou, ainda, que *"mesmo reconhecendo a tensão entre o exercício do direito de reunião e manifestação pública e pacífica e a manutenção da ordem pública, o legislador não pode exceder os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando usa sua margem de apreciação ou estabelece uma restrição cuja imprecisão leva à frustração desse direito"*.

6. Nessa mesma vertente, entendo que, por se tratar de direito fundamental, afronta o direito assegurado no **art. 5º, XVI, da CF** a imposição de formalidades para o exercício da liberdade de reunião que não se mostrem **estritamente necessárias** em uma sociedade democrática, ainda que não sejam particularmente excessivas. É o que ocorre quando se exige que o aviso prévio à autoridade competente, para a realização de reunião pacífica, obedeça a formalidades não expressamente exigidas na Constituição: trata-se de **restrição indireta ao direito de reunião** que se mostra, a toda evidência, **injustificável**.

A exigência de prévia comunicação à autoridade competente não pode ser potencializada a ponto de se converter em empecilho ao pleno exercício do direito constitucionalmente assegurado. Na lição de José Afonso da Silva:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 50 de 125

RE 806339 / SE

“Nem se autoriza mais a autoridade a intervir para manter a ordem, o que era utilizado para dificultar o exercício da liberdade de reunião e até para o exercício do arbítrio de autoridade. **Agora apenas cabe um aviso, mero aviso, à autoridade que terá o dever, de ofício, de garantir a realização da reunião. Não tem a autoridade que designar local, nem sequer aconselhar outro local, salvo se comprovadamente já estiver ciente, por aviso insofismável, de que outra reunião já fora convocada para o mesmo lugar.**

(...)

A Constituição não mais condiciona o exercício do direito de reunião à designação de local pela autoridade. **A escolha do local aberto ao público é parte da liberdade de reunião. É livre, sem que autoridade alguma tenha o poder de indicar o local onde possa dar-se.** Essa liberdade de escolha só pode frustrar-se se outra reunião já estiver, comprovadamente, convocada para o mesmo local.” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, destaquei)

No caso concreto, aliás, é inequívoco que houve efetiva ciência da autoridade competente, registrada, no acórdão recorrido, a afirmação, em nenhum momento questionada ou rechaçada, de que *“o próprio Superintendente da Polícia Federal sabia do fato e comunicou-o à Advocacia-Geral da União, tanto é que o ajuizamento da presente demanda se deu um dia antes da manifestação”*.

Em vez de tomarem providências para assegurar a realização da manifestação com segurança, e com o mínimo de interferência nas atividades cotidianas de terceiros, que é a finalidade constitucionalmente legítima da exigência de prévio aviso, as autoridades públicas, uma vez avisadas – com de fato foram – dele se serviram para buscar frustrar a realização da manifestação, em evidente subversão da finalidade da exigência constitucional.

É importante destacar que o propósito legítimo da prévia

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 51 de 125

RE 806339 / SE

comunicação à autoridade competente é a preparação das forças de segurança para prevenir violência e garantir a integridade física dos presentes, bem como assegurar o direito de prioridade de manifestação previamente convocada para o mesmo horário no mesmo local. Situa-se absolutamente fora do seu escopo facultar à autoridade estatal qualquer consideração sobre a conveniência da reunião.

Destinada a permitir que as autoridades possam tomar medidas de segurança, como aquelas voltadas a minimizar perturbações ao tráfego e outras medidas dessa natureza, a exigência de notificação prévia não é e não pode ser tomada como um fim em si mesma. Sendo antijurídica a exigência de formalidades específicas para o atendimento desse requisito, quando a própria Constituição não o faz, é de se ter por satisfeita a exigência por qualquer meio apto a tornar ciente a autoridade competente, como inequivocamente ocorreu *in casu*.

Nessa linha, que reputo a que maior efetividade confere à proteção assegurada ao direito fundamental em questão, entendo que a finalidade essencial do aviso prévio à autoridade competente é tão somente viabilizar o cumprimento, pelo Estado, da sua **obrigação de agir positivamente para garantir a segurança dos participantes e demais pessoas presentes**. Em absoluto se elastece ao ponto de facultar à autoridade pública a imposição de restrições ao exercício do direito de reunião. Tal exegese é partilhada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Cfr. Frumkin c. Rússia, queixa nº 74568/12, em 2016).

Qual é, portanto, nesse quadro, o efeito do descumprimento da exigência constitucional? O descumprimento da exigência tem como efeito a transferência, do Estado para o realizador do ato, a obrigação de garantir a segurança dos participantes e de terceiros, sujeitando-se aos ônus advindos da posição de garante assumida, como a responsabilidade civil por eventuais danos a direitos de terceiros.

7. Cabe aqui uma palavra sobre a suposta ponderação efetuada pelo Tribunal de origem entre as liberdades de reunião e de locomoção. É que, apropriadamente considerada, a técnica de ponderação de direitos fundamentais repudia, como procedimento autoritário e ilegítimo de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 52 de 125

RE 806339 / SE

negação de direitos, a invocação de um direito **em tese**, sem qualquer evidência de efetiva lesão ou ameaça à sua vigência, com o único propósito de, erigindo-o como obstáculo, **negar o exercício concreto de outro direito fundamental**.

No caso, o tribunal de origem limitou-se a enunciar uma colisão **possível** com o direito de locomoção *in abstracto*, como justificativa para negar, no caso concreto, a vigência do **art. 5º, XVI, da Constituição**. Nenhuma circunstância fática foi apontada para amparar a “preferência” pelo direito de locomoção – possivelmente, abstratamente afetado – em detrimento do direito de reunião – concretamente prejudicado.

Nesse sentido, recorro mais uma vez à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desta vez no caso *Kudrevičius e Outros c. Lituânia* (queixa nº 37553/05, decisão de 2015), em que asseverado que o uso de veículos para bloquear autoestradas, desde que não sejam utilizados para causar danos corporais às autoridades policiais ou a membros do público, **não constitui, por si só, abuso do direito de reunião pacífica**. Não obstante, entendeu que não se pode definir em abstrato o nível aceitável de perturbação da vida ordinária, devendo ser examinado caso a caso, a partir de **critérios objetivos** tais como a **duração da manifestação**, a circunstância de aos seus participantes terem sido dadas **oportunidades suficientes para de outro modo se fazerem ouvidos** e a existência de reclamações concretas de terceiros acerca de indevida restrição no seu direito de locomoção.

8. Historicamente, este Supremo Tribunal Federal não tem se furtado à sua missão de preservar a amplitude da proteção conferida pela liberdade de reunião. Há 99 anos, já concedia *habeas corpus* preventivo em favor de Ruy Barbosa e correligionários, para assegurar “*que possam exercer, na capital do Estado da Bahia e em qualquer parte dele, o direito de reunião, e mais, publicamente, da palavra nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos, sem obstáculos de natureza alguma, e com segurança de suas vidas e pessoas, realizando os comícios que entenderem necessários e convenientes à propaganda da candidatura do impetrante à sucessão do Presidente da República, sem censura e sem impedimento de qualquer autoridade local ou da União*” (HC

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 53 de 125

RE 806339 / SE**4781**, Relator Ministro Edmundo Lins, julgamento em **05.4.1919**).

A impetração teve como pano de fundo episódio em que forças policiais do Estado da Bahia, mobilizadas sob ordens do chefe de Polícia Dr. Alvaro Cova, do Deputado Federal Alvaro Villas Boas e de Carlos Seabra, filho do senador J. J. Seabra, dispersaram, pelo uso da força, comício que se pretendia realizar a favor da candidatura do então Senador Ruy Barbosa ao cargo de Presidente da República. Assentou, na ocasião, esta Suprema Corte que a *“polícia não pode, de modo algum, desde que se não trate do ajuntamento ilícito, proibir ‘meetings’ ou comícios e nem tampouco localizá-los, isto é, determinar que só se possam efetuar em lugares por ela designados”*, e que *“é certo, líquido e incontestável o direito que têm todos os indivíduos de se associarem e de se reunirem, livremente e sem armas, para manifestarem seu pensamento pela tribuna, sem dependência de censura, não podendo a polícia intervir senão para manter a ordem pública”* (destaquei).

Já sob a égide da Constituição de 1988, a jurisprudência desta Suprema Corte tem reiteradamente afirmado que a imposição de restrições ao exercício da liberdade de reunião que não se contenham nos limites materiais, expressamente excepcionados, da própria Lei Fundamental não se harmoniza com o regime constitucional vigente no país. É que, ao assegurar ampla liberdade de reunião pacífica, o **art. 5º, XVI, da Constituição Brasileira** reverbera verdadeiro sustentáculo dos regimes democráticos, plenamente oponível ao poder público e seus agentes.

Destaco, nesse sentido, o julgamento, em 28.6.2007, da **ADI 1969** (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 31.8.2007), em que este Plenário declarou, à unanimidade, a **inconstitucionalidade material de restrição ao direito de reunião** veiculada por meio do Decreto distrital nº 20.098/1999, por **inadequada, desnecessária e desproporcional**, ao registro de que *“a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas.”*

No paradigmático julgamento da **ADPF 187** (Relator Ministro Celso

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 54 de 125

RE 806339 / SE

de Mello, julgado em 15.6.2011, DJe 29.5.2014), assentou este Plenário que o **direito de reunião** configura – colho da ementa – *“pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político e no de tomada de decisões no âmbito do aparelho de Estado”*, razão pela qual se afiguram constitucionalmente legítimas, *“assembleias, reuniões, marchas, passeatas ou encontros coletivos realizados em espaços públicos (ou privados) com o objetivo de obter apoio para oferecimento de projetos de lei, de iniciativa popular, de criticar modelos normativos em vigor, de exercer o direito de petição e de promover atos de proselitismo em favor das posições sustentadas pelos manifestantes e participantes da reunião”*.

9. Ressalto, por fim, que a mera insegurança decorrente da ameaça de sofrer sanções constitui, em si mesma, efeito inibitório (*chilling effect*) prejudicial ao pleno exercício legítimo do direito fundamental de livre reunião. É que a simples imposição de penalidades, tenham elas natureza civil, administrativa ou penal, em razão da participação ou organização de protestos tem um efeito deletério estrutural ao refrear, inibir o indivíduo de recorrer, no futuro à liberdade a ele assegurada pela Constituição para reivindicar direitos e se fazer ouvir.

10. A manutenção da decisão recorrida, frise-se, evidenciaria a negativa, na jurisdição doméstica, de remédio capaz de oferecer efetiva proteção contra a violação da sua liberdade de reunião dos recorrentes, com potencial de expor o Estado brasileiro aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

11. **Ante o exposto**, reafirmando o caráter fundamental da liberdade de reunião assegurada no **art. 5º, XVI, da Carta da República**, dou **provimento** ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, absolver as recorrentes das penalidades a elas impostas.

É como voto.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 55 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados, este caso me faz lembrar um fato interessante que aconteceu certa época no STJ, quando haveria indicação de um integrante, em que a pessoa pública que iria indicar usou a seguinte expressão: "Eu vou comunicar que vou indicar determinada pessoa, não vou perguntar se pode, eu vou comunicar".

Então, o que eu entendo, Presidente? Eu acho que a segurança jurídica, a proteção, a confiança, ela se aplica pró e contra o Poder Público. E, nessa perspectiva, qual é a *ratio* desse dispositivo? Esse dispositivo consagra a plena liberdade de reunião, como a Constituição consagra a plena liberdade de expressão nessa reunião.

Pois bem, qual é a razão de ser desse aviso prévio? E, aí, eu colho também, de documentos internacionais, o seguinte: a necessidade do aviso prévio ou da notificação prévia tem como objetivo informar às autoridades para que tomem as medidas voltadas a facilitar o exercício do direito de liberdade de reunião com o desenvolvimento normal das atividades do resto da comunidade.

Então observem: a Constituição fala em aviso prévio e, de início, dispensa qualquer autorização. Então esse aviso prévio é um aviso prévio *pro populo*, ou seja, pra poder organizar e evitar perturbações da ordem social, porque as liberdades não são absolutas - o professor Alexy afirma isso com todas as letras - e as liberdades convivem com as outras liberdades alheias. Então, essa é a minha primeira observação.

A minha segunda observação é que efetivamente pode ocorrer que uma reunião não possa ser avisada previamente, porque ela é uma reunião espontânea, uma reunião que não causa esses abalos, e, efetivamente, nesses casos, não se vai dissolver - como os próprios documentos internacionais afirmam - uma reunião. Em regra, a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 56 de 125

RE 806339 / SE

Constituição Federal tutela liberdades dos cidadãos e liberdade do Estado, proteção do Estado também, então o aviso prévio não impede a liberdade de reunião, pelo contrário, cumpre esse escopo de interesse público maior.

De sorte, Senhor Presidente, que vou juntar um voto mais denso, mas vou acompanhar integralmente o voto do eminente Relator, quando assenta, de maneira bem clara: o exercício de reunião pacífica deve ser precedido de aviso à autoridade competente, não podendo implicar interrupção do trânsito em rodovia. Acho que isso aí é uma regra de ouro para que se mantenha a ordem pública e a paz.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Fux, Vossa Excelência me permite? Eu estou acompanhando atentamente os debates e realmente esses debates me causaram uma certa perplexidade.

O que eu percebo aqui é que o cerne da discussão - e me parece o ponto nodal da divergência aberta pelo Ministro Fachin - é no sentido de que a não comunicação prévia inibe o direito de reunião. Eu concordo com Vossas Excelências, assim como concordou o eminente Ministro Barroso, com relação ao fato de que a Constituição exige a prévia notificação, também não se pode admitir que o trânsito seja interrompido, porque o direito de ir e vir é também um direito fundamental da cidadania, mas o que está em jogo, neste momento, ao meu ver, é saber se a não comunicação, a não notificação - e Vossa Excelência fez alusão a certas manifestações espontâneas, que são legítimas, se a não comunicação torna ilegal a reunião. Esta que me parece a questão fundamental, porque, se Vossa Excelência, *data venia*, acompanhar o Relator, como eu também estava inclinado a acompanhar, nós estaríamos sufragando esta tese de que, sem notificação, a reunião se torna ilegal. Este que me parece o ponto fundamental que precisa ser esclarecido.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro LEWANDOWSKI, me permite? Eu acompanhei o Relator no meu voto e, em momento algum, cheguei a essa conclusão.

Eu acompanhei o Relator no caso concreto, fiz a análise, e são duas

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 57 de 125

RE 806339 / SE

questões, até no final eu coloquei, até brinquei que é combustão espontânea. As manifestações que surgem de repente, o caso da Marielle, não é nem juridicamente impossível, mas logicamente é impossível uma prévia ciência se não havia nenhuma prévia organização. As manifestações previamente organizadas em que não há ciência - e falo aqui como quem teve de cuidar de muitas manifestações previamente organizadas sem prévia ciência -, quanto a elas, a meu ver, mesmo sem a prévia ciência, o poder público não tem o direito de impedir a manifestação e a reunião. Agora, o Poder Público tem o direito - pelo que entendi de todos os votos, acho que não há discordância nisso -, quando tem a prévia ciência, de organizar. Sem prévia ciência, ele não pode obstaculizar o direito de reunião. Agora, ele pode tomar todas as providências necessárias para evitar bloqueio de rua, bloqueio de hospital, bloqueio de acesso à casa das pessoas. Por que eu digo isso? Porque, na prática, há uma diferença muito grande. E cito um exemplo: organizar uma manifestação, uma reunião com prévio aviso - e aqui quero fazer justiça a organizações que sempre avisam antes, como por exemplo as manifestações da CUT. Avisa uma semana antes, se reúne com a Polícia Militar para ver o melhor traçado, para ver a organização. Isso é mais fácil ao Poder Público. Agora, se não há a prévia ciência, e uma determinada manifestação quer bloquear toda a Avenida Paulista e toda a Rebouças, dizendo que é o trajeto dela, o Poder Público não pode impedir a manifestação, mas pode garantir que algumas faixas da Paulista ou da Rebouças fiquem livres. É esse o entendimento. E mais, como disse o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, não havendo prévia manifestação, eventualmente, por falta dessa manifestação, o Poder Público acaba não podendo organizar e se dessa desorganização decorrem prejuízos ao Erário, a particulares, os organizadores podem ser responsabilizados civilmente - não penalmente. Quebraram tudo, porque não se fez bloqueio. Agora, em momento algum, eu defendi, e acho que o Ministro FUX também não, que, por ausência de prévia notificação, o Poder Público pode negar a realização da manifestação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - No caso concreto,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 58 de 125

RE 806339 / SE

houve a fixação de multa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A decisão considerou que era ilegal por falta de prévio aviso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas é que a repercussão geral dada foi no outro aspecto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O risco é a tese da repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A repercussão geral ganhou um outro aspecto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas eu propus como tese, e vamos debater depois, os dois pontos de consenso: não perde o direito sem prévio aviso e o Poder Público pode impedir o bloqueio de vias públicas.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Pode impedir o bloqueio, pode organizar e pode responsabilizar quem não avisou e gerou dano.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pode responsabilizar. A única razão da divergência é que, como o fundamento da decisão impugnada é que a manifestação era ilícita por falta de prévio aviso, eu achei que devia dar provimento ao recurso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Só uma última consideração que eu comentei com o Ministro LUÍS ROBERTO, mas faço de público, porque esses bloqueios, mesmo as manifestações ocorreram também em São Paulo. E qual foi a providência que nós tomamos, no caso, eu tomei? Também não houve prévia comunicação, não ingressamos na Justiça, simplesmente garantimos, na Ayrton Senna, que dá acesso ao Aeroporto de Guarulhos, garantimos que duas faixas ficassem livres, e os manifestantes nas outras duas se manifestaram.

Talvez o mais importante dessa discussão seja exatamente isso. A prévia autorização é prevista na Constituição. Se não houver a prévia autorização, isso não é impeditivo do direito de reunião. Mas também não é impeditivo de que o Poder Público garanta que não haja obstrução total e, eventualmente, responsabilize os danos causados pelos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 59 de 125

RE 806339 / SE

manifestantes, que poderiam ser impedidos, evitados, se houvesse uma organização anterior.

Obrigado, Ministro LEWANDOWSKI e Ministro FUX.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu agradeço e peço mais um pequeno minuto do Ministro Fux. Penso que, se nós negarmos provimento a este recurso, nós estaremos placitando o acórdão recorrido, subscrito pelo Desembargador Francisco Wildo Lacerda Dantas, que num trecho diz com todas as letras o seguinte: "Ou seja, o direito de reunião constitucionalmente garantido exige para que seja exercido" - aí ele grifa, em itálico - "prévio aviso à autoridade competente". E esse aviso, segundo registrado nas contrarrazões dos apelos, como se lê às folhas tais, compõe, como registrado nos documentos elencados pela bem fundamentada sentença, um dos requisitos exigidos ao exercício desse direito que implica um elemento subjetivo. Aí ele vai para os elementos objetivos.

Então, Ministro Fux, claro que Vossa Excelência votará, como sempre, muito bem e trará um voto substancial. É que eu penso, se nós negarmos provimento ao apelo, nós estaremos dando como boa, como hígida, esta decisão, este acórdão, que, com todas as letras, diz que se exige, como condição para o exercício da reunião, a prévia comunicação e parece que essa...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Mas é o que está na Constituição Federal. Não posso conceber que o desrespeito à Constituição Federal seja ato legítimo, que a forma prevista na Constituição Federal para ter-se o direito de reunião seja simplesmente lírica, romântica, não haja consequência. Ocorrida a reunião ao arrepio do que imposto constitucionalmente, só pode ser enquadrada como ilícita, gerando consequências no campo jurídico.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, como o Ministro Lewandowski estabeleceu um ótimo diálogo entre nós, a minha preocupação é seguinte: a Constituição traz essa locução do aviso prévio, nós estamos excluindo uma oração da Constituição, estamos excluindo uma palavra utilizada pela Constituição. Isso já não é uma interpretação!

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 60 de 125

RE 806339 / SE

Isso já é uma elaboração de uma nova norma constitucional.

E o que nós temos de entender, no meu modo de ver, com a devida vênica de opiniões em contrário, é que esse aviso prévio é algo absolutamente anódino. Por quê? Porque "vou fazer a reunião", não tem autorização...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não se trata de assentimento, de buscar-se assentimento para reunir-se, mas simplesmente de obrigação de avisar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A própria Constituição não depende de autorização. Não depende de autorização! A liberdade de reunião é absolutamente lícita. A questão é o aviso prévio para o Poder Público organizar e deixar com que se exerça na plenitude essa liberdade fundamental.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É o mínimo, avisar a autoridade competente, para que tome as precauções cabíveis.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por isso é que eu não vejo nenhuma inconstitucionalidade, nada que possa inquinar. Então eu acompanho o Relator e o Ministro Alexandre. Inclusive, o Ministro Alexandre traz na *ratio decidendi*, ou, digamos assim, na sua exposição, até explicações para questões pontuais para chegar a essa tese do Ministro Marco Aurélio que fala em reunião pacífica, não interrupção de vias públicas. A tese do Ministro Marco Aurélio é uma tese seca que não deixa margem a nenhuma dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Certamente com a “experiência” que o Relator não tem.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 61 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

VOTO

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 5º, INCISO XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO. ALCANCE DA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE AVISO PRÉVIO À AUTORIDADE COMPETENTE. CONFLITO ENTRE DIREITO DE REUNIÃO E LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. PROPORCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. A liberdade de reunião, à luz da Constituição Federal, nos termos do art. 5º, inciso XVI, recebe âmbito de proteção *amplo*, assegurando-se a todos o direito de reunirem-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, *sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente*.

2. A liberdade de reunião mereceu destacada proteção no ordenamento jurídico-constitucional, face ao seu grande

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 62 de 125

RE 806339 / SE

valor tanto para a plena concretização da autonomia *privada*, quanto da autonomia *pública*.

3. A liberdade de reunião, no âmbito da autonomia privada, possibilita aos indivíduos, coletivamente, expressarem seus desejos e preferências, como parte de sua faculdade de autodeterminação e, na dimensão pública, inegável a essencialidade das manifestações para a plena realização da democracia em sua acepção substantiva.

4. A sociedade tolerante prometida pela Constituição perpassa pela aceitação de que se devem tolerar manifestações as mais plurais possíveis, desde que pacíficas, proporcionais e razoáveis.

5. A defesa da liberdade de reunião não pode ser nem tão tímida a ponto de silenciar vozes dissonantes da sociedade civil, nem tão intensa que prejudique a população em geral, causando transtornos econômicos e sociais de impossível reparação.

6. As reuniões públicas pressupõem, em alguma medida, infringência na esfera jurídica de terceiros, pois protestos, para serem capazes de gerar a comoção necessária à veiculação da sua mensagem, requerem aglomerações de pessoas, e, por isso, usualmente, culminam na lentidão do tráfego, na produção de ruídos e na exposição de indivíduos a opiniões das quais discordam.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 125

RE 806339 / SE

7. O contraponto ao imperativo de tolerância da sociedade quanto à realização de manifestações proporcionais, mesmo quando indesejadas ou inconvenientes, é a obrigação constitucionalmente imposta de que as reuniões sejam previamente avisadas às autoridades competentes.

8. A prévia notificação possui natureza instrumental: é *meio* para a tutela de direitos e não um fim em si mesmo, tendo por objetivo assegurar à Administração Pública o tempo de planejamento e mobilização para garantir que a reunião não afete desproporcionalmente direitos de terceiros.

9. O aviso prévio exigível dos manifestantes, portanto, não pode ser desconsiderado – máxime porque da sua ausência podem nascer ou se agravar violações a direitos fundamentais contrapostos –, mas tampouco pode ser elevado à condição de verdadeira autorização para o exercício da liberdade de reunião.

10. Consequentemente, em regra, deve haver a prévia comunicação das reuniões públicas às autoridades competentes, sem prejuízo das hipóteses em que tal notificação se mostra impossível ou excessivamente onerosa para o exercício do direito em questão.

11. A prudência, destarte, recomenda que seja mitigada a obrigação de prévio aviso, especialmente, em três situações: (i) nas

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 64 de 125

RE 806339 / SE

manifestações espontâneas; **(ii)** naquelas em que as características do grupo manifestante (e.g. ausência de lideranças organizadas, particular vulnerabilidade) tornem o dever de comunicar excessivamente oneroso; e **(iii)** naquelas em que ausente qualquer potencial risco de danos a terceiros em razão da reunião.

12. *In casu*, a manifestação ora discutida, organizada de forma antecipada pelas recorrentes, objetivou a interdição completa de rodovia de inegável importância para a circulação de pessoas e o escoamento de bens. A ausência de comunicação ao Poder Público, nesse contexto, não configurou mera irregularidade decorrente de circunstâncias fáticas independentes da vontade dos organizadores do protesto, mas visou a dificultar a resposta das autoridades competentes no sentido de limitar a interdição da via, remanejar o tráfego ou providenciar policiamento adequado para a realização da reunião de forma pacífica.

13. A espetacularização do direito de reunião, desconsiderando-se por completo os efeitos nocivos que daí podem decorrer, é conduta abusiva que deve ser coibida pelas autoridades estatais. Semelhante uso estratégico da falta de aviso, com a clara finalidade de potencializar os danos à sociedade causados pela manifestação, não pode ser tutelado pelo Direito, porquanto atentatório à boa-fé e à solidariedade que

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 65 de 125

RE 806339 / SE

devem reger as relações sociais.

14. Recurso extraordinário julgado improcedente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Trata-se de recurso extraordinário, com fundamento no artigo 102, III, 'a', da Constituição Federal, que discute o alcance da exigência de aviso prévio à autoridade competente como pressuposto para o legítimo exercício da liberdade de reunião.

Na origem, a União ajuizou ação de interdito proibitório com o objetivo de impedir a prática de esbulho ou turbação, por parte das entidades ora recorrentes, sobre a área correspondente a trecho da BR-101 localizado no Município de Propriá/SE. As recorrentes pretendiam realizar manifestação no local, com a respectiva interdição da via.

A ação possessória fundamentou-se (i) na ausência de aviso prévio à autoridade competente; e (ii) na ameaça de paralisação do serviço público relativo à rodagem da rodovia.

Com base nisso, a União requereu a concessão de liminar “*com mandado proibitório, com fundamento no poder geral de cautela*”; “*cominação de multa por minuto para o caso de descumprimento da decisão judicial*”; e a confirmação do pedido, “*reconhecendo a existência concreta de ameaça iminente da posse, conforme narrado, para que os réus se abstenham de praticas qualquer ato de turbação naquela data de 1 de abril do corrente ano ou em data posterior*”, sob pena de multa.

Em primeira instância, o pedido liminar foi julgado procedente. Nada obstante, a manifestação efetivamente ocorreu. Por esse motivo, sobreveio sentença condenando as recorrentes no pagamento de multa pelo descumprimento da decisão, bem como cominando multa diária para o “*caso de nova ameaça de turbação ou esbulho que interfira no uso regular do local descrito pela inicial*”.

O acórdão recorrido manteve a decisão *supra*, da forma assim ementada:

“*CONSTITUCIONAL. SINDIPRETO, CONLUTAS, SINTES, COMISSÃO PASTORAL DA TERRA, PSTU E UNIÃO*”

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 125

RE 806339 / SE

FEDERAL. POSSÍVEL COLISÃO DE PRINCÍPIOS: ART. 5º, XV e XVI DA CF/88. PONDERAÇÃO. E PROCESSUAL CIVIL: NULIDADE DE CITAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 214, § 1º CPC. CONDIÇÕES DA AÇÃO. ATENDIMENTO. ASTREINTES DA SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO COM RAZOABILIDADE. APELOS REJEITADOS.

1. Hipótese em que várias entidades planejaram e realizaram, manifestação, de caráter político, na BR 101, no Município de Própria- SE, sem aviso prévio às autoridades e, após manifesta proibição da União Federal, responsável pela garantia da livre locomoção de todos no território nacional.

2. Possível colisão de direitos fundamentais: reunião e livre locomoção: art. 5º, XV e XVI. Solução da sentença pela ponderação de princípios, por considerar-se que o direito de reunião não é absoluto, exigindo o aviso prévio para que as autoridades examinassem a conveniência e oportunidade no local que permite o exercício da locomoção e que seria comprometido.

3. Fixação de astreinte (multa) para dissuasão da manifestação no local preferido em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por entidade, que não impediu a tentativa de desobediência da ordem judicial e de ônus de sucumbência de R\$ 3.000,00 (três mil reais), também por entidade. Razoabilidade.

4. A astreinte tem por escopo compelir a parte a cumprir a ordem judicial, no caso à obrigação de não fazer. O descumprimento da ordem implica a cobrança da multa imposta, pois, como observou CARNELLUTTI: ‘... o homem é livre até para realizar um ato contra a lei, em vez de agir de acordo com ela, podendo escolher entre a obediência ou a desobediência da lei, mas não pode evitar as conseqüências dessa desobediência, daí porque a liberdade é freada com a responsabilidade’.

5. Apelos rejeitados. Sentença mantida por seus próprios fundamentos”

Em seu Recurso Extraordinário, os requerentes alegam haver violação ao art. 5º, XVI da CRFB. Sustentam, em síntese, que:

(i) não se pode exigir que a comunicação da reunião,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 67 de 125

RE 806339 / SE

consubstanciada no prévio aviso, seja pessoal (isto é, endereçada formalmente à autoridade do poder instituído), porque esta exigência não foi feita na Constituição;

(ii) há que se aceitar, também, a informação geral, veiculada por jornal ou outro meio de comunicação de grande circulação, desde que suficiente para viabilizar a ciência do Poder Público quanto ao evento;

(iii) no caso concreto, a exigência de comunicação prévia foi cumprida, uma vez que a Polícia Rodoviária teve conhecimento da reunião antes de sua realização, e esteve presente no evento; e

(iv) não se faz possível o juízo administrativo quanto à conveniência e oportunidade da reunião.

Em suas contrarrazões, a União afirma que (i) os recorrentes pretendem o reexame de fatos e provas quanto à existência ou não de prévia comunicação; (ii) *“houve descumprimento da prévia comunicação às autoridades acerca da manifestação na rodovia federal”*; (iii) *“a causa de pedir desta ação engloba não apenas a ausência de comunicação, mas também a posse da área pela União, a necessidade de continuidade dos serviços públicos e a preservação da incolumidade física dos usuários da rodovia”*; e (vi) *“a necessidade de prévia comunicação às autoridades é exigência constitucional que, por óbvio, não é identificável com a ameaça de invasão e de paralisação da rodovia efetuada pelos réus”*.

Foram admitidos pelo Ministro Relator no processo como interessados o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, a Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos e a organização Artigo 19 Brasil.

O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Na sessão de 05/04/2018, após o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, negando provimento ao recurso e propondo a tese de que *“o exercício do direito de reunião pacífica deve ser precedido de aviso à autoridade competente, não podendo implicar a interrupção do trânsito em rodovia”*, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes.

Feita a necessária contextualização, passo à análise do caso.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 68 de 125

RE 806339 / SE

Discute-se, no presente recurso, a necessidade e extensão do prévio aviso às autoridades como condicionamento ao exercício constitucional do direito de reunião.

Foi essa a questão submetida ao Plenário para reconhecimento da repercussão geral: “*Definição do alcance do art. 5º, XVI, da Constituição Federal, notadamente da exigência de aviso prévio à autoridade competente como pressuposto para o legítimo exercício da liberdade de reunião*” (Tema 855).

A complexidade da matéria apresentada perante esta Corte é evidente: trata-se de situação exemplar de conflito entre princípios constitucionais de alta relevância, *i.e.* o direito de reunião, de um lado, e a liberdade de locomoção e a garantia da segurança pública, de outro. Não à toa, casos como o presente são corriqueiramente apresentados nas salas de aula a alunos de Direito como ilustração dos desafios impostos pelos *hard cases* à jurisdição constitucional.

Deveras, encontrar o ponto de equilíbrio ótimo entre o exercício dessa liberdade comunicativa (que necessariamente pressupõe alguma carga de incômodo a não-participantes) e a preservação dos direitos de terceiros não é tarefa simples.

O que é certo, entretanto, é que a tutela da liberdade de reunião não pode ser nem tão tímida a ponto de silenciar vozes dissonantes da sociedade civil, nem tão intensa que prejudique a população em geral, causando transtornos econômicos e sociais de impossível reparação.

Adianto que, *in casu*, a conclusão é pela **improcedência** do recurso extraordinário.

Isto não significa, como faço questão de frisar desde já, que toda e qualquer manifestação realizada sem comunicação prévia seja automaticamente excluída da proteção constitucional conferida à reunião pública. Haverá hipóteses em que a impossibilidade fática da notificação às autoridades – seja pela espontaneidade da manifestação, seja pela ausência de lideranças organizadas desta – ou a inexistência de potencial lesivo a terceiros demandará a correspondente tolerância por parte do Poder Público, permitindo a realização ou continuidade de protestos não comunicados previamente.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 125

RE 806339 / SE

Contudo, não é essa a situação apresentada nos autos: a manifestação ora discutida, organizada de forma antecipada pelas recorrentes, objetivou a interdição completa de rodovia de inegável importância para a circulação de pessoas e o escoamento de bens. Havia *efetiva possibilidade* de as recorrentes notificarem as autoridades a respeito da reunião planejada e não foram apresentadas quaisquer razões satisfatórias que justificassem o descumprimento desse mister.

In casu, o que se percebe, portanto, é que a ausência de comunicação ao Poder Público não configurou mera irregularidade decorrente de circunstâncias fáticas independentes da vontade dos organizadores do protesto. A omissão das recorrentes visou a dificultar a resposta das autoridades competentes no sentido de limitar a interdição da via, remanejar o tráfego ou providenciar policiamento adequado para a realização da reunião de forma pacífica.

Daí a constatação de que, se não é dado ao Poder Público transmutar a exigência da notificação prévia contida no art. 5º, XVI, da Constituição Federal, em *autorização por vias transversas* – de modo que não é possível a vedação de reuniões com base em elementos de mera conveniência e oportunidade da Administração Pública –, tampouco se pode *ignorar* o requisito do aviso prévio contido no texto constitucional.

Noutras palavras, deve haver o cuidado desta Corte para não transformar a locução “*apenas exigido prévio aviso à autoridade competente*” em letra morta, numa ponta, ou em condição *sine qua non* para o direito de reunião, noutra. A Constituição Federal rechaça ambas essas posturas intransigentes, preconizando soluções conciliadoras e *prudentes* que resguardem a *máxima efetividade* dos direitos fundamentais no caso concreto.

A propósito, são plenamente aplicáveis as clássicas lições de Konrad Hesse, que, ao tratar da interpretação constitucional, consigna que “[a] relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição obrigam a que, em nenhum caso, se contemple a norma isoladamente, mas, ao contrário, sempre no conjunto em que ela deve estar situada; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal modo que

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 70 de 125

RE 806339 / SE

*se evitem contradições com outras normas da Constituição” (HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113). Trata-se da máxima da unidade da Constituição, da qual decorre a necessidade da *concordância prática* entre os bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Assim, como arremata o autor, *in verbis*:*

“Onde ocorram colisões não se deve, através de uma precipitada ‘ponderação de bens’ ou, inclusive, de uma abstrata ‘ponderação de valores’, realizar um dos bens com o sacrifício do outro. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição exige um trabalho de ‘otimização’: faz-se necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que os dois alcancem uma efetividade ótima. A fixação desses limites deve observar em cada caso concreto o princípio da proporcionalidade; não deve ir além do necessário para a concordância entre ambos os bens jurídicos. ‘Proporcionalidade’ significa, nesse contexto, uma relação entre duas magnitudes variáveis, concretamente aquela que corresponda melhor a essa tarefa de otimização e não uma relação entre um ‘objetivo’ constante e um ou mais ‘meios variáveis’” (HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113-114).

É exatamente essa a premissa teórica que tomo como o fio condutor do presente voto, como passo a expor.

(I) A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 5º, XVI, DA CRFB.

Inicialmente, é importante relembrar a inegável posição de destaque que o direito de reunião ocupa nas ordens jurídico-constitucionais democráticas, bem como a sua estreita relação com outros valores de dimensão axiológica igualmente notáveis.

Deveras, a relevância da liberdade de reunião não pode ser subestimada, face a seu grande valor tanto para a plena concretização da autonomia *privada*, quanto da autonomia *pública*.

No espectro da autonomia privada, tem como atributo possibilitar

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 71 de 125

RE 806339 / SE

aos indivíduos, coletivamente, expressarem seus desejos e preferências, como parte de sua faculdade de autodeterminação. Trata-se, pois, de corolário da estreita relação entre direito de reunião e liberdade de expressão o fato de que o primeiro também contribui para o pleno desenvolvimento da personalidade individual e para o autorreconhecimento do sujeito como integrante de um grupo.

No que tange à autonomia pública, nunca é demais frisar a essencialidade da liberdade em comento para a efetivação da democracia em sua acepção substantiva. A liberdade para manifestar as próprias ideias é parte intrínseca da igualdade política, assim definida por Dworkin: *“que nenhum cidadão adulto tenha um impacto político menor que o de qualquer outro cidadão por razões que comprometam sua dignidade – razões que tratem sua vida como se ela merecesse menos consideração ou tratem suas opiniões como se fossem menos dignas de respeito”* (DWORKIN, Ronald. Justice for hedgehogs. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 593).

Por isso mesmo, o economista Amartya Sen pôde traçar uma relação entre as liberdades políticas – no que se inclui a liberdade de reunião – e o desenvolvimento, afirmando que *“nunca uma fome coletiva se materializou em um país que fosse independente, que tivesse eleições regularmente, partidos de oposição para expressar críticas e que permitisse aos jornais noticiar livremente e questionar a sabedoria das políticas governamentais sem ampla censura”* (SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia de bolso, 2015, p 201).

Não à toa, o direito em questão apresenta *status* constitucional em diversos ordenamentos (como é o caso dos Estados Unidos, Alemanha, México, Espanha, Portugal) e tem sua proteção assegurada por uma gama de tratados internacionais internalizados pelo Brasil.

Justamente em razão da posição de destaque desta liberdade na ordem constitucional brasileira, o STF tem se empenhado na tutela do direito de reunião. Este Tribunal proferiu decisões como a que afirmou a legitimidade da chamada *“marcha da maconha”* (ADPF 187, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 28/05/2014) e a que julgou

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 72 de 125

RE 806339 / SE

inconstitucional decreto distrital que vedava realização de manifestações públicas, com utilização de carros de som, em localidades como a Praça dos Poderes e a Esplanada dos Ministérios (ADI 1.969, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 30/08/2007).

Contudo, e em que pese essa alta relevância do direito de reunião, a sua proteção não é isenta de dificuldades práticas e teóricas.

À falta de delineamentos mais concretos do texto constitucional, coube à literatura estabelecer os critérios para a aferição da existência de uma reunião, para os fins da tutela constitucional. Para a doutrina, pode-se dizer que os elementos fático-jurídicos conformadores desse direito fundamental são, em breve síntese:

(i) o *subjetivo*, concernente à pluralidade de pessoas;

(ii) o *espacial*, relativo à presença física de pessoas em uma mesma localidade, seja ela aberta ao público ou recinto privado e fechado;

(iii) o *temporal*, que pressupõe a transitoriedade da reunião, dispensando vínculos jurídicos duradouros entre seus participantes (em oposição ao direito de associação);

(iv) o *formal*, que demanda a existência de um mínimo de organização interna, consubstanciado no “*acordo, expresso ou tácito, entre os participantes, no sentido de respeitar a condução da reunião*” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de Reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 150.); e

(v) o *intencional*, significando a existência de uma identidade dos objetivos/ideias partilhados entre os participantes da reunião, seja ele de cunho político, cultural, religioso, ideológico, ou outro qualquer (por todos, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de Reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001).

A partir das características acima, não se pode ignorar que a própria realização de manifestações públicas pressupõe, em alguma medida, infringência na esfera jurídica de terceiros. Protestos requerem aglomerações de pessoas para a transmissão de uma mensagem, e, por isso, usualmente culminam na lentidão do tráfego, na produção de ruídos e na exposição de pessoas a opiniões das quais discordam.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 125

RE 806339 / SE

Não se trata de afirmar a possibilidade do sacrifício de direitos alheios, mas de assentar que reuniões assépticas, silenciosas ou em locais ermos não são capazes de gerar a comoção necessária para fazer veicular as ideias perante a sociedade e as autoridades públicas e políticas.

A vedação a comportamentos que, ainda que inconvenientes, não representem riscos nem restrições indevidas a direitos de terceiros, pode mascarar uma visão de mundo excludente, que considere que apenas condutas tidas como civilizadas ou ordeiras para as elites possam influir no debate público (YOUNG, Iris Marion Young. *Inclusion and Democracy*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000, P. 47-48). Nada mais longe da verdade, pois a construção de uma sociedade tolerante passa pela aceitação de que se devem tutelar manifestações as mais plurais possíveis, desde que proporcionais e razoáveis.

Essa leitura tendencialmente ampliadora do princípio se coaduna com a percepção de que, em se tratando da hermenêutica constitucional, “[o] aspecto positivo do direito corresponde ao seu ‘âmbito de proteção’, que há de ser identificado mediante interpretação extensiva. O âmbito de proteção compreende a parcela da realidade correlativa aos bens tutelados pelos direitos fundamentais, ou, em outras palavras, é o conjunto de condutas, estados de coisas e posições jurídicas que, por serem necessárias para tutela dos bens jurídicos inerentes aos direitos fundamentais, não de ser cobertas pelos efeitos da norma jurídica que o consagra” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 195).

Noutras palavras, *in casu*, deve-se partir de uma concepção ampla da tutela jurídica ao direito de reunião, que abarque, inclusive, situações em que este poderia vir a conflitar com outros princípios e valores constitucionalmente protegidos. Só então, e a partir da aplicação concreta da ponderação, é que será possível ao intérprete tecer considerações adicionais sobre as hipóteses em que o exercício da liberdade de reunião culminará em indevida e desproporcional infringência a outros valores constitucionalmente tutelados.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 74 de 125

RE 806339 / SE**(I.1) A exigência constitucional do aviso prévio.**

Como dito, a realização de reuniões públicas demanda, para a plena consecução de suas finalidades, algum nível de visibilidade que, muitas vezes, apenas decorre de cobertura midiática ou dos incômodos (toleráveis) causados à população em geral.

Atenta a isso, a Constituição Federal teve como norte a harmonização de princípios contrapostos entre si, ao estipular que *“todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”* (art. 5º. XVI, CRFB).

O texto constitucional, nomeadamente, tutela (i) a segurança pública e a integridade física de terceiros (*“pacificamente”, “sem armas”*); (ii) a liberdade de manifestação e de pensamento, assegurando a reverberação de opiniões em *locais abertos ao público*; e (iv) o direito de reunião de grupos distintos (*desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local*). Repele, igualmente, a arbitrariedade estatal decorrente de eventual exigência de *autorização* para manifestar.

Sob esse prisma, especificamente quanto ao tópico em exame, os motivos da Constituição Federal para a obrigação da prévia notificação são mais ou menos evidentes. Este é mais um mecanismo conciliador entre direitos e liberdades contrapostas: cuida-se de oportunizar à Administração Pública, por essa via, a composição do direito de reunião com outros interesses jurídicos e princípios conflitantes, como a segurança, a liberdade de locomoção, a liberdade de iniciativa e até mesmo a liberdade de reunião de outros grupos sociais.

O contraponto à necessidade de tolerância da sociedade quanto à realização de manifestações, mesmo quando indesejadas ou inconvenientes, é justamente a obrigação constitucionalmente imposta de que as reuniões sejam previamente avisadas. É isso que permite minorar potenciais efeitos deletérios de grandes aglomerações, ao mesmo tempo

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 75 de 125

RE 806339 / SE

em que resguarda a própria realização regular da manifestação.

Como já pude afirmar doutrinariamente, *“a prévia comunicação permite a realização integral da própria reunião, porquanto as autoridades competentes poderão organizar a segurança do evento, bem como possam reorganizar o tráfego nas imediações em que ocorrerá a manifestação”* (FUX, Luiz. O direito de reunião na Constituição federal de 1988 in A Constituição de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013, p. 184)

A comunicação, por conseguinte, tem natureza marcadamente instrumental: é *meio* para a tutela de direitos, e não um fim em si mesma, tendo por objetivo assegurar à Administração Pública o tempo de planejamento hábil para garantir que a manifestação não afete desproporcionalmente direitos de terceiros.

Em vista disso, a exigência contida no art. 5º, XVI, da CRFB não destoaria da realidade observada no direito comparado.

Em levantamento realizado pela Organização para a Segurança e Cooperação na Europa, constatou-se que, à época, nove dentre os dez ordenamentos jurídicos estudados continham previsão sobre o dever de notificação da reunião pública às autoridades competentes (JARMAN, N.; BRYAN, D. General Principles Governing Freedom Of Assembly And Public Events. 2004). Eram eles: Inglaterra, Escócia, França, Itália, Israel, Palestina, Estados Unidos, Canadá e África do Sul.

No âmbito do direito internacional, instrumentos internalizados pelo Brasil dão conta de que é possível a criação de condicionamentos legais razoáveis para a proteção de outros bens jurídicos contrapostos.

Assim é que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por exemplo, determina que *“[o] direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”* (art. 21). Já a Convenção Americana dos Direitos Humanos dispõe que *“[é] reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 76 de 125

RE 806339 / SE

sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas” (art. 15).

As Diretrizes sobre Liberdade de Reunião Pacífica elaboradas pela Organização para a Segurança e Cooperação na Europa dispõem expressamente sobre o requisito do prévio aviso, esclarecendo que:

“As disposições legais relativas ao aviso prévio devem exigir uma notificação de intenção em vez de um pedido de permissão. O processo de notificação não deve ser oneroso ou burocrático. O período de aviso prévio não deve ser desnecessariamente longo, mas deve ainda permitir um tempo adequado antes da notificação data da reunião para as autoridades estatais relevantes planejarem e prepararem o evento, e para a conclusão de um recurso rápido a um tribunal se a legalidade de quaisquer restrições impostas for questionada. Se as autoridades não apresentarem imediatamente objeções a uma notificação, os organizadores de uma reunião devem poder prosseguir com a atividade planejada de acordo com os termos notificados e sem restrição” (tradução livre. Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, p. 15).

No caso *Kivenmaa v. Finlândia* (Comunicação nº 412/1990), o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirmou que *“a exigência de notificar a polícia sobre uma manifestação pretendida em um local público seis horas antes de seu início pode ser compatível com as limitações permitidas estabelecidas no artigo 21 do Pacto. [...] Um requisito para pré-notificar uma manifestação teria normalmente razões de segurança nacional ou de segurança pública, ordem pública, proteção da saúde ou moral pública ou proteção dos direitos e liberdades de terceiros”* (tradução livre).

Já a Corte Europeia de Direitos Humanos, em *Berladir e outros v. Rússia*, consignou que *“a notificação prévia serve não só ao objetivo de conciliar o direito de reunião com os direitos e interesses legais (incluindo a liberdade de circulação) de outros, mas também o objetivo de prevenção de desordem ou crime. Para equilibrar esses interesses conflitantes, a instituição de*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 125

RE 806339 / SE

procedimentos administrativos parece ser uma prática comum nos Estados-Membros quando uma manifestação pública está sendo organizada”.

Por tais razões, pode-se dizer que a previsão constitucional está em linha com as práticas internacionais prevalentes sobre o tema.

Esta conclusão, no entanto, não é suficiente para responder a pergunta que se coloca perante o Supremo Tribunal Federal. Quais seriam as consequências para o exercício do direito de reunião decorrentes da ausência de prévia comunicação às autoridades?

De um lado, nos termos defendidos pela União, ora recorrida, a locução *“sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”* condicionaria *sempre* o exercício do direito de reunião ao preenchimento deste requisito, sob pena de a manifestação não poder ocorrer. Haveria, então, uma limitação constitucional ao âmbito de proteção da norma, tal qual ocorre nas hipóteses de reuniões *com armas*, ou *violentas*.

De outro, as recorrentes defendem que a ausência de prévia notificação à Administração Pública não tem o condão, *per se*, de impedir o exercício da liberdade constitucional de reunião. Argumentam, igualmente, que a instrumentalidade da comunicação prévia implicaria a legitimidade da reunião que pretenderam realizar, do que decorreria a impossibilidade da imposição de sanções pelo Poder Judiciário.

A resposta, a meu juízo, é mais complexa – e sutil – do que as conclusões extremadas defendidas pelas partes do litígio.

Evidentemente, são diversas as circunstâncias de uma reunião realizada de forma *violenta* ou *com armas* e uma reunião realizada *sem a prévia comunicação*. Enquanto a primeira significa risco real de danos à integridade e patrimônio de terceiros, a segunda pode ou não apresentar tais riscos, a depender de outros elementos concretos.

Nas lições de José Afonso da Silva, “[h]á, agora, apenas uma limitação: que a reunião seja sem armas; e uma exigência: que se dê prévio aviso à autoridade” (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 267, grifei).

Seria impróprio (e potencialmente lesivo à proteção da liberdade de reunião) equiparar automática e aprioristicamente a ausência de aviso

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 78 de 125

RE 806339 / SE

prévio à existência de armas numa manifestação.

A ausência de comunicação, entretanto, não pode ser desconsiderada, mormente porque dela podem nascer ou se agravar violações a direitos fundamentais contrapostos. Basta pensar na situação de a Administração Pública não ser capaz de mobilizar policiamento suficiente, ante à falta de aviso prévio, para coibir a depredação de patrimônio público e privado ou as agressões físicas entre manifestantes.

A omissão do dever de informar sobre a realização da reunião pode, também, dificultar o trabalho de remanejamento do tráfego de veículos, impedindo que cidadãos circulem livremente pela cidade e que mercadorias cheguem a seus destinos.

A palavra de ordem para interpretação do dispositivo constitucional em exame, por conseguinte, é *temperança*. Tanto alçar o requisito formal da notificação a condição inafastável e insuperável quanto negar a ele quaisquer consequências práticas viola a Constituição Federal, seja por tomar como imponderável uma norma de caráter principiológico, seja por ignorar a literalidade do texto constitucional.

Mais correto é afirmar que, em regra, deve haver a prévia comunicação das reuniões públicas às autoridades competentes, sem prejuízo das hipóteses em que tal notificação é impossível ou excessivamente onerosa para o exercício do direito em questão.

Neste sentido, são interessantes as indicações contidas no *Relatório conjunto do Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação e do Relator Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias sobre a gestão adequada das reuniões*, do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (A/HRC/31/66, de fevereiro de 2016), *in verbis*:

“A liberdade de reunião pacífica é um direito e não um privilégio e, como tal, seu exercício não deve estar sujeito à autorização prévia das autoridades. As autoridades estatais podem estabelecer um sistema de notificação prévia, quando o objetivo é permitir às autoridades estaduais a oportunidade de facilitar o exercício do direito, de tomar medidas para proteger a segurança pública e/ou a ordem pública e

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 125

RE 806339 / SE

para proteger os direitos e liberdades de outrem. Qualquer procedimento de notificação não deve funcionar como um pedido de autorização de fato ou como base para regulamentação baseada em conteúdo. A notificação não deve ser esperada para reuniões que não requeiram preparação prévia por parte das autoridades estaduais, como aquelas em que se espera apenas um pequeno número de participantes ou onde se espera que o impacto no público seja mínimo.

Qualquer procedimento de notificação não deve ser excessivamente burocrático e deve ser sujeito a uma avaliação de proporcionalidade. O período de aviso prévio não deve ser excessivamente longo, mas deve permitir tempo suficiente para as autoridades relevantes se prepararem adequadamente para a reunião. O procedimento de notificação deve ser gratuito (ver A / HRC / 23/39, parágrafo 57) e amplamente acessível”.

O cuidado que deve estar sempre presente é não convolar indevidamente a notificação em verdadeira permissão. Não pode o Poder Público realizar tantas e tão rigorosas exigências que tornem o exercício prático da liberdade de reunião impossível, nem tornar o procedimento de comunicação um meio de controle das pautas e da forma de realização de protestos públicos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, atenta ao potencial efeito perverso causado por condicionamentos excessivos ao direito de reunião, já indicou que:

“A finalidade da regulamentação do direito de reunião não pode ser a de criar uma base para que a reunião ou manifestação seja proibida. Pelo contrário, a regulamentação que estabelece, por exemplo, o aviso ou notificação prévia tem como objetivo informar as autoridades para que tomem as medidas voltadas a facilitar o exercício do direito sem entorpecer de maneira significativa o desenvolvimento normal das atividades do resto da comunidade”. (CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, 2006)

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 80 de 125

RE 806339 / SE

A prudência, destarte, recomenda que seja mitigada a obrigação de prévio aviso, especialmente, em três situações: *(i)* nas manifestações espontâneas; *(ii)* naquelas em que as características do grupo manifestante (ausência de lideranças organizadas, vulnerabilidade) tornem o dever de comunicar excessivamente oneroso; e *(iii)* naquelas em que ausente qualquer risco de danos a terceiros em razão da reunião.

O tema é pertinente e demanda enfrentamento mais profundo.

(i) As manifestações espontâneas

A questão das manifestações espontâneas desperta grande atenção nos tempos atuais, marcados pelo dinamismo e pela imediaticidade das trocas de informação.

Em momentos de grande comoção e urgência face a uma notícia ou acontecimento de repercussão social intensa, nem sempre será possível a comunicação prévia de que cuida o texto constitucional. É o que ocorre quando a coletividade se revolta de modo espontâneo e *pacífico* contra um ato estatal entendido como arbitrário ou abusivo, e passa a se comportar imediatamente de maneira a exercer o direito de reunião. Um ato de violência presenciado por cidadãos pode ser o estopim para a realização de protesto inteiramente espontâneo mas que, sendo pacífico, igualmente é protegido pela Constituição Federal.

Este foi um dos fundamentos que levou a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Bukta e outros v. Hungria, a assentar que "*em circunstâncias especiais, quando uma resposta, na forma de uma manifestação, a um evento político pode ser justificada, uma decisão de dismantelar a reunião pacífica apenas devido à ausência do requisito de notificação prévia, sem qualquer conduta ilegal dos participantes, equivale a uma restrição desproporcional à liberdade de reunião pacífica*".

Essa percepção tampouco destoia do que delineou o Relatório do Relator Especial sobre os direitos de liberdade de reunião pacífica e de associação da Organização das Nações Unidas, de maio de 2012:

"Caso os organizadores não notifiquem as autoridades, a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 81 de 125

RE 806339 / SE

reunião não deve ser dissolvida automaticamente (por exemplo, como na Áustria) e os organizadores não devem ser sujeitos a sanções criminais, ou sanções administrativas que resultam em multas ou prisão. Isto é ainda mais relevante no caso de reuniões espontâneas em que os organizadores não podem cumprir os requisitos de notificação necessários, ou quando não houver organizador identificável. Neste contexto, o Relator Especial mantém como melhor prática legislação que permite a realização de reuniões espontâneas, que devem ser isentas de notificação prévia” (tradução livre. Relatório do Relator Especial sobre os direitos de liberdade de reunião pacífica e de associação - Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, Maina Kiai - A/HRC/20/27).

(ii) As manifestações de grupos vulneráveis e/ou não-institucionalizados.

Outra hipótese em que o condicionamento, sempre, ao aviso prévio para a legalidade da reunião é potencialmente desproporcional é quando os manifestantes são membros de grupos vulneráveis e não organizados. Nem sempre comunidades carentes ou grupos de risco gozarão da necessária institucionalização para atender a requisitos formais – e são justamente esses os grupos sociais e econômicos vulneráveis que mais urgentemente devem ter suas vozes ouvidas pela sociedade e pelo Estado.

Cabe revisitar, neste ponto, a observação feita acima quanto à imprescindibilidade da liberdade de reunião para a plena realização do princípio democrático. Conforme aponta Juliana Cesário Alvim, a possibilidade de ser co-intérprete da Constituição “é um elemento indispensável para conferir legitimidade a uma ordem democrática fundada nas noções de autogoverno e de pluralismo. Além disso, a participação difusa na leitura da Constituição renova o constitucionalismo abrindo-o à percepção de novas demandas e sentidos, como vem sendo feito, historicamente, pelos movimentos sociais” (GOMES, Juliana Cesário Alvim. O constitucionalismo difuso e seus fundamentos *in* Jurisdição constitucional e política. Rio de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 82 de 125

RE 806339 / SE

Janeiro: Forense, 2015, p. 423).

Valho-me, novamente, das palavras de Ronald Dworkin, para quem *“nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirma o seu domínio e aos quais reivindique fidelidade”* (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. ix).

A consagração de tratamentos jurídicos distintos com a finalidade de evitar iniquidades, com base na igualdade substancial, é corolário dessa *demonstração de igual consideração*. A interpretação sistemática da Constituição, sob esta perspectiva, impõe a flexibilização do aviso prévio sempre que este for desproporcional, sob pena de serem vulnerados o direito à livre manifestação, à liberdade de associação e até mesmo o princípio democrático em sua acepção substantiva. A propósito:

“Reunião que não satisfaz os requisitos de tutela constitucional, isto é, não se enquadra na área de proteção acima delineada, não será automaticamente ilícita e passível de proibição. Cabe às autoridades de segurança avaliar se há justa causa para a interdição de cada reunião, independentemente do respeito aos requisitos constitucionais (aviso prévio, caráter pacífico, etc.). Dito de outra forma, a interdição e a consecutiva ordem de dissolução são medidas extremas que só se justificam se houver relevante conflito com outros direitos fundamentais [...]. A ausência de aviso prévio não justifica a dissolução da reunião, pois falta motivo substancial para tanto, que provavelmente estaria presente se os participantes estivessem armados.

Isso decorre do princípio da legalidade (art. 5º, II da Constituição Federal). Não é proibido aquilo que a lei não proíbe expressamente. Quando falta justa causa para a proibição, a reunião é protegida negativamente, devido à ausência de norma proibitiva.

Em segundo lugar, a interdição e dissolução de uma reunião interfere em outros direitos fundamentais de seus participantes, como a livre manifestação de pensamento e o direito de ir, vir e estar em lugares públicos”. (DIMOULIS, Dimitri. Artigo 5º, inciso XVI in: *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 1. ed. Rio de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 83 de 125

RE 806339 / SE

Janeiro: Forense, 2009, p. 134)

Em relação aos movimentos sociais de pouca institucionalização, essas considerações são ainda mais relevantes.

Lembre-se que o direito de reunião, diferentemente do direito de associação, não pressupõe a existência de relações longevas entre os agentes que se reúnem, nem demanda que haja algum nível de institucionalização dessas relações. Ao contrário, o caráter episódico e esporádico é da própria essência das reuniões constitucionalmente tuteladas.

Sendo assim, não se pode excluir a possibilidade de que agentes vulneráveis e não organizados da sociedade se manifestem de forma conjunta. Em comunidades sem lideranças organizadas ou que apresentam especial vulnerabilidade, impor a comunicação prévia da manifestação por meio de canais oficiais seria desproporcionalmente gravoso, ensejando clara proteção deficiente.

(iii) As manifestações que não apresentem qualquer risco de danos a terceiros.

Há modalidades de reunião que, pela forma de protesto adotada, local de realização ou reduzido número de participantes, não apresentam, *prima facie*, as mesmas características intrusivas das passeatas ou bloqueios de vias públicas.

Reuniões que não tenham o condão de afetar direitos de terceiros – como seria o caso de três pessoas que protestam numa calçada, de forma pacífica ou um grupo silencioso que esteja contido numa praça pública e que não represente ameaça ou inconveniente –, por óbvio, tampouco poderão ser reprimidas simplesmente porque não houve a prévia comunicação às autoridades.

A ponderação aí será entre o requisito formal insculpido na norma constitucional – mas cujo descumprimento não enseja ou agrava conflitos com outros direitos fundamentais, como a locomoção, a propriedade ou a segurança – e a proteção às liberdades comunicativas do grupo

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 84 de 125

RE 806339 / SE

manifestante, situação em que esta última deve ter primazia sobre o primeiro.

(II) O SOPESAMENTO NO CASO CONCRETO.

Assentadas as premissas gerais acima, passo à sua aplicação ao caso dos autos.

Como se constata da narrativa dos fatos, a ausência de comunicação prévia às autoridades públicas não decorreu de fatores alheios à vontade dos organizadores do protesto. Pelo contrário, do nível de institucionalização dos manifestantes e de planejamento do evento, depreende-se que havia tempo hábil e meios suficientes realizar a comunicação às autoridades competentes.

Vale frisar que, salvo nos casos excepcionais mencionados acima, a exigência de prévia notificação não representa ônus excessivo aos manifestantes. É do interesse dos manifestantes que haja a publicidade do evento e que este atraia o maior número de pessoas possível, bem como que ele transcorra de forma pacífica e ordeira.

Uma coisa é uma passeata que, por suas características, urgência, espontaneidade ou pelos agentes que a compõem, deixa de ser notificada às autoridades. Esses são exemplos em que o aviso, longe de ser forma de compatibilização com outros direitos fundamentais de terceiros e de otimização do exercício do próprio direito de reunião, se tornaria verdadeira barreira para a liberdade em análise.

Outra, muito diferente, é a reunião que é planejada de forma oculta propositalmente – aquela na qual a ausência de comunicação vise a dificultar a tutela dos direitos de terceiros pela Administração Pública. Neste segundo caso, poderá o Estado intervir para reprimir comportamentos lesivos, e ajuizar, se for o caso, as respectivas ações de responsabilização cível e penal.

A respeito, a Corte Europeia de Direitos Humanos já teve a oportunidade de assentar, no caso *Éva Molnár v. Hungria*, que a ausência de notificação pode, excepcionalmente, ser um dos elementos – dentre

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 85 de 125

RE 806339 / SE

outros a serem sopesados em cada caso – justificadores da intervenção estatal nas reuniões públicas. Confira-se:

“37. No entanto, na opinião da Corte, o princípio estabelecido no caso Bukta e outros não pode ser alargado a ponto de a ausência de notificação prévia nunca poder constituir uma base legítima para a dispersão de multidões. A notificação prévia serve não apenas ao objetivo de conciliar, por um lado, o direito de reunião e, por outro lado, os direitos e interesses jurídicos (inclusive o direito de circulação) de outros, mas também a prevenção de desordens ou crimes. A fim de equilibrar estes interesses contraditórios, a instituição de procedimentos administrativos preliminares é uma prática comum nos Estados-Membros quando uma manifestação pública é organizada. Na opinião da Corte, tais requisitos não são, como tal, contrários aos princípios contidos no artigo 11 da Convenção, desde que não representem um obstáculo oculto à liberdade de reunião pacífica protegida pela Convenção (ver Balçık e Outros v. Turquia, n.º 25/02, § 49, 29 de novembro de 2007).

38. O Tribunal considera, por conseguinte, que o direito de realizar manifestações espontâneas pode superar a obrigação de notificar previamente as reuniões públicas apenas em circunstâncias especiais, designadamente se se justificar uma resposta imediata a um acontecimento atual sob a forma de um protesto. Em especial, tal derrogação à regra geral pode ser justificada se um atraso poderia ter tornado essa resposta obsoleta.

39. No entanto, na opinião do Tribunal, os fatos do presente caso não revelam circunstâncias especiais em que a única resposta adequada seria uma manifestação imediata. A este respeito, é de notar que os resultados oficiais das eleições foram tornados públicos em 4 de Maio de 2002, dois meses antes da manifestação impugnada, e que o resultado dessas eleições tinha sido objetivamente estabelecido. Na medida em que o objetivo dos manifestantes era expressar solidariedade aos manifestantes na Ponte Erzsébet, a Corte não está convencida de que esse assunto teria se tornado obsoleto se os manifestantes tivessem respeitado a regra da notificação.

40. Além disso, a Corte observa que, na época, não era

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 86 de 125

RE 806339 / SE

necessária autorização na Hungria para a realização de manifestações públicas; no entanto, era necessária a notificação da polícia setenta e duas horas antes do evento. Se a polícia decidisse proibir uma manifestação, os organizadores poderiam solicitar uma revisão judicial dentro de três dias. Portanto, a Corte está convencida de que existem salvaguardas processuais que impedem restrições injustificadas à liberdade de reunião". (grifei)

A partir desse quadro fático-jurídico, afigura-se razoável a resposta estatal no caso concreto.

Ora, um dos objetivos da prévia notificação é exatamente possibilitar que as autoridades públicas e os organizadores do protesto negociem entre si uma forma de manifestação que garanta a visibilidade da reunião sem atentar desproporcionalmente contra direitos contrapostos. Entre a completa interdição de uma via e a total vedação ao protesto, impõe-se a busca por um meio-termo, consistente no planejamento de rotas alternativas, no redirecionamento do tráfego ou na interdição apenas parcial da rodovia.

Ao ignorar o seu dever de comunicação, por desídia ou dolo, os recorrentes frustraram tais possibilidades, impedindo que fossem buscadas soluções conciliatórias.

Dessa forma, a ausência de aviso prévio foi somada ao objetivo de interdição da rodovia e aos prejuízos a terceiros que dela decorreriam. Embora as vias públicas – como a rodovia BR-101 – sejam bens de uso comum (art. 99, I do Código Civil) que se amoldam à discricção constitucional dos “locais abertos ao público” em que se pode exercer o direito de reunião, a sua completa interdição ocasiona prejuízos múltiplos e graves. Por esse expediente, impede-se o acesso de pessoas a serviços e bens essenciais, acarreta-se o descarte de mercadoria perecível, incrementam-se os riscos de acidentes.

A espetacularização do direito de reunião, desconsiderando por completo os efeitos nocivos que daí podem decorrer, é conduta abusiva que deve ser coibida pelas autoridades estatais. A manifestação deve inaugurar um diálogo com a sociedade, jamais a tornar refém de suas

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 87 de 125

RE 806339 / SE

pautas.

Semelhante uso estratégico da falta de aviso, com a clara finalidade de potencializar os danos à sociedade causados pela manifestação, não pode ser tutelado pelo Direito, porquanto atentatório à boa-fé e à solidariedade que devem reger as relações sociais. Nos dizeres de Eduardo Ferreira Jordão:

“É preciso ser enfático: o ato abusivo não é um ato realizado no exercício de um direito subjetivo. Exercer um direito subjetivo significa realizar uma das condutas garantidas pela norma que o estatui. A liberdade de agir do titular de um direito subjetivo encontra-se dentro dos limites atributivos das regras de Direito (ou fora dos limites proibitivos das regras de Direito, se assim se prefere). Destarte, aquele que comete o ato abusivo não realiza conduta permitida pelo direito subjetivo. Não há exercício de um direito subjetivo, não se o está ‘usando’”. (JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica. Revista Baiana de Direito, v. 04, p. 255-292, 2009).

À luz de todo o exposto, ainda que a interdição ou dissolução de uma reunião deva ser medida excepcional, não verifico, *in casu*, desproporcionalidade manifesta que justifique o acolhimento do presente recurso.

Ex positis, julgo **improcedente** o recurso extraordinário
É como voto.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 88 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eminente Relator, o eminente advogado tem matéria de fato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim, sempre pronto a ouvir os senhores advogados, especialmente um advogado como o que está na tribuna.

O SENHOR CEZAR BRITTO (ADVOGADO) - Muito obrigado, Ministro. A matéria fática é que, tão logo foi cientificado os organizadores da ilicitude do direito de reunião, por ausência de prévio aviso, depois de várias negociações, foi cumprida a travessia da ponte, sem tumulto, como é certificado pela Polícia Federal.

Cumpriu-se a decisão, atravessou-se com metade da ponte e o movimento seguiu sem nenhum tumulto, porque aí essa matéria fática já teria sido superada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Com a interrupção de uma das rodovias mais importantes do País! Tenhamos presente que o transporte no Brasil é rodoviário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu gostaria de destacar que tem sido rotina, na Suprema Corte, julgar o caso concreto e, quando a repercussão geral tem dois capítulos, há o capítulo do caso concreto e há a tese.

O problema da tese submetida ao Plenário é saber se é necessário esse aviso prévio ou não? É isso que está aqui no tema da definição do alcance 5º, XVI, notadamente da exigência de aviso prévio à autoridade competente para o legítimo exercício da liberdade de reunião.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E, quanto à interrupção, em si, da rodovia, estamos diariamente a sopesar valores. O valor estampado no coletivo é muito mais importante do que o representado pelos interesses de certo segmento econômico ou profissional.



BR > Defensoria Pública da União
Liberdade de reunião - tema 855

807

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 89 de 125

RE 806339 / SE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, isso pode gerar surpresas para o Poder Público.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 90 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, também inicio por cumprimentar o eminente Ministro Relator e os que o seguiram. Essa é uma discussão importante, como está até nos apartes que foram concedidos desde a primeira vez que o Ministro Marco Aurélio trouxe esse tema, no início desse julgamento.

Duas questões me parecem mais importantes serem enfatizadas. A primeira, exatamente no caso concreto, em que houve um interdito proibitório, com requerimento de medida liminar ajuizada pela União. A União pedia exatamente que se proibisse que houvesse aquela manifestação. O segundo ponto é a circunstância de se saber a natureza e os efeitos da autorização ou da comunicação prévia, sem ser autorização necessária, para o exercício do direito à liberdade de reunião.

Presidente, democracia faz barulho sempre. Quem gosta de silêncio é ditadura; com certeza não são os democratas. E, com toda certeza, todos nós aqui que votamos até agora, a partir do Ministro-Relator, que enfatizou...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Fui Relator de mandado de segurança interessantíssimo, porque se viabilizou a manifestação, na Esplanada, na Praça dos Três Poderes, desde que silenciosa. E, a uma só voz, o Supremo glosou esse enfoque, o que vem a confirmar o que acaba de dizer a ministra Cármen Lúcia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E, quando cheguei aqui, em um dos primeiros casos, nós participamos de um julgamento sobre se poderia haver a manifestação aqui na Praça dos Três Poderes, porque faria muito ruído. É isso mesmo, democracia é do barulho. Graças a Deus! De mordaza chega os tempos que nós vivemos e que não foram bons.

Por isso mesmo, acho que, quando a contestação incomoda, e o Ministro Alexandre de Moraes expôs isso de maneira clara, se não

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 91 de 125

RE 806339 / SE

incomodar, se não chamar a atenção, não é eficaz, porque não é na madrugada que alguém vai prestar algum cuidado àquilo que se reivindica, que se se reúne para reclamar e proclamar.

É quase um consectário da liberdade de expressão a liberdade de reunião, como forma de expressão e como espaço para a expressão democrática e livre, por isso não há condicionantes postos na Constituição. Não considero válido que a comunicação prévia possa ter a natureza de uma condição imposta para que se tenha a liberdade expressa nessa reunião. O cumprimento, portanto, é apenas uma necessidade para que, no mesmo espaço, possa-se ter o exercício de vários direitos, porque, no direito constitucional - ao contrário do que, algumas vezes, no direito privado até se acentua -, o direito de um não termina onde começa o do outro. Os direitos convivem no mesmo espaço territorial, no mesmo espaço físico. A liberdade da pessoa que quer se manifestar de um lado, reunir-se para se expressar, e, de outro, a liberdade daquele que quer ir para casa - como bem afirmou o Ministro Alexandre de Moraes - na hora em que termina o seu trabalho e que tem que passar por uma via precisa se compatibilizar. O Poder Público, portanto, teria apenas o cuidado de fazer com que os dois direitos prevaleçam naquele espaço ou, pelo menos, de garantir que todos possam exercer os seus direitos. Por isso, tenho que não é condicionante do direito. O que fica, portanto - e que foi já também enfatizado nos votos que me precederam -, são as consequências da não comunicação prévia, se poderiam ser como as que foram adotadas ou se seriam de outra natureza, a partir, claro, do caso concreto. E, neste caso, parece-me que a gravidade é a circunstância de ter-se passado a ter como ilícito um direito constitucionalmente garantido, que é o direito à liberdade de manifestação.

O Poder Público deve adotar todas as providências para que os direitos dos outros cidadãos possam ser exercidos. O que ele não pode é, em nome desse dever, anular outro direito. É preciso, portanto, que haja esse espaço de convivência. A Constituição impõe esse aviso prévio, mas sem anular e sem minguar o direito de reunião. Por isso, para mim, a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 92 de 125

RE 806339 / SE

ausência de comunicação não pode importar na proibição de realização da reunião planejada, na dissolução da reunião, na declaração de ilicitude dessa reunião ou na fixação, como neste caso, de que se teria a ilicitude a partir da não autorização. Esse é o dado deste caso que me parece o diferencial.

Com base na lição de Canotilho, Celso Ribeiro Bastos tratava especificamente da matéria, afirmando que:

"[O] Problema interessante é o consistente em saber se as autoridades podem dissolver a reunião que não foi antecedida de comunicação. Canotilho oferece como resposta a este ponto controvertido a seguinte conclusão:

se a reunião estiver a decorrer pacificamente, as medidas de polícia tendentes a dissolvê-la tornam-se ilegítimas" - ou seja, é o poder público que, ao proibir um direito constitucional, tem a sua conduta como ilegítima, segundo Canotilho - "sem prejuízo da responsabilidade em que possam incorrer aqueles que a promoveram."

Isso também aqui já foi acentuado, mas não é o ponto nodal do caso que estamos tratando.

Cito outros autores que têm essa mesma percepção como, por exemplo, Fernando Dias Menezes de Almeida, que afirma que:

"Caso a polícia tenha de agir restringindo e até mesmo proibindo a reunião que esteja ocorrendo sem aviso prévio, isso deve se fundamentar nas hipóteses gerais de atuação do poder de polícia: defesa das liberdades e da ordem pública, e não na falta de aviso.

Mesmo que a falta de prévio aviso tenha sido a causa da desordem combatida, apenas indiretamente essa falta será a razão da eventual interdição da reunião (...)."

No caso agora examinando, a falta de autorização foi o fundamento adotado para que se considerasse ilícita. Por isso, havendo outras decisões de tribunais internacionais, pactos e convenções internacionais a reafirmar o direito à liberdade de manifestação, para ter, portanto, como não válida a decisão que se fundamentou, exatamente, nessa circunstância para a conclusão garantida ou mantida, ratificada, pelo



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 93 de 125

RE 806339 / SE

tribunal.

Nesse sentido, com vênias ao Ministro-Relator, voto acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Edson Fachin, dando provimento a esse recurso.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 94 de 125

19/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu principio dizendo que o caso sob análise é ruim para tirarmos conclusões. Eu concordo com o Ministro Alexandre Moraes e outros que me precederam que o Poder Público tinha o dever, realmente, de intervir e de tomar medidas judiciais cabíveis, para permitir o direito de ir e vir de outras pessoas e garantir o livre fluxo de mercadorias, sobretudo, tendo em conta aquilo que o Ministro Marco Aurélio disse: Que nosso país, infelizmente, funda-se no transporte rodoviário, e não ferroviário, e não em modais múltiplos, como os países mais avançados, do ponto de vista econômico e até civilizatório.

No entanto, eu peço licença para trazer à colação um pequeníssimo trecho de uma lição que me parece primorosa de nosso Decano em uma obra acadêmica chamada "O Direito Constitucional de Reunião". Nesse caso, o Ministro Decano Celso de Mello afirmava o seguinte:

"a) O direito de reunião constitui faculdade constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país; b) os agentes públicos não podem, sob pena de responsabilidade criminal, intervir, restringir, cercear ou dissolver reunião pacífica, sem armas, convocada para o fim lícito; c) o Estado tem o dever de assegurar aos indivíduos o livre exercício do direito de reunião, protegendo os, inclusive, contra aqueles que são contrários à assembleia; d) o exercício do direito de reunião independe e prescinde de licença da autoridade policial; e) a interferência do Estado nas reuniões legitimamente convocadas é excepcional, restringindo-se, em casos particularíssimos, à prévia comunicação designação, por ela, do local da assembleia (...).

e) A interferência do Estado nas reuniões legitimamente convocadas é excepcional, restringindo-se, em casos

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 95 de 125

RE 806339 / SE

particularíssimos, à prévia comunicação do ato autoridade ou a prévia comunicação designação por ela do local da assembleia."

E o Ministro Celso, a meu ver, diz que essa comunicação se restringe a casos particularíssimos, porque grande parte das manifestações são espontâneas; são raras aquelas que são convocadas previamente e, segundo os estatutos das entidades que as convocam, grande parte das reuniões estudantis ou mesmo sindicais ou populares são aquelas espontâneas. E, aí, termina o Decano dizendo, na alínea **h** do seu trabalho acadêmico:

"O direito de reunião, permitindo protesto, a crítica e a manifestação de ideias e pensamentos, constitui instrumento de liberdade dentro do Estado moderno".

Para terminar, Senhor Presidente, não querendo me alongar, traria um voto escrito, eu leio o que consta da Constituição art. 5º, XVI, que é o seguinte:

"XVI - Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...)"

Portanto, é um direito incondicionado.

Só há um pequeno óbice que os Constituintes colocaram a esse direito, que me parece amplo, que é o seguinte:

"(...) desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;"

Nesse caso, concordo com a exegese que foi firmada pelo Ministro Roberto Barroso no sentido de que essa é apenas uma obrigação acessória, que não pode, em hipótese nenhuma, frustrar o direito - e historicamente vem sendo afirmado nas constituições democráticas - de expressão e de reunião.

Por essas razões, mas entendendo e reafirmando que é legítima a intervenção da autoridade caso haja abusos nesse direito de manifestação,



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 96 de 125

RE 806339 / SE

mas sempre por meio dos instrumentos legais, eu peço vênua ao Relator para acompanhar a divergência, para que não haja nenhuma dúvida quanto a esse direito de reunião, dando provimento ao recurso. Faço isso e poderia dar provimento parcial, ou eventualmente modular, mas acho importante que nós fixemos uma tese com muita clareza nesse sentido.

É como voto, Senhor Presidente.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 97 de 125

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : SINDICATO UNIFICADO DOS TRABALHADORES PETROLEIROS
PETROQUIMICOS QUIMICOS E PLASTICOS DOS ESTADOS DE ALAGOAS E
SERGIPE SINDIPETRO

RECTE.(S) : COORDENAÇÃO NACIONAL DE LUTAS - CONLUTAS

RECTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU

ADV.(A/S) : RAQUEL DE OLIVEIRA SOUSA (4572/SE) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO (32147/DF, 140251/MG,
1190/SE)

ADV.(A/S) : ARISTEU CESAR PINTO NETO (110059/SP)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES EM SINDICATOS FEDERACOES
ASSOCIACOES CENTRAIS SINDICAIS ORGAOS CLASSISTAS E ENTIDADES AFINS
DO ESTADO DE SERGIPE - SINTES

ADV.(A/S) : MARIA DA CONCEIÇÃO BEZERRA (0002444/SE)

INTDO.(A/S) : COMISSAO PASTORAL DA TERRA - CPT

ADV.(A/S) : MARTA PINTO DOS ANJOS (4658/BA)

INTDO.(A/S) : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(S) (PR040855/)

INTDO.(A/S) : ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)

INTDO.(A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP)

INTDO.(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux. Falou, pelo recorrente Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado - PSTU, o Dr. Cezar Britto. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 5.4.2018.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes e do voto do Ministro Luiz Fux, que acompanhavam o Relator, negando provimento ao recurso extraordinário; e dos votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Plenário, 19.12.2018.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 98 de 125

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 99 de 125

15/12/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A fim de permitir a retomada do julgamento, rememoro o caso dos autos, valendo-me, para isso, do bem elaborado relatório do eminente Relator, o Ministro **Marco Aurélio**:

“Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Paulo Timponi Torrent:

A União formalizou interdito proibitório objetivando a prolação de decisão judicial a inviabilizar a prática de esbulho ou turbação, por parte das entidades recorrentes, sobre a área correspondente a trecho da BR-101 localizado no Município de Propriá/SE (folha 2 a 6).

O Juízo acolheu a pretensão, nos seguintes termos (folha 333 a 346):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. DIREITO DE REUNIÃO. CONTORNOS ESTABELECIDOS PELO ART. 5º, XVI, DA CF/88. EXTRAVASAMENTO. ABUSO DE DIREITO. PROCEDÊNCIA.

[...]

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para ratificar integralmente a liminar e condenar as entidades requeridas no pagamento da multa fixada pelo provimento de urgência, diante de seu descumprimento, incidindo juros de mora (0,5% por cento ao mês) e correção desde o fato lesivo. Por igual, comino, para o caso de nova ameaça de turbação ou esbulho que interfira no uso regular do local descrito pela inicial, multa diária no valor de R\$ 20.000,00 para cada uma das entidades rés.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 100 de 125

RE 806339 / SE

Condeno as demandadas nas custas, **pro rata**, e em honorários, estes fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), para cada uma delas’.

O Sindicato Unificado dos Trabalhadores Petroleiros, Petroquímicos e Plásticos nos Estados de Alagoas e Sergipe SINDIPETRO AL/SE, a Coordenação Nacional de Lutas CONLUTAS e o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados PSTU recorreram da sentença.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da apelação cível nº 2008.85.00.001051-3, assentou o caráter não absoluto do direito de reunião, considerada a ausência de aviso prévio. Manteve astreintes a fim de compelir os recorrentes a dissolverem a manifestação na BR-101, no Município mencionado. Eis a ementa do julgado (folhas 540 e 541):

‘CONSTITUCIONAL. SINDIPETRO, PASTORAL DA TERRA (CONLUTAS) E UNIÃO FEDERAL. POSSÍVEL COLISÃO DE PRINCÍPIOS: ART. 5º, XV E XVI DA CF/88. PONDERAÇÃO, E PROCESSUAL CIVIL: NULIDADE DA CITAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 214, § 1º CPC. CONDIÇÕES DA AÇÃO. ATENDIMENTO. ASTREINTES DA SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO COM RAZOABILIDADE. APELOS REJEITADOS.

1. Hipótese em que várias entidades planejaram e realizaram, manifestação, de caráter político, na BR 101, no Município de Própria-SE, sem aviso prévio às autoridades e, após manifesta proibição da União Federal, responsável pela garantia da livre locomoção de todos no território nacional.

2. Possível colisão de direitos fundamentais: reunião e livre locomoção: art. 5º, XV e XVI. Solução da sentença pela ponderação de princípios, por considerar-se que o direito de reunião não é absoluto, exigindo o aviso prévio para que as autoridades examinassem a conveniência e oportunidade no local que permite o exercício da

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 101 de 125

RE 806339 / SE

locomoção e que seria comprometido.

3. Fixação de astreinte (multa) para dissuasão da manifestação no local preferido em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por entidade, que não impediu a tentativa de desobediência da ordem judicial e de ônus de sucumbência de R\$ 3.000,00 (três mil reais), também por entidade. Razoabilidade.

4. A astreinte tem por escopo compelir a parte a cumprir a ordem judicial, no caso à obrigação de não fazer. O descumprimento da ordem implica a cobrança da multa imposta, pois, como observou CARNELLUTTI: '... o homem é livre até para realizar um ato contra a lei, em vez de agir de acordo com ela, podendo escolher entre a obediência ou a desobediência da lei, mas não pode evitar as consequências dessa desobediência, daí porque a liberdade é freada com a responsabilidade'.

5. Apelos rejeitados. Sentença mantida por seus próprios fundamentos.'

Embargos declaratórios desprovidos folha 576 a 579.

No recurso extraordinário folha 612 a 628, interposto com base na alínea a do permissivo constitucional, os recorrentes apontam transgressão ao artigo 5º, inciso XVI, da Constituição Federal.

Sob o ângulo da repercussão geral, articulam com o alcance de direito fundamental de reunião e ressaltam as consequências sociais da decisão impugnada, ante o grande número de manifestações realizadas no País.

No mérito, afirmam inexistir previsão de intimação formal e pessoal da autoridade pública, para o exercício do direito de reunião. Aludem à pertinência da informação veiculada em outros meios de comunicação, desde que suficiente à ciência do Poder Público. No caso, dizem observada a exigência, porquanto demonstrado o conhecimento da Polícia Rodoviária Federal, a qual esteve presente no evento. Salientam a impossibilidade do exame de conveniência do Poder Executivo

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 102 de 125

RE 806339 / SE

acerca da associação de pessoas em locais públicos (folha 622 a 625). Postulam o afastamento das penalidades estabelecidas no pronunciamento atacado (folha 628).

Nas contrarrazões, a União aponta, preliminarmente, a ausência de repercussão geral da controvérsia, a deficiência na fundamentação do recurso e a inviabilidade de reapreciação do conjunto fático-probatório (folha 651 a 653). No mérito, evoca a literalidade do preceito constitucional em discussão, salientando mostrar-se inafastável a prévia comunicação ao Poder Público (folha 654).

Em 8 de outubro de 2015, o Supremo concluiu pela repercussão geral do tema, em acórdão assim ementado:

‘LIBERDADE DE REUNIÃO AUTORIDADE COMPETENTE PRÉVIO AVISO ARTIGO 5º, INCISO XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ALCANCE RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia alusiva ao alcance da exigência de prévio aviso à autoridade competente como pressuposto para o exercício do direito versado no artigo 5º, inciso XVI, da Carta de 1988’.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo desprovimento do recurso extraordinário. Sustenta a constitucionalidade do aviso prévio como pressuposto para o exercício do direito de reunião. Assevera imprescindível ser a comunicação prévia, expressa e formal. Frisa o dever de observância das balizas de segurança pública, bem assim de outros direitos igualmente fundamentais. Defende adequado o exame de conveniência da realização do ato, pela Administração Pública, quando em jogo a garantia de continuidade da prestação de serviço público, a liberdade de locomoção e a integridade física de transeuntes e participantes da manifestação. Propõe a fixação de tese com o seguinte teor:

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 103 de 125

RE 806339 / SE

‘O art. 5º, XVI, da Constituição estabelece os parâmetros para o exercício legítimo do direito de reunião em locais abertos ao público, devendo o Poder Público adotar os meios necessários para garantir a segurança dos participantes do evento e da população em geral. O aviso à autoridade competente deve ser prévio, expresso e formal’.

Os pedidos de ingresso no processo, formalizados pelo Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo APEOESP e pelo espólio de Carlos Ramiro de Castro, foram indeferidos.

Vossa Excelência, em 25 de agosto de 2017, admitiu o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais IBCCRIM, a Associação Direitos Humanos em Rede Conectas Direitos Humanos e a organização Artigo 19 Brasil como interessados no processo.

Artigo 19 Brasil, por meio da petição/STF nº 60.151/2017, aludindo ao exercício da prerrogativa em jogo, aponta impertinente estabelecer restrições incompatíveis com as novas formas de comunicação e articulação coletivas. Destaca possível conferir-se concessões, admitindo-se, por exemplo, que convocações realizadas em mídias sociais, pela rede mundial de computadores, sejam equiparadas à notificação prévia. Articula com o risco de imposição de requisitos desproporcionais. Aponta como objetivo primordial do pressuposto constitucional em debate a cientificação das autoridades a respeito da ocorrência de eventos, de forma a permitir atuação voltada à preservação de direitos direta e indiretamente afetados pelo ato. Diz da necessidade de garantia das liberdades de reunião e expressão, ainda que materializadas em manifestações e protestos espontâneos, exceto quando o exercício desses direitos representar violação da ordem pública democrática.

É o relatório.”

Iniciado o julgamento em 5/4/18, o Ministro **Marco Aurélio** votou

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 104 de 125

RE 806339 / SE

pelo não provimento do recurso extraordinário, sob o entendimento de que a reunião em local aberto ao público necessita de prévia comunicação à autoridade competente. Propôs a seguinte tese de repercussão geral: “O exercício do direito de reunião pacífica deve ser precedido de aviso à autoridade competente, não podendo implicar interrupção do trânsito em rodovia”. Em seguida, o Ministro **Alexandre de Moraes** pediu vista dos autos.

Na sessão de 19/12/18, o Ministro **Alexandre de Moraes** apresentou voto vista, acompanhando o Relator. Também o Ministro **Luiz Fux** acompanhou o Relator, votando pelo não provimento do apelo extraordinário. De outro lado, os Ministros **Edson Fachin**, **Roberto Barroso**, **Rosa Weber**, **Cármen Lúcia** e **Ricardo Lewandowski** votaram pelo provimento do recurso, ocasião em que pedi vista dos autos para melhor análise da questão. Estavam ausentes, justificadamente, os Ministros **Celso de Mello** e **Gilmar Mendes**.

Restituo os autos a julgamento ressaltando, de início, que o direito de reunião é forma coletiva de exercício do direito à livre manifestação do pensamento por pessoas que comungam das mesmas ideias ou dos mesmos objetivos.

A permissão ao livre debate de ideias, quaisquer que elas sejam e mesmo que envolvam críticas e protestos, é condição **sine qua non** para o amadurecimento do sistema de governo democrático e para o desenvolvimento de uma sociedade pluralista e participativa.

Nesse sentido, colaciono lição extraída da abalizada doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

“O direito de associação e o direito de reunião ligam-se intimamente à liberdade de expressão e ao sistema democrático de governo. A livre opinião pública é fundamental para o controle do exercício do poder e é tributária da garantia da liberdade de expressão e também do direito de reunião, pelo qual se assegura às pessoas a possibilidade de ingressarem na vida pública e interferirem ativamente nas deliberações

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 105 de 125

RE 806339 / SE

políticas, pressionando por uma variante de ação estatal.

A liberdade de reunião pode ser vista como instrumento da livre manifestação do pensamento, aí incluído o direito de protestar. Trata-se de um direito à liberdade de expressão exercido de forma coletiva. **Junto com a liberdade de expressão e o direito de voto, forma o conjunto das bases estruturantes da democracia (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva. 2007. p. 383-384 – grifo nosso).**

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), tratado das Nações Unidas ratificado por diversos países e promulgado no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 592/92, reconhece o direito à liberdade de expressão em seu art. 19, que assim dispõe:

“1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha”

(Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acessado em 27/10/20).

O referido Pacto também estabelece o reconhecimento à liberdade de reunião pacífica, bem como as diretrizes para eventual restrição desse direito, nos seguintes termos:

“Artigo 21

O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde pública ou os direitos e as liberdades das pessoas.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 106 de 125

RE 806339 / SE**Artigo 22**

Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acessado em 27/10/20 – grifo nosso).

Outrossim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 678/1992, traz em seus arts. 15 e 16 garantias à liberdade de reunião e de associação, nos seguintes termos:

“Artigo 15. Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 16. Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia” (Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_ame

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 107 de 125

RE 806339 / SE

ricana.htm> Acessado em 27/10/20).

Com efeito, é certo que não há direitos fundamentais absolutos. A própria Constituição Federal de 1988, seja por normas explícitas, seja por seu arcabouço principiológico, estabelece como e quando pode haver alguma limitação ao exercício dos direitos fundamentais.

As limitações não podem, portanto, ser feitas à revelia da Constituição e somente se configuram como legítimas quando realizadas de acordo com as prescrições do texto constitucional.

Especificamente sobre possível limitação ao direito de reunião, direito fundamental que se analisa nos presentes autos, importa registrar que, em 2007, esta Corte teve a oportunidade de se pronunciar no julgamento da ADI nº 1.969/DF, de relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, tendo concluído que eventual restrição deve se revelar **adequada, necessária e proporcional quando confrontada com a vontade da Constituição**. O julgado restou assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. II. **A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung)**. III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99” (ADI nº 1.969/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJe de 31/8/07 – grifo nosso).

Na ocasião, o Ministro **Ricardo Lewandowski** clarificou, em seu voto, a partir das preciosas lições de J. J. Gomes Canotilho, a maneira

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 108 de 125

RE 806339 / SE

como os direitos fundamentais podem encontrar alguma restrição, **in verbis**:

“Canotilho, nesse sentido, ensina que a compreensão da problemática das restrições de direitos e garantias fundamentais exige uma sistemática de limites, classificando-os de acordo com a seguinte tipologia: a) restrições constitucionais diretas ou imediatas, que são aquelas traçadas pelas próprias normas constitucionais; b) restrições estabelecidas por lei mediante expressa autorização da constituição; e c) restrições da resolução de conflitos entre direitos contrapostos.”

Desse modo, é possível que se restrinja o alcance de um direito fundamental em três situações: a) em razão de seu desenho constitucional, quando a própria Constituição prevê limitação para seu exercício, como no caso de estado de defesa e na vigência de estado de sítio; b) em razão da existência de expressa autorização na Constituição da República para que o legislador ordinário, ao expedir ato legal regulamentando seu exercício, o limite; c) ou em decorrência de uma ponderação com valores outros que ostentem igual proteção constitucional.

A Constituição Federal estabelece o direito de reunião como princípio basilar do Estado Democrático de Direito e um dos instrumentos para a realização do princípio da liberdade de manifestação do pensamento, e o faz nos seguintes termos:

“Art. 5º (...)

(...)

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, **independentemente de autorização**, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo **apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.**” (grifei).

Da expressa previsão constitucional, tem-se que: a) o direito de

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 109 de 125

RE 806339 / SE

reunião prescinde de autorização prévia do poder público para ser exercido; e b) as únicas condicionantes impostas ao direito de reunião pela Constituição são: que a reunião seja pacífica, sem uso de armas, e que haja aviso prévio de sua realização, a fim de que não se frustre o direito de reunião de grupo diverso.

Conforme consignei no julgamento de mérito da ADI nº 5.852/MS, de **minha relatoria**,

“A Constituição Federal, ao prescrever a desnecessidade de autorização, está a afirmar a prescindibilidade de assentimento ou concordância da Administração Pública, tão grave e cara à democracia é a garantia do exercício dessa prerrogativa.

(...)

A Constituição, portanto, prescreve, de um lado, uma abstenção do Poder Público, para que não obste a reunião pacífica de cidadãos em prol de um objetivo comum e, de outro, uma prestação positiva por parte das autoridades públicas, a fim de que elas auxiliem o exercício de tão importante direito mediante organização do trânsito e ainda, se necessário, deslocamento de efetivo policial para o local do encontro” (ADI nº 5.852/MS, Tribunal Pleno, de **minha relatoria**, ata de julgamento publicada em 9/9/20).

Assim, entendo que o “prévio aviso à autoridade competente”, nos termos do art. 5º, inciso XVI, da Constituição, não constitui condicionante ao exercício do direito de reunião e de manifestação, mas formalidade a ser cumprida, **sempre que possível**, a fim de propiciar que o direito de reunião e de livre manifestação seja exercido de maneira pacífica, ordeira e segura (tanto para os cidadãos que estejam participando ativamente das reuniões/manifestações quanto para os que delas não estejam participando), bem como em harmonia com os demais direitos fundamentais, dentro das bases democráticas do Estado brasileiro.

Trata-se, portanto, o aviso prévio de importante mecanismo de preparação do Estado na própria garantia dos direitos envolvidos. Porém,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 110 de 125

RE 806339 / SE

faço a ressalva do “sempre que possível” para que a formalidade do aviso prévio seja cumprida/exigida quando as circunstâncias de cada caso concreto permitirem, de modo a não frustrar, tampouco impedir, a realização de reuniões ou manifestações **espontâneas**, compreendidas como reações ou impulsos coletivos imediatos surgidos no seio da sociedade e despertados por acontecimentos sociais, políticos ou outros, sem antecedência de deliberação ou organização.

A propósito, importa registrar que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) divulgou recentemente, em 23 de julho de 2020, o Comentário Geral nº 37/20 contendo sua nova interpretação sobre o direito de reunião pacífica (previsto no art. 21 do já citado PIDCP), diante dos desafios causados pela pandemia de COVID-19 para o exercício do referido direito, especialmente no atual contexto de manifestações coletivas espontâneas surgidas em diversos países, inclusive no Brasil, tais como os protestos mundiais em apoio ao movimento **Black lives matter** (ou “Vidas negras importam”) e até mesmo as manifestações contrárias ou favoráveis às medidas adotadas mundialmente para a contenção da pandemia de COVID-19.

Dentre as recomendações constantes dessa nova interpretação emitida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, as quais devem ser observadas pelos 173 países assinantes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, destacam-se as seguintes:

a) todos, incluindo crianças, estrangeiros, mulheres, trabalhadores migrantes, requerentes de asilo e refugiados, podem exercer o direito de reunião pacífica, que pode assumir várias formas: em espaços públicos e privados, ao ar livre, dentro de casa e **online**; b) os governos têm obrigações positivas sob o Pacto de facilitar assembleias pacíficas e proteger os participantes de possíveis abusos por parte de outros membros do público; c) os governos também têm deveres negativos, como não proibir, restringir, bloquear ou interromper montagens sem justificativa convincente; d) referências generalizadas à ordem pública, à segurança pública ou a um risco não especificado de violência potencial não são bases sólidas para os governos proibirem assembleias pacíficas; e)

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 111 de 125

RE 806339 / SE

qualquer restrição à participação em assembleias pacíficas deve ser baseada em uma avaliação diferenciada ou individualizada da conduta dos participantes. Restrições gerais à participação em assembleias pacíficas não são apropriadas; f) os governos não devem coletar dados pessoais para assediar ou intimidar os participantes nem podem bloquear redes de **internet** ou fechar qualquer site por causa de suas funções na organização ou solicitação de uma assembleia pacífica (fonte: <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26133&LangID=E>> Acessado em 27/10/20 – tradução livre. Inteiro teor do Comentário Geral nº 37/20 do CDH-ONU disponível em:<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>).

Nessa perspectiva e atendo-me à questão central lançada no presente julgamento de repercussão geral, qual seja, “saber qual o alcance da exigência de aviso prévio à autoridade competente como pressuposto para o legítimo exercício da liberdade de reunião”, firmo meu entendimento no sentido de que o aviso prévio é formalidade a ser, em regra, cumprida mediante efetiva comunicação à autoridade competente, a fim de permitir que o direito de reunião e de livre manifestação seja exercido dentro de base pacífica, ordeira, segura e democrática e em harmonia com os demais direitos constitucionais, não se configurando, contudo, como pressuposto para seu legítimo exercício, tampouco como indispensável requisito de licitude do direito fundamental de reunião assegurado pelo art. 5º, XVI, da Constituição.

Desse modo, tenho que a ausência de prévia comunicação à autoridade competente acerca da manifestação, nas circunstâncias em que a exigência não se mostra razoável, como nas reuniões ou manifestações de caráter espontâneo acima mencionadas, não justifica interferência no livre exercício da liberdade de reunião, tampouco torna sua realização automaticamente ilícita.

Admitir a exigência de aviso prévio em toda e qualquer situação, inclusive nas manifestações espontâneas pacíficas (que não ofendam a ordem e a segurança públicas nem inviabilizem o exercício de outros

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 112 de 125

RE 806339 / SE

direitos fundamentais), sob pena de ser a manifestação considerada ilícita e sofrer interferência estatal, equivaleria à imposição de restrição desnecessária, inadequada e desarrazoada ao direito de reunião – o que se mostra inadmissível à luz do art. 5º, inciso XVI, da Constituição Federal, por esvaziar o próprio escopo dessa garantia fundamental.

Sob tal compreensão, passo à análise do caso concreto.

In casu, o acórdão recorrido entendeu que "o direito de reunião não é absoluto, exigindo o aviso prévio para que as autoridades examinassem a conveniência e oportunidade no local que permite o exercício da locomoção e que seria comprometido" (fl. 447 do eDoc. 3 dos autos). Fixou multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada entidade participante da manifestação realizada que não impediu a tentativa de desobediência da ordem judicial.

Reitero, nos termos de meu voto no julgamento da ADI nº 5.852/MS, que a Constituição, em seu art. 5º, inciso XVI, prescreve, de um lado, uma abstenção do poder público, para que não obste a reunião pacífica de cidadãos em prol de um objetivo comum e, de outro, uma prestação positiva por parte das autoridades públicas, a fim de que elas auxiliem o exercício de tão importante direito mediante organização do trânsito e ainda, se necessário, deslocamento de efetivo policial para o local do encontro.

Ora, no caso dos autos, o tribunal de origem deixou claro o entendimento de que o poder público, sob o pretexto da exigência de aviso prévio, estaria legitimado a fazer juízo de conveniência e oportunidade para a realização de manifestação em determinado local e a impor condicionantes ao exercício da liberdade de reunião, o que, na linha do que já exposto, não se coaduna com o propósito da prévia comunicação, que se presta para que a Administração Pública possa se organizar e promover as medidas necessárias para resguardar a paz e a ordem social, a segurança pública, inclusive a segurança dos participantes e não-participantes da manifestação coletiva, a prevenção do crime, o respeito aos demais direitos constitucionais etc.

É certo que, na espécie, não se tratava de manifestação espontânea,

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 113 de 125

RE 806339 / SE

de modo que se fazia necessário o prévio aviso à autoridade competente, conforme expressa previsão constitucional constante da parte final do inciso XVI do art. 5º da CF.

No entanto, só o fato de não ter havido prévia comunicação às autoridades sobre a manifestação não pode servir de impedimento ao exercício do direito de reunião nem deve transformar, por si, a realização do evento em ato ilícito.

Isso porque, no caso, embora sem prévio aviso à autoridade competente, houve o conhecimento notório do evento por parte do poder público, tanto que a União ingressou com interdito proibitório para impedir sua realização.

Ademais, a concessão do interdito proibitório pelo tribunal **a quo** configura medida obstativa ao direito de reunião e de manifestação, contrária aos deveres negativos do Estado para a efetivação dos direitos fundamentais.

Por fim, cumpre notar que eventual bloqueio integral do tráfego em rodovias e vias públicas representaria abuso do exercício do direito de reunião e livre manifestação, o que autorizaria o poder público a agir, legitimamente, para impedir real bloqueio, sem necessidade, para isso, de proibir por completo a própria realização do evento e, portanto, o próprio exercício do direito de reunião e de manifestação.

Ante o exposto, com a devida vênia ao eminente Ministro **Marco Aurélio** e aos Ministros que o acompanharam, filio-me ao entendimento divergente e voto pelo provimento do presente recurso extraordinário, afastando as multas cominatórias impostas aos ora recorrentes.

É como voto.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 114 de 125

15/12/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339 SERGIPE

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S)	:SINDICATO UNIFICADO DOS TRABALHADORES PETROLEIROS PETROQUIMICOS QUIMICOS E PLASTICOS DOS ESTADOS DE ALAGOAS E SERGIPE SINDIPETRO
RECTE.(S)	:COORDENAÇÃO NACIONAL DE LUTAS - CONLUTAS
RECTE.(S)	:PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU
ADV.(A/S)	:RAQUEL DE OLIVEIRA SOUSA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	:RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO
ADV.(A/S)	:ARISTEU CESAR PINTO NETO
RECDO.(A/S)	:UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:SINDICATO DOS TRABALHADORES EM SINDICATOS FEDERACOES ASSOCIACOES CENTRAIS SINDICAIS ORGAOS CLASSISTAS E ENTIDADES AFINS DO ESTADO DE SERGIPE - SINTES
ADV.(A/S)	:MARIA DA CONCEIÇÃO BEZERRA
INTDO.(A/S)	:COMISSAO PASTORAL DA TERRA - CPT
ADV.(A/S)	:MARTA PINTO DOS ANJOS
INTDO.(A/S)	:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	:MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(S)
INTDO.(A/S)	:ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	:CAMILA MARQUES BARROSO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	:MARCOS ROBERTO FUCHS
INTDO.(A/S)	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 115 de 125

RE 806339 / SE

PAULO

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de recurso extraordinário interposto nos autos de interdito proibitório ajuizado pela União em 31/03/2008. Pediu que os ora recorrentes se abstivessem de realizar manifestação no dia seguinte, 01/04/2008, na Rodovia Federal BR-101, pois eles não enviaram prévio aviso à autoridade competente. O juízo concedeu liminar para determinar a proibição, sob pena de multa; o que foi confirmado por sentença e, posteriormente, por acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Os ora recorrentes pretendem o provimento do extraordinário e o afastamento das multas fixadas.

Esta Corte concluiu pela repercussão geral do tema. O julgamento foi iniciado em 05/04/2018, tendo o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, votado pelo não provimento do extraordinário, sob o fundamento de que a reunião em local aberto ao público necessita de prévia comunicação à autoridade competente. Propôs a seguinte tese: *“O exercício do direito de reunião pacífica deve ser precedido de aviso à autoridade competente, não podendo implicar interrupção do trânsito em rodovia”*.

O Ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos e, na sessão de 19/12/2018, apresentou voto-vista em que acompanhou o Relator, no que foi seguido pelo Ministro Luiz Fux. Os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski votaram pelo provimento do recurso. O eminente Ministro Dias Toffoli também acompanhou a divergência.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 116 de 125

RE 806339 / SE

É o sucinto relato do essencial. Adota-se, no mais, o bem lançado relatório do eminente Ministro Marco Aurélio.

O cerne da controvérsia reside em saber se o direito de reunião, previsto pelo art. 5º, XVI, da Constituição Federal, deve ser exercido em conformidade com o prévio aviso à autoridade competente. É dizer, busca-se saber como o direito à reunião pode ser concretizado pela sociedade de forma consistente à Constituição. A norma dispõe o seguinte:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;” (com meus grifos)

Deve-se examinar, portanto, a necessidade do “*prévio aviso à autoridade competente*” como condição para o exercício do direito de reunião.

Inicialmente, registro que o direito à reunião é garantia do cidadão para que expresse suas legítimas manifestações e anseios sociais e políticos. É importante meio para que o povo possa exercer sua liberdade de pensamento e expressão em questões que repute relevantes, nos mais diversos temas que compõem a vida em sociedade.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 117 de 125

RE 806339 / SE

Na democracia, é postulado dos mais significativos para que haja liberdade de expressão. Trata-se de cláusula pétrea da Constituição da República de 1988; em harmonia às Constituições de 1891 (art. 72, § 8º); 1934 (art. 113, parágrafo 11); 1937 (art. 122, parágrafo 10); 1946 (art. 141, parágrafo 11); e 1967 (art. 150, parágrafo 27). Tais dispositivos faziam expressa menção à manutenção da ordem pública, bem assim à necessidade de designar-se previamente data e local para a manifestação.

É incontestável, portanto, que o direito à reunião é garantia constitucional e deve ser, assim, protegido. Porém, o objeto central da discussão gravita em torno de ser essa garantia absoluta ou estar condicionada à necessidade da prévia comunicação à autoridade competente. E aí, com todas as escusas à douda divergência, a prévia comunicação é condição válida e constitucional para que o direito à reunião seja exercido de forma adequada.

A razão de a Carta Magna exigir a prévia comunicação à autoridade está na necessidade – **absolutamente razoável** – do Poder Público de saber, com antecedência, informações lógicas e fundamentais para que possa concretizar a manifestação de forma pacífica, como data, hora, local, objetivo e número estimado de pessoas. E, assim, consiga verificar se já houve prévio agendamento de outra reunião para mesma data e lugar; preparar o local com as devidas sinalizações e desvios de trânsito; requisitar reforço policial quando necessário, além de fornecer, sendo possível, apoio logístico.

Compete, ainda, à Administração Pública zelar pelo direito de locomoção das demais pessoas, caso a manifestação bloqueie uma rodovia, por exemplo. Deve proteger, também, a garantia de locomoção dos demais cidadãos que estejam a passar pelo lugar (direito de ir e vir), bem assim observar a saúde e integridade física dos manifestantes e de outros cidadãos que porventura estejam no local.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 118 de 125

RE 806339 / SE

Sem prévia comunicação que contenha tais informações, o Poder Público fica impossibilitado de exercer todas as atividades acima mencionadas; atividades que são seu dever. Imaginemos que, ao tomar ciência de reunião previamente agendada por determinado movimento, haja organização de movimento contrário para também se reunir no mesmo local e data.

O choque será inevitável se não houver necessária e prévia comunicação à autoridade competente. Tal questão foi bem enfatizada no voto do eminente Ministro Alexandre de Moraes, ao relatar sua experiência como Secretário de Segurança Pública em São Paulo.

A questão, portanto, não gira em torno de reconhecer-se discricionariedade à Administração Pública, para ela permitir ou negar manifestações conforme sua conveniência e oportunidade. Antes, trata-se de permitir à Administração que, uma vez recebida a prévia comunicação, consiga preparar-se e, inclusive, auxiliar na concretização harmônica e pacífica do direito de reunião, sob pena de que sejam permitidos eventuais riscos ou violações a direitos de outros cidadãos.

Nesse contexto, cabe trazer excerto do voto condutor que o eminente Ministro Ricardo Lewandowski proferiu por ocasião do julgamento da ADI 1.969/DF:

“Ora, certo que uma manifestação sonora nas imediações de um hospital afetaria a tranquilidade necessária a esse tipo de ambiente, podendo, até mesmo, causar prejuízos irreparáveis aos pacientes. Ter-se-ia, nesse caso, uma hipótese de colisão entre direitos fundamentais, na qual o direito dos pacientes à recuperação da saúde certamente prevaleceria sobre o direito de reunião com tais características. Numa situação como essa, a restrição ao uso de carros, aparelhos e objetos sonoros mostrar-se-ia perfeitamente razoável.”

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 119 de 125

RE 806339 / SE

E, em outro trecho de seu voto:

“Ademais, analisando-se a questão sob uma ótica pragmática, cumpre considerar que as reuniões devem ser, segundo a dicção constitucional, previamente comunicadas às autoridades competentes, que haverão de organizá-las de modo a não inviabilizar o fluxo de pessoas e veículos pelas públicas.”

(ADI 1.969/DE, Ministro Ricardo Lewandowski, j. 28.06.2007).

Conquanto em *obiter dictum*, a ponderação do eminente Ministro Ricardo Lewandowski deve ser aplicada ao caso. Aqui, houve paralisação em rodovia federal (BR-101).

Ou seja, o exercício do direito de reunião em local aberto ao público pode ser livre, desde que não prejudique ou viole direitos constitucionais de outros cidadãos. De fato, a paralisação da rodovia impediu e/ou restringiu o direito fundamental de ir e vir dos que necessitavam trafegar por aquela determinada via.

Distingue-se: o direito à reunião é garantia fundamental e deve ser protegido. Seu exercício em local aberto ao público, contudo, depende de prévio comunicado ao poder competente, a fim de que possa organizar os aspectos logísticos para sua realização.

É interessante analisar também o que ocorre nos Estados Unidos da América. Lá, a 1ª Emenda à Constituição dispôs de forma expressa sobre o direito do povo a reunir-se pacificamente (<https://constitutioncenter.org/media/files/Port-Constitution%208-19.pdf>):

“O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.” (com meus grifos)

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 120 de 125

RE 806339 / SE

Berço das democracias ocidentais modernas, lá também o exercício do direito de reunião é harmonizado a direitos constitucionais de outros cidadãos. De um lado, o Poder Público não pode negar o direito de reunião sem qualquer justificativa; tampouco pode tolher a liberdade de cidadãos que pacificamente participem de tais manifestações (*Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969)). Por outro, reconhece-se como constitucional prévio requerimento em que sejam informados o tempo, local e modo de manifestação (*Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791 (1989)). O objetivo consiste em fornecer à Administração oportunidade para que possa organizar-se com prazo razoável e de forma adequada.

Nessa esteira, compartilho da excelente e louvável preocupação externada no voto do eminente Ministro Dias Toffoli, devendo ser realmente expurgadas quaisquer arbitrariedades do Estado. Tal postura é, de fato, inadmissível. Não se endossa conduta ilegal do Poder Público em eventual recusa ou demora tendente a inviabilizar o direito de reunião em tela. Tal manifestação deve obedecer à letra do art. 5º, XVI, da Constituição da República, isto é, ser pacífica e sem armas. E o Poder Público, a partir daí, deve empreender esforços para que a manifestação ocorra, de forma harmoniosa a respeitar-se os direitos constitucionais de outros cidadãos.

No caso, porém, não há quaisquer indícios de arbitrariedade da Administração Pública. Reconhece-se que, por vezes, ela possa arbitrariamente recusar-se ou demorar demasiadamente a analisar o prévio comunicado para exercício do direito de reunião. Mas disso não há qualquer prova no caso.

De qualquer forma, aqui, os ora recorrentes possuíam conhecimento e estrutura suficientes para terem comunicado previamente à autoridade competente sobre a manifestação pretendida. Não o fizeram. O Poder Público tomou ciência apenas de forma indireta e eventual ao deparar-se

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 121 de 125

RE 806339 / SE

com panfleto por meio do qual se noticiava a manifestação, com consequente paralisação de rodovia federal.

Após, mesmo tendo sido o movimento notificado sobre a decisão judicial que concedeu liminar à União, houve recusa a cumprir-se tal determinação. Assim, a sentença e o acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região devem ser confirmados, sobretudo quanto à exigibilidade das multas. Houve prova nos autos de que os movimentos simplesmente se recusaram a cumprir a ordem judicial de abstenção de paralisação da rodovia. No caso, não houve qualquer aviso prévio à autoridade competente.

E o manejo do interdito proibitório no mesmo dia em que teve ciência da manifestação (31/03/2008) agendada para o dia posterior (01/04/2008) não equivale à prévia comunicação, uma vez que isso logicamente pressupõe um prazo razoável, a fim de que a Administração Pública possa adotar as medidas logísticas necessárias a tanto.

O prazo máximo de 48 horas, a exemplo do que ocorre na Alemanha, é razoável. Lá, o direito de reunião em locais externos ocorre após prévia manifestação, no prazo máximo de 48 horas, à autoridade competente, conforme art. 8, II, da Lei Fundamental, e Seção 14, item 1, da Lei sobre assembleias e procissões (*Gesetz über Versammlungen und Aufzüge – Versammlungsgesetz*) (https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/IEVR/Arbeitsmaterialien/Staatskirchenrecht/Deutschland/Religionsnormen/German_Legal_Provisions/II_C_-_German_Legal_Provisions.pdf).

Reconhece-se que o mundo tem apresentado constantes e sucessivas manifestações, seja em razão da pandemia causada pelo lamentável vírus SARS-CoV-2 (causador da doença COVID-19), seja por movimentos como *black blocs* ou *black lives matter*, todos mencionados pelos eminentes Ministros.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 122 de 125

RE 806339 / SE

Nesse contexto, reitero: o direito de reunião é garantia fundamental. Contudo, a Constituição Federal protege também outros direitos fundamentais de relevo, que devem, portanto, ser respeitados. Nenhuma sociedade deve trilhar o caminho da violência e saques, como, infelizmente, temos visto, por vezes, em outros países. Tumultos e lesões a direitos igualmente fundamentais de outras pessoas é conduta ilegítima, com a qual não pode o Poder Público concordar. Daí a necessidade de prévia comunicação à autoridade competente, que se torna importante instrumento de harmonização a outras garantias fundamentais, como os direitos à vida, à segurança e à propriedade, conforme art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

No Brasil, assim, as manifestações, a exemplo de quaisquer outras, devem ser balizadas pelos princípios fundamentais que regem nossa Constituição. Preserva-se o direito de reunião, instrumento da liberdade de expressão e pensamento. Porém, essas manifestações devem ser concretizadas de forma pacífica e organizada, sem tumultos ou violência. Esse é o propósito do parágrafo final do art. 5º, XVI, da Constituição da República.

Sem indícios de arbitrariedade, a conduta da Administração Pública presume-se legítima. Claro que, havendo, caberá ao interessado o manejo dos remédios constitucionais adequados para coibir ou estancar qualquer prática arbitrária da Administração Pública.

Nessa ordem, portanto, concluo que o direito de reunião é garantia fundamental e deve ser harmonizado com os direitos e garantias fundamentais de outros cidadãos (tais como os direitos de ir e vir, de propriedade, à saúde, etc.). Para que haja essa compatibilização, o prévio comunicado à autoridade competente constitui-se meio adequado, razoável e hígido. É, portanto, constitucional.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 123 de 125

RE 806339 / SE

Para fins de fixação de tese, proponho o seguinte enunciado:
“O direito de reunião pacífica é garantia constitucional, de modo que a prévia comunicação à autoridade competente deve ser realizada, a fim de que a Administração Pública possa certificar-se de que não haja manifestação anteriormente agendada, bem como organizar seus respectivos detalhes logísticos”.

Ante o exposto, **acompanho** o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, **para negar provimento** ao extraordinário.

É como voto.



BR > Defensoria Pública da União

Liberdade de reunião - tema 855

842

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 124 de 125

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 806.339

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S) : SINDICATO UNIFICADO DOS TRABALHADORES PETROLEIROS
PETROQUIMICOS QUIMICOS E PLASTICOS DOS ESTADOS DE ALAGOAS E
SERGIPE SINDIPETRO

RECTE.(S) : COORDENAÇÃO NACIONAL DE LUTAS - CONLUTAS

RECTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU

ADV.(A/S) : RAQUEL DE OLIVEIRA SOUSA (4572/SE) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO (32147/DF, 140251/MG,
1190/SE)

ADV.(A/S) : ARISTEU CESAR PINTO NETO (110059/SP)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES EM SINDICATOS FEDERACOES
ASSOCIACOES CENTRAIS SINDICAIS ORGAOS CLASSISTAS E ENTIDADES AFINS
DO ESTADO DE SERGIPE - SINTES

ADV.(A/S) : MARIA DA CONCEIÇÃO BEZERRA (0002444/SE)

INTDO.(A/S) : COMISSAO PASTORAL DA TERRA - CPT

ADV.(A/S) : MARTA PINTO DOS ANJOS (4658/BA)

INTDO.(A/S) : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(S) (PR040855/)

INTDO.(A/S) : ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP)

INTDO.(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux. Falou, pelo recorrente Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado - PSTU, o Dr. Cezar Britto. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 5.4.2018.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes e do voto do Ministro Luiz Fux, que acompanhavam o Relator, negando provimento ao recurso extraordinário; e dos votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Plenário, 19.12.2018.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 125 de 125

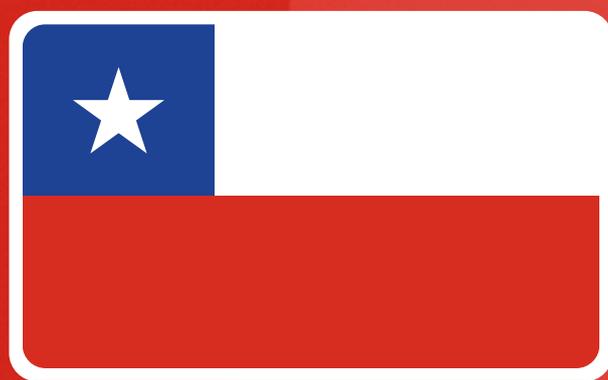
Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 855 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para afastar a condenação ao pagamento da multa cominatória e dos honorários fixados, invertendo-se, por conseguinte, a sucumbência, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes, Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Foi fixada a seguinte tese: "A exigência constitucional de aviso prévio relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao poder público zelar para que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustrate outra reunião no mesmo local". Plenário, Sessão Virtual de 4.12.2020 a 14.12.2020.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário



Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem injuncional, para: i) determinar ao Presidente da República que, nos termos do art. 8º, I, da Lei nº 13.300/2016, implemente, “no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022)”, a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei nº 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza - renda *per capita* inferior a R\$ 89,00 e R\$ 178,00, respectivamente - Decreto nº 5.209/2004), devendo adotar todas as medidas legais cabíveis, inclusive alterando o PPA, além de previsão na LDO e na LOA de 2022; e ii) realizar apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básico e variáveis do programa Bolsa Família (Lei nº 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei nº 10.835/2004, unificando-os, se possível. Tudo nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Plenário, Sessão Virtual de 16.4.2021 a 26.4.2021.



CHILE

CH

Asociación de Defensoras y Defensores
Penales Públicos de Chile



CH > Asociación de Defensoras y Defensores Penales Públicos de Chile

Fallo remitido

846

Fallo remitido

TOP DE VIÑA DEL MAR, 09.07.18 RIT 174-2018 [ver fallo completo](#)

Resumió Tribunal Oral en lo Penal absuelve a imputada por delito de lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar, por considerar que la imputada actuó en legítima defensa (TOP de Viña del Mar, 09.07.18 RIT 174-2018)

Norma Asociada CP 10 N° 4; CP 399; CP 397; CP 400

Tema Legítima defensa; violencia contra la mujer; enfoque de género.

Descriptor Legítima defensa; violencia contra la mujer.

Síntesis TOP absuelve a mujer imputada de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar en contra de su cónyuge, por considerar que se daban en el caso los requisitos de la legítima defensa, lo que se acredita por el testimonio de los familiares y por el historial de violencia intrafamiliar que había ejercido la víctima en contra de la imputada (considerando 11°).



Tribunal Oral en lo Penal absuelve a imputada por delito de lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar, por considerar que la imputada actuó en legítima defensa (TOP de Viña del Mar, 09.07.18 RIT 174-2018)

Viña del Mar, nueve de julio de dos mil dieciocho. VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Antecedentes, Tribunal e intervinientes. Que entre los días tres y cuatro de julio en curso, ante esta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, presidida por el Juez Presidente de Sala Alejandro Palma Cid e integrada por las juezas Roxana Valenzuela Reyes y Viviana Poblete Vera, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral RUC 1600858171-5, RIT174-2018, seguido en contra de J. C. G. M., sin apodo, cédula de identidad N°XX-X, nacida en Viña del Mar el X de X de 1964, de 54 años de edad, casada, labores de casa, domiciliada en calle XX N°X, Villa X, Viña del Mar.

Sostuvo la acusación fiscal el Ministerio Público, representado por su Fiscal Vivian Quiñones Antivilo, en tanto que la defensa fue asumida por el Defensor Penal Público abogado Guillermo Améstica Zavala, todos con domicilios y forma de notificación y registrados en el Tribunal.

SEGUNDO: Acusación. Que los hechos materia de la acusación fiscal, según se leen el auto de apertura, son los siguientes:

Con fecha 11 de septiembre de 2016, en horas de la madrugada, en el domicilio familiar, de calle XX N° X, Viña del Mar, en el contexto de una celebración familiar, se produce una discusión entre la imputada J. C. G. M., y su cónyuge, la víctima O.

A. E. D., quien se encontraba alterado y bajo los efectos del alcohol, en dicha discusión y en defensa de su madre interviene el hijo en común, el imputado J. E. G., quien agredió con golpe de puño a su padre, la víctima, quien cae al suelo, y entales circunstancias J. G., con un arma blanca le propina una puñalada a su cónyuge en el tórax, provocándole una herida penetrante zona intercostal derecha con neumotórax abierto, lesiones calificadas como graves a juicio médico.

Los hechos descritos, a juicio del Ministerio Público, configuran el delito de lesiones graves, en grado consumado, descrito y sancionado en los artículos 399 y 397 N°2 del Código Penal del Código Penal, agravadas por el artículo 400 del mismo cuerpo legal, atribuyéndose a la acusada J. C. G. M. participación en calidad de autora.

La Fiscalía indica que concurre en favor de la acusada la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal, esto la de irreprochable conducta anterior y solicita se le imponga la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, accesorias y costas.

TERCERO: Alegaciones del Ministerio Público. El Ministerio Público en su alegato de apertura indica que los hechos se producen en contexto de violencia intrafamiliar, en la cual se involucra incluso un hijo mayor de edad. Indica que la situación da cuenta de que existe una situación de violencia cruzada, que lleva al resultado de las lesiones materia de la acusación.

En su alegato de clausura el Ministerio Público solicita condenar a la acusada por el delito materia de la acusación, en la calidad de autora que se le atribuyó y en grado de consumado.

Los supuestos fácticos los entiende acreditados, declaró un testigo presencial, el testigo P., quien relata las circunstancias en que se produce la situación y como O.

A. E. D. fue agredido con un arma blanca por su cónyuge. El funcionario Peña tomó contacto con la víctima y obtiene un primer relato, quien refiere haber sido agredido por su esposa, el funcionario toma contacto con ella y procede a su detención. La acusada J. G. se encontraba bien, sin señales visibles de lesiones.



Coincidente con lo anterior el testigo R. G. constata el estado de salud de la víctima y refiere que ésta le dijo no recordar los hechos y el policía concurrió al lugar de los hechos levantando el arma que se habría utilizado. También la hija de la imputada dio cuenta de los hechos que tomó conocimiento.

La víctima presentó dos declaraciones distintas en la etapa investigativa. Hizo referencia a violencia intrafamiliar provocada por él y dijo que el día de los hechos se encontraba ebrio, esta víctima sufre de consecuencias de una poliomielitis. No se contó con prueba pericial, pero sí documental, hoja DAU, que si bien tiene error en cuanto al lugar de la herida, esto se zanja con la ficha clínica, en la que se indican los efectos y consecuencias en la salud de la víctima, causada por la lesión.

No hay mayor controversia en tiempo y lugar.

La imputada da una versión de los hechos y su defensa alega legítima defensa, respecto de la cual indica que no se dan los requisitos. Se observaron fotografías tomadas tres días después, en las que se aprecian algunos hematomas, pero en ningún momento de entidad mayor que justificara la legítima defensa.

Historia de vida la acusada da cuenta que tenía normalizada la violencia intrafamiliar, este evento es distinto, se lo explica porque estaba cansada agotada, sale de la situación de violencia y se dirige a la cocina a buscar un cuchillo y regresa provocándole la lesión, no estando en riesgo su salud inmediata.

Indica que no hubo dolo de matar, sino de lesionar y se producen lesiones agravadas.

CUARTO: Alegaciones de la Defensa. En su alegato de apertura, la Defensa manifestó que la presente causa trata de violencia intrafamiliar y alega legítima defensa.

Entiende que ha existido una agresión de carácter ilegítima, que se ha perpetuado durante el tiempo. Las circunstancias de la discusión, la situación mental de la acusada y de su hijo se conocerá y se determinará que la acusada reaccionó a través de un medio racional.

Se conocerá la dinámica de este hogar, en el cual la acusada debió soportar los malos tratos de que era objeto por parte de su cónyuge.

Solicita la absolución.

En la clausura, sostuvo que la conducta de la acusada se encuentra amparada por la legítima defensa contemplada en el artículo 10 N°4 Código Penal.

Indica que la tesis del Ministerio Público pareciera ser que si la situación está normalizada no hay motivo para reaccionar ahora, lo que no resulta admisible.

Se ha acreditado la existencia de violencia intrafamiliar contra la acusada desde que era adolescente, lo que entronca con la prueba rendida, de no solo ha existido agresión crónica cuando O. consumía alcohol, sino que también lo que ocurrió ese día 11 septiembre de 2016, en que también tomó alcohol, oportunidad en que agredió a la acusada con golpes de puño, con palabras que ella dijo no me merecer por no ser eso. Nadie ha puesto en duda la agresión recibida ese día, O. E. la tomó del cuello, un hombre fuerte como lo indica su hija, el mismo lo dijo y también se pudo apreciar. Eso es lo que ocurrió, como lo indicó O. E., de no haber ocurrido lo que ocurrió ese día el estaría en la cárcel y la acusada en el cementerio. Lo que se interrumpió fue ese curso causal.

No es casual la modificación de la calificación jurídica de parricidio a lesiones graves. No se contó con informe medio legal. El único documento atingente dice que podrían ser menos graves, pero estaba mal. Porque la herida no era a la izquierda sino a la derecha. Por lo tanto no puede darse por acreditada lesiones de determinada gravedad.

La acusada declaró 5 días después, la dinámica de hechos no ha sido debatida en ningún momento.



Por lo demás, el artículo 10 N°4 del Código Penal, en caso alguno habla de proporcionalidad, ya que, de acuerdo al criterio del Ministerio Público, si no estaba sangrando no había sido víctima de una agresión. Lo que dice la norma es la racionalidad del medio empleado y la acusada presenta un problema un retardo mental leve, confirmado con el testimonio de la doctora Paredes y el psicólogo Barrientos.

Concluye afirmando que se cumplen los requisitos de la legítima defensa.

QUINTO: Actitud de la acusada frente a la imputación. Que en presencia de su defensora, la acusada fue debida y legalmente informada acerca de los hechos materia de la acusación fiscal y, en la oportunidad que señala el artículo 326 del Código Procesal Penal, prestó declaración como medio de defensa, en los siguientes términos:

En esa oportunidad J. C. G. M. señaló que se defendió. Que lo que pasó es que él, su marido, O., tomó demasiado, llegó a la casa, se sentó y se le borró todo. Ella le decía que se fueran a acostar. El la llamaba y ella estaba ahí mismo. Se paró y la estaba ahorcando.

No sabe que le pasó que reaccionó de esa manera, tomó el cuchillo y se lo puso ahí.

Desde hace rato que su marido siempre le ha pegado. No sabe que pasó ese día que se defendió de esa manera y él tiene fuerza cuando está con trago, le hace malel trago. Llevan años juntos.

A la Fiscal respondió que cuando se ha referido a él se ha referido a su marido O. E.D., con quien está casada, llevan muchos años y después se casaron. Lleva con el más de 37 años siendo pareja. Su hija se llama N. E. G. y su hijo J. E. G., que tiene 29 años. Todavía vive con O., en el domicilio familiar.

El día que ha relatado fue en el cumpleaños de su nieto, no recuerda la fecha. Fue el 11 de septiembre en la madrugada. Primero estaban en el cumpleaños de su nieto, en el que no se tomó. En su casa, a la entrada, vive otra familia, su familia le dice que baje un rato. Ella dijo que sí y su marido se puso a tomar, harto, pisco, ron, quedó borracho, no podía ni caminar. Ella le decía esta bueno, vamos a la casa, luego él le hizo caso, pero ahí empezó todo lo malo. Ella no bebió nada.

Efectuado el ejercicio del artículo 332 del Código Procesal Penal respecto de su declaración de fecha 14 del 9 de 2016 prestada ante el Ministerio Público de Viña del Mar lee: “en ese lugar yo bebí una cerveza”. Indica que la verdad lo único que bebió es lo que se puso en la mesa cuando sirvió la comida, un vaso de cerveza.

No sabe la hora en que llegaron a su casa, era la madrugada, estaba su hijo J. O., su nuera F. P. y su nieto J. P. Él se sentó a la entrada de la casa y empezó a hablar cosas que no debía y ella le decía que se fueran a acostar, él le contestaba “maraca, huacha tal por cual y todo”, porque no se quería ir a acostar. Se volvió loco perdió toda la noción.

Le empezó a llamar, ella le decía estoy aquí, él hablaba muchas cosas, ella no quería recordar, pero son cosas que no se olvidan. Él se tiró encima, la empezó a ahorcar e insultarla y le pegaba. Ella quería puro pegarle en la boca por las cosas que le decía. Ella no se merecía esas palabras.

Después de eso se iba a afirmar del pie y se cae al suelo, tirando combos y patadas y ahí ella reaccionó y le hizo lo que le hizo. Su marido primero se cae ladeado y luego cae de espaldas. Cuando esto está ocurriendo interviene su hijo J., en algún momento le pegó al papá. Viene del dormitorio y le dice otra vez te estás portando mal. O. contestó tal por cual. Su hijo le ayudó a sujetarlo para llevarlo a acostarse, con mucha fuerza. Entró su hija y lo levantó.

Ella, la declarante, estaba bien machucada, pero no le tomaron fotos.

Tomo un cuchillo y se lo puso y lo sacó, sabe que hizo mal. Su hijo J. estaba tratandode ayudarle y cuando ella hizo eso su hijo quedó helado. En eso entró su hija.



El cuchillo lo sacó de dónde va el servicio, de la cocina y O. estaba en el suelo a la entrada de la casa, todo es un solo lugar. Lo tomó y se fue para allá, donde estaba O., a hacerle lo que le hizo. El cuchillo tomó contacto con el cuerpo de O., ella se agachó y le puso el cuchillo, él estaba pegando patadas y combos, se estaba tratando de parar para seguir pegándole.

El cuchillo se lo puso en la parte derecha del tórax. Dice que fue así no más y hace una expresión de presionar y levantar. Lo dejó en la mesa y llamó a los carabineros, llamó a la ambulancia, en eso llegó N., su hija.

O. quedó herido en la zona del tórax, sangraba, entre todos lo estaban ayudando y lo llevaron a la posta en el auto de su yerno. Cuando ella estaba en la casa no llegó carabineros. Ella fue al hospital, con su hija y su yerno. Allá no la dejaron entrar, sólo su hija lo hizo. Supo que después ya estaba reaccionando y lo malo es que el carabinero le dijo que había muerto, pero él no murió, quedó hospitalizado.

Ella quedó detenida ese mismo día, tenía lesiones, las gendarmes se las vieron en la espalda, las piernas, el cuello, moretones de las patadas y combos que O. le pegó en la discusión. Se estaba yendo al hospital y trataba de soltarse para pegarle.

No recuerda quien le tomó las fotos que le sacaron, fue una señorita en la Fiscalía parece, cuando prestó declaración.

Exhibidas fotografías del set N°3, respecto de la N°1, indica que es ella y muestra en la imagen el cuello, diciendo que se ve un moretón. N°2, dice que es ella y corresponde al cuello y muestra el cuello diciendo que es donde él le apretaba y no podía respirar. N°3 dice que es su abdomen, en su costado derecho. N°4, es su pierna, parece que la derecha, muestra lo que indica son moretones, que le quedaron con las patadas que le daba. Tenía más lesiones pero se habían borrado. Exhibido set N°2, respecto de la N°3, indica que es donde él se sentó en la cocina de su casa, muestra la silla donde él se sentó y el mueble de cocina de dónde sacó el cuchillo, el lugar en que se cayó, a un costado de la mesa que aparece en la imagen.

Dice que su marido, antes, estuvo una semana preso porque ella lo acusó, no se acuerda de la fecha, porque a ella se le están olvidando las cosas, de vieja. Estaban viviendo en la casa de su suegra.

No tiene enfermedades físicas. Fue al colegio especial, porque le costaba aprender a leer, sabe leer y escribir, no sabe sumar. Para comprar mercadería necesita ayuda, puede cocinar, hacer aseo. No sabe cuánto mide. En estatura con su marido andan por ahí. Pesaba ella 84 kilos y su marido es más delgado. Él tiene una enfermedad física, cuando chico le dio poliomielitis y le quedó mal el pie izquierdo. Él anda hasta en bicicleta, pero camina como encorvado, porque cuando salió del hospital se acostumbró a poner la mano en la rodilla para caminar. Él juega hasta a la pelota. Tiene fuerza en los dos pies.

Efectuado el ejercicio del artículo 332 del Código Procesal Penal respecto de la misma declaración anterior, lee "a su pregunta mi marido tuvo poliomielitis cuando niño y tiene el pie sin fuerza, el pie izquierdo".

A su Defensa respondió que está junto con O. desde cuando ella tenía como 12 años, él le ayudó a cuidar a la madre de la declarante. Dice que ella tuvo a la niña a los 15 años. Se llevan por 8 años con su marido, él es mayor.

Los malos tratos que la declarante recibía de O. son desde que lo conoció, a los 12 años. Los malos tratos eran desde cuando la llevo a la casa de su mamá, ahí le empezó a pegar. Salía a tomar viernes o sábado, llegaba curado y es otra persona. Le pegaba sin motivo. Ella se levantaba, le abría la puerta, le ofrecía comida y a veces tenía que salir arrancando. Le pegaba combos. A veces le ponía las rodillas en los brazos y le daba combos en la cara. Con lo que agarraba le tiraba, a veces ella le servía la comida y él le tiraba el plato, casi perdió un diente por eso, por eso sufre de los nervios, por los golpes que él le daba.



Tanto golpe y mala vida que llevaba donde sus papás.

Después se vinieron a Villa Hermosa.

Estudió en colegio especial, cuando conoció a O. todavía estaba en el colegio.

Con eso de quedar nerviosa la empezaron a ver en el Consultorio de Santa Julia, norecuerda que tipo de doctor. Después siguió en Villa Hermosa, la ve la doctora Paredes.

Exhibido documento Nº2, indica que es del Consultorio de Vista Hermosa, es de ella, lo firma la doctora Paredes, la empezó ver cuando trató de matarse, no se acuerda cuando fue, mucho antes. Ella trató de matarse porque él le pegaba. Se tomó pastillas, las mismas que le daban en el consultorio. Para los nervios le dan medicamentos, fluoxetina, clonazepan.

La situación de ese día en que ocurrió lo que ha relatado, duró como una hora. Le decía maraca, huacha, muchas cosas más. Esas cosas no tienen una razón para que se las diga. Desde que se juntaron siempre han estado juntos ya que él le ayudó a cuidar a su madre, ella murió en los brazos de él.

Esta situación la vio J., su hijo, cuando llegó N. alcanzó a ver que él la estaba agrediendo y le decía “concha de tu madre” y pegándole patadas. Le decía bastantes otros garabatos.

Después que ella le puso y sacó el cuchillo él seguía tratando de pegarle y gritaba como loco “suéltense, si quiero puro sacarle la cresta a esta huevona, ya basta”. “Llamen a la J.” que así le dice a ella. Su hija trataba de calmarle. Ella quería entrar al hospital y no la dejaron.

Después de eso estuvo detenida 17 días. O. la fue a ver una vez. Al salir en libertad han mantenido contacto, conversaron y él le pidió disculpas que va a cambiar todo. Siempre le dice lo mismo, pero esta vez ha cambiado. No ha tomado. Han compartido como familia. Pasan juntos con sus hijos.

SEXTO: Convenciones probatorias. Los intervinientes no acordaron convención probatoria alguna.

SEPTIMO: Prueba de cargo: Que la parte acusadora, con la finalidad de acreditar sus cargos, hizo uso de prueba testimonial y documental, rindiendo la que se singulariza a continuación

Prueba Testimonial: Rindió los asertos de Felipe Alejandro Peña Osore, Roberto González Soto, O. E. D., N. E. G. y F. P. V., quienes señalaron:

Felipe Alejandro Peña Osore, cabo 2º de Carabineros, de la Subcomisaría Forestal, quien a la Fiscal respondió que la víctima concurrió al hospital, la madrugada del 11 de septiembre de 2016, acompañado de una hija, padeciendo una herida cortante en el abdomen, siendo atendido por personal médico, y él acudió a verificar el procedimiento. Se encontraba de servicio en el Hospital Gustavo Fricke. Fue informado por el personal de servicio del hospital. El apellido de la víctima era E., de sexo masculino. Se entrevistó con él cuando estaba en urgencia relatándole cómo se produjo la herida. Refirió que venía de un bautizo, en su domicilio, y había tenido un altercado por su consumo alcohólico con su pareja; él la zamarreó y en defensa de ella salió el hijo en común y debido a defensa ella tomó un cuchillo para separar y se produjo herida. No ubicó a la hija. La víctima recibió primeros auxilios y manifestó quien había sido la persona que había usado el arma cortante, la esposa,

J. M., no recordando bien. Ella posteriormente se presentó ante él, en el mismo hospital, asumiendo responsabilidad y disposición a prestar colaboración en el proceso. Se le dio cuenta a la fiscal y la disponibilidad de colaboración de la imputada, quien pasó a control de detención y se efectuaron las actas correspondientes. Se le consultó a la imputada si quería declarar, pero en ese momento estaba en shock. La vio afectada, decía que era la pareja de toda su vida, pero no presentaba lesiones visibles. La víctima quedó internada por las lesiones que tenía. En la audiencia reconoció a la acusada, como la persona mencionada como “J.”.



A continuación, se le exhibió el documento 1, señalando que lo conocía, y que imprimían los doctores con datos de la persona ingresada, el motivo de su ingreso, los datos médicos y diagnóstico. El nº 1170494, hora de atención -03:39 horas- del 11/9/2016 con herida del tórax, parte no especificada, de mediana gravedad. El herido era O. E. D., atendido por la médico Michelle Laura Marchesini Brest.

Contestó a la Defensa que a la señora J. no la examinaron, sino que firmó un acta de salud. El deponente sólo hizo diligencias en el Hospital Gustavo Fricke. La señora cuando se presentó, estaba con otra persona, no sabiendo quién. La víctima decía que para qué iba a hacer la denuncia si quedaban en nada. El problema había sido porque estaba consumiendo mucho alcohol, pero al entrevistarlo no tenía halito alcohólico. A los 5 minutos de inicio del procedimiento médico, él habló con la víctima. La señora J. no expresó mucho, solo lloraba y decía que era su pareja de toda la vida. No le tomaron fotografías ni la llevaron a constatar lesiones, pues no señaló tener alguna.

Roberto Wilson González Soto, de 39 años de edad, comisario de la Brigada de Homicidios de Valparaíso. A la Fiscal respondió que el 11 de septiembre de 2016, alas 13.30 horas, recibió un llamado de la Fiscal para concurrir a emergencia adulto del Hospital Gustavo Fricke, para recabar antecedentes de una agresión a O. E. D., quien había ingresado en la madrugada a ese recinto. Junto a Claudio Alarcón Zamorano se trasladaron hasta ese hospital, tomaron conocimiento del Dau en el que señalaba que víctima había ingresado con herida penetrante costal izquierda. Tuvo acceso a la ficha clínica y pudo tener conocimiento que la herida era en el costado derecho.

Pese a estar hospitalizada la víctima, conversaron con O. E., quien señala que alrededor de las 21 horas del día anterior se encontraba junto a su familia, compartiendo en el bautizo de la hija de una sobrina. Que durante la noche bebió vino, no recuerda cantidad, que se retira a su domicilio y que en el trayecto pelea con alguien no recordando con quien. Dice que está casado con J. G. M., que no tienen problemas de convivencia y que con posterioridad a la agresión pierde el conocimiento y lo recobra en el hospital.

Entrevistaron a la hija de víctima, N. E. G., quien señaló que estaban invitados al bautizo de la hija de su prima y que alrededor de las 22 horas llega a la celebración que ya había empezado. Compartió hasta las 02.00 y se retira junto a su pareja y su hijo, que estuvo todo tranquilo, que su papá y su mamá estuvieron bailando en la celebración. Que su papá bebió vino, cerveza y ron. Cuando se retira observa que está en estado de ebriedad. Alrededor de las 5 de la madrugada recibe un llamado telefónico de su cuñada F. quien le pide que baje, "que estaba la cagada", que su papá y su mamá, sin dar mayores detalles. Llega a los instantes, porque vive a pocascuadras.

Al llegar observa a su padre tendido y presenta sangre en el costado derecho del tórax. Le dice a su pareja que busque su vehículo para trasladar al padre y en el intertanto le comentan que su padre por efectos del alcohol se puso odioso y en un momento se puso a agredir a su madre siendo defendido por su hijo, J. E. G., y que en un momento de desesperación su madre lo lesionó con un cuchillo.

Llega su pareja y lo trasladan al Hospital Gustavo Fricke. Pasados unos instantes un carabinero le pregunta nombre y rut de su padre, extrañándole que no le preguntaran mayores antecedentes. Posteriormente ingresa al box a ver la evolución de su padre y al regresar le pregunta a su pareja por su mamá y éste le informa que se había ido con carabineros. Antes, su madre le había comentado que quería entregarse a carabineros y confesar que era la autora de las lesiones.

Refiere el testigo que la hija de la víctima indicó que esta situación nunca había ocurrido en la familia, siendo esta la única situación en la que llegaron agredirse y que J. sufre un retraso mental, siendo su edad de 27 años y que su actuar corresponde a un joven de 17 años aproximadamente, lo que está constatado por facultativos.

Alrededor de las 16 horas, junto a C. A. se trasladaron al principio de ejecución del hecho, en XX N°X, Villa XX, Viña del Mar. En el lugar efectuaron inspección ocular estableciendo que hecho se suscita específicamente en una habitación destinada a cocina, se fijó fotográficamente el lugar y se levantó el



arma utilizada, según relato de F. P. y que correspondía a un cuchillo de cocina marca Tramontina, con empuñadura de madera café, el que no presentaba ningún tipo de evidencia, por cuanto había sido lavado. Se fijó el lugar exacto en que se habría iniciado la discusión y agresión según relato de F. P.

Claudio Alarcón le tomó declaración a F. P., quien les dijo que mantiene una relación sentimental hace tres años con J. E. G. y que tienen un hijo en común de dos años. No reside en el domicilio de XX N° X y que los fines de semana se va a quedar allá; que el 11 de septiembre de 2016 estuvieron en el bautizo celebrado en la casa contigua al domicilio, pero en el mismo terreno de XX N° X. Alrededor de las dos de la madrugada se retira junto a su pareja e hijo y que alrededor de las cuatro de la madrugada siente que viene su suegra trayendo a su marido, en evidente estado de ebriedad, por lo que le pide a su pareja que ayude a su madre para ingresar a su padre al domicilio. Lo ingresan a la casa y la víctima se altera, haciendo alusión a que lo van a matar, poniéndose agresivo, por lo cual J. E. le sujeta las manos, no obstante se logra zafar y en uno de los movimientos le propina un golpe en el rostro a la señora J., lo vuelve sujetar de los brazos con la finalidad de calmarlo, no obstante siguió el forcejeo y J. toma el cuchillo y le provoca una lesión en el costado izquierdo del tórax. También indica F. que estos eventos eran comunes en la familia que venían de tiempo atrás y que ocurrían cuando la víctima bebía alcohol, sin embargo nunca lo habría denunciado para evitar conflictos familiares.

Al domicilio se accedía por una escala de concreto que da a la calle XX, luego se observa un pequeño pasaje de tierra y una puerta de madera abatible y que comunica con el domicilio. Directamente al acceso se encuentra una habitación que es como cocina, adosada a una de las paredes había una silla roja plástica en la que

F. dice que se inicia la discusión, hacia el costado izquierdo de la cocina y en ese sector se encontraba la víctima al ser agredida.

Exhibido set N°2, imagen N°3, indica el testigo que corresponde a la habitación destinada como cocina, muestra una pared indicando hacia el costado norte y la silla en que se habría iniciado la discusión. No recuerda las dimensiones de esa especie de cocina. No se aprecia el lugar donde se habría producido la agresión, muestra hacia abajo, a la izquierda, fuera de la fotografía, indica que a la derecha en un mueble se encontraba el cuchillo que levantó, no obstante haber sido lavado por los familiares. N°8, según F. P. corresponde al cuchillo con que la imputada agredió a la víctima, marca tramontina. Físicamente el arma estaba en el lavaplatos.

La víctima quedó con un neumotórax, por lo que le efectuaron tratamientos, teniéndolo hospitalizado durante 6 días, posteriormente quedó con indicación de ejercicios kinesiológicos. La herida era derecha penetrante con perforación de la pleura.

En cuanto a quién denunció, tomaron conocimiento que había ocurrido en la madrugada y que había dado cuenta el carabinero de servicio en el hospital. La víctima posteriormente se entrevistó con la imputada, quien señaló directamente que había propinado la lesión por lo que el carabinero de turno en el hospital le dio a conocer sus derechos y la tomó detenida. Al leer el parte denuncia, se pudo percibir que carabineros tomó declaración a la víctima y ésta señaló que habría sido agredida por su esposa, mientras compartían en un bautizo, y que por llamarle la atención se enfusó y la había agredido, versión distinta a la dada ante ellos. La víctima, cuando llegaron, estaba consciente, en la sala de recuperación de la unidad de emergencia adultos. La herida en el costado derecho la constataron, al ver a la víctima que estaba a torso descubierto, con el drenaje. No recordaba el n° DAU.

Se le exhibió el documento 1, del que refirió correspondía al DAU n° 0001170494, del 11/9/2016, con nombre del paciente O. A. E. D., en el que se indica que "sufre agresión por terceros, herida por arma blanca, toracoabdominal, izquierda. Normotenso, taquicárdico, saturación 100%, Glasgow 15. Herida en reborde costal izquierdo, se explora digitalmente en forma estéril, se palpan músculos intercostales y herida que penetra a pleura, salida de aire y sangre. Se instala tubo pleural 32 F Ren 5to Eici a 14 cm. de piel".

**Suscrito por la médico Michelle Marchesini Brest.**

A la doctora Michelle Marchesini Brest, no la ubicó por funciones de su carga laboral y ella no concurrió a citaciones.

A la Defensa respondió que cuando llegó a entrevistarla, la víctima estaba consciente y dijo que no recordaba cómo se había hecho la herida. Habló con su hija

N. quien le confirma que herida fue provocada por J. G., originada en el consumo de alcohol y el resto de la información la entrega P., ella le indica cual era el cuchillo, el que no tenía evidencias de interés criminalístico. Había más cuchillos en el lavaplatos. No encontraron restos de sangre ni elementos de interés criminalístico.

La señora P. supo de agresiones, pero no las presenció. Eran de años, le indicó que estaban juntos desde los 13 años, agresiones que se remontaban a esos años, y que la señora J. no hizo denuncias para evitar problemas familiares.

O. A. E. D., 63 años, casado, carpintero, albañil, obrero de la construcción, quien a las preguntas de la Fiscal respondió que era un día muy alegre, venían de otra fiesta de un integrante de la familia y llegaron compartiendo, muy bien, muy alegre, pero en tiempo se pasó de copas, como le ha pasado la cuenta hasta ahora. Le dijo a su esposa que se fueran a su casa, lo que aceptó, entraron, se sentó y le empezó algo que siempre le pasa, y por lo que ha estado preso, es ajeno a él, cuando toma copas de más. A su esposa la quiere, la cuida, su familia lo sabe, está muy arrepentido, la quiere cuidar. Esta es su oportunidad, y él vivió lo mismo con su padre y algo le quedó. Ella era una persona muy buena y está a su lado porque él es bueno y todos cometen errores, está muy arrepentido, no ha faltado a ninguna cita, y ojalá no se vuelva a repetir. Él fue el culpable y la incitó a tomar esto y está en “esa condición” por su culpa. No ha trabajado y quiere que ella vuelva a su “estado”; con ella hace trabajos sociales en la iglesia. Cuando dice que se “pasó de copas”, se refería a que no se acuerda de nada. Pierde el control. Estaba borracho.

De cuando se sentó, no recordaba más, solo cuando llegó el señor de la PDI al hospital. Le decía que lo lamentaba y era el culpable, pero no se acordaba de lo ocurrido. Después supo que estaba en el hospital por una falta de respeto suya. Su esposa le dio un “picotón”, una puntada con un cuchillo. Por culpa suya la incitó a que su esposa se defendiera. La lesión era en el lado derecho, en la costilla, herida por la que estuvo en tratamiento médico. Le pusieron una bolsa cuadrada, conectada a su punzada, una especie de drenaje. Estuvo 5 días en el hospital. El médico le dijo que estaba bien y que le agradeciera a su señora. Tiene 54 años con poliomielitis, que no le ha causado problemas, trabaja y se desenvuelve bien, con buena salud. No camina normal, se afirma con la mano la pierna izquierda, para dar el paso, pero juega a la pelota y trabaja sin afirmársela, no usando ningún zapato especial.

En la audiencia reconoció a su esposa, la imputada.

Los hechos ocurrieron el 11/9/2016, en su casa donde estaba él, su señora, su hijo, J., su “yerna”, F. P., y su nieto, de 3 años, J. P.

Respondió al Defensor que cumplió 40 años junto a su cónyuge. Antes le había sucedido lo mismo por los efectos del alcohol. La primera vez que la agredió, no se acordaba. Hartas veces la ha agredido. El '91 lo llevaron a la cárcel y como dos veces lo han llevado a dormir a la comisaría. El 11 de septiembre la estaba ahorcando y su hijo impidió que le pasara algo peor a su señora. Su trabajo requiere mucha fuerza, mucho talento, agilidad, estar despierto. Hacía ejercicios porque el médico le dijo. Ese día también le dio golpes de puño a su señora. En una foto, tomada dos días después, la vio golpeada, él lo ocasionó.

N. C. E. G., de 37 años de edad, manipuladora de alimentos, hija de la acusada, quien a la Fiscal respondió que ese día sábado cuando estaban en la fiesta se retiró con su pareja del lugar. Se fueron a la



casa, como a las 5 y tanto de la madrugada le llamó su cuñada, quien le dice que baje por su papá. No se apuró pensando que era un episodio más de los que ha visto de su padre hacia su madre. Llegó como a los 20 minutos a la casa de sus padres y vio a su padre en el suelo, a su madre en shock, estaban todos locos. Le puso a su padre un paño. Su pareja fue a buscar el auto y lo llevaron al hospital. Su madre también se sentó en el auto. Entre los griteríos y los llantos su madre estaba muy mal. Cuando llegaron al hospital fue tanta la angustia para su madre, que se entregó. La fecha fue el 11 septiembre de 2016.

Su cuñada se llama F. P.. Tenía antes llamadas perdidas de su mamá.

A su padre le salía sangre de las costillas, en el lado izquierdo. Le puso un paño de cocina para que le dejara de salir la sangre. Su prima le ayudó a subirlo al auto. En el Hospital lo entran y él empieza a gritar que algo le habían enterrado. Él venía ebrio. Lo ingresaron a una sala. Después su evolución fue buena, estuvo 5 días. Lo único que decía es que quería salir para arreglar o remediar esto. Lo vio todos los días en el Hospital, tenía un drenaje en el pulmón, costillas o tórax. Le hicieron sople y luego salió bien.

Su hermano tiene 29 años, tiene una discapacidad, no sabe leer ni escribir, tiene un retraso mental leve, es como si tuviera 10 años menos. Trabaja y tiene familia, pero vive con sus padres.

El día sobre el que declara estaban su mamá, su papá, su hermano, su cuñada y el niño. Su padre estaba sangrando y su madre estaba golpeada.

Su madre estaba muy nerviosa, decía que lo había matado, su pareja le dijo que su madre se había entregado a unos carabineros que estaban en el lugar. Al día siguiente, fue a ver a su padre y a su madre la detuvieron y la pasaron a la cárcel.

Su madre es la mejor y lo que su padre hizo es lo que ha vivido una vida. Toda su infancia vio pegarle su padre a su madre, pero después es tan bueno que todo se olvidaba. Su madre cayó al hospital enferma mentalmente. Recuerda haber visto a su madre con muchos moretones, ojos morados, cuello apretado y morado, ella en su inocencia nunca hizo nada, responde ante la pregunta respecto de denuncias por estos hechos.

Su madre al día siguiente estaba muy mal, físicamente parecía un estropajito. Le pidió perdón a la testigo, pensó que lo había muerto. Físicamente estaba bien.

A la defensa respondió que, respecto de su historia familiar, cuando dijo otro episodio más, es que su papá siempre ha golpeado a su mamá y que siempre ella ha sido quien ha podido sacarlo de eso. Su papá se pone tonto y la llaman a ella. La ahorca, le empuja, le pega patadas, combos, le tira el pelo, le dice palabras como “macara concha de tu madre, no serví pa’na, si no te doy no salí adelante, soy una huevona de mierda”. Esto es cuando está ebrio. Cuando no está ebrio es bueno.

Su padre siempre ha sido una persona de brazos corpulentos, en una persona fuerte, al mirarlo da la impresión que es un hombre fuerte.

La primera vez que vio una agresión así de su padre a su madre, ella, la testigo, tenía 7 u 8 años. Cuando vivían en Santa Julia y él tomaba se volvía loco. Su madre, la tomaba y arrancaban por el paradero cuatro a las 2 o 3 de la mañana, hasta que se le pasaba.

El 11 septiembre cuando le llama su cuñada, tenía llamadas perdidas de su mamá. Ella le estaba pidiendo ayuda. Cuando llegó al lugar su madre ya estaba golpeada, en el cuello tenía rojo en el cuello, eso lo había hecho su papá, también roja la mejilla, porque como él, según su mente, tiene poder, le pegó una bofetada. Esas huellas las vio. Después se fueron al hospital y ella se entrega a los carabineros.

F. D. P. V., 35 años, casada, dueña de casa, afirmó que ese día estaban primero en el cumpleaños de su hijo, después se fueron al bautizo de una sobrina de su suegra, y ese día con su pareja se retiraron cuando a su hijo le dio sueño, quedándose sus suegros. Al rato, volvieron y su suegra trataba de afirmar a



su suegro porque estaba pasado de copas. Despertó a su pareja para que fuera a sostener a su suegro. Su suegra le dijo que no, que podía y ella (la declarante) le decía que se le podía caer. Se empezó a portar mal el suegro, haciendo el "show" de cuando se pasa de copas, le levantó la mano a su suegra y decidieron llamar a carabineros. Estos no contestaron, y decidió llamar a su cuñada N., y ella contestó, pero ya había sucedido el que su suegra enterrara el cuchillo. Ella había ido a llamara su cuñada porque era la única que hacía reaccionar a su suegro, y le dijo que bajara, pero su suegra ya le había enterrado el cuchillo a su suegro, porque éste le estaba pegando.

Fue un 11 de septiembre, parecía que del 2016. El domicilio que refirió era calle XX, casa X. Sus suegros se llaman J. G. y O. E. No vio lo sucedido con su suegra. Vio que su suegro iba tambaleándose y no podía afirmar lo su suegra. Su suegro no quería irse a la cama, se sentó en una silla y pegaba combos para todos lados. Le dijo a su pareja J. que fuera a ayudar a su suegra. Ella se quedó en la pieza viendo a su hijo. Luego fue a la cocina y estaba su suegra, diciéndole que se fuera a acostar, su pareja también y su suegro no quería, pegando combos todos lados. Su suegro estaba sentado en una silla y su suegra parada, al igual que su pareja. Después, como quería seguir bebiendo, su suegro se paró y siguió golpeando a su suegra, con manotones. Su pareja le afirmó las manos a su suegro, y ella fue corriendo a la pieza a llamar a su cuñada. Al volver, su suegra sacó un cuchillo, no sabía de dónde, y se lo enterró a su suegro. Estaba parado cerca de la puerta y su pareja cerca de la puerta también, y vio a su suegro tirado en el piso, y su suegra tiritando, y el cuchillo lo tiró. No vio cuando lo enterró, sino cuando su suegro ya estaba tirado en el suelo. Después llegó su cuñada, que llegó con su pareja y se llevaron a su suegro al hospital. Lo vio con una herida en un costado, cerca de las costillas. Su suegra estaba golpeada, por los combos, tenía moretones, porque su suegro la intentó ahorcar. También quería agredir a su pareja y su suegra le decía que no, que era su hijo. A su suegra después le vio moretones, cuando la fue a ver a la cárcel. Su pareja resultó lesionada. Su pareja es un poco más grande que su suegro, y no tiene discapacidad física. Su pareja tiene 29 años. No sabe lo que pasó con el cuchillo. Su suegro estuvo hospitalizado como 6 días, no sabiendo su estado de salud. Con todo esto, estaba medio sentida con él, y no quería ver a su suegra en este lío, porque era una persona muy buena, no se merecía estar aquí.

Como no visitaba muy seguido la casa de sus suegros, no había visto antes una situación similar.

En la audiencia reconoció a su suegra tratándose de la acusada.

Pericial

Declaró en calidad de perito Francisco Eduardo Cardemil Richter, médico cirujano especialista forense, quien expuso su informe indicando que el 23 de noviembre de 2016 le correspondió examinar en el Instituto Médico Legal de Valparaíso a XX. El Ministerio Público y la Defensa no formulan preguntas.

Documental

- Informe de atención de urgencia DAU U0001170494 de fecha 11 de septiembre de 2016, Hospital Gustavo Fricke.
- Set de dos fotografías.
- Ser cuatro fotografías.
- Ficha clínica de la víctima.
- Certificado de matrimonio de J. C. G. M. y O. A. E. D.

OCTAVO: Prueba de descargo. Que la Defensa rindió, además de la declaración de la acusada a la que se ha hecho referencia en la motivación quinta, la siguiente prueba.

Prueba testimonial. Rindió la defensa la declaración de declaración de Francisca Paredes Veas.



Francisca Javiera Paredes Veas, 31 años, médico general, sostuvo que la señora asistía al CECOSF (Centro Comunitario de Salud Familiar) de Villa XX, era su paciente se atendía en salud mental, y se le pidió certificado médico, en septiembre de 2016, acreditando que se encontraba en controles en dicho consultorio. La paciente era de apellidos G. M. El certificado se lo solicitó la pareja de uno de sus hijos, quien acudió muy preocupada porque la señora J. había estado presa por violencia. A través del certificado acreditó que acudía a controles. Ella en sus relatos le había señalado que ella había sufrido violencia intrafamiliar.

Al serle exhibido el documento 2 refirió: certificado que ella hizo en septiembre 2016, el tratamiento antidepressivo y ansiolítico, con fluoxetina, 40 mg. al día y clonazepam. A ella la comenzó a controlar el 2012, pero previamente estaba en el consultorio El Olivar, más o menos el 2009. Estaba con depresión, no pudiendo señalar causa, por un tema familiar con varios factores principalmente asociado a su pareja, por violencia con su marido, quien tomaba alcohol. Era violencia física, psicológica y ella le relató con detalle el día de lo sucedido con el arma blanca. Después que estuvo presa, la controló y al preguntarle, ella le comentó que habían estado en un bautizo, su esposo bebió más de la cuenta y ellos se fueron a la casa del lado; su marido estaba muy agresivo, y tras una discusión, comienza a golpearla. También se involucró su hijo J., pues su marido la empezó a golpear y lo hizo también con J., y a ella la intentó ahorcar, siendo ahí que un cuchillo se lo enterró en el tórax. Le dijo que lo llevaron al hospital al igual que a ella y que tuvo que constatar lesiones y que el marido la acusó de enterrarle el cuchillo. No tuvo otra fuente de información, solo lo que ella le señaló. En el CECOSF se lleva una ficha clínica.

Enseguida, el defensor le mostró el documento 3, indicando que se trataba de la copia del carnet de controles de señora J., en el CECOSF Villa Hermosa, con controles crónicos, por diversas enfermedades (hipertensión arterial, dislipidemia e hipotiroidismo) y de salud mental. Aparecen las fechas de los controles, y su nombre como médico tratante, con control el 28 de septiembre, después que la señora salió de la cárcel.

Lo ideal de los controles para la señora J. eran cada 4 meses. La señora tuvo hora en enero de 2017 siendo derivada a psiquiatría del Hospital Gustavo Fricke, porque su cuadro aparecía agravado con presencia de síntomas depresivos graves, y sabía que hasta el día de hoy estaba en control. Supo por una asistente social del Hospital Gustavo Fricke que su diagnóstico era "Retraso mental moderado". A ella le había comentado que en su infancia tuvo dificultades de aprendizaje, y el comprender algunas instrucciones era difícil, se le debían utilizar palabras simples.

Contestó a la Fiscal que la señora tiene capacidad de expresión, se puede dar a entender. Cuando la veía, ella llegaba sola. Del 2012 al 2017 la controló hasta que a la señora la derivó a psiquiatría.

Prueba pericial.

Declaró en calidad de perito el psicólogo Juan Mauro Barrientos Orloff, de 58 años de edad, quien expuso su informe indicando que se le pidió un peritaje consistente en evaluar psicológicamente a J. G. M., para aportar elementos sobre su personalidad y criterios que pudieran haber afectado su imputabilidad al momento de los hechos.

Para tal efecto efectuó entrevista clínica en profundidad, test de Rorschach y su conclusión es que la señora J. G. tiene una personalidad feble o débil, presenta un retardo mental leve; que, a su vez, por su relación de convivencia sufrió y naturalizó eventos de agresión de diverso tipo de parte de su pareja y que, por su misma limitación intelectual, presenta complejidades adicionales ante una presión emocional intensa y, por tanto, al momento de los hechos es altamente probable que haya actuado con poco control volitivo y con poca capacidad de dimensionar las consecuencias de sus actos.

A la Defensa respondió que la evaluación se efectuó en diciembre de 2016. En entrevista clínica obtuvo su historia personal, la de su convivencia y una descripción en primera persona de los hechos por los que está imputada.



Nació de una relación de pareja estable, con mucha violencia de su padre hacia su madre. Su madre murió cuando la evaluada tenía 15 años de edad, la persona que le prestó mayor cantidad de apoyo fue su pareja, con quien tuvo dos hijos, tiene 4 nietos y la naturalización de la relación que describió es que su pareja, cuando bebía alcohol y se embriagaba, ejercía violencia contra ella. Según ella lo decía cuando su pareja “se porta mal”. Según ella relata, los mismos hijos decían otra vez el papá se está portando mal, naturalizando la conducta.

Esta situación ha sido así desde el comienzo de la relación de pareja, esto es alrededor de treinta y tantos años.

Ella habla en general, justificando que le pegó, porque estaba borracho. Ella lo que aprendió es a taparse la cara para no quedar moreteada. Ella más describe la cara de ira de él al describir, pero no pone de relieve las consecuencias emocionales en ella, lo que es parte de la naturalización de la violencia intrafamiliar crónica.

Respecto de su situación educacional es por lo que ella dice, ya que no acompañó documentos. Estudió en escuela especial hasta 8º básico, lo que no implica que tenga rendimiento de 8º básico normal.

Respecto del test de Rorschach, indica que son 10 láminas que se le muestran a la persona y ella tiene que decir lo que ve en aquellas. A ella le costó mucho seguir las instrucciones. La evaluada no tiene pérdida de juicio de realidad, la cuestión es de desarrollo intelectual, y se confirman varios elementos de entrevista clínica que tiene que ver con una dificultad para controlar de manera efectiva sus cargas impulsivas.

Ella si bien en algunos casos sucumbe ante pulsiones, hace un esfuerzo por controlarlo la mayor parte del tiempo.

Es reactiva ante elementos afectivos y se confirma su retardo intelectual.

Entrevista y test son complementarios. A la entrevista la imputada impresiona como una persona espontánea sin afán de ocultamiento o tergiversación. A ella le cuesta comprender el objetivo de la pericia, no tiene elementos para presumir el objetivo manipularlo. Ella sabe que es imputada, pero se esmera en hablar bien de la víctima, diciendo que cuando no está bebido no es así y no trata de exagerar actuación de la otra persona, lo que hace descartar ganancia secundaria.

Indicadores como estilo de razonamiento, lenguaje, comprensión del mundo, lo sonde retardo intelectual. La manera de soportar la violencia se cruza más con las relaciones de poder abusivas, las personas que no tienen red de apoyo tienden a sucumbir al entender que la otra persona le hace un favor y entiende que insultos y golpes es algo normal y es la situación de la señora G.

A la fiscal respondió que los instrumentos utilizados son los que señaló, no estaba al tanto de los elementos intelectuales por lo que no se hizo uso de otros instrumentos como WAIS Wechsler de inteligencia. La capacidad de raciocinio es lo que permite interpretar, planificar entender relaciones causa efecto y proyecto vital de una persona. Es lo que le da componente lógico al proceder.

Le costó mucho leer. Reconoce letras pero el hecho de juntarlas no siempre era comprensión del texto. Ella no estaba al cuidado de nadie, es autónoma, no sabe el perito quien crio a los hijos de la evaluada.

En algunos casos minimiza la situación de violencia, a ella le dolía más lo que tuvo que pasar en la cárcel y para ella era peor a que le dejen un ojo morado, le quiebre un diente.

La evaluada le contó que como tantas otras veces el marido le agredió y gritó, estaba bebido el hijo trató de impedir que la agrediera y que le hizo algo al hizo o tuvo posibilidad cierta que lo hiciera y para que evitar que le hiciera algo a su hijo ella le puso el cuchillo, por eso entiende que obró motivada por un arrebató.

Ella no cuenta que ocurre después. En el arrebató se pierde la noción de lo hecho, no supo decir cuántas



veces le había enterrado el cuchillo, sino que llamaron a carabineros y terminó en la cárcel.

El perito indica que no tuvo fuentes secundarias.

Prueba documental

- Certificado médico de diciembre de 2016, suscrito por Francisca Paredes Veas.
- Certificado de fecha 15/09/2016 suscrito por Francisca Paredes Veas.
- Copia de carnet de controles respecto de la acusada, otorgado por Cecof.

NOVENO: Hechos acreditados. Que, conforme la prueba que se ha relacionado en las motivaciones precedentes, estos jueces han tenido por acreditado que en horas de la madrugada del día 11 de septiembre de 2016, en el domicilio de calle XX N° X, Viña del Mar, con posterioridad una celebración familiar, se produce un conflicto entre la acusada J. C. G. M. y su cónyuge, O. A. E. D., quien se encontraba alterado y bajo los efectos del alcohol, el que la agrede. En defensa de su madre interviene el hijo en común, J. E. G., quien no logró controlar a E. D., cayendo este último al suelo y, en tales circunstancias, G. M., con un cuchillo, le propina una puñalada a su cónyuge en el tórax, provocándole una herida penetrante en la zona intercostal derecha con neumotórax abierto.

Además, resultó acreditado:

- 1° Que entre la acusada y O. E. D. ha existido una convivencia de más de 40 años, de la que nacieron dos hijos, de actuales 37 y 29 años de edad y que, en el año 2005, contrajeron matrimonio.
- 2° Que el tipo de vida en común que han mantenido entre ambos, hasta el día de los hechos, es susceptible de ser calificada como de violencia física y psicológica, ejercida por su marido respecto de la acusada, la que ha sido intermitente y prolongada en el tiempo, asociada al consumo de alcohol por parte de E. D.
- 3° Que la acusada presenta un retardo mental leve y que O. E. Díaz se encuentra afectado en una de sus piernas de la secuela producida por haber sufrido poliomeilitis en su infancia.
- 4° Que en los momentos inmediatamente previos a provocar la acusada a su marido la señalada herida, fue agredida por este, con golpes de puño en diversas partes de su cuerpo y le apretó fuertemente con ambas manos su cuello.

DECIMO: Establecimiento de los hechos establecidos. Que, tal como se anunció en el veredicto, el tribunal determinó que no era posible arribar a una convicción de condena contra la acusada, por cuanto si bien la prueba de cargo permitió establecer que - en el día y hora señalados en la acusación - la enjuiciada provocó una lesión en el tórax de su marido y cuya gravedad no fue posible determinar con la prueba rendida, tal acción se encontró amparada por una causal de justificación, cuál es la de la legítima defensa, contemplada en el artículo 10 N°4 del Código Penal.

En efecto, en parte, la proposición fáctica propuesta por el Ministerio Público resultó comprobada con la prueba de cargo, en orden a establecer la relación de convivencia y matrimonial existente entre la acusada J. C. G. M. y su marido O. A. E. D., así como el día, hora y lugar en que se provocó la herida sufrida por este último. No obstante, de la misma prueba de cargo, así como de aquella aportada por la Defensa, resultaron acreditadas las circunstancias en que aquella lesión fuera ocasionada y que motivaron la decisión de absolución por haber operado la legítima defensa de la acusada, según se desarrollará en los párrafos siguientes.

De la convivencia.

A través de la prueba testimonial de ambos intervinientes, documental y pericial se tuvo por acreditado



el hecho no discutido de que entre la acusada J. G. M. y O. E. ha existido una relación de convivencia de más de 40 años, esto es, desde que aquella tenía 12 años y éste 20 de edad, de la que nacieron dos hijos, de actuales 37 y 29 años de edad y que contrajeron matrimonio en el año 2005.

Sobre la vida en común entre la acusada y su marido declararon en juicio ambos, además de la hija en común, N. E. G., se escuchó a la médico que atiende a la acusada en el consultorio de salud Francisca Paredes Veas y al psicólogo que le efectuó un peritaje psicológico Mauro Barrientos Orloff, debiendo señalarse, desde ya, que no hubo mayor discrepancia entre ellos en cuanto a la descripción del tipo de convivencia, la que es posible de calificar como caracterizada por violencia intrafamiliar ejercida por O. E. D. en contra de la acusada J. G. M.

El afectado, O. E. D., refirió que su relación de convivencia con la acusada es de más de 40 años y que la agredido muchas veces, que no se acuerda cuando fue la primera vez que lo hizo, que estuvo en la cárcel por tal motivo en el año 1991 y comodos veces lo han llevado a dormir a la comisaría, lo que le ocurre cuando se pasa decopas, lo que le ha pasado la cuenta y se siente muy arrepentido de haber provocado esta situación que tiene a su señora en la condición que actualmente se encuentra.

Por su parte, la acusada J. G. M. indicó que los malos tratos recibidos de su cónyuge han tenido lugar desde que lo conoció, cuando ella tenía 12 años, que la llevó a vivir a casa de su mamá y le pegaba, esto era cuando salía a tomar los días viernes o sábado; que cuando llegaba curado es otra persona y le pegaba sin motivo; que le pegaba combos, a veces le ponía las rodillas en los hombros y le pegaba combos; que ella se levantaba y le ofrecía comida y a veces él le tiraba el plato, por lo que casi perdió un diente, que toda esa mala vida ha hecho que sufra de los nervios, por lo que ha ido a la doctora; que ha tratado de suicidarse y está con medicamentos para la depresión.

La hija común, N. E. G., indicó que su madre es la mejor y que su padre toda la vida ha hecho lo que hizo esa noche; que desde su infancia vio como le pegaba a su madre, pero que después es tan bueno que todo se olvidaba; que recuerda haber visto a su madre con muchos moretones, ojos morados, cuello apretado y morado; que su madre cayó al hospital enferma mentalmente por esa situación; que su papá cuando está ebrio la ahorca, la empuja, le pega patadas, combos, le tira el pelo, le dice palabras como “maraca concha de tu madre, no serví pa’ na, si no te doy no salí adelante”. Recordó incluso episodios, como cuando la testigo tenía 7 u 8 años de edad, en que su padre tomaba y se volvía loco, su madre de madrugada la sacaba de la casa y se escondían en la calle hasta que a su padre se le pasara. Dijo, además, que su madre, en su inocencia, nunca hizo nada y que su padre, cuando no está ebrio, es bueno.

Por otro lado, la médico que atendía a la acusada en el consultorio CESCOF (Centro Comunitario de Salud Familiar) de Villa XX, Francisca Paredes Veas indicó que atiende a la acusada en ese consultorio desde el año 2012, aunque previamente lo hacía en otro Consultorio desde el año 2009, y afirmó que ella presentaba una depresión, de la que si bien no puede señalar la causa, era por un tema familiar con varios factores, principalmente asociado a violencia ejercida por su marido, física y psicológica. Refirió la medicación que indicó para la depresión, con un tratamiento antidepresivo y ansiolítico. Esta facultativa reconoció los documentos incorporados por la Defensa, consistentes en dos certificados, uno de septiembre y otro de diciembre de 2016 que dan cuenta de la atención que le fuera prestada por la testigo y un carné del adulto, que registra las atenciones de la acusada en el señalado consultorio con indicación de los medicamentos retirados, todos a nombre de J. G. M.

Sobre el punto, también se oyó al perito Juan Barrientos Orloff, quien dentro del peritaje que evacuó tomó conocimiento de lo que la acusada J. G. M. le informó respecto de su situación de convivencia conyugal, manifestando al respecto el perito que ésta sufrió y naturalizó eventos de agresión de diverso tipo de parte de su pareja, desde el comienzo de la relación de más de treinta años, y que la evaluada describió que cuando su marido se embriaga, ejerce violencia contra ella, en los términos de aquella “se porta mal” y que los hijos también han naturalizado la relación de violencia, para quienes cuando el papá hace eso “se



está portando mal". Dijo el perito que la manera de soportar la violencia se cruza más con las relaciones de poder abusivas, las personas que no tienen red de apoyo tienden a sucumbir, al entender que la otra persona le hace un favor y entiende que insultos y golpes es algo normal y esa es la situación de la señora G.

Las declaraciones anteriores, resultan consistentes en lo sustancial, esto es, que durante todo el período en que ha transcurrido la vida en común entre la acusada y quien figura en la presente causa como víctima, en las ocasiones en que este último consume alcohol y se emborracha, agrede físicamente e insulta a J. G. M., lo que ha llevado al tribunal a concluir que la relación de convivencia entre ambos es factible de calificar como de violencia física y psicológica intermitente y prolongada en el tiempo, asociada al consumo de alcohol por parte de E. D., situación que la familia, en definitiva, ha naturalizado.

Sobre ciertas características personales de la acusada y la víctima

En razón de haber sido elementos que fueron materia de examen y contra examen de los intervinientes durante prácticamente todo el curso del juicio, resulta de interés consignar que la acusada presenta un retardo mental leve y que el acusado se encuentra afectado en una de sus piernas de la secuela producida por haber sufrido poliomielitis en su infancia.

En relación con el retardo mental de la acusada, este fue referido por perito psicólogo Juan Barrientos Orloff, quien lo afirmó e indicó que ella no tiene pérdida de juicio de realidad, no obstante, tiene una personalidad feble o débil, su problema es de desarrollo intelectual y a título de ejemplo señaló que a ella le cuesta mucho leer, reconoce las letras, pero que el hecho de juntarlas no siempre implica comprensión de texto, lo que se condice a lo escuchado a la médico tratante Francisca Paredes Veas, quien hizo referencia a haber tomado conocimiento, a través de una asistente social, que la acusada fue diagnosticada en el Hospital Gustavo Fricke con retraso mental moderado y que en lo personal le constaba que a ella le cuesta entender las indicaciones que le daba, motivo por el cual debía utilizar palabras muy simples para hacerle, sin perjuicio de lo cual era una persona independiente y que se puede dar a entender, circunstancia a la que la propia acusada hizo referencia, indicando que estudió en una escuela especial hasta octavo básico.

Respecto de la situación física de la víctima O. E., el mismo indicó que, efectivamente, presenta una disfunción en una de sus piernas como consecuencia de la poliomielitis al tiempo que indicó que se reconoce como una persona fuerte, de trabajo, que no tiene ningún problema para laborar, así como tampoco para jugar fútbol, andar en bicicleta o bailar, circunstancia que fuera reafirmada por su hija N. y la propia acusada, quienes lo indicaron expresamente.

De las circunstancias en que fue provocada la lesión sufrida por O. A. E. D.

Respecto de este hecho, declararon como prueba de cargo el afectado, la hija común, la nuera de ambos, el carabinero que adoptó el procedimiento en el Hospital Gustavo Fricke de esta ciudad y el policía de la Brigada de Homicidios que efectuó indagaciones y también lo hizo la acusada como medio de defensa, además de contarse con la documental incorporada por el Ministerio Público.

Conforme las declaraciones de los referidos testigos y acusada, que resultan en lo esencial concordantes y coherentes y cuyo contenido se ha relacionado en las motivaciones quinta y séptima precedentes, la dinámica de los hechos sería la siguiente: el día 10 de septiembre de 2016 la acusada J. G. M. y su marido O. E. D. concurren a la celebración de un bautizo en casa de un familiar, ubicada al lado de la vivienda que ambos habitan, en calle XX N°X, Villa XX, Viña del Mar del Mar. En esa celebración O. E. D. consumió vino, pisco y ron y se embriagó. Más tarde, en horas de la madrugada del día 11 de septiembre de 2016, ambos se retiraron a su domicilio, en el que se encontraban durmiendo el hijo común, J. E. G., su pareja

P. y el hijo de estos. Al ingresar al domicilio, marido y mujer se encontraban en un sector de la vivienda



destinado a cocina, E. D. lo hacía en estado de ebriedad y la acusada intentaba acompañarlo al dormitorio para acostarlo, ante lo que él se molestó indicando que quería seguir bebiendo alcohol y la agredió físicamente, con golpes de puño en diversas partes del cuerpo, le apretó el cuello con sus manos en un ademán de asfixiarla y la insultó, ante lo cual intervino el hijo de ambos, J., quien no pudo controlarlo. En este episodio, E. D. cayó al suelo y se levantó continuando con la agresión hacia su cónyuge, la acusada, y en algún momento en que aquel volvió a caer al suelo, la acusada J. G. M. se dirigió a un mueble en el que se guardaba el cubierto, sacó un cuchillo y se lo enterró a E. D. en el tórax.

En el intertanto, iniciado el evento de violencia descrito, la acusada llamó por teléfono a su hija N. E. G., quien no contestó las llamadas y su nuera, F. P., había llamado a carabineros, que no concurrió al lugar, también llamó esta última a N. E. pidiéndole ayuda para controlar a su padre, quien llegó al lugar una vez que éste ya se encontraba herido y sangrando. A O. E. lo llevaron al Hospital Gustavo Fricke su hija

N. con la acusada, donde fue atendido y luego intervenido quirúrgicamente ante el diagnóstico de herida penetrante torácica derecha – neumotórax traumático abiertoderecho. En el citado Hospital, al concurrir un funcionario de carabineros a adoptar el procedimiento, la acusada G. M. declaró haber causado la herida que presentaba su marido y fue detenida e ingresada en prisión preventiva.

Para determinar que la descrita es la situación que tuvo lugar el día de los hechos, se valoró la prueba de cargo, toda la cual es coherente, consistente y complementaria con los dichos de la acusada.

En efecto, respecto de las circunstancias previas a que la lesión fuera inferida se oyó en juicio a la propia víctima, O. E. D., quien dijo que él es el responsable de lo que ocurrió, que se había pasado de copas, esto es, que estaba borracho y que cuando eso ocurre pierde el control, lo que le pasó la cuenta y que por eso incitó a su señora a hacer lo que hizo, darle un picotón con un cuchillo, que de no haber obrado ella de la forma en que lo hizo, ahora ella estaría en el cementerio y él en la cárcel. N. E., la hija, indicó que, en el bautizo al que habían asistido, su padre consumió alcohol y por su parte, la nuera, F. P., indicó que el día de los hechos se encontraba durmiendo en la casa de sus suegros y despertó cuando estos llegaron, O. E. en estado de ebriedad y que la acusada J. G. trataba de afirmarlo, ante lo cual despertó a su pareja para que la ayudara, porque su suegro no quería irse a la cama y se sentó en una silla, dando manotazos para todos lados. Esta misma situación fue la que relató la acusada.

Respecto de la manera en que se produjeron los actos de violencia, fue testigo presencial F. P., quien describió la situación indicando que su suegro, la víctima de las lesiones, se encontraba sentado en una silla, en la cocina, dando manotazos, mientras su suegra y su pareja que estaban de pie, le decían que se fuera a acostar; que su suegro no quiso, se paró para seguir bebiendo y golpeó a su suegra con las manos, lo que ya había hecho antes, y que su pareja trató de evitarlo afirmando a su padre de las manos, pero no pudo, ante lo cual ella fue al dormitorio a llamar a su cuñada que es quien calma a O. E. en esas circunstancias y que, cuando volvió a la cocina, su suegro ya estaba herido, tirado en el piso y su suegra tiritando, quien tiró el cuchillo al piso. Vio que su suegra estaba golpeada, con moretones porque su suegro la intentó ahorcar. Posteriormente le vio a su suegra diversos moretones. Estos dichos resultan coincidentes con lo señalado por la acusada J. G. M., quien refirió la misma dinámica de hecho, indicando que al llegar a la casa, después del bautizo, su marido no se quería acostar, que la insultaba; que se sentó en una silla y después se levantó a pegarle, que le pegó con golpes de puño en diversas partes del cuerpo y que trató de ahorcarla; que su hijo J. trató de controlarlo y que no pudo; que su marido se cayó al suelo, se levantó y continuó pegándole y que en algún momento que se cayó ella fue a buscar un cuchillo al mueble que estaba en la cocina y se lo puso, haciendo el gesto de enterrarlo. La hija de la víctima y la acusada, N. E., dio cuenta de lo que presenció al llegar al domicilio de sus padres al ser llamada por su cuñada, esto es, que su padre estaba en el suelo herido, sangrando y que su madre estaba golpeada, que tenía huellas de los golpes en la cara, que estaba roja, y también en el cuello, al habérselo apretado su padre con las manos. Además, el tribunal pudo observar las imágenes incorporadas por el Ministerio Público, correspondientes a las fotografías tomadas a pocos días de los hechos, al cuello, tronco y



una pierna de la acusada, según esta misma reconociera en su declaración, en las que se pudo observar hematomas en esas partes de su cuerpo, lo que resultó coincidente con lo indicado por ésta, su hija y su nuera, en cuanto a haber observado en su cuerpo las huellas de los golpes recibidos de parte de la víctima en el día de los hechos.

En cuanto a las circunstancias posteriores, indicó la testigo N. E. que en el auto de su pareja llevaron, con su madre, a su padre al hospital y que mientras ella estaba preocupada de saber de su padre, su madre, se entregó a carabineros y resultó detenida. Esta circunstancia fue ratificada por el funcionario de carabineros Felipe Peña Osoreo, quien indicó que al concurrir a adoptar el procedimiento al Hospital Gustavo Fricke por las lesiones sufridas por O. E., la acusada declaró voluntariamente que ella las había causado, por lo que fue detenida, lo cual fue coherente con lo declarado por la acusada J. G.

Los anteriores dichos son concordantes a lo indicado por los señalados testigos al funcionario de la Brigada de Homicidios Roberto Wilson González Soto, salvo por la víctima, quien al ser entrevistado indicó no recordar cómo se había producido la situación en la que terminó herido, funcionario que, además, se constituyó en el sitio del suceso y levantó como evidencia un cuchillo, marca tramontina, con el cual se habrían causado las lesiones según F. P. y que fijó fotográficamente el sitio del suceso, cuyas imágenes se exhibieron en la audiencia.

Con los elementos probatorios reseñados, toda prueba de cargo, fue posible tener por cierta la forma en que se desarrollaron los hechos, según fuera descrita y que coincide con la versión de la acusada, los que terminaron con que ésta infiriera a su marido una herida con un cuchillo en el tórax.

De la naturaleza de la lesión.

En lo que a la lesión respecta, debe consignarse que, de acuerdo a la prueba rendida, se acreditó que a consecuencia de la acción ejecutada por la acusada, su marido, O. E., resultó con una herida en el tórax. No obstante, tal prueba no permitió determinar la extensión ni profundidad de la herida, así como tampoco el tiempo que habría demorado en sanar.

Efectivamente, rindió el Ministerio Público la prueba pericial del Médico Legista Francisco Eduardo Cardemil Richter, quien si bien compareció a estrados, venía preparado para informar respecto de una persona distinta a la víctima de las lesiones en este juicio, no evacuando en definitiva informe alguno, lo que, unido a que la hoja de atención de urgencia de O. E., DAU U0001170494 de fecha 11 de septiembre de 2016, contiene un error en cuanto al lugar en que se presentaba la herida, según lo confirmó el funcionario de la Brigada de Homicidios Roberto González Soto, puesto que en esa hoja se indica que la herida se ubica en el reborde costal izquierdo, en circunstancias que lo era en el derecho, permite tener una duda razonable en lo que dice relación con la gravedad de las lesiones que el indicado documento refiere como de pronóstico de mediana gravedad, puesto que si se incurrió en un error en la ubicación de la herida, no hay motivo para excluir que no se haya producido un error también en la determinación de su gravedad, lo que no logra resolverse con la ficha clínica que fuera incorporada, por cuanto, para analizarla, se requieren conocimientos médicos que la hagan comprensible, con los que no contó en la audiencia de juicio, motivos todos por los cuales no fue posible establecer la extensión, profundidad ni gravedad de las lesiones causadas por J. G. M. a O. E. D. en la oportunidad señalada en la acusación.

UNDÉCIMO: Configuración de la causal de justificación de legítima defensa. Que, los hechos que se dieron por probados en el considerando precedente, son constitutivos del delito de lesiones, por el que se sanciona al que hiere, golpear o maltrata de obra a otro ocasionándole lesiones, aún cuando no se haya podido establecer qué tiempo de enfermedad o incapacidad para el trabajo hayan provocado en el ofendido y cuya comisión se atribuyó a la encausada J. G. M., en grado de consumado.

Sin embargo, tal como se adelantó en el veredicto, la prueba rendida en el juicio permitió establecer que la acción realizada por la acusada, al herir a su marido, O. E. D., aparece justificada por la legítima defensa de su integridad corporal, dada la violencia previa desplegada por E. D. en la persona de la



acusada, ya que bien pudoéste lesionarla gravemente de haber continuado con su agresión, incluso más, comolo señaló el propio afectado de las lesiones, se puso en riesgo la vida de la acusada.

La legítima defensa constituye una causal de justificación, que ha sido definida “como la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada”⁸ o que obra en legítima defensa “quien ejecuta una acción típica, racionalmente necesaria, para repeler o impedir una agresión ilegítima, no provocada por él y dirigida en contra de su persona o derechos o los de un tercero”⁹ y se encuentra reglada en el artículo 10 números 4, 5 y 6 del Código Penal y, en particular, la legítimadefensa propia en el artículo 10 N°4, que establece:

Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

N°4. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

En el presente caso, el tribunal ha considerado que, al lesionar la acusada a O. E. como medio de defensa ante la agresión que sufría de parte de éste, han concurridolas tres circunstancias anteriores.

Agresión Ilegítima

Agresión es cualquier actividad humana que pone en peligro a una persona o un bien jurídico, no siendo necesario que tal agresión constituya delito, basta que sea antijurídica. “Ilegítima es la agresión ILÍCITA, contraria a derecho en general, aunqueno necesariamente constitutiva de delito (TÍPICA) ni, mucho menos culpable”¹⁰.

Uniformemente se ha sostenido que tal agresión ilegítima debe ser actual o inminente, según se deriva de la parte final de la circunstancia segunda, puesto quede lo contrario no se entendería la necesidad de impedirla o repelerla.

⁸ Etcheverry, Derecho Penal, T I, p-175. Citado en Garrido Montt, Derecho Penal, Parte general, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 127.

⁹ Cury, Derecho Penal, tomo I, p.323. Citado en Garrido Montt, op.cit., p.127.

¹⁰ Politof, Sergio; Matus, Juan Pierre; Ramírez, María Cecilia, “Lecciones de Derecho penal Chileno”. Parte General, Editorial Jurídica de Chil, 2016, p.216.

En el caso sometido a decisión la agresión con la que O. E. acometió a la acusada reúne las características de antijurídica, según se verificó al establecerse en la motivación anterior la forma en que agredió aquel a ésta, esto es, con golpes de puño en su rostro y diversas partes del cuerpo y apretando su cuello, lo que incluso dejó huellas reflejadas en hematomas que estuvieron presente por varios días. Tal conducta no tiene justificación alguna, por cuanto en ningún caso – salvo que se defienda legítimamente – el ordenamiento jurídico ampara el que el marido golpee asu mujer, sea que se encuentre ebrio o no.

En cuanto a la actualidad o inminencia de la agresión, el tribunal ha considerado que ambas circunstancias han tenido lugar en la especie, por cuanto, el día de los hechos, E. D., en los instantes inmediatamente anteriores a la reacción defensiva dela acusada, la había golpeado con golpes de puño en diversas partes del cuerpo y había apretando fuertemente su cuello en ademán de asfixiarla. Además, resultabainminente para la acusada sufrir una continuación de la agresión o una nueva acometida en su contra, ya que su



marido se encontraba borracho, que es la condición que su familia refiere que es aquella en que le pega y que ha sido su conducta de vida durante una convivencia de 40 años, lo que permite inferir que de no mediar la defensa de J. G. le habría vuelto a golpear y su integridad física habría resultado dañada. El hecho que el hijo común de la acusada y su marido víctima de las lesiones, de 27 años de edad, haya interferido para tratar de controlar a este último y sus esfuerzos hayan resultado infructuosos, permiten inferir que E. D. habría continuado agrediendo a la acusada, de no operar su reacción defensiva, por lo tanto resultaba inminente que la agresión ilegítima en contra de la acusada se reanudara en cuanto su marido se levantara del piso al que había caído.

Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

El medio empleado para impedir o repeler la agresión fue un cuchillo marca tramontina, cuyas medidas no fueron acreditadas y que se encontraba en un mueble de la cocina, habitación en que la acusada y su marido se encontraban en horas de la madrugada del día 11 de septiembre de 2016, el que enterró en su torax.

Para entender que el medio empleado – el cuchillo enterrado en el tórax – era racionalmente necesario para que legítimamente la acusada se defendiera, se desestimó la alegación de la Fiscal en orden a que no resultaba proporcional herir a una persona en la indicada parte del cuerpo con un elemento punzante, ante una agresión como la que recibía la acusada en esos momentos, tratándose la víctima de este caso, además, de una persona que sufría de secuelas de una poliomielitis en una de sus piernas.

Lo anterior por cuanto el tribunal ha estimado que el criterio de la proporcionalidad de los medios utilizados por quien se defiende, no es el adecuado para determinar la necesidad racional del medio empleado, dado que tal necesidad no implica un cálculo aritmético de equivalencia entre los medios defensivos y de ataque sino su ejercicio efectivo y no excesivo de la defensa. Dicho en palabras de Novoa “no se trata de que deba repelerse el puñal con el puñal, la piedra con la piedra y el revólver con el revólver. Lo que interesa es que ante la agresión injusta sea posible salvar el bien jurídico atacado, pero sin llevar la reacción defensiva más allá de lo necesario”¹¹.

En definitiva, al evaluar si el medio empleado para impedir o repeler la agresión física de que estaba siendo objeto J. G., el examen no puede ser hecho en forma abstracta, sino que corresponde hacer un análisis objetivo y ex ante, con el criterio de una persona razonable puesta en el lugar y momento de los hechos.

En el caso a resolver, se trata de una mujer que está siendo golpeada por su marido con golpes de puño y quien aparentemente la ha intentado asfixiar, al apretarle fuertemente el cuello con sus manos, al que ni siquiera un hombre más joven que el agresor logra controlar, ante lo cual ella reacciona tomando el elemento que se encuentra a su alcance – un cuchillo, ya que están en la cocina – y se lo enterra en el tórax, provocándole una herida penetrante en la zona intercostal derecha con neumotórax abierto. Debe, además, tenerse en consideración que el agresor se encontraba ebrio, estado en el cual habitualmente ejercía violencia contra su mujer desde hace 40 años.

Ante tales circunstancias, el tribunal ha estimado que en la reacción de defensa de la acusada ha tenido lugar la necesidad racional del medio empleado para repeler el ataque de que estaba siendo objeto, por cuanto la utilización del cuchillo por parte de J. G. obedeció a la inminencia de la continuación de la agresión de que estaba cometiendo en su contra y no se efectuó con la finalidad de herir gravemente a O.

E. G., según es posible desprender de la actitud de la acusada al momento de herirlo

– no continuar infiriendo más heridas – y con aquella que tuvo con posterioridad, ir con él al hospital, en el mismo vehículo, en búsqueda de atención médica y dar cuenta al carabinero que adoptó el procedimiento que ella era quien había causado esa herida, sino con la necesidad de liberarse de la agresión que estaba sufriendo.



Falta de provocación suficiente de parte del que se defiende

Ningún indicio se tuvo en el juicio acerca de alguna provocación por parte de la acusada para ser agredida por su marido, sólo querer llevarlo a la cama para que durmiera, porque se encontraba en estado de ebriedad, según lo informó su nuera que fue testigo presencial del inicio de la agresión de E. a la acusada. Por lo tanto, en la especie, ni siquiera se trata de en la reacción defensiva se haya obrado con falta de provocación suficiente – que es lo que exige la norma – sino que lo fue en ausencia de provocación alguna, motivo por el cual se estima también concurrente esta circunstancia.

Por tanto, y conforme se ha razonado precedentemente, ha concurrido en la especie la causal de justificación o eximente de responsabilidad penal de la legítima defensaspropia, que establece el artículo 10 N°4 del Código Penal, ya que si bien puede entenderse que la conducta desplegada por la acusada es típica, ella no ha resultado ser antijurídica, lo que ha motivado la decisión de absolución

¹¹ Novoa, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, T 1, pp.196 y ss, citado en Olivares, Ernesto “El estado de necesidad racional de la legítima Defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”. Polit. crim. Vol 8N°15 (julio 2013) artículo.1, pp. 1-22.

DUODÉCIMO: Estándar de convicción y decisión absolutoria. Que, nadie puede ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. En el presente caso, al haberse encontrado la acción típica ejecutada por la acusada amparada por una causal de justificación, no resulta ser antijurídica, motivo por el cual ha de dictarse sentencia absolutoria en su favor, acogiendo de esta manera la petición de su Defensa.

DECIMOTERCERO: Costas. Que, se condenará en costas al Ministerio Público, por estimarse que no tuvo motivo plausible para litigar, en consideración a que ha traído a juicio un caso respecto del que, conforme el cúmulo de antecedentes allegados desde el inicio de la investigación, se vislumbraba la concurrencia de circunstancias eximentes y modificatorias de responsabilidad que justificaban una solución distinta al juicio.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 399, 397N°2 y 400 del Código Penal; 1, 4, 45, 47, 48 295, 296, 297, 325 a 338, 340, 341, 342 y 344 del Código Procesal Penal, se declara:

Que se absuelve a la acusada J. C. G. M., cédula nacional de identidad N°XX-X, ya individualizada, de la acusación que se le formulara en su contra por el delito de lesiones graves agravadas por haberse causado en contexto de violencia intrafamiliar, que se dijera cometido el día 11 de septiembre de 2016, en esta ciudad de Viña del Mar.

Que se condena en costas al Ministerio Público.

Ejecutoriado que sea el presente fallo, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Devuélvanse los elementos de prueba incorporados al juicio.

Regístrese y comuníquese oportunamente al Juzgado de Garantía de Viña del Mar para su cumplimiento. Hecho, archívese.

Redactada por la Juez Viviana Poblete Vera RIT 174-2018 - RUC 1600858171-5

Dictada por la Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, presidida por el magistrado Alejandro Palma Cid e integrada, además, por las juezas Roxana Valenzuela Reyes y Viviana Poblete Vera.



COSTA RICA

CR

Defensa Pública - Poder
Judicial de Costa Rica



CR > Defensa Pública - Poder Judicial de Costa Rica

Fallos remitidos

868

Fallos remitidos

JURISPRUDENCIA 1 [ver fallo completo](#)

País	Costa Rica
Tribunal	Sala de Casación Penal
Materia	Penal
Derechos involucrados	Identidad de género, perspectiva de género, culpabilidad penal
Breve relación de los hechos	El caso versa sobre dos mujeres trans que son acusadas del delito de robo agravado. En la legislación costarricense existen causales de atenuación de la pena para las mujeres en situación de vulnerabilidad que cometen algún delito que se encuentre relacionado con alguna de estas causales. La Defensa Pública alegó en juicio que estos atenuantes debían ser aplicados al caso concreto, pues las acusadas se encontraban en condición de vulnerabilidad. El tribunal de juicio estimó que estas causales debían ser aplicadas únicamente a las mujeres cisgénero, y posteriormente el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal acogió el recurso de apelación de la Defensa Pública y ordenó un juicio de reenvío para conocer la situación de vulnerabilidad de las mujeres. En este voto la Sala de Casación Penal rechaza el recurso interpuesto por el Ministerio Público y sostiene el criterio esgrimido por el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, basándose para ello en el reciente voto de la Corte IDH en el caso de Vicky Hernández y otras vs. Honduras.
Fundamentos de derecho	Artículos 71 y 72 del Código Penal, artículo 1 Convención Belem do Pará.
Resolución (Liga de enlace)	https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0006-1039537
Contexto social y económico del caso	Se trata de un voto trascendente pues se confirma la aplicabilidad de la Convención Belem do Pará como mecanismo de protección de las mujeres trans, según lo dispuesto por el reciente criterio interamericano mencionado. En el contexto costarricense, ello implica que los factores atenuantes previstos para la criminalidad femenina deben ser aplicados también a las mujeres trans, sin ningún tipo de distinción.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Sala de Casación Penal
Instrumento y/o criterio internacional invocado	Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte IDH, Vicky Hernández y otras vs. Honduras



JURISPRUDENCIA 1 [ver fallo completo](#)

Medidas de reparación integral adoptadas

Por tanto:

Se declara sin lugar el recurso de casación incoado por la licenciada Adriana Chaves Redondo, Fiscal de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público. En vista del juicio de reenvío decretado por el ad quem, para efectos de la determinación e imposición de la sanción penal de las personas aquí imputadas y, en atención a que a [Nombre 004]. conocida como [Nombre 001]. le vence la prisión preventiva el 25 de julio de 2021, remítase la presente sumaria a la mayor brevedad posible al Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. Notifíquese.

Votación por la que fue adoptada

Unánime

Votos concurrentes o disidentes

Ninguno

Otra observación

JURISPRUDENCIA 2 [ver fallo completo](#)

País Costa Rica

Tribunal Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José

Materia Penal

Derechos involucrados Derechos de las personas indígenas, acceso a la justicia

Breve relación de los hechos

Se trata de un asunto en que una persona indígena es sentenciada por el delito de violación contra su hija. La Defensa Pública apela la resolución y el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal declara con lugar tomando en cuenta varias circunstancias. En primer lugar, a la menor ofendida no se le brindó la posibilidad de contar con un intérprete, además que no se tomaron en cuenta cuestiones de carácter cultural en el momento de toma de la denuncia. Se constató que no se informó debidamente a la menor sobre sus derechos y sobre los alcances que tendría su declaración, así como las advertencias en relación con su derecho de abstención y su obligación de decir verdad.

Fundamentos de derecho

Artículos 1 y 3 de la Ley de acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica, artículos 175, 178 y 181 del Código Procesal Penal.

Resolución (Liga de enlace)

<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1008508>

Contexto social y económico del caso

En el caso en cuestión, tanto la ofendida como el imputado son personas indígenas, lo que obliga a las instancias judiciales a tomar en cuenta los factores económicos, sociales, culturales de los intervinientes con el fin de garantizar un verdadero acceso a la justicia. Se establece que aún en el caso de que la persona comprenda y pueda comunicarse correctamente en el idioma español, esto no debe ser un impedimento para ejercer su derecho a contar con una persona intérprete de su lengua materna.



CR > Defensa Pública - Poder Judicial de Costa Rica

Fallos remitidos

870

JURISPRUDENCIA 2 [ver fallo completo](#)

Instancia procesal en la que se emite la sentencia Tribunal de Apelación de Sentencia Penal

Instrumento y/o criterio internacional invocado Ley de acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica

Medidas de reparación integral adoptadas Por tanto:
Se declara con lugar el primer motivo del recurso de apelación de sentencia interpuesto por el licenciado Asagal Alí Roper Small, en su condición de abogado defensor del imputado [Nombre 001]. Se dispone la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto declaró la culpabilidad del encartado por un delito de violación calificada en perjuicio de [Nombre 003]. (hechos acusados como uno y cinco); y se ordena el juicio de reenvío ante el mismo tribunal, para que con una integración diferente, proceda a resolver conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio. Por innecesario se omite pronunciamiento en cuanto al segundo de los alegatos de apelación. En lo demás la sentencia permanece incólume. Se mantiene la prisión preventiva de [Nombre 001] hasta el 19 de abril de 2021. **NOTIFÍQUESE.-**

Votación por la que fue adoptada Unánime

Votos concurrentes o disidentes Ninguno

Otra observación



Sala Tercera de la Corte

Resolución Nº 00749 - 2021

Fecha de la Resolución: 14 de Julio del 2021 a las 2:11 p. m.**Expediente:** 19-001295-1283-PE**Redactado por:** Sandra Eugenia Zúñiga Morales**Clase de asunto:** Recurso de casación**Analizado por:** SALA DE CASACIÓN PENAL**Sentencia con datos protegidos, de conformidad con la normativa vigente****Contenido de Interés:****Temas Estratégicos:** Perspectiva de Género, Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Instrumentos internacionales, Grupos Vulnerables, Jurisprudencia de la CIDH**Tipo de contenido:** Voto unánime**Rama del Derecho:** Perspectiva de género**Tema: Población transgénero****Subtemas:**

- Término mujer abarca a mujeres trans.
- Mujer "trans" destinataria de la norma contenida en los artículos 71 y 72 del Código Penal.

"III.[...] Desde la perspectiva del Tribunal de Apelación, el a quo tomó su decisión contrariando normas internacionales e internas que protegen los Derechos Humanos. Al respecto indicó: "...el legislador hace referencia a "una mujer", sin que se haga diferencia entre si esta debe ser reconocida como tal a partir de su sexo ("1. m. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es/sexo?m=form>, 04 de noviembre de 2020) o de su género ("3. m. Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico" *Ibidem*, <https://dle.rae.es/género?m=form>). Sin embargo, al verificarse que la disposición legal no está dispuesta para todas las mujeres, sino solo para aquellas "en estado de vulnerabilidad" y que esa condición se definiría "por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género", es notorio que tales disposiciones estaban dispuestas como una acción afirmativa (discriminación positiva) que tomó el Estado costarricense para erradicar las prácticas discriminatorias que enfrentan las mujeres, como personas sometidas a conductas abusivas y violentas en sociedades estructuradas a partir del ejercicio del dominio patriarcal (artículo 1, 3 y 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979). Esto en razón de que este tipo de discriminación es un tipo de violencia contra la mujer, entendida 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 en el privado" (artículo 1 de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención De Belem Do Pará aprobada el 06 de setiembre de 1994). De este modo, desde la literalidad de las normas descritas, la expresión "mujer en estado de vulnerabilidad" no hace referencia a la mujer desde la perspectiva de su sexo [En un sentido estricto, el término "sexo" se refiere "a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer", a sus características fisiológicas, a la "suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres", o a la "construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base es clasificada como macho o hembra al nacer" (cfr. Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de asunto jurídicos y políticos, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes)], sino desde el género, que resulta ser una construcción social que se refiere "...a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas" (*Ibidem*)...". (folios 277 frente y vuelto). Dentro de las razones que le permitieron sustentar su línea de argumentación, el Tribunal de Alzada se basó en la exposición de motivos del proyecto de ley Nº 20300, que finalmente, al pasar a ser Ley de la República, modificó los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal. Los jueces de apelación concluyeron que "...las diferencias biológicas entre hombre y mujer no fue lo que primó para realizar la modificaciones a los artículos mencionados, como equivocadamente lo sostuvo el a quo, sino las desventajas y discriminación que enfrentan las mujeres al tener que cumplir las funciones, roles o atributos construidos por una sociedad patriarcal, que las coloca en vulnerabilidad frente al Sistema de Justicia Penal y puede influir en ella para la comisión de un hecho criminal..." (folio 278 frente). Partiendo de la normativa internacional vigente, el Tribunal de Apelación sostuvo: "...en el caso de los tratados internacionales y demás cuerpos normativos nacionales que al momento de su redacción no contemplaban la categoría "género", es correcto interpretarlos de manera evolutiva (cfr. artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 106, y Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83), entendiendo que la categoría



“sexo” comprende también la de “género”, ya que solo así se podría dar contenido al objeto útil de la protección jurídica integral de los Derechos Humanos. Aunado a que, este ejercicio de control de convencionalidad resulta de acatamiento obligatorio para las personas juzgadoras de la República, ya que en todos los casos sometidos a su conocimiento deben realizar un contraste entre las normas internas y los parámetros de convencionalidad, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, y la jurisprudencia de la Corte IDH (incluidas las opiniones consultivas...)” (folios 279 frente y vuelto). Para el *ad quem*, el razonamiento del Tribunal de Juicio que sirvió de base para establecer que las persona imputadas no eran destinatarias de las normas cuestionadas (ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal), debido a que eran personas transgénero y no mujeres, resultó ser “...discriminatorio y lesivo de la dignidad de las justiciables, protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dejó establecido que: “...la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género” (cfr. CIDH. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, párrafo 78). En este sentido, como lo define la Corte IDH en la mencionada consulta, citando a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, un “transgénero o persona trans” puede definirse “[c]uando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer...” (folios 279 vuelto a 280 frente). Según lo expuso el *ad quem*, el mismo Tribunal de primer instancia reconoció esta identidad de género en las encartadas [Nombre 001] y [Nombre 021] “...al señalar en la sentencia: “...son personas que se identifican como mujeres -trans- género, es decir, que a pesar de haber nacido con una biología del sexo masculino no se identifican como tal, lo anterior partiendo de sus datos de identificación así como la misma condición que ellas han admitido y esto, efectivamente es un derecho reconocido” (cfr. folio 216). Es decir, para el *a quo* ambas sindicadas, por su identidad y expresión de género, **eran mujeres**, pero, consideró que las normas cuestionadas no se aplicaban en su caso, debido a que: “...el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad por una identidad de género femenina no la (sic) convierte en una mujer desde el punto de vista biológico” (cfr. folios 216 y 217). Así, resulta evidente que las personas juzgadoras, en forma contradictoria, primero reconocen la existencia de un derecho humano de las endilgadas a que se les trate dentro del proceso en apego a su identidad y expresión de género (para lo cual incluso aplican los Principios de Yogyakarta, al tratar a las imputadas con sus nombres femeninos), sin embargo, cuando se trata de aplicar una norma que proyecta una posible disminución de la pena en torno a su condición de mujer, es decir, que daría contenido real al derecho al reconocimiento de su identidad de género, recurre a la biología para restarles tal condición, lo cual resulta notoriamente violatorio de los artículos 1.1., 3, 7, 11.2 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consideran como parte integrante de la dignidad humana el garantizar el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas. En este mismo sentido, la Corte IDH ha resuelto: “94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (supra párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad. 95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad” (cfr. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. El resaltado es suplido). Como se puede colegir, la decisión del *a quo*, de no aplicar el artículo 71 inciso g) y 72 del Código Penal, para fijar y motivar la sanción penal de las encartadas, se basó en criterios que lesionan los Derechos Humanos, en tanto su género -mujeres trans- no era un obstáculo para interpretar que podían ser destinatarias de la norma, a partir de que debe considerárseles, conforme a su identidad de género, como mujeres. Así queda claro, que al sostener la defensa pública que sus representadas eran mujeres y que estaban en estado de vulnerabilidad, debió ineludiblemente el tribunal de instancia entrar a ponderar fáctica y jurídicamente tales aspectos, para poder determinar si se cumplía, o no, con los restantes requerimientos normativos para ponderar la aplicación de una posible disminución de la sanción penal. Corolario, al no efectuarse ello, se dio un quebranto el principio fundamental de tutela judicial efectiva (artículo 41 de la Constitución Política), que solo puede ser subsanado declarando la ineficacia de la imposición de la sanción penal y ordenando la realización de un juicio de reenvío para que se conozca tal extremo del fallo, como así se dispondrá infra...” () “...En este sentido, se decreta la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto a la determinación e imposición de la sanción penal y se dispone el juicio de reenvío (conforme a las reglas de cesura que se dispuso para el sub examine) ante el mismo tribunal, para que con una integración diferente proceda a resolver tal extremo del fallo, conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio...” (folios 280 frente a 282 frente). Para la resolución del caso concreto, necesariamente debe partirse de la



regulación contenida en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal que, para los efectos que interesan, disponen: “*Artículo 71.-El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta: [...] g) Que la persona sentenciada sea una **mujer** que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible*” () “*Artículo 72- ...Cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la **mujer** sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal*” (la negrita no corresponde con el original). Esta Cámara comparte la interpretación de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal realizada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, en el sentido de que la “mujer trans” puede ser destinataria de lo dispuesto por dichos ordinales cuando hacen referencia al término “mujer”. En relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, se ha dicho que dentro de este se encuentran el derecho a la identidad personal y, particularmente, el derecho a la identidad de género, el cual supone la manera en la que la persona se asume a sí misma. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre del 2017, solicitada por el Estado de Costa Rica, denominada “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, definió la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo. En el punto 32 inciso h) al delimitar el término transgénero o persona trans, apuntó: “*...Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans...*”. Posteriormente, en esta misma Opinión Consultiva, la Corte Interamericana estableció: “*...95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género autopercibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad*”. En relación con la orientación sexual y la identidad de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, específicamente en la sentencia del 24 de febrero de 2012, realizó las siguientes precisiones: “*...90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas. 91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual...”. Recientemente, en el caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras, mediante sentencia del 26 de marzo de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos argumentó: “*129...la identidad de género en determinadas circunstancias como la presente, que se trata de una mujer trans, constituye un factor que puede contribuir de forma interseccional a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en su género. En efecto, la Corte ha determinado que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana y que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. Además, esta Corte ha sostenido que la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”, por lo que “el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad...*”. En el presente asunto, la identidad de género como mujeres, de ambas encartadas, fue un aspecto que trascendió a lo largo del proceso (folio 14, 106 frente a 107 vuelto, 184 frente a 187 vuelto); incluso el Tribunal de Juicio lo*



reconoció (folios 216 frente y vuelto), sin que fuese un punto controvertido, punto que fue abordado expresamente por el *ad quem*. Desde esta perspectiva, esta Sala estima que el término mujer, en sentido amplio, tal y como lo contemplan los ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, debe abarcar a las mujeres trans. Consecuentemente, al no advertirse la existencia de ningún yerro de parte del Tribunal de Apelación en la aplicación de la ley sustantiva, se declara sin lugar el recurso de casación incoado por la representante del Ministerio Público."

... Ver menos

Otras Referencias: -CIDH Opinión Consultiva 24/17 párrafos 32.h y 95-CIDH Atala Riffo y Niñas vs Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012.-CIDH Vicky Hernández y otras vs Honduras, sentencia del 26 de marzo de 2021

Citas de Legislación y Doctrina

Texto de la Resolución

190012951283PE

Exp: 19-001295-1283-PE

Res: 2021-00749

SALA DE CASACIÓN PENAL. San José, a las catorce horas once minutos del catorce de julio de dos mil veintiuno.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 004], conocido como [Nombre 001], mayor, de nacionalidad nicaraguense, no porta documento de identificación, nació el dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, soltera, hija de [Nombre 011] y [Nombre 012] y [Nombre 021], mayor, costarricense, cédula de identidad número [...], costarricense, nació el veintinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve, soltera, hija de [Nombre 032] y [Nombre 033]; por el delito de **robo agravado**, en perjuicio de [Nombre 047]. Intervienen en la decisión del recurso los magistrados y las magistradas, Patricia Solano Castro, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Gerardo Rubén Alfaro Vargas, Sandra Eugenia Zúñiga Morales y Rafael Segura Bonilla, este último como suplente. Además, en esta instancia, la licenciada Adriana Chaves Redondo como representante del Ministerio Público y el licenciado Luis Ling Jiménez, como defensor público de las encartadas.

Resultando:

1.- Mediante sentencia Nº **2020-1859** de las nueve horas veinticinco minutos del diecisiete de noviembre de dos mil veinte, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, resolvió: **"POR TANTO:** Se declara con lugar el segundo motivo del recurso de apelación de sentencia interpuesto por licenciada Virginia Rojas Ramírez, en su condición de defensora pública de las imputadas [Nombre 021] y [Nombre 001]. Se decreta la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto a la determinación e imposición de la sanción penal y se dispone el juicio de reenvío (conforme a las reglas de cesura que se dispuso para el sub examine) ante el mismo tribunal, para que con una integración diferente proceda a resolver, conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio, tal extremo del fallo. Se declara sin lugar el primer motivo del recurso de apelación de sentencia. En lo demás la sentencia permanece incólume. Se omite pronunciamiento en cuanto a la prisión preventiva de la imputada [Nombre 001]. **NOTIFÍQUESE.- Rafael Mayid González González. Alfredo Araya Vega. Giovanni Mena Artavia. Jueces de Apelación de Sentencia Penal.**" (sic).

2.- Contra el anterior pronunciamiento la licenciada Adriana Chaves Redondo, interpuso recurso de casación.

3.- Verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.

4.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa la **Magistrada Zúñiga Morales; y,**

Considerando:

I. La licenciada Adriana Chaves Redondo, Fiscal de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público, en escrito visible a folios 288 frente a 292, interpone recurso de casación contra la resolución Nº 2020-1859, dictada a las 09:25 horas, del 17 de noviembre de 2020, por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, *"únicamente en lo que atañe a lo resuelto respecto del segundo motivo de apelación interpuesto por la defensa, mismo que se acogió, decretando la ineficacia parcial del fallo de instancia, respecto a la determinación e imposición de la sanción penal a las justiciables, disponiendo el juicio de reenvío sobre ese extremo, bajo la consideración de que las encartadas que son personas trans género, son sujeto de aplicación de los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, al considerarlas mujeres"* (folios 267 frente a 282 vuelto).

II. Por resolución Nº 2021-00634, de las 11:09 horas, del 11 de junio de 2021 (folios 328 frente a 332 vuelto) esta Sala declaró admisible el único motivo del recurso de casación formulado por la representación fiscal. De seguido se procede con el conocimiento de fondo de la impugnación, y se emite la decisión que corresponde a derecho, de acuerdo con los fundamentos de la presente resolución.

III. En el **único motivo**, con base en el numeral 468 inciso b) del Código Procesal Penal, alega errónea aplicación de preceptos legales sustantivos, concretamente los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal. Sostiene, que el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, acogió el segundo motivo de apelación incoado por la defensa, bajo la consideración de que el Tribunal de Juicio había rechazado la gestión defensiva de que se aplicara a las imputadas lo dispuesto en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, sustentándose en premisas que estimó erradas, contrariando normas internacionales e internas que protegen los Derechos Humanos; resolviendo que una de esas premisas fue concluir que las normas sustantivas citadas, contienen una protección destinada a las mujeres desde el punto de vista del sexo biológico. Afirma la recurrente, que el *ad quem* puntualizó en el fallo que se conoce, que el legislador se refirió a "una mujer", sin distinguir entre si esta debe ser reconocida como tal, a partir de su sexo, o de su género, por lo que sostuvo que desde la literalidad de las normas descritas, la expresión "mujer en estado de



vulnerabilidad”, no hace referencia a ésta desde una perspectiva de su sexo, entendido como características biológicas (genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas) que la diferencian del hombre, sino que más bien, debe ser entendido desde una visión de género, que es una construcción social que hace referencia a las identidades, funciones y atributos construidos socialmente y con significado social y cultural. Hace ver la fiscal, que el *ad quem*, señaló que los tratados internacionales y cuerpos normativos nacionales debían ser interpretados de manera evolutiva y que, por ende, debía entenderse que la categoría “sexo” comprende también la de “género”, ya que solo así se podía dar contenido al objeto útil de la protección jurídica integral de los derechos humanos. Enfatiza que, consideraron los jueces de alzada que los argumentos utilizados por el *a quo* para denegar la aplicación de las normas sustantivas de cita a las endilgadas, debido a que eran personas transgénero y no mujeres, no tenían respaldo en el principio de legalidad ni tampoco en la interpretación de los instrumentos internacionales invocados, siendo un razonamiento discriminatorio y lesivo de la dignidad de las justiciables. Así mismo, se detalla que el *ad quem* añadió que para el Tribunal sentenciador las encartadas eran mujeres, por su identidad y expresión de género, pero consideró que las normas cuestionadas no se aplicaban en su caso debido a que “*el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad por una identidad de género femenina no la (sic) convierte en una mujer desde el punto de vista biológico*”...”; disponiendo resultaba contradictorio al reconocerles primeramente la existencia a las encartadas de un derecho humano, a que se les trate dentro del procesó en apego a su identidad y expresión de género; y posteriormente al aplicar la norma que proyecta una eventual disminución de la pena, en relación a la condición de mujer, recurre a la biología para restarles esa condición. Dispusieron que la decisión del *a quo* de no aplicar a las endilgadas los numerales 71 inciso g) y 72 de referida cita,- para fijar y motivar la sanción penal, se basó en criterios lesivos de los Derechos Humanos, al estimar que su género- mujeres trans-, no impedía interpretar que podían ser destinatarias de la norma, a partir de que se les considere conforme a su identidad de género, como mujeres, desde lo cual resolvieron que el tribunal debió determinar si cumplían o no las endilgadas con los demás requisitos normativos para ponderar aplicar una posible disminución de la pena, y que al no hacerse se quebrantó el principio de tutela judicial efectiva, y que para subsanarlo declaraban la ineficacia de la imposición de la sanción penal, ordenando el reenvío para qué se conozca ese extremo” (folio 289 vuelto). Considera la impugnante, que se colige del razonamiento del *ad quem*, que se partió de la consideración de que el numeral 71 inciso g) del Código Penal corresponde aplicarlo desde la perspectiva de género, y en razón de ello, dispuso la ineficacia de la sentencia y el juicio de reenvío, a fin de que se determinara si las encartadas se encontraban en la condición de vulnerabilidad, según lo taxativamente dispuesto, y si tales situaciones, las determinaron para la comisión del hecho punible, conforme a lo establecido en la norma sustantiva. Estima la fiscal, que “*la aplicación de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal, a las endilgadas [Nombre 021] y [Nombre 001] partiendo de la consideración de género, como lo dispuso el tribunal ad quem es equivocada, al inobservar la literalidad de esos preceptos sustantivos*” (folio 290 frente). Asevera, que el Ministerio Público no comparte el razonamiento de *ad quem* para decantarse por la aplicación a las encartadas, de los preceptos sustantivos previstos en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, bajo la consideración de que el vocablo mujer, debe interpretarse por razones de género y no del sexo biológico. Sostiene que, tales numerales no son aplicables en el caso concreto porque, las endilgadas son personas transgénero, y los preceptos sustantivos hacen referencia expresa a las mujeres como destinatarias, desde una perspectiva de sexo biológico. Establece, por ende, que se debe partir de una interpretación literal o gramatical del vocablo mujer. Hace alusión a que la doctrina enfatiza en que la interpretación de la ley penal es gramatical y transcribe un texto de los autores Francisco Castillo, Claus Roxin, Mercedes García Arán y Francisco Muñoz Conde. Asimismo, trae a colación la definición de persona del sexo femenino, sexo y transexual, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Refiere que, partiendo de una interpretación gramatical o literal del vocablo mujer, no resulta aplicable a las encartadas, las normas sustantivas contenidas en los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal, como erradamente lo consideró el *ad quem*, al señalar en el fallo recurrido, que la interpretación debe ser desde una perspectiva de género. Como agravio, señala que al haber aplicado el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, de manera errónea los alcances de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal, se ocasionó un perjuicio ilegítimo y grave a las pretensiones punitivas del Ministerio Público, toda vez que en la especie no son aplicables dichas normas sustantivas, y por ende resulta improcedente entrar a discutir una eventual disminución de la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal de robo agravado. Solicita “se case la sentencia impugnada, únicamente en lo resuelto respecto del segundo motivo, dejándose sin efecto lo ahí ordenado -en el extremo recurrido-, y se mantenga lo resuelto por el Tribunal de Juicio, que dispuso la inaplicabilidad de esas normas sustantivas, e impuso a las encartadas 5 años de prisión- sustituyendo respecto de la encartada [Nombre 021] la pena de prisión por arresto domiciliario con monitoreo electrónico” (folios 291 vuelto y 292 frente) . **Se declara sin lugar el reclamo formulado por la representante del Ministerio Público.** En el caso concreto, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, mediante sentencia Nº 459-2020, de las 16:15 horas, del 11 de junio de 2020 (folios 211 frente a 219 vuelto), declaró a “... [Nombre 021] y [Nombre 001], conocida antes como [Nombre 004], autoras responsables del delito de ROBO AGRAVADO...” (folio 218 vuelto, la negrita corresponde con el original). El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, mediante resolución Nº 2020-1859, dictada a las 09:25 horas, del 17 de noviembre de 2020, declaró con lugar únicamente el segundo motivo del recurso de apelación formulado por la defensora pública de ambas personas imputadas, “*decretando la ineficacia parcial del fallo de instancia, respecto a la determinación e imposición de la sanción penal a las justiciables, disponiendo el juicio de reenvío sobre ese extremo, bajo la consideración de que las encartadas que son personas trans género, son sujeto de aplicación de los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, al considerarlas mujeres*” (folios 267 frente a 282 vuelto). En el presente asunto, la discusión en casación se centrará (por ser el tema objeto del recurso) en determinar si el término “mujer”, contenido en los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal debe interpretarse desde una perspectiva de género (posición asumida por el Tribunal de Apelación), o de sexo como condición biológica (criterio sostenido por la impugnante y el Tribunal de Juicio). En primer lugar, resulta oportuno conocer la decisión del Tribunal de Alzada para posteriormente exponer las razones por las cuales, se adelanta desde ya, esta Sala estima que no le asiste razón a la recurrente. Al resolver el recurso de apelación planteado por la defensa, el *ad quem* procedió, en primer término, a transcribir lo resuelto por el *a quo* en el caso concreto, estableciendo: “...La petición de la defensa pública, de que se aplicara a las sindicadas lo dispuesto en el artículo 71 inciso g) y 72 del Código Penal, fue rechazada por el tribunal de instancia bajo el siguiente argumento: “Se nota que, tanto esta normativa internacional, como la reforma penal mencionada, está encaminada a dar una



protección especial a las mujeres con dicha condición [vulnerabilidad], desde un punto de vista del sexo, y no del género. El Tribunal tiene claro que tanto la señora [Nombre 021] como [Nombre 001], **son personas que se identifican como mujeres - trans- género, es decir, que a pesar de haber nacido con una biología del sexo masculino no se identifican como tal, lo anterior partiendo de sus datos de identificación así como la misma condición que ellas han admitido y esto, efectivamente es un derecho reconocido.** entre otras disposiciones los Principios de Yogyakarta de noviembre del año 2006, "Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica." Estos principios como se ve, les reconocen una serie de derechos propios e inherentes a la dignidad de la persona humana, entre ellos el derecho a la vida, al trabajo, a la salud, derechos sobre los cuales tienen los Estados la obligación de tomar medidas para asegurarlos. Incluso nuestro país fue más allá y, formuló una consulta a la Corte Interamericana de Derechos humanos, respecto de la población LGTBI, resultando de ello la Opinión Consultiva número OC-24-2017, relativa a la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, dentro de los considerandos de la Opinión Consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es clara en indicar que constituyen poblaciones vulnerables los adultos mayores, las personas con diversas orientaciones sexuales e identidades de género, y también incluidas las mujeres. Resulta claro entonces que **el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad por una identidad de género femenina no la convierte en una mujer desde el punto de vista biológico, y que estas últimas han sido precisamente por su condición de mujer discriminadas de manera sistemática.** Se tiene entonces que ambas son poblaciones vulnerables que requieren protecciones especiales, pero no son el mismo tipo de población vulnerable, **por ello en cuanto a la reforma del artículo 71 y 72, esta protección está destinada a las mujeres desde un punto de vista del sexo biológico y no a las mujeres transexuales, las cuales este Tribunal tiene clarísimo que también deben ser sujeto de protecciones especiales, debido a toda la discriminación y vulnerabilidad que sufren, pero ello, no es resorte de este Tribunal, quien debe resolver en apego al principio de legalidad...** (folios 276 frente y vuelto, el subrayado y la negrita corresponden con el original). De lo anterior se colige, que el Tribunal de instancia realizó una interpretación literal o gramatical del término mujer contenido en los ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal. Desde la perspectiva del Tribunal de Apelación, el a quo tomó su decisión contrariando normas internacionales e internas que protegen los Derechos Humanos. Al respecto indicó: "...el legislador hace referencia a "una mujer", sin que se haga diferencia entre si esta debe ser reconocida como tal a partir de su sexo ("1. m. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es/sexo?m=form>, 04 de noviembre de 2020) o de su género ("3. m. Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico" *Ibidem*, <https://dle.rae.es/género?m=form>). Sin embargo, al verificarse que la disposición legal no está dispuesta para todas las mujeres, sino solo para aquellas "en estado de vulnerabilidad" y que esa condición se definiría "por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género", es notorio que tales disposiciones estaban dispuestas como una acción afirmativa (discriminación positiva) que tomó el Estado costarricense para erradicar las prácticas discriminatorias que enfrentan las mujeres, como personas sometidas a conductas abusivas y violentas en sociedades estructuradas a partir del ejercicio del dominio patriarcal (artículo 1, 3 y 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979). Esto en razón de que este tipo de discriminación es un tipo de violencia contra la mujer, entendida 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 en el privado" (artículo 1 de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención De Belem Do Pará aprobada el 06 de setiembre de 1994). De este modo, desde la literalidad de las normas descritas, la expresión "mujer en estado de vulnerabilidad" no hace referencia a la mujer desde la perspectiva de su sexo [En un sentido estricto, el término "sexo" se refiere "a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer", a sus características fisiológicas, a la "suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres", o a la "construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base es clasificada como macho o hembra al nacer" (cfr. Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de asunto jurídicos y políticos, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes)], sino desde el género, que resulta ser una construcción social que se refiere "...a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas" (*Ibidem*)..." (folios 277 frente y vuelto). Dentro de las razones que le permitieron sustentar su línea de argumentación, el Tribunal de Alzada se basó en la exposición de motivos del proyecto de ley N° 20300, que finalmente, al pasar a ser Ley de la República, modificó los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal. Los jueces de apelación concluyeron que "...las diferencias biológicas entre hombre y mujer no fue lo que primó para realizar la modificaciones a los artículos mencionados, como equívocamente lo sostuvo el a quo, sino las desventajas y discriminación que enfrentan las mujeres al tener que cumplir las funciones, roles o atributos construidos por una sociedad patriarcal, que las coloca en vulnerabilidad frente al Sistema de Justicia Penal y puede influir en ella para la comisión de un hecho criminal..." (folio 278 frente). Partiendo de la normativa internacional vigente, el Tribunal de Apelación sostuvo: "...en el caso de los tratados internacionales y demás cuerpos normativos nacionales que al momento de su redacción no contemplaban la categoría "género", es correcto interpretarlos de manera evolutiva (cfr. artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Convención



de Viena sobre el Derecho de los Tratados y Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 106, y Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83), entendiendo que la categoría “sexo” comprende también la de “género”, ya que solo así se podría dar contenido al objeto útil de la protección jurídica integral de los Derechos Humanos. Aunado a que, este ejercicio de control de convencionalidad resulta de acatamiento obligatorio para las personas juzgadoras de la República, ya que en todos los casos sometidos a su conocimiento deben realizar un contraste entre las normas internas y los parámetros de convencionalidad, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, y la jurisprudencia de la Corte IDH (incluidas las opiniones consultivas)...” (folios 279 frente y vuelto). Para el *ad quem*, el razonamiento del Tribunal de Juicio que sirvió de base para establecer que las persona imputadas no eran destinatarias de las normas cuestionadas (ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal), debido a que eran personas transgénero y no mujeres, resultó ser “...discriminatorio y lesivo de la dignidad de las justiciables, protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dejó establecido que: “...la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género” (cfr. CIDH. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, párrafo 78). En este sentido, como lo define la Corte IDH en la mencionada consulta, citando a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, un “transgénero o persona trans” puede definirse “[c]uando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer...” (folios 279 vuelto a 280 frente). Según lo expuso el *ad quem*, el mismo Tribunal de primer instancia reconoció esta identidad de género en las encartadas [Nombre 001] y [Nombre 021] “...al señalar en la sentencia: “...son personas que se identifican como mujeres -trans- género, es decir, que a pesar de haber nacido con una biología del sexo masculino no se identifican como tal, lo anterior partiendo de sus datos de identificación así como la misma condición que ellas han admitido y esto, efectivamente es un derecho reconocido” (cfr. folio 216). Es decir, para el *a quo* ambas sindicadas, por su identidad y expresión de género, **eran mujeres**, pero, consideró que las normas cuestionadas no se aplicaban en su caso, debido a que: “...el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad por una identidad de género femenina no la (sic) convierte en una mujer desde el punto de vista biológico” (cfr. folios 216 y 217). Así, resulta evidente que las personas juzgadoras, en forma contradictoria, primero reconocen la existencia de un derecho humano de las endilgadas a que se les trate dentro del proceso en apego a su identidad y expresión de género (para lo cual incluso aplican los Principios de Yogyakarta, al tratar a las imputadas con sus nombres femeninos), sin embargo, cuando se trata de aplicar una norma que proyecta una posible disminución de la pena en torno a su condición de mujer, es decir, que daría contenido real al derecho al reconocimiento de su identidad de género, recurre a la biología para restarles tal condición, lo cual resulta notoriamente violatorio de los artículos 1.1., 3, 7, 11.2 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consideran como parte integrante de la dignidad humana el garantizar el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas. En este mismo sentido, la Corte IDH ha resuelto: “94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (supra párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad. 95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad” (cfr. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. El resaltado es suplido). Como se puede colegir, la decisión del *a quo*, de no aplicar el artículo 71 inciso g) y 72 del Código Penal, para fijar y motivar la sanción penal de las encartadas, se basó en criterios que lesionan los Derechos Humanos, en tanto su género -mujeres trans- no era un obstáculo para interpretar que podían ser destinatarias de la norma, a partir de que debe considerárseles, conforme a su identidad de género, como mujeres. Así queda claro, que al sostener la defensa pública que sus representadas eran mujeres y que estaban en estado de vulnerabilidad, debió ineludiblemente el tribunal de instancia entrar a ponderar fáctica y jurídicamente tales aspectos, para poder determinar si se cumplía, o no, con los restantes requerimientos normativos para ponderar la aplicación de una posible disminución de la sanción penal. Corolario, al no efectuarse ello, se dio un quebranto el principio fundamental de tutela judicial efectiva (artículo 41 de la Constitución Política), que solo puede ser subsanado declarando la ineficacia de la imposición de la sanción penal y ordenando la realización de un juicio de reenvío para que se conozca tal extremo del fallo, como así se dispondrá infra...” () “...En este sentido, se decreta la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto a la determinación e imposición de la sanción penal y se dispone el juicio de reenvío (conforme a las reglas de cesura que se dispuso para el sub examine) ante el mismo



tribunal, para que con una integración diferente proceda a resolver tal extremo del fallo, conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio...” (folios 280 frente a 282 frente). Para la resolución del caso concreto, necesariamente debe partirse de la regulación contenida en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal que, para los efectos que interesan, disponen: “Artículo 71.-El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta: [...] g) Que la persona sentenciada sea una **mujer** que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible”) “Artículo 72- ... Cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la **mujer** sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal” (la negrita no corresponde con el original). Esta Cámara comparte la interpretación de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal realizada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, en el sentido de que la “mujer trans” puede ser destinataria de lo dispuesto por dichos ordinales cuando hacen referencia al término “mujer”. En relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, se ha dicho que dentro de este se encuentran el derecho a la identidad personal y, particularmente, el derecho a la identidad de género, el cual supone la manera en la que la persona se asume a sí misma. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre del 2017, solicitada por el Estado de Costa Rica, denominada “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, definió la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo. En el punto 32 inciso h) al delimitar el término transgénero o persona trans, apuntó: “... Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans...”. Posteriormente, en esta misma Opinión Consultiva, la Corte Interamericana estableció: “...95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género autopercibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad”. En relación con la orientación sexual y la identidad de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, específicamente en la sentencia del 24 de febrero de 2012, realizó las siguientes precisiones: “...90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “*Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*”, reafirmando el “*principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género*”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “*Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género*”. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “*derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*” en la que se expresó la “*grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género*”. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas. 91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual...”. Recientemente, en el caso *Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*, mediante sentencia del 26 de marzo de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos argumentó: “129...la identidad de género en determinadas circunstancias como la presente, que se trata de una mujer trans, constituye un factor que puede contribuir de forma interseccional a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en su género. En efecto, la Corte ha determinado que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana y que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. Además, esta Corte ha sostenido que la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”, por lo que “el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar



sujeta a su genitalidad...”. En el presente asunto, la identidad de género como mujeres, de ambas encartadas, fue un aspecto que trascendió a lo largo del proceso (folio 14, 106 frente a 107 vuelto, 184 frente a 187 vuelto); incluso el Tribunal de Juicio lo reconoció (folios 216 frente y vuelto), sin que fuese un punto controvertido, punto que fue abordado expresamente por el *ad quem*. Desde esta perspectiva, esta Sala estima que el término mujer, en sentido amplio, tal y como lo contemplan los ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, debe abarcar a las mujeres trans. Consecuentemente, al no advertirse la existencia de ningún yerro de parte del Tribunal de Apelación en la aplicación de la ley sustantiva, se declara sin lugar el recurso de casación incoado por la representante del Ministerio Público. En vista del juicio de reenvío decretado por el *ad quem*, para efectos de la determinación e imposición de la sanción penal de las personas aquí imputadas y, en atención a que a [Nombre 004] conocida como [Nombre 001] le vence la prisión preventiva el 25 de julio de 2021, remítase la presente sumaria **a la mayor brevedad posible** al Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.

Por Tanto:

Se declara **sin lugar** el recurso de casación incoado por la licenciada Adriana Chaves Redondo, Fiscal de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público. En vista del juicio de reenvío decretado por el *ad quem*, para efectos de la determinación e imposición de la sanción penal de las personas aquí imputadas y, en atención a que a [Nombre 004]. conocida como [Nombre 001]. le vence la prisión preventiva el 25 de julio de 2021, remítase la presente sumaria **a la mayor brevedad posible** al Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. **Notifíquese.**

	Patricia Solano C.	
Jesús Alberto Ramírez Q.		Gerardo Rubén Alfaro V.
Sandra Eugenia Zúñiga M.		Rafael Segura B. Magistrado Suplente

JMELENDEZ

Clasificación elaborada por SALA DE CASACIÓN PENAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 16-12-2021 07:37:45.



Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José

Resolución Nº 01780 - 2020

Fecha de la Resolución: 03 de Noviembre del 2020 a las 3:15 p. m.

Expediente: 19-000371-0597-PE

Redactado por: Rafael Mayid González González

Clase de asunto: Recurso de apelación penal

Analizado por: CENTRO DE INFORMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Normativa Internacional: Convención americana sobre derechos humanos, Pacto de San José

Normativa internacional

Sentencia con datos protegidos, de conformidad con la normativa vigente

Contenido de Interés:

Temas Estratégicos: Acceso a la Justicia, Derechos de víctimas y testigos en materia penal

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal

Tema: Anticipo jurisdiccional de prueba

Subtemas:

- Ilegalidad por quebranto al debido proceso y derecho de defensa e ineficacia del fallo por utilizarse como elemento esencial para fundar la condenatoria.
- Comprensión del idioma español no enerva la naturaleza jurídica del derecho de información de la persona indígena en su idioma materno y de su decisión de requerir o no un intérprete.
- Atribución ilegal de funciones jurisdiccionales respecto a fiscal que realiza las advertencias legales sobre el derecho de abstención a la víctima.

Tema: Persona menor de edad como víctima u ofendido

Subtemas:

- Comprensión del idioma español no enerva la naturaleza jurídica del derecho de información de la persona indígena en su idioma materno y de su decisión de requerir o no un intérprete.
- Atribución ilegal de funciones jurisdiccionales respecto a fiscal que le realiza las advertencias legales sobre el derecho de abstención.

Tema: Persona indígena

Subtemas:

- Comprensión del idioma español no enerva la naturaleza jurídica del derecho de información en su idioma materno y de su decisión de requerir o no un intérprete.
- Atribución ilegal de funciones jurisdiccionales respecto a fiscal que realiza las advertencias legales sobre el derecho de abstención a la víctima.

Tema: Acceso a la justicia en materia penal

Subtemas:

- Comprensión del idioma español no enerva la naturaleza jurídica del derecho de información de la persona indígena en su idioma materno y de su decisión de requerir o no un intérprete.
- Atribución ilegal de funciones jurisdiccionales respecto a fiscal que realiza las advertencias legales sobre el derecho de abstención a la víctima.

Tema: Derecho de abstención en el proceso penal

Subtemas:

- Comprensión del idioma español no enerva la naturaleza jurídica del derecho de información de la persona indígena en su idioma materno y de su decisión de requerir o no un intérprete.
- Atribución ilegal de funciones jurisdiccionales respecto a fiscal que realiza las advertencias legales a la víctima.

"II. [...] El recurrente reclama, en entre otros, tres aspectos relacionados con el anticipo jurisdiccional de prueba de la ofendida que, en su criterio, afectaron el debido proceso y el derecho de defensa de su representado. Estos son: *i)* El debate estaba para iniciarse en una fecha determinada, empero, el tribunal de instancia lo suspendió y reprogramó para otra fecha, debido a que la víctima y su madre (testigo admitida) no se encontraban en el país y por la pandemia debía coordinarse lo necesario para realizar una videoconferencia, sin embargo, esta no pudo ser efectuada ante la falta de localización de las deponentes mencionadas. *ii)* La ausencia de la deposición de la agraviada ocasionó que se admitiera, incorporara y valorara el anticipo jurisdiccional de prueba, sin embargo, se presentaron defectos en la forma en que se le explicó el derecho de abstención, debido a que, a pesar de que la Ley de acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica, en su artículo 3, dispone que este derecho debió explicarse en su idioma materno, el Ngäbe, esto no se efectuó, ya que ni se le preguntó cuál era su idioma materno, ni quedó claro si entendió o no



su derecho fundamental, en tanto, si bien ella habla español, este no es su idioma materno, al evidenciarse dificultades para hablarlo, al referir “*panameña*” para hablar del país “*Panamá*” o “*Peine*” para referirse, en apariencia, al pene. *iii*) Para conocer si la ofendida deseaba o no abstenerse de declarar en contra de su padre, a aquella se le preguntó “*¿Quiere seguir hablando?*”, lo que, en su criterio, es insuficiente para que la perjudicada comprendiera tal derecho fundamental. Como se aprecia, todos estos reclamos se enfocan en la manera en que se recibió el anticipo jurisdiccional de prueba y los motivos por los cuales este se incorporó al debate. Así, examinada tal diligencia, esta cámara de apelación ha podido comprobar que dicha actuación procesal se realizó con una evidente violación al debido proceso, lo que la convierte en un elemento probatorio que no podía ser utilizada para sustentar la sentencia dictada, según lo establecen los numerales 175 y 178 inciso a) del Código Procesal Penal. Sobre el vicio señalado, la propia sentencia (cfr. expediente virtual, documento n° 110, página 17) da cuenta de que la declaración de la ofendida se tuvo como creíble, a partir de la valoración del anticipo jurisdiccional de prueba, debido a que en esta se evidencian criterios de coherencia interna, externa y verosimilitud, y por resultar acreditada al confrontarse con el testimonio de [Nombre 005]. De este modo, no cabe duda que dicho medio de prueba fue esencial para determinar la condenatoria del encartado [Nombre 001] por un delito de violación calificada que se le atribuyó en perjuicio de su hija. No obstante, contrario a lo que implícitamente sostiene el colegio de jueces, en dicha diligencia se observó el incumplimiento de los procedimientos establecidos en procura de garantizar los derechos fundamentales, tanto de la víctima como del imputado, que se traducen en la violación al debido proceso y al derecho de defensa de la persona procesada. Debe recordarse que cuando se ordena la realización de un anticipo jurisdiccional de prueba, con el fin de recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá recibirse durante el juicio, o bien, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce o cuando se trate de personas que deben abandonar el país, el juez practicará el acto citando a todas las partes, quienes tendrán el derecho de asistir, “*con todas las facultades y obligaciones previstas por este Código [...] a fin de garantizar la pureza del acto y la vigencia de los principios de inmediación y oralidad propios del juicio, así como el derecho de defensa*” (artículo 293 del Código Procesal Penal). Esto implica que la naturaleza del anticipo jurisdiccional de prueba, cuando se trata de la recepción de un testimonio, es el adelanto de una parte esencial del plenario, como lo es la recepción de la prueba testimonial, que practica el juez penal pero siempre respetando el procedimiento que se establece para la incorporación de este medio probatorio. Entre otros aspectos, en este supuestos se deberá cumplir con: *i*) *la inmediación*, sea con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes (artículo 328); su recepción debe *ser oral* y de esa forma deberá declarar el testigo, siendo que si aquel no puede hablar o no puede hacerlo de manera inteligible en español, formulará sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyendo o traduciendo las preguntas o las contestaciones, con excepción de los supuestos taxativamente establecidos (artículo 333 y 334); *ii*) *la dirección de la diligencia*, ya que es la jueza o el juez quien preside la audiencia, y quien ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, ejercerá el poder de disciplina y moderará la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación ni la amplitud de la defensa (artículo 335); *iii*) la persona juzgadora que dirige la audiencia, cuando se trate de *personas menores de edad*, tomará las medidas necesarias en atención a su interés superior y en aras de evitar o reducir la revictimización, para lo cual podrá auxiliarse de peritos o de expertos en el tema, que acompañen a la persona menor de edad en su relato o la auxilien en caso de necesidad, o disponer que se reciba su testimonio en una sala especial (v.gr. Cámara de Gesell), con el uso de cámaras especiales o de los medios tecnológicos disponibles, que faciliten a la persona menor de edad el relato, sin el contacto con las partes, cuando ello sea recomendado (artículo 351); *iv*) después de juramentado el testigo, consultado sobre su identidad personal y las circunstancias generales, deberá procurarse *el contradictorio*, al conceder la persona juzgadora la palabra al testigo para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba y, al finalizar su relato, permitirá el interrogatorio directo, iniciando quien lo propuso, continuarán las otras partes -en el orden que quien preside considere conveniente-, y procurará que la defensa interrogue de último, siempre moderando el interrogatorio, para evitar que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y que reciba presiones indebidas o se ofenda su dignidad (artículo 352), y; *v*) , en general, controlará el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en el Código Procesal Penal (artículo 277). Este procedimiento, cuya verificación y control no puede ser cedido por la persona juzgadora que realiza el anticipo jurisdiccional de prueba, por imperio de ley, fue incumplido en el *sub judice*, con lo que se ocasionaron violaciones injustificadas a garantías y derechos fundamentales previstos por los instrumentos internacionales y con raigambre constitucional. En este caso, examinada que fuera la diligencia anticipada de recepción del testimonio de la persona ofendida, que consta en el archivo digital número 190003710597PE-13022020014102-2_Multi.0.wmv, se verifica que únicamente se observa en imagen a tres personas, la víctima, el fiscal y una funcionaria del Departamento de Trabajo Social, mientras que en el audio se constata la presencia del Juez Penal de Bribri, el abogado defensor del encartado, un intérprete del idioma Ngäbe y el sindicato -claro está, junto con los funcionarios de la Sección de Cárcels de la Policía Judicial que lo custodiaban y el técnico judicial que acompaña en la diligencia-, debido a que se utilizaba una “*Cámara de Gesell*”. En este contexto, el juez penal asumió la dirección del acto y señaló que eran las trece horas con cuarenta y un minutos del día (sin indicar fecha), que se encontraban constituidos en “*las Cámaras de Gesell de la Fiscalía de los Tribunales del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, sede Limón*”, y que se daría inicio a la audiencia para la recepción, por anticipo jurisdiccional de prueba, del testimonio de “[Nombre 003].”, en la causa 19-000371-0597 PE, seguida en contra del imputado [Nombre 001], por el supuesto delito de “*abusos sexual y otros contra persona menor de edad*”, la cual fue ordenada por medio de la resolución de las 14:10 horas del 06 de febrero del 2020. Aclara también el juzgador que están presentes en dicho acto el licenciado Asagal Roper Small, como abogado defensor público, el licenciado Johnny Rojas González en calidad de fiscal, el imputado asistido por el intérprete nombrado por inopia – a quien se juramenta en el acto-, la ofendida [Nombre 003]. y se contaba con la asistencia de la licenciada Leisey Sánchez Campos, en su condición de trabajadora social. En este orden, el juez penal, a través del intérprete del idioma Ngäbe, por ser el encartado una persona indígena, explica al sindicato sus derechos y obligaciones durante la recepción del testimonio de [Nombre 003]. y, luego de esto, indica: “*En ese sentido, por tratarse una persona menor de edad, en este caso se va a iniciar con la recepción de la declaración de la persona menor de edad [[Nombre 003].], en ese sentido licenciado Johnny se le va a conceder la palabra para las preguntas introductorias que correspondan en sí*”. Seguidamente, el



licenciado Rojas González, quien se insiste está en el interior del recinto, junto con la persona menor de edad y la persona experta en Trabajo Social, y quien a su vez es el único que cuenta con el sistema tecnológico para escuchar el sonido proveniente desde el otro recinto donde se ubican el juez, el abogado defensor y el imputado, procedió a preguntarle el nombre a la ofendida, la edad que tiene, el sitio donde reside, la fecha de nacimiento, incluso le consulta que si antes de residir en “el PANI ¿dónde vivía?” y esta respondió “en panameña”, a lo que el fiscal en el acto dice “En Panamá, ahí es donde vivía”. En ese momento, el juez penal interrumpe y le menciona al representante del Ministerio Público que, previo a continuar con el interrogatorio, se le pregunte a la agraviada si conoce o no al imputado y el parentesco que tiene con él, para que de existir alguno “hacerle las advertencias de ley”. El fiscal en el acto le indica a la víctima: “¿Usted conoce a [Nombre 001]?”. Y sin que la agraviada respondiera, inmediatamente consultó: “¿qué es él? ¿Qué es suyo?”. Mi papá, respondió la víctima. De seguido el licenciado Rojas González le preguntó al juez si “...gusta que le haga las advertencias o si se las hace usted”, y este le menciona que como indicó que era el papá [de la víctima] que le externara que ella en condición de hija se podía abstener de declarar y que, en ese sentido, simplemente se finalizaría la audiencia y se podía retirar, o que también “si ella desea hacerlo lo puede hacer, sin ningún inconveniente”. Ante tal petición, el representante del Ministerio Público le refiere a la víctima: “Bueno, usted por ser la hija de [Nombre 001], y como este proceso es en torno a [Nombre 001] y usted, entonces usted por ley, verdad, la ley de Costa Rica, le permite que si usted quisiera no hablar nada, entonces usted no habla nada, no nos cuenta nada y entonces simplemente aquí terminamos. Pero si usted quiere contarnos, si ha sucedido algo, hablar más sobre este proceso, sobre su papá [Nombre 001], podemos hacerlo. Me entendió. ¿Qué quiere hacer, quiere que hablemos? Hablamos si. Listo”. Del registro de audio y video se constata que la agraviada nunca respondió, ya que no expresó palabra alguna o siquiera movió su cabeza para asentir. Ante este proceder del fiscal, quien además menciona: “listo licenciado”, el juez penal interrumpe e indica: “Es importante que ella lo diga licenciado, que quede grabado”, lo que ocasiona que el representante del ente acusador, casi de inmediato, interpele a la perjudicada indicándole: “Diga usted por el micrófono si quiere que hablemos, sobre este proceso o que no hablemos más. Dígalo porque está grabado esto. Esto se está grabando y ocupamos que usted lo diga por el micrófono. Un micrófono está ahí, arriba. Tiene que indicarlo si quiere hablar más”. No obstante, a pesar de que la víctima se movió en la silla, no hizo expresión alguna que implicara que está entendía o que, aún haciéndolo, mostrara su anuencia o desacuerdo en continuar con su declaración. Es ahí donde el fiscal se vuelve a referir a la ofendida: “Diga que sí. Sea, ¿es lo que usted quiere, seguimos hablando?”. Es ante esto, que la ofendida respondió: “Sí” (cfr. desde el contador 00:00 hasta el 11:20). Como se aprecia, *prima facie*, a pesar de que la persona juzgadora inició controlando la diligencia, cedió sus atribuciones de dirección del acto al representante del Ministerio Público, quien fungía en la audiencia como una parte más, lo que implica ya un quebranto a la disposición legal de que “Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales” (artículo 277 del Código de rito) y que quien tiene la atribución de ejercer la dirección de la recepción de la prueba testimonial y controlar el cumplimiento de los derechos fundamentales de las partes es el juez penal (artículo 277 y 335 *ibidem*) y no un representante del ente acusador. No obstante, el defecto procesal no queda ahí, sino que se agrava a partir de que el juez del tribunal del procedimiento preparatorio al ceder atribuciones que la ley no le permitía, omitió cumplir con su deber de garantizar el acceso a la justicia de la víctima como parte de la población indígena, al dejarse de tomar en consideración sus condiciones étnicas, socioeconómicas y culturales; el derecho indígena -siempre y cuando no transgreda los derechos humanos-, así como tomar en cuenta su cosmovisión (artículo 1 de la Ley de acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica, Nº 9593 del 24 de julio de 2018). En especial, debió verificar si la agraviada deseaba ejercer su derecho fundamental a contar con la asistencia de una persona intérprete o traductora, que la informara en su idioma materno sobre los alcances del proceso penal en el que estaba involucrada, explicándole “...sobre sus derechos y obligaciones frente al sistema de administración de justicia y sobre los requisitos y las características de los procesos judiciales en los que [debía] intervenir” (artículo 3 *ibidem*). Esto bajo el entendido de que: “El Poder Judicial deberá facilitar, sin costo alguno, la asistencia de personas intérpretes y traductoras en todos los procesos en que participe una persona indígena que requiera esta asistencia y no pueda cubrir los costos. Se deberá propiciar que las mujeres indígenas sean atendidas por intérpretes de mismo género” (artículo 6 *ibid.*). En el *sub examine*, a pesar de que se conocía que la víctima era de una etnia indígena denominada Ngäbe, porque su madre así lo había referido en la denuncia (cfr. documento nº 009, folio 16 a 20), el juez penal nunca le consultó a la agraviada si aquella deseaba o no contar con un intérprete en su lengua materna; si entendía correctamente el idioma español, o si comprendía sobre sus derechos y obligaciones en el proceso penal como víctima y testigo. Nótese que, siquiera se juramentó a la ofendida, o se le explicó sobre su deber de decir verdad o las implicaciones que el incumplimiento de dicha obligación le podría acarrear, conforme a la ley costarricense, ya que ella no solo era de etnia Ngäbe, sino también de origen panameño. Esto tampoco lo efectuó el fiscal, quien, como se explicó, en una atribución ilegal de funciones jurisdiccionales, fue quien asumió el hacer las advertencias legales que exige el debido proceso. Tal quebranto al derecho fundamental de la persona indígena, conllevó a otra violación de garantías constitucionales, como es la no incriminación entre parientes. El artículo 36 de la Constitución Política señala que: “En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad”. Este derecho se desarrolla en el artículo 205 del Código Procesal Penal, que dispone la misma protección, ampliándolo también al conviviente con más de dos años de vida en común y estableciendo que: “Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas”. Precisamente, este deber de información a la víctima, está intrínsecamente relacionado con que a aquella no se le consultó si deseaba contar con un intérprete en su idioma materno, o si hablaba el idioma español adecuadamente, como para comprender los alcances de su derecho fundamental, y poder decidir si lo ejercía o no. Incluso, aun partiendo de que la agraviada entendiera el español, como lo mencionó su madre en la denuncia, esto no enervaba la naturaleza jurídica del derecho de información de la persona indígena en su idioma materno, por cuanto ella era la única que podía decidir si requería, o no, un intérprete, para comprender lo que se le preguntaba o los alcances de la decisión que tomaría. Esto aparte de que, aún suprimiendo este quebranto a los derechos fundamentales de la víctima y que fue el fiscal, y no el juez, quien trató de realizar la explicación del derecho de abstención del que gozaba la perjudicada y, claro está, partiendo de que aquella comprendiera el idioma español como dice su madre, no cabe la menor duda que tal diligencia también presenta vicios en su ejecución, que impiden conocer si la agraviada comprendió los alcances del derecho a la no



incriminación de su padre en un proceso penal y si su decisión fue libre y voluntaria, sin ningún tipo de presión. Esto a partir de que, para poder explicar tal derecho fundamental, el fiscal recurrió a referencias tales como: “...usted por ley, verdad, la ley de Costa Rica, le permite que si usted quisiera no hablar nada, entonces usted no habla nada, no nos cuenta nada y entonces simplemente aquí terminamos. Pero si usted quiere contarnos, si ha sucedido algo, hablar más sobre este proceso, sobre su papá [Nombre 001], podemos hacerlo”; o “¿Qué quiere hacer, quiere que hablemos? Hablamos si. Listo” (*ibidem*). Tal como se observa, nunca se cumplió con la obligación de hacer a la víctima las advertencias legales relacionadas con el derecho de abstención que tenía por ser la hija de la persona imputada, por cuanto, en realidad, nunca se le brindó información que le permitiera a la agraviada comprender el derecho constitucional que le asistía y si hacía uso o no de este con base en su voluntad y respecto de la finalidad del proceso, lo cual resultaba fundamental para poder ejercitar el derecho en cuestión. No puede negarse que la explicación de un concepto abstracto implica dificultades, empero, se impone a los operadores del derecho -con mayor exigencia en quienes administran justicia- el deber de utilizar un lenguaje adecuado para transmitir las ideas que explican el derecho de abstención, tomando en cuenta tanto las condiciones personales del testigo -si se trata de una persona menor de edad o adulta; su evolución educativa; sus capacidades disminuidas, etc.-, como también condición sociocultural – dentro de los cuales puede citarse conceptos como el de etnicidad, clases sociales, perspectiva de género, estructuras sociales construidas sobre violencia, etc.-. De este modo, el lenguaje utilizado para explicarle a la ofendida -una persona menor de edad, de etnia indígena y sometida a una relación de convivencia abusiva dentro del núcleo familiar- su facultad de abstención, no podía pasar simplemente por decirle si quería hablar o no, sin explicarle la finalidad del proceso penal y las posibles consecuencias que su decisión podría conllevar, como el que el justiciable resultara absuelto o que se le impusiera una pena de prisión. Esto por cuanto, como se hizo, se evidencia una explicación incompleta que impide conocer si aquella comprendió o no el alcance de esta garantía procesal. Aunado a ello, tampoco se puede verificar si la decisión de la agraviada en declarar pasó por un ejercicio de libertad bajo un conocimiento informado. Nótese que, como se constata en el registro multimedia que contiene dicha declaración, la ofendida nunca respondió a las preguntas que le hizo el fiscal explicándole el derecho de abstención, al punto que aquella no expresó palabra alguna o siquiera movió su cabeza para asentir. Esto implicaría, como posibilidades, que: *i*) la perjudicada no comprendió el idioma en que se le hablaba; *ii*) aun entendiendo el idioma español, las palabras utilizadas no permitieron entender a qué se refería el interlocutor, y; *iii*) aun recibiendo el mensaje, no logró la ofendida comprender los alcances de la garantía constitucional que se le trataba de explicar. Tanto es así, que el juez penal intervino y pidió al fiscal que la manifestación de la víctima quedara expresamente consignada en el registro de audio y video, lo que llevó al representante del Ministerio Público a interpelar a la ofendida para que lo hiciera. No obstante, la persona menor de edad solo se movió en la silla, sin expresar de alguna manera que estuviera entendiendo o que su deseo fuera continuar con su declaración. Es en este momento donde el fiscal refiere: “**Diga que sí**. Sea, ¿es lo que usted quiere, seguimos hablando?” (*el resaltado es propio*) y ello hace que la agraviada responda “Sí”. Como se aprecia, la intervención del representante del ente acusador fue más allá de la mera explicación de un derecho de abstención, toda vez que, desde su figura de autoridad -tanto en el proceso como en el entorno en que se encontraba, ya que era la única persona que la interrogaba dentro de la Cámara de Gesell- sugirió a la ofendida que depusiera en la diligencia de anticipo jurisdiccional de prueba, con lo que lesionó el derecho de aquella a tomar una decisión libre y voluntaria sobre si deseaba o no continuar declarando, a pesar de que se sabía que quien podría resultar inculcado era el padre de aquella. Este proceder nunca fue objetado por parte del juez penal durante la audiencia, por el contrario, se tuvo como válido cuando le autorizó al fiscal que continuara con el interrogatorio, con lo que se evidencia el poco interés del juzgador por tutelar el derecho de la víctima y las garantías procesales del encartado. Corolario, se detecta la presencia de un defecto absoluto que afectó tanto las formas previstas en el Código Procesal Penal para la recepción del anticipo jurisdiccional de prueba, como los derechos y garantías previstos por la Constitución Política y el Derecho Internacional o Comunitario, que implicó el obtener información de la víctima por medio del menoscabo a sus derechos fundamentales y violando su voluntad. Consecuentemente, se declara el anticipo jurisdiccional de prueba de la persona perjudicada como ilegal; lo que produce a su vez la ineficacia del fallo de estudio, por cuanto fue utilizado como elemento probatorio esencial para fundamentar la decisión condenatoria del justiciable [Nombre 001] (artículos 175, 178 y 181 del Código Procesal Penal). En el *sub judice*, si bien se contó con la declaración de [Nombre 005], del cual el *a quo* infirió que observó los hechos acusados, eso lo hizo al confrontar su deposición con la de la agraviada, por cuanto el testigo lo que mencionó fue que el sindicado estaba encerrado en el cuarto con la víctima y que al observar por un “huequito” del piso que dividía ambas plantas de la morada, pudo divisar que “[Nombre 001] estaba subiéndose pantaloneta y la niña estaba todavía desnuda, riéndose, limpiándose y vomitándose” (cfr. archivo digital número 190003710597PE-21072020094256_MultiMedia-2.wmv, a partir del contador 15:09). Es decir, [Nombre 005] no observó propiamente cuáles fueron los actos que se dieron en perjuicio de la víctima, sino aspectos que permitieron al tribunal de instancia, a través de la deposición de la agraviada, confirmar su credibilidad y verosimilitud, y permitir la inferencia de que aquel observó los hechos acaecidos. Empero, si hipotéticamente excluimos la deposición de la agraviada del caudal probatorio, por ser ilegítima, se evidencia que el fallo quedó inmotivado, por cuanto no puede derivarse de dicha deposición que él haya observado el acceso carnal de la perjudicada, o presenciado tal acontecimiento, más allá de ver al endilgado subiéndose su pantaloneta y a la víctima desnuda. Así las cosas, se confirma que la deposición de la persona afectada, a través del anticipo jurisdiccional de prueba, sí fue un elemento esencial para fundamentar la condenatoria del sindicado [Nombre 001] e imponerle una pena de quince años de prisión, con lo que se verifica el vicio apuntado por el quejoso y el agravio a los intereses de la defensa material. Corolario, se declara con lugar el primer motivo de impugnación interpuesto por el licenciado Asagal Alí Roper Small, en su condición de abogado defensor del imputado [Nombre 001]. Se declara la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto declaró la culpabilidad del encartado por un delito de violación calificada en perjuicio de [Nombre 003]. (hechos acusados como uno y cinco) y se dispone el juicio de reenvío ante el mismo tribunal, para que con una integración diferente, proceda a resolver conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio, por haber sido recurrido el fallo únicamente por la defensa técnica. En lo demás la sentencia permanece incólume.”

... Ver menos

Citas de Legislación y Doctrina



Texto de la Resolución

Resolución: 2020-1780

Expediente: 19-000371-0597-PE(6)

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL . Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, al ser las quince horas quince minutos, del tres de noviembre de dos mil veinte.-

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001], mayor, costarricense, cédula de identidad Panameña [Valor 001] , nacido en Panamá, el 21 de julio del 2020, [...] , soltero, persona detenida actualmente; por el delito de **VIOLACIÓN CALIFICADA**, en perjuicio de **PERSONA MENOR DE EDAD**. Intervienen en la decisión los jueces Rafael Mayid González González, Alfredo Araya Vega y Giovanni Mena Artavia. Se apersonó en esta sede el licenciado Asagal Alí Roper Small, defensor público del imputado.

RESULTANDO:

I.- Que mediante sentencia número 508-2020, de las dieciocho horas, del veintitrés de julio del dos mil veinte, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, resolvió: **"POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, normas citadas y artículos, 39 y 41 de la Constitución Política; 1, 9, 175, 176, 178, 179, 265, 360, 361, 363, 364, 365, 367 del Código Procesal Penal, 1, 30, 45, 156 inciso 1) y 157 inciso 2) del Código Penal, artículo número 3 de la Ley de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica número 9593. Se declara sin lugar la Actividad Procesal incoada por el señor Defensor Público. Se absuelve a [Nombre 001] de DOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL y UN DELITO DE VIOLACIÓN CALIFICADA, en perjuicio de [Nombre 003] . Por unanimidad de votos se declara a [Nombre 001] AUTOR RESPONSABLE DE UN DELITO DE VIOLACIÓN CALIFICADA en perjuicio de la menor [Nombre 003] y en ese carácter se le impone una pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN, pena que deberá descontar en el lugar y forma que indiquen los reglamentos penitenciarios. Firme la sentencia comuníquese al Registro Judicial, remítanse testimonios de esta Sentencia al Juzgado de Ejecución de la Pena y al Instituto Nacional de Criminología. Asimismo, de conformidad con el artículo 258 se prorroga la Prisión Preventiva del sentenciado [Nombre 001] por el término de SEIS MESES, a partir del día de hoy 23 de julio del 2020 y hasta el 23 de ENERO del 2021. Se resuelve el presente asunto sin especial condenatoria en costas, corriendo los gastos del proceso a cargo del Estado. Yolanda Alvarado Vargas, Al Nahac Granados Fuentes y Rafael Corea Chacón, Juezas y Juez del Tribunal.- Que la totalidad de la audiencia y todas sus incidencias fueron grabadas en formato digital, registro electrónico al que las partes podrán tener acceso en caso de requerirlo. Por lectura notifíquese. Yolanda Alvarado Vargas, Al Nahac Granados Fuentes y Rafael Corea Chacón. JUEZAS Y JUEZ DE JUICIO PENAL" . (sic).**

II.- Que contra el anterior pronunciamiento, el licenciado Asagal Alí Roper Small defensor público del imputado, interpuso recurso de apelación.

III.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de apelación.

IV.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el juez de A pelación de Sentencia Penal **González González**, y,

CONSIDERANDO:

I.- El licenciado Asagal Alí Roper Small, en su condición de abogado defensor del imputado [Nombre 001], mediante escrito presentado en fecha 21 de agosto de 2020 (cfr. expediente virtual, documento Nº 0121), interpone recurso de apelación en contra de la sentencia Nº 508-2020 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, Sede Limón, de las 18:00 horas del 23 de julio de 2020, con la cual se declaró a [Nombre 001] autor responsable de un delito de violación calificada en perjuicio de [Nombre 003]. y en ese carácter le impuso una pena de quince años de prisión. A su vez, se absolvió a dicho imputado por dos delitos de abusos sexuales y un delito de violación calificada en perjuicio de [Nombre 003]. Así, luego del estudio de la impugnación planteada y los antecedentes procesales que informan el sumario, se pudo determinar que esta debe ser admitida para su conocimiento, por cuanto fue presentada en tiempo conforme al plazo de ley. Igualmente, cumple con los requisitos de forma que de acuerdo a los principios de flexibilidad, accesibilidad, amplitud e informalidad -que son propios y caracterizan dicho medio impugnativo-, resultan necesarios para el adecuado conocimiento de estos en orden al examen integral del fallo, y para garantizar el derecho al recurso en materia penal previsto en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en los numerales 458 y siguientes del Código Procesal Penal, reformados mediante la Ley N. 8837 del 9 de junio de 2010.

II.- En el **primer motivo de impugnación** alega la violación al debido proceso, por errónea valoración de la prueba y violación al derecho de defensa. Aduce que la sentencia quebranta el principio de derivación, por cuanto se llega a conclusiones que no surgen de los elementos probatorios analizados. Asevera que se tuvo como único hecho cierto de la acusación el denominado "cuarto", que circunscribió temporalmente en el mes de abril del año "2020" (sic). Sostiene que el debate estaba señalado para efectuarse el 20 de mayo de 2020, empero, ese día no se efectuó el contradictorio, por cuanto el representante del Ministerio Público alegó que la menor ofendida y su madre [Nombre 004], quien también era testigo, se encontraban en la frontera con Panamá y Costa Rica, en territorio panameño, pero que producto del Covid-19 era imposible que pasaran al lado costarricense por el cierre de fronteras. Agregando que se tenían localizables y se había dialogado con ellas, y que se comprometería a coordinar lo necesario para efectuar la videoconferencia y recibirlas. Explica que ante tal petición la defensa técnica se opuso, debido a que consideraba que el debate debía iniciar al existir otra prueba que evacuar y su cliente estaba en una condición de vulnerabilidad al ser persona indígena y privado de libertad. Pese a ello, el tribunal de juicio dispuso señalar nuevamente, lo que representa una violación al debido proceso y una vulneración a los derechos de su representado. Indica que, para el nuevo señalamiento, de modo sorpresivo el Ministerio Público alegó no tener contacto con la víctima ni su madre, ya que lo hacía a través de un familiar quien



manifestó que desconocía su paradero, con lo cual requirió que se utilizara el anticipo jurisdiccional de prueba. Estima que dicha prueba fue empleada en forma incorrecta y varió sustancialmente el proceso, puesto que, de haberse realizado el contradictorio en la primera ocasión, cuando las testigos eran localizables, ello hubiese facilitado el recibirlas. Señala como un error que solo se recibiera el anticipo jurisdiccional de prueba de la víctima y no así a su madre, pese a ser ambas de nacionalidad panameña y contar con los mismos elementos para la solicitud de un anticipo jurisdiccional de prueba. Explica que la declaración de [Nombre 004] es importante, pues aclararía con su deposición si existía o no un conflicto entre el testigo presencial y su representado, en concordancia con la tesis de defensa del imputado. En cuanto al derecho de abstención de la persona menor de edad, fustiga que, en contra de lo estipulado por la Ley de Acceso a la Justicia, en su artículo 3, tanto *“la indagatoria como el anticipo jurisdiccional de prueba”* (sic) se efectuaron sin interprete del idioma *“Nogbe”* (sic), a pesar de que la ofendida es indígena. Además, nunca se le preguntó a ella cuál era su idioma materno. En cuanto a la denuncia, el Ministerio Público justificó que no se utilizó el intérprete, puesto que consta en los datos personales de la denuncia que la persona menor de edad, a pesar de mencionar que es de etnia *“Nogbe”* (sic), dijo que solo hablaba español, lo que es un error que hizo ver el encartado como padre de la persona menor de edad en el contradictorio, al explicar que ella es *“Nogbe”* (sic) como su madre y él, y que la lengua materna de aquella es *“Nogbe”* (sic) y que le extrañó que no tuviera interprete. Considera que ello es una violación al debido proceso, puesto que se lesionan los derechos de las personas indígenas. Estima que la denuncia no proporciona información de calidad o confiable, puesto que en los mismos datos indica que el justiciable labora en la Municipalidad de Talamanca y que también lo hace en Finca Súper Amigos, por lo que se podría estar ante un error. Agrega que la persona menor de edad sí habla español, pero se evidencia que esta no es su lengua materna, ya que en el anticipo de prueba dice *“panameña”* en lugar de decir *“Panamá”*, cuando se le consultó dónde vivía; dice *“peine”* cuando la palabra que interpreta el tribunal es *“pene”*. Arguye que se debe tomar en consideración que cuando se le interrogó nunca se le consultó cuál era su lengua materna, con lo que se vulneró los derechos de las personas indígenas, a pesar de que el dominio del idioma en el que se le entrevista es esencial, debido a que *“hasta el día de hoy no se puede saber si entendió su derechos de abstención”*. Fustiga que el fiscal manipuló el interrogatorio y no le hizo entender a aquella su derecho de abstención, limitándose a preguntarle *¿Quiere seguir hablando?* Explica que el derecho de abstención es *“más complicado que el querer o no seguir hablando”*, sino que radica en el derecho de familiares hasta el tercer grado de consanguinidad de no declarar en contra de sus parientes cercanos. Insiste en que ello, posiblemente, no lo entendió la persona menor de edad, pues no se le indicó en su idioma materno; sumado a la manipulación del interrogatorio del fiscal, quien se encontraba interpretando las preguntas realizadas por el juez y la defensa del imputado. Sobre el uso incorrecto de la Cámara de Gesell, señala que el reglamento establece que quienes deben estar dentro del recinto es la persona entrevistada y la trabajadora social, quien será la encargada de realizar las preguntas formuladas por las partes y, a modo de excepción, permite que la víctima se acompañe de un familiar o un intérprete de ser necesario. Arguye que este reglamento no permite la presencia del Ministerio Público dentro de estas personas, lo cual causa una vulneración al debido proceso, como ocurrió en el anticipo jurisdiccional de prueba, donde el fiscal *“manipuló el contradictorio a placer, pocas veces fue detenido por el Juez al realizar preguntas claramente sugestivas, incluso, al momento de realizar preguntas la Defensa, el fiscal realizaba más preguntas con el fin de apoyar la teoría del caso de la fiscalía, pese a que ya había pasado su momento de hacer su interrogatorio, en esa ocasión el Juez le llama la atención pero no se suprimieron las preguntas realizadas del video”*. Sostiene que se hizo un uso incorrecto del *“instrumento”* (sic) y se vulneraron los derechos de las partes, al manipularse el interrogatorio de la víctima y sin que se le pudiera informar adecuadamente, en su lengua materna, sus derechos. Fustiga que en el anticipo jurisdiccional de prueba no se respetó el debido proceso y, por ende, no debió utilizarse para fundamentar el fallo. Afirma la existencia de varias circulares (sin mencionar cuáles) sobre el uso correcto de la Cámara de Gesell, pero con el proceder del Ministerio Público no se logró su fin, cual era evitar preguntas revictimizantes a la ofendida, como finalmente ocurrió. Sobre *“la ausencia de dictamen médico y otras pericias”*, menciona que el tribunal de instancia resolvió que la inexistencia de un dictamen médico carecía de importancia y no cambiaba el resultado condenatorio, ya que, a pesar de que dicha pericia no menciona la existencia de rastro de violación, aquella sí pudo acreditarse. Alega que no comparte este argumento, debido a que, dentro de la mala tramitación del expediente, se solicitó el dictamen médico respectivo y este no se realizó por la negligencia del Ministerio Público, el que soslayó que la persona menor de edad estuvo varios meses a cargo del Patronato Nacional de la Infancia y, aún así, seguían citándola en el domicilio del padre, donde no residía. Afirma que esta circunstancia constaba en el expediente, y la negligencia del ente acusador afectó el proceso, puesto que era prueba que también había sido solicitada por su representado, junto con una prueba de trabajo social que se advierte omisa en el expediente. Agrega que las causas con intervinientes vulnerables, como en este caso donde existen personas indígenas y extranjeras, deben ser tramitadas con cuidado por las condiciones que reúnen estas personas, y no puede ser excusa de ello un error de tal magnitud. Explica que existió una desidia por efectuar una buena investigación, toda vez que cuando realizaron la inspección el sitio ni siquiera ingresaron a la casa de habitación de la denunciante, con el fin de verificar si, desde ese sitio, se podía apreciar o no si el encartado tenía relaciones con la persona menor de edad. Objeta que se dejara de pedir el anticipo jurisdiccional de prueba de la madre de la ofendida, ni se efectuaran las pericias médicas o de trabajo social que solicitó, con lo que se vulneró el derecho de defensa de su patrocinado, quien es persona indígena. Se queja el recurrente de que el tribunal de juicio no responsabilizó al Ministerio Público del mal manejo de la causa y su falta de objetividad, sino que resolvió, a pesar de la falta de tales elementos de prueba y el relato errático de la víctima, que su defendido era responsable de cometer los hechos acusados. El agravio lo relaciona el impugnante con que se condenó al encartado en irrespeto a la normativa y reglamentación vigentes, y que, si se suprimiese hipotéticamente la prueba que fue indebidamente incorporada, no era posible superar el principio de inocencia de su defendido y lo que se imponía era el dictado de su absolutoria. **Con lugar.** El recurrente reclama, en entre otros, tres aspectos relacionados con el anticipo jurisdiccional de prueba de la ofendida que, en su criterio, afectaron el debido proceso y el derecho de defensa de su representado. Estos son: *i)* El debate estaba para iniciarse en una fecha determinada, empero, el tribunal de instancia lo suspendió y reprogramó para otra fecha, debido a que la víctima y su madre (testigo admitida) no se encontraban en el país y por la pandemia debía coordinarse lo necesario para realizar una videoconferencia, sin embargo, esta no pudo ser efectuada ante la falta de localización de las deponentes mencionadas. *ii)* La ausencia de la deposición de la agraviada ocasionó que se admitiera, incorporara y valorara el anticipo jurisdiccional de prueba, sin embargo, se presentaron defectos en la forma en que se le explicó el



derecho de abstención, debido a que, a pesar de que la Ley de acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica, en su artículo 3, dispone que este derecho debió explicarse en su idioma materno, el Ngäbe, esto no se efectuó, ya que ni se le preguntó cuál era su idioma materno, ni quedó claro si entendió o no su derecho fundamental, en tanto, si bien ella habla español, este no es su idioma materno, al evidenciarse dificultades para hablarlo, al referir “*panameña*” para hablar del país “*Panamá*” o “*Peine*” para referirse, en apariencia, al pene. *iii*) Para conocer si la ofendida deseaba o no abstenerse de declarar en contra de su padre, a aquella se le preguntó “*¿Quiere seguir hablando?*”, lo que, en su criterio, es insuficiente para que la perjudicara comprendiera tal derecho fundamental. Como se aprecia, todos estos reclamos se enfocan en la manera en que se recibió el anticipo jurisdiccional de prueba y los motivos por los cuales este se incorporó al debate. Así, examinada tal diligencia, esta cámara de apelación ha podido comprobar que dicha actuación procesal se realizó con una evidente violación al debido proceso, lo que la convierte en un elemento probatorio que no podía ser utilizada para sustentar la sentencia dictada, según lo establecen los numerales 175 y 178 inciso a) del Código Procesal Penal. Sobre el vicio señalado, la propia sentencia (cfr. expediente virtual, documento n° 110, página 17) da cuenta de que la declaración de la ofendida se tuvo como creíble, a partir de la valoración del anticipo jurisdiccional de prueba, debido a que en esta se evidencian criterios de coherencia interna, externa y verosimilitud, y por resultar acreditada al confrontarse con el testimonio de [Nombre 005]. De este modo, no cabe duda que dicho medio de prueba fue esencial para determinar la condenatoria del encartado [Nombre 001] por un delito de violación calificada que se le atribuyó en perjuicio de su hija. No obstante, contrario a lo que implícitamente sostiene el colegio de jueces, en dicha diligencia se observó el incumplimiento de los procedimientos establecidos en procura de garantizar los derechos fundamentales, tanto de la víctima como del imputado, que se traducen en la violación al debido proceso y al derecho de defensa de la persona procesada. Debe recordarse que cuando se ordena la realización de un anticipo jurisdiccional de prueba, con el fin de recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá recibirse durante el juicio, o bien, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce o cuando se trate de personas que deben abandonar el país, el juez practicará el acto citando a todas las partes, quienes tendrán el derecho de asistir, “*con todas las facultades y obligaciones previstas por este Código [...] a fin de garantizar la pureza del acto y la vigencia de los principios de inmediación y oralidad propios del juicio, así como el derecho de defensa*” (artículo 293 del Código Procesal Penal). Esto implica que la naturaleza del anticipo jurisdiccional de prueba, cuando se trata de la recepción de un testimonio, es el adelanto de una parte esencial del plenario, como lo es la recepción de la prueba testimonial, que practica el juez penal pero siempre respetando el procedimiento que se establece para la incorporación de este medio probatorio. Entre otros aspectos, en este supuesto se deberá cumplir con: *i*) la inmediación, sea con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes (artículo 328); su recepción debe ser oral y de esa forma deberá declarar el testigo, siendo que si aquel no puede hablar o no puede hacerlo de manera inteligible en español, formulará sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyendo o traduciendo las preguntas o las contestaciones, con excepción de los supuestos taxativamente establecidos (artículo 333 y 334); *ii*) la dirección de la diligencia, ya que es la jueza o el juez quien preside la audiencia, y quien ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, ejercerá el poder de disciplina y moderará la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación ni la amplitud de la defensa (artículo 335); *iii*) la persona juzgadora que dirige la audiencia, cuando se trate de personas menores de edad, tomará las medidas necesarias en atención a su interés superior y en aras de evitar o reducir la revictimización, para lo cual podrá auxiliarse de peritos o de expertos en el tema, que acompañen a la persona menor de edad en su relato o la auxilien en caso de necesidad, o disponer que se reciba su testimonio en una sala especial (v.gr. Cámara de Gesell), con el uso de cámaras especiales o de los medios tecnológicos disponibles, que faciliten a la persona menor de edad el relato, sin el contacto con las partes, cuando ello sea recomendado (artículo 351); *iv*) después de juramentado el testigo, consultado sobre su identidad personal y las circunstancias generales, deberá procurarse el contradictorio, al conceder la persona juzgadora la palabra al testigo para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba y, al finalizar su relato, permitirá el interrogatorio directo, iniciando quien lo propuso, continuarán las otras partes –en el orden que quien preside considere conveniente–, y procurará que la defensa interrogue de último, siempre moderando el interrogatorio, para evitar que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y que reciba presiones indebidas o se ofenda su dignidad (artículo 352), y; *v*) , en general, controlará el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en el Código Procesal Penal (artículo 277). Este procedimiento, cuya verificación y control no puede ser cedido por la persona juzgadora que realiza el anticipo jurisdiccional de prueba, por imperio de ley, fue incumplido en el *sub judice*, con lo que se ocasionaron violaciones injustificadas a garantías y derechos fundamentales previstos por los instrumentos internacionales y con raigambre constitucional. En este caso, examinada que fuera la diligencia anticipada de recepción del testimonio de la persona ofendida, que consta en el archivo digital número 190003710597PE-13022020014102-2_Multi.0.wmv, se verifica que únicamente se observa en imagen a tres personas, la víctima, el fiscal y una funcionaria del Departamento de Trabajo Social, mientras que en el audio se constata la presencia del Juez Penal de Bribrí, el abogado defensor del encartado, un intérprete del idioma Ngäbe y el sindicato –claro está, junto con los funcionarios de la Sección de Cárceles de la Policía Judicial que lo custodiaban y el técnico judicial que acompaña en la diligencia–, debido a que se utilizaba una “*Cámara de Gesell*”. En este contexto, el juez penal asumió la dirección del acto y señaló que eran las trece horas con cuarenta y un minutos del día (sin indicar fecha), que se encontraban constituidos en “*las Cámaras de Gesell de la Fiscalía de los Tribunales del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, sede Limón*”, y que se daría inicio a la audiencia para la recepción, por anticipo jurisdiccional de prueba, del testimonio de “[Nombre 003].”, en la causa 19-000371-0597 PE, seguida en contra del imputado [Nombre 001], por el supuesto delito de “*abusos sexual y otros contra persona menor de edad*”, la cual fue ordenada por medio de la resolución de las 14:10 horas del 06 de febrero del 2020. Aclara también el juzgador que están presentes en dicho acto el licenciado Asagal Roper Small, como abogado defensor público, el licenciado Johnny Rojas González en calidad de fiscal, el imputado asistido por el intérprete nombrado por inopia – a quien se juramenta en el acto–, la ofendida [Nombre 003]. y se contaba con la asistencia de la licenciada Leisey Sánchez Campos, en su condición de trabajadora social. En este orden, el juez penal, a través del intérprete del idioma Ngäbe, por ser el encartado una persona indígena, explica al sindicato sus derechos y obligaciones durante la recepción del testimonio de [Nombre 003]. y,



luego de esto, indica: *“En ese sentido, por tratarse una persona menor de edad, en este caso se va a iniciar con la recepción de la declaración de la persona menor de edad [[Nombre 003].], en ese sentido licenciado Johnny se le va a conceder la palabra para las preguntas introductorias que correspondan en sí”*. Seguidamente, el licenciado Rojas González, quien se insiste está en el interior del recinto, junto con la persona menor de edad y la persona experta en Trabajo Social, y quien a su vez es el único que cuenta con el sistema tecnológico para escuchar el sonido proveniente desde el otro recinto donde se ubican el juez, el abogado defensor y el imputado, procedió a preguntarle el nombre a la ofendida, la edad que tiene, el sitio donde reside, la fecha de nacimiento, incluso le consulta que si antes de residir en *“el PANI ¿dónde vivía?”* y esta respondió *“en panameña”*, a lo que el fiscal en el acto dice *“En Panamá, ahí es donde vivía”*. En ese momento, el juez penal interrumpe y le menciona al representante del Ministerio Público que, previo a continuar con el interrogatorio, se le pregunte a la agraviada si conoce o no al imputado y el parentesco que tiene con él, para que de existir alguno *“hacerle las advertencias de ley”*. El fiscal en el acto le indica a la víctima: *“¿Usted conoce a [Nombre 001]?”*. Y sin que la agraviada respondiera, inmediatamente consultó: *“¿qué es él? ¿Qué es suyo?”*. Mi papá, respondió la víctima. De seguido el licenciado Rojas González le preguntó al juez si *“...gusta que le haga las advertencias o si se las hace usted”*, y este le menciona que como indicó que era el papá [de la víctima] que le externara que ella en condición de hija se podía abstener de declarar y que, en ese sentido, simplemente se finalizaría la audiencia y se podía retirar, o que también *“si ella desea hacerlo lo puede hacer, sin ningún inconveniente”*. Ante tal petición, el representante del Ministerio Público le refiere a la víctima: *“Bueno, usted por ser la hija de [Nombre 001], y como este proceso es en torno a [Nombre 001] y usted, entonces usted por ley, verdad, la ley de Costa Rica, le permite que si usted quisiera no hablar nada, entonces usted no habla nada, no nos cuenta nada y entonces simplemente aquí terminamos. Pero si usted quiere contarnos, si ha sucedido algo, hablar más sobre este proceso, sobre su papá [Nombre 001], podemos hacerlo. Me entendió. ¿Qué quiere hacer, quiere que hablemos? Hablamos si. Listo”*. Del registro de audio y video se constata que la agraviada nunca respondió, ya que no expresó palabra alguna o siquiera movió su cabeza para asentir. Ante este proceder del fiscal, quien además menciona: *“listo licenciado”*, el juez penal interrumpe e indica: *“Es importante que ella lo diga licenciado, que quede grabado”*, lo que ocasiona que el representante del ente acusador, casi de inmediato, interpele a la perjudicada indicándole: *“Diga usted por el micrófono si quiere que hablemos, sobre este proceso o que no hablemos más. Dígalo porque está grabado esto. Esto se está grabando y ocupamos que usted lo diga por el micrófono. Un micrófono está ahí, arriba. Tiene que indicarlo si quiere hablar más”*. No obstante, a pesar de que la víctima se movió en la silla, no hizo expresión alguna que implicara que está entendía o que, aún haciéndolo, mostrara su anuencia o desacuerdo en continuar con su declaración. Es ahí donde el fiscal se vuelve a referir a la ofendida: *“Diga que sí. Sea, ¿es lo que usted quiere, seguimos hablando?”*. Es ante esto, que la ofendida respondió: *“Sí”* (cfr. desde el contador 00:00 hasta el 11:20). Como se aprecia, *prima facie*, a pesar de que la persona juzgadora inició controlando la diligencia, cedió sus atribuciones de dirección del acto al representante del Ministerio Público, quien fungía en la audiencia como una parte más, lo que implica ya un quebranto a la disposición legal de que *“Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales”* (artículo 277 del Código de rito) y que quien tiene la atribución de ejercer la dirección de la recepción de la prueba testimonial y controlar el cumplimiento de los derechos fundamentales de las partes es el juez penal (artículo 277 y 335 *ibídem*) y no un representante del ente acusador. No obstante, el defecto procesal no queda ahí, sino que se agrava a partir de que el juez del tribunal del procedimiento preparatorio al ceder atribuciones que la ley no le permitía, omitió cumplir con su deber de garantizar el acceso a la justicia de la víctima como parte de la población indígena, al dejarse de tomar en consideración sus condiciones étnicas, socioeconómicas y culturales; el derecho indígena -siempre y cuando no transgreda los derechos humanos-, así como tomar en cuenta su cosmovisión (artículo 1 de la Ley de acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica, Nº 9593 del 24 de julio de 2018). En especial, debió verificar si la agraviada deseaba ejercer su derecho fundamental a contar con la asistencia de una persona intérprete o traductora, que la informara en su idioma materno sobre los alcances del proceso penal en el que estaba involucrada, explicándole *“...sobre sus derechos y obligaciones frente al sistema de administración de justicia y sobre los requisitos y las características de los procesos judiciales en los que [debía] intervenir”* (artículo 3 *ibídem*). Esto bajo el entendido de que: *“El Poder Judicial deberá facilitar, sin costo alguno, la asistencia de personas intérpretes y traductoras en todos los procesos en que participe una persona indígena que requiera esta asistencia y no pueda cubrir los costos. Se deberá propiciar que las mujeres indígenas sean atendidas por intérpretes de mismo género”* (artículo 6 *ibídem*). En el *sub examine*, a pesar de que se conocía que la víctima era de una etnia indígena denominada Ngäbe, porque su madre así lo había referido en la denuncia (cfr. documento nº 009, folio 16 a 20), el juez penal nunca le consultó a la agraviada si aquella deseaba o no contar con un intérprete en su lengua materna; si entendía correctamente el idioma español, o si comprendía sobre sus derechos y obligaciones en el proceso penal como víctima y testigo. Nótese que, siquiera se juramentó a la ofendida, o se le explicó sobre su deber de decir verdad o las implicaciones que el incumplimiento de dicha obligación le podría acarrear, conforme a la ley costarricense, ya que ella no solo era de etnia Ngäbe, sino también de origen panameño. Esto tampoco lo efectuó el fiscal, quien, como se explicó, en una atribución ilegal de funciones jurisdiccionales, fue quien asumió el hacer las advertencias legales que exige el debido proceso. Tal quebranto al derecho fundamental de la persona indígena, conllevó a otra violación de garantías constitucionales, como es la no incriminación entre parientes. El artículo 36 de la Constitución Política señala que: *“En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad”*. Este derecho se desarrolla en el artículo 205 del Código Procesal Penal, que dispone la misma protección, ampliándolo también al conviviente con más de dos años de vida en común y estableciendo que: *“Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas”*. Precisamente, este deber de información a la víctima, está intrínsecamente relacionado con que a aquella no se le consultó si deseaba contar con un intérprete en su idioma materno, o si hablaba el idioma español adecuadamente, como para comprender los alcances de su derecho fundamental, y poder decidir si lo ejercía o no. Incluso, aun partiendo de que la agraviada entendiera el español, como lo mencionó su madre en la denuncia, esto no enervaba la naturaleza jurídica del derecho de información de la persona indígena en su idioma materno, por cuanto ella era la única que podía decidir si requería, o no, un intérprete, para comprender lo que se le preguntaba o los alcances de la decisión que tomaría. Esto aparte de que, aún suprimiendo este quebranto a los derechos fundamentales de la víctima y que fue el fiscal, y no el juez, quien trató de



realizar la explicación del derecho de abstención del que gozaba la perjudicada y, claro está, partiendo de que aquella comprendiera el idioma español como dice su madre, no cabe la menor duda que tal diligencia también presenta vicios en su ejecución, que impiden conocer si la agraviada comprendió los alcances del derecho a la no incriminación de su padre en un proceso penal y si su decisión fue libre y voluntaria, sin ningún tipo de presión. Esto a partir de que, para poder explicar tal derecho fundamental, el fiscal recurrió a referencias tales como: “...usted por ley, verdad, la ley de Costa Rica, le permite que si usted quisiera no hablar nada, entonces usted no habla nada, no nos cuenta nada y entonces simplemente aquí terminamos. Pero si usted quiere contarnos, si ha sucedido algo, hablar más sobre este proceso, sobre su papá [Nombre 001], podemos hacerlo”; o “¿Qué quiere hacer, quiere que hablemos? Hablamos si. Listo” (*ibidem*). Tal como se observa, nunca se cumplió con la obligación de hacer a la víctima las advertencias legales relacionadas con el derecho de abstención que tenía por ser la hija de la persona imputada, por cuanto, en realidad, nunca se le brindó información que le permitiera a la agraviada comprender el derecho constitucional que le asistía y si hacía uso o no de este con base en su voluntad y respecto de la finalidad del proceso, lo cual resultaba fundamental para poder ejercitar el derecho en cuestión. No puede negarse que la explicación de un concepto abstracto implica dificultades, empero, se impone a los operadores del derecho -con mayor exigencia en quienes administran justicia- el deber de utilizar un lenguaje adecuado para transmitir las ideas que explican el derecho de abstención, tomando en cuenta tanto las condiciones personales del testigo -si se trata de una persona menor de edad o adulta; su evolución educativa; sus capacidades disminuidas, etc.-, como también condición sociocultural - dentro de los cuales puede citarse conceptos como el de etnicidad, clases sociales, perspectiva de género, estructuras sociales construidas sobre violencia, etc.-. De este modo, el lenguaje utilizado para explicarle a la ofendida -una persona menor de edad, de etnia indígena y sometida a una relación de convivencia abusiva dentro del núcleo familiar- su facultad de abstención, no podía pasar simplemente por decirle si quería hablar o no, sin explicarle la finalidad del proceso penal y las posibles consecuencias que su decisión podría conllevar, como el que el justiciable resultara absuelto o que se le impusiera una pena de prisión. Esto por cuanto, como se hizo, se evidencia una explicación incompleta que impide conocer si aquella comprendió o no el alcance de esta garantía procesal. Aunado a ello, tampoco se puede verificar si la decisión de la agraviada en declarar pasó por un ejercicio de libertad bajo un conocimiento informado. Nótese que, como se constata en el registro multimedia que contiene dicha declaración, la ofendida nunca respondió a las preguntas que le hizo el fiscal explicándole el derecho de abstención, al punto que aquella no expresó palabra alguna o siquiera movió su cabeza para asentir. Esto implicaría, como posibilidades, que: *i)* la perjudicada no comprendió el idioma en que se le hablaba; *ii)* aun entendiendo el idioma español, las palabras utilizadas no permitieron entender a qué se refería el interlocutor, y; *iii)* aun recibiendo el mensaje, no logró la ofendida comprender los alcances de la garantía constitucional que se le trataba de explicar. Tanto es así, que el juez penal intervino y pidió al fiscal que la manifestación de la víctima quedara expresamente consignada en el registro de audio y video, lo que llevó al representante del Ministerio Público a interpellar a la ofendida para que lo hiciera. No obstante, la persona menor de edad solo se movió en la silla, sin expresar de alguna manera que estuviera entendiendo o que su deseo fuera continuar con su declaración. Es en este momento donde el fiscal refiere: “**Diga que sí**. Sea, ¿es lo que usted quiere, seguimos hablando?” (*el resaltado es propio*) y ello hace que la agraviada responda “Sí”. Como se aprecia, la intervención del representante del ente acusador fue más allá de la mera explicación de un derecho de abstención, toda vez que, desde su figura de autoridad -tanto en el proceso como en el entorno en que se encontraba, ya que era la única persona que la interrogaba dentro de la Cámara de Gesell- sugirió a la ofendida que depusiera en la diligencia de anticipo jurisdiccional de prueba, con lo que lesionó el derecho de aquella a tomar una decisión libre y voluntaria sobre si deseaba o no continuar declarando, a pesar de que se sabía que quien podría resultar incriminado era el padre de aquella. Este proceder nunca fue objetado por parte del juez penal durante la audiencia, por el contrario, se tuvo como válido cuando le autorizó al fiscal que continuara con el interrogatorio, con lo que se evidencia el poco interés del juzgador por tutelar el derecho de la víctima y las garantías procesales del encartado. Corolario, se detecta la presencia de un defecto absoluto que afectó tanto las formas previstas en el Código Procesal Penal para la recepción del anticipo jurisdiccional de prueba, como los derechos y garantías previstos por la Constitución Política y el Derecho Internacional o Comunitario, que implicó el obtener información de la víctima por medio del menoscabo a sus derechos fundamentales y violando su voluntad. Consecuentemente, se declara el anticipo jurisdiccional de prueba de la persona perjudicada como ilegal; lo que produce a su vez la ineficacia del fallo de estudio, por cuanto fue utilizado como elemento probatorio esencial para fundamentar la decisión condenatoria del justiciable [Nombre 001] (artículos 175, 178 y 181 del Código Procesal Penal). En el *sub judice*, si bien se contó con la declaración de [Nombre 005], del cual el *a quo* infirió que observó los hechos acusados, eso lo hizo al confrontar su deposición con la de la agraviada, por cuanto el testigo lo que mencionó fue que el sindicato estaba encerrado en el cuarto con la víctima y que al observar por un “huequito” del piso que dividía ambas plantas de la morada, pudo divisar que “[Nombre 001] estaba subiendo pantaloneta y la niña estaba todavía desnuda, riéndose, limpiándose y vomitándose” (cfr. archivo digital número 190003710597PE-21072020094256_MultiMedia-2.wmv, a partir del contador 15:09). Es decir, [Nombre 005] no observó propiamente cuáles fueron los actos que se dieron en perjuicio de la víctima, sino aspectos que permitieron al tribunal de instancia, a través de la deposición de la agraviada, confirmar su credibilidad y verosimilitud, y permitir la inferencia de que aquel observó los hechos acaecidos. Empero, si hipotéticamente excluimos la deposición de la agraviada del caudal probatorio, por ser ilegítima, se evidencia que el fallo quedó inmotivado, por cuanto no puede derivarse de dicha deposición que él haya observado el acceso carnal de la perjudicada, o presenciado tal acontecimiento, más allá de ver al endilgado subiéndose su pantaloneta y a la víctima desnuda. Así las cosas, se confirma que la deposición de la persona afectada, a través del anticipo jurisdiccional de prueba, sí fue un elemento esencial para fundamentar la condenatoria del sindicato [Nombre 001] e imponerle una pena de quince años de prisión, con lo que se verifica el vicio apuntado por el quejoso y el agravio a los intereses de la defensa material. Corolario, se declara con lugar el primer motivo de impugnación interpuesto por el licenciado Asagal Alí Roper Small, en su condición de abogado defensor del imputado [Nombre 001]. Se declara la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto declaró la culpabilidad del encartado por un delito de violación calificada en perjuicio de [Nombre 003]. (hechos acusados como uno y cinco) y se dispone el juicio de reenvío ante el mismo tribunal, para que con una integración diferente, proceda a resolver conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio, por haber sido recurrido el fallo únicamente por la defensa técnica. En lo demás la sentencia permanece incólume.



III.- En un segundo alegato de apelación se aduce la errónea valoración de la prueba. Afirma que la persona menor de edad indicó en el contradictorio que los hechos sucedieron en “Panameña” (Panamá) y que el día de los hechos fue a la escuela. Contrario a lo que se indica en la acusación, que menciona que los eventos ocurrieron un día domingo, día que no hay clases. Fustiga que el fallo es ayuno en cuanto a estas manifestaciones y deja de explicar el motivo de por qué no se causa duda. Arguye que, “*es posible que nos encontremos ante un recuerdo implantado*”, puesto que meses después su declaración varió mucho. Recalca que pese a su minoría de edad, llama la atención de que no describa al testigo que los vio, ya que solo indica que era joven, a pesar de que “*se aprecia que es una persona mayor que sus padres*”; ni tampoco pudo explicar desde dónde este individuo los observó. Con referencia a la declaración del encartado, señala el impugnante que este fue claro en que el denunciante tenía algo contra él, y así lo dejó ver el mismo deponente al señalar que le molestaba de cierta forma su presencia, empero, ello no fue analizado por el *a quo*. Como agravio refiere que se dejó de analizar, en forma adecuada, la prueba testimonial incorporada, contraviniendo los principios de la lógica y, aún así, se emitió una sentencia condenatoria en quebranto de las normas y reglamentos. En modo general, cita que se dejó de ponderar la prueba testimonial, documental y la ausencia de prueba pericial, lo que debió llevar al dictado una sentencia absolutoria por falta de pruebas esenciales. Solicita se declare la nulidad de la sentencia, y se absuelva a su defendido por los hechos acusados. Subsidiariamente que se disponga el juicio de reenvío. **Por innecesario se omite pronunciamiento.** Es evidente que el fallo se declara ineficaz por el incumplimiento de las formas y garantías procesales que se dispone en el Código Procesal Penal y las normas constitucionales, por lo que resulta innecesario el entrar a resolver este motivo de impugnación, en tanto se deberá realizar un nuevo debate, en donde se tendrá que ponderar la prueba que se evacúe en dicha oportunidad.

IV.- Sobre la prisión preventiva del imputado. El justiciable [Nombre 001] cumplió prisión preventiva, en forma ininterrumpida, desde el 19 de julio de 2019 hasta el 19 de julio de 2020. Asimismo, por resolución número 2020-1168 de este Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, de las 08:30 horas del 17 de julio de 2020, se dispuso autorizar la prórroga extraordinaria de la medida cautelar por tres meses más y hasta el 19 de octubre de 2020, al estimar que se mantenía los elementos probatorios que lo ligaban, a manera de probabilidad, con la comisión de un delito; mantenerse la posibilidad que se le impusiera una pena privativa de libertad importante; y que el peligro de fuga era latente, al mencionar que es una persona con poco arraigo en este país y oriundo de Panamá. Aunado a ello, en la sentencia de estudio se prorrogó la prisión preventiva del acriminado [Nombre 001] por seis meses más, al estimar que se mantenían los peligros procesales ya citados y haberse dictado una sentencia condenatoria en su contra (artículo 258 del Código Procesal Penal. No obstante, advierte esta cámara de apelación que el tribunal de mérito cometió un defecto al momento de contabilizar el plazo de prórroga de la prisionalización del sindicado, ya que contabilizó este desde el momento en que se dictó la sentencia (23 de julio de 2020) y hasta el 23 de enero de 2021, sin tomar en consideración que ya este tribunal de apelación de sentencia, con otra integración, había dispuesto una ampliación extraordinaria de dicha medida cautelar que vencía el 19 de octubre de 2020. De este modo, procede enmendar el error acaecido, y aclarar que la prórroga de prisión preventiva que dispuso el tribunal de juicio -seis meses-, **se contabiliza desde el 19 de octubre de 2020 y hasta el 19 de abril de 2021.** Esclarecido lo anterior, puede advertirse que en el *sub examine*, pese a ordenarse la realización de un juicio de reenvío por la ineficacia que recayó sobre la sentencia impugnada, en el cual será necesario la presencia del justiciable para su finalización, todavía restan por cumplirse más de cinco meses del plazo de prórroga de prisión preventiva que dispuso el tribunal de juicio -sin olvidar, de ser necesario, nueve meses de plazo extraordinario-; lo que significa que es un lapso suficiente para que se señale y realice el debate oral y público, y se resuelva la situación jurídica del imputado. Corolario, se estima que no estamos ante el supuesto excepcional que dispone el artículo 258 *ibidem* para ampliar la prisión preventiva del encartado [Nombre 001], más allá del plazo indicado, por lo que se mantiene incólume esta, claro está, especificando que su vencimiento es al 19 de abril de 2021.

POR TANTO:

Se declara con lugar el primer motivo del recurso de apelación de sentencia interpuesto por el licenciado Asagal Alí Roper Small, en su condición de abogado defensor del imputado [Nombre 001]. Se dispone la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto declaró la culpabilidad del encartado por un delito de violación calificada en perjuicio de [Nombre 003]. (hechos acusados como uno y cinco); y se ordena el juicio de reenvío ante el mismo tribunal, para que con una integración diferente, proceda a resolver conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio. Por innecesario se omite pronunciamiento en cuanto al segundo de los alegatos de apelación. En lo demás la sentencia permanece incólume. Se mantiene la prisión preventiva de [Nombre 001] hasta el 19 de abril de 2021. **NOTIFÍQUESE.-**

Rafael Mayid González González

Giovanni Mena Artavia

Alfredo Araya Vega

Jueces del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal

Expediente: 19-000371-0597-PE(6)

Imputado: [Nombre 001]

Ofendido: Persona Menor de Edad

Delito: Violación Calificado

JMORALES



Clasificación elaborada por CENTRO DE INFORMACIÓN JURISPRUDENCIAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 16-12-2021 07:39:05.



MÉXICO

ME

Instituto Federal de Defensoría
Pública en México



Fallos remitidos

SENTENCIA 1 [ver fallo completo](#)

País	México
Tribunal	Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito
Materia	Administrativa
Derechos involucrados	Derecho a la educación y a la salud.
Breve relación de los hechos	<p>M.F.V.C. es una niña con discapacidad auditiva que desde octubre de 2017 se encuentra inscrita en el Instituto Pedagógico para Problemas de Lenguaje (Institución de Asistencia Privada), en la cual desarrolló la Lengua de Señas Mexicana (LSM) como lengua materna y el idioma español como segunda lengua.</p> <p>El 28 de agosto de 2019, a la edad de 10 años, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, le diagnosticó Síndrome de Townes Brocks: discapacidad auditiva y motriz, escoliosis e hipoplasia renal. Por lo que el 13 de diciembre de 2019, su padre presentó un escrito a la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México solicitando información sobre los programas para personas con discapacidad, particularmente para niñas y niños, para que se realizaran los siguientes ajustes razonables en favor de su hija: útiles escolares gratuitos; uniformes escolares gratuitos; y becas de apoyo a estudiantes.</p> <p>El 23 de diciembre de 2019, la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social del Gobierno de la Ciudad de México (SIBISO) dio respuesta a la solicitud señalando que la Secretaría de Bienestar Federal cuenta con el Programa de Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad, que apoya a niñas, niños y adolescentes de 0 a 29 años con discapacidad permanente con un monto bimestral de \$2,550. De igual manera se le informó que la SIBISO otorga vales electrónicos para la adquisición de dos uniformes escolares y un paquete de útiles escolares a alumnos residentes de la Ciudad de México inscritos en escuelas públicas de nivel básico.</p> <p>Inconforme con la limitación del mencionado apoyo a alumnos de escuelas públicas, el padre de la menor, acudió al IFDP solicitando el servicio de representación legal. El 22 de enero de 2020 se presentó la demanda de amparo indirecto.</p> <p>En dicha demanda, se solicitó al órgano jurisdiccional que, al resolver, adoptara medidas de accesibilidad acordes a la situación de discapacidad que enfrenta la menor M.F.V.C., en específico que la información sea transmitida con un lenguaje sencillo y a través de un intérprete de LSM.</p> <p>El 13 de agosto de 2020, el Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México negó la suspensión definitiva respecto de la solicitud de que se brindara el apoyo económico a la niña M.F.V.C. de los programas informados por la SIBISO (solicitado por la parte quejosa). Ello al considerar que el acto reclamado fue consumado y de imposible reparación por haber concluido el periodo escolar para el cual se solicitaba el apoyo para la niña M.F.V.C. y debido a que no había iniciado el siguiente.</p>



SENTENCIA 1 [ver fallo completo](#)

Breve relación de los hechos

Por otra parte, se concedió la suspensión para el efecto de que las autoridades responsables, en el ámbito de sus funciones, iniciarán un procedimiento de manera inmediata para integrarla a un programa social que corresponda a sus cualidades y contexto, específicamente en cuanto a su situación particular.

El 2 de febrero de 2021, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ratificó la resolución del Juzgado de Distrito. Para lo anterior recalcó que la niña M.F.V.C. se encuentra en una situación de discriminación múltiple o interseccionado, pues como menor de edad, mujer y con una discapacidad auditiva, es deber ineludible del Estado incluirla de manera inmediata en un programa de apoyo público acorde a su situación específica, con el propósito de salvaguardar el núcleo esencial de los derechos humanos que en el caso se estiman transgredidos, tales como educación, salud, no discriminación, así como el interés superior del menor. Todo ello procurando un desarrollo integral a efecto de impulsar su proyecto de vida.

Asimismo, recordó que la Observación General Número 9 -Los derechos de los niños con discapacidad-, emitida por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, dispone expresamente que “[l]as niñas con discapacidad con frecuencia son todavía más vulnerables a la discriminación debido a la discriminación de género. En este contexto, se pide a los Estados Partes que presten especial atención a las niñas con discapacidad adoptando las medidas necesarias, y en caso de que sea preciso, medidas suplementarias, para garantizar que estén bien protegidas, tengan acceso a todos los servicios y estén plenamente incluidas en la sociedad.”

En este sentido, precisó que el efecto de la suspensión que se concedió para que las autoridades responsables, en el ámbito de sus funciones, de manera inmediata incluyan a la menor o inicien un procedimiento, específico, conducente y eficaz a efecto de integrarla a un programa social, que corresponda en términos de sus cualidades y contexto, específicamente en cuanto a su situación particular; debe contemplar, de manera enunciativa mas no limitativa, con al menos con tres aspectos:

- Un apoyo de carácter económico suficiente para afrontar las cargas económicas que genera su situación particular.
- Un apoyo de carácter educativo que ayude a su integración plena en la sociedad.
- Un apoyo de carácter médico-psicológico adecuado para proteger el derecho a la salud.

Fundamentos de derecho

Artículos 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Instancia procesal en la que se emite la sentencia

Segunda instancia

Instrumento y/o criterio internacional invocado

Observación General número 9.



SENTENCIA 2 [ver fallo completo](#)

País México

Tribunal Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Hidalgo

Materia Administrativa

Derechos involucrados Consulta indígena

Breve relación de los hechos

Una persona indígena miembro de la comunidad Hñahñu y representante de la “Organización Hñahñu para la Defensa de los Pueblos Indígenas A.C.”. El 27 de octubre de 2020, la persona referida solicitó que se integrara al paquete económico 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de 4,335,953.75 para el proyecto “Música en las montañas del Chantepec 2021”, manifestaciones culturales Otomi/Hñahñu de San Idelfonso.

El 20 de noviembre de 2020, se dio respuesta por parte del Secretario de Cultura del Estado de Hidalgo y del Director General de Patrimonio Cultural de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo, en el que se notificó, que no se contaba con el recurso solicitado derivado de la pandemia por la COVID-19.

Ante esta negativa, se acudió al IFDP para solicitar el servicio de representación legal. El 14 de diciembre de 2020, se presentó demanda de amparo indirecto ante la Oficialía de Correspondencia Común de Juzgados de Distrito en el Estado de Hidalgo. Misma que fue admitida el 15 de enero de 2021.

La Jueza Tercera de Distrito en el Estado de Hidalgo concluyó que la negativa por parte de las autoridades constituye una vulneración al derecho de ser consultados por la negativa de integrar al presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4, 335, 953.75 para el proyecto “Música en las montañas del Chantepec 2021”, manifestaciones culturales Otomi/Hñahñu de San Idelfonso.

Lo anterior dado que este derecho involucra la obligación de las autoridades estatales de consultar a los pueblos y comunidades indígenas mediante procedimientos apropiados, en particular a través de sus instituciones representativas, por cada vez que pretendan adoptar medidas de carácter legislativo o administrativo, que sean susceptibles de afectarles directamente.

Por tanto, corresponde a la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo realizar una valoración exhaustiva de la propuesta presupuestal realizada por el quejoso, tomando en cuenta la realización de una consulta previa con el pueblo indígena Hñahñu y a su vez la organización Hñahñu para la Defensa de los Pueblos Indígenas. En atención a que lo que se propone traerá consigo una decisión administrativa que tendrá un impacto directo para la comunidad.

Ante los razonamientos expuestos, a fin de restituir a la parte quejosa en el goce del derecho que se estimó vulnerado, con fundamento en el artículo 77 de la Ley de Amparo, se impone conceder la protección constitucional solicitada, para que la autoridades responsables -el Secretario de cultura del Estado de Hidalgo y Director General de patrimonio cultural de la secretaria del estado de hidalgo:

En un plazo que no podrá ser superior a 30 días hábiles, convoque a la comunidad indígena de Hñahñu de San Idelfonso mediante su asamblea comunitaria para participar en una revisión para el proyecto, MUSICA EN LA MONTAÑA DE CHANTEPEC 2021, manifestaciones culturales Otomi/Hñahñu de San Idelfonso. Lo anterior al haberse acreditado que dicha obligación a cargo de las autoridades responsables es parte del núcleo del Derecho a la Cultura del quejoso y de la comunidad indígena.



SENTENCIA 2 [ver fallo completo](#)

Breve relación de los hechos

El proceso de consulta indígena se desarrollará de acuerdo con lo dispuesto por el Capítulo Tercero de la Ley de Derechos y Cultura Indígena para el estado de Hidalgo.

Si al concluirse el proceso de consulta se demuestra que se vulneraron los derechos de la comunidad indígena, las autoridades responsables deberán de tomar las medidas necesarias, en el ámbito de sus atribuciones para resarcir o aminorar los perjuicios ocasionados.

Fundamentos de derecho

Artículo 1 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25, sobre la Convención Americana de Derechos Humanos, y 278, del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Instrumento y/o criterio internacional invocado

Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

SENTENCIA 3 [ver fallo completo](#)

País México

Tribunal Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México

Materia Constitucional

Derechos involucrados

Derechos al registro inmediato, al nombre, a la identidad y a la nacionalidad, así como la inobservancia del deber de armonizar el derecho interno a los estándares internacionales en materia de derechos de la niñez migrante.

Breve relación de los hechos

La acción fue presentada en defensa de los derechos humanos de las niñas y niños nacidos en territorio mexicano, hijas e hijos de personas migrantes con una situación jurídica irregular en el país o sujetas a protección internacional. Se ha documentado que los padres enfrentan la imposibilidad de cumplir con los variables requisitos exigidos en las diversas legislaciones estatales para llevar a cabo el registro de nacimiento, sin barreras, ya que las autoridades mexicanas suelen solicitar a las madres o padres que presenten sus propias actas de nacimiento o de matrimonio apostilladas o legalizadas en sus países de origen, así como aporten versiones traducidas de ser el caso y documentos de identidad con fechas de expedición recientes o documentación adicional de los Consulados, según el arbitrio de quien recibe los trámites.

Fundamentos de derecho

La sentencia reconoció que existe un problema de trato sistemático en perjuicio de los migrantes, por parte del Estado y de las autoridades mexicanas, que conlleva un trato discriminatorio por su estatus migratorio; que “el registro inmediato con posterioridad al nacimiento, es el acto [principal mecanismo] que garantiza la identidad de la persona y, en consecuencia, el ejercicio de los demás derechos fundamentales que resultan necesarios —principalmente para los menores— para poder vivir dignamente”; y que “es muy difícil para las personas migrantes poder registrar a sus hijos nacidos en México, es que resulta necesaria la emisión de la [ley] correspondiente, que facilite el acceso a las actas y registros correspondientes”.

Concedió el amparo por vulneraciones a los artículos 1º, 4º, 14, 16, 30, 73 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



SENTENCIA 3 *ver fallo completo*

Resolución
(Liga de enlace) <https://bit.ly/3kgUJoI> 

Contexto social y económico del caso En el marco de las caravanas migrantes que se ha registrado en México en los últimos años, la documentación requerida no está adaptada a las situaciones que enfrenta este sector de la población, además de que los requisitos pueden ser considerados como cargas desproporcionales que durante la pandemia por la Covid 19 se volvieron más evidentes ante el cierre de oficinas para realizar trámites en la mayoría de países.

Instancia procesal en la que se emite la sentencia Primera instancia constitucional

Instrumento y/o criterio internacional invocado 1.1, 2, 3, 18, 19, 20, 24, 28 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 (medidas de protección contra la discriminación de menores de edad), 4 (adopción de medidas para garantizar el interés superior de la niñez), 7 (registro inmediato, nombre y nacionalidad) y 8 (identidad) de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 2 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (derecho al registro de nacimiento, nombre y nacionalidad de las hijas e hijos).

Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde) Se condenó al Poder Legislativo federal (Cámara de Diputados y Senado) a expedir a la brevedad posible la Ley General que regule y homologue el funcionamiento de los registros civiles en todo el país —es una materia que estaba regulada por cada entidad federativa—, con el fin de lograr la accesibilidad universal a las actas de nacimiento, de una manera más fácil, segura y empática frente, principalmente, a grupos vulnerables, entre los que claramente se encuentran niños y niñas nacidos en México hijos e hijas de personas migrantes irregulares.

Destaca que la sentencia estableció los contenidos mínimos de dicha Ley, que fueron extraídos de la propia constitución federal:

- La obligación de trabajar con formatos accesibles de inscripción,
- La estandarización de actas a nivel nacional,
- Las medidas de seguridad físicas y electrónicas correspondientes,
- La posibilidad de realizar trámites con firmas digitales,
- La posibilidad de realizar consultas y emisiones vía remota,
- El diseño de mecanismos alternos para la atención de comunidades indígenas y grupos en situación especial de vulnerabilidad y marginación (lo que también incluye a los migrantes y sus hijos),
- Mecanismos homologados de captura de datos,
- Procesos para que las personas que no cuentan con actas del registro civil, tengan acceso a ellas, no obstante que el registro sea extemporáneo,
- La simplificación de procedimientos de corrección, rectificación y aclaración de actas,
- La capacitación de personas de los registros y,
- Mecanismos para garantizar el acceso en zonas lejanas o marginadas con adecuación cultural.



SENTENCIA 3 [ver fallo completo](#)

Otra observación Los recursos de amparo, en lo general, están previstos para ser presentados solamente por personas físicas. Excepcionalmente se reconoce a las personas morales (como las organizaciones civiles) la capacidad procesal para presentarlos. Como regla general, las personas morales oficiales (autoridades) no tienen legitimación procesal para acudir al amparo.

Además, este tipo de recursos de amparo están destinados a señalar cuando algún poder legislativo no ha emitido alguna legislación secundaria para hacer operativos y exigibles derechos constitucionales. En el presente caso, destaca que se reconoció —por primera vez— que la Defensoría Pública Federal tiene capacidad procesal para acudir al amparo por “interés legítimo” al representar a un colectivo y no a una persona individual determinada, así como es la primera sentencia de este tipo que se obtiene.

Aunado a ello, destaca que la sentencia establece el contenido mínimo que debe tener la legislación; tradicionalmente se considera que ello compete solamente al legislativo y que el poder judicial no puede pronunciarse porque significa una invasión de competencias. No obstante, en el caso concreto, se razonó desde el piso constitucional mínimo que debe tener la legislación, para que tutele efectivamente los derechos constitucionales ya reconocidos a la niñez migrante y sobre los que se acreditó su no garantía efectiva.

URL completo de la sentencia http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=729/07290000269502240008008006.pdf_1&sec=Claudia_Gabriela_Guillen_Elizondo&svp=1

SENTENCIA 4 [ver fallo completo](#)

País México

Tribunal Juzgado Décimo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México

Materia Constitucional

Derechos involucrados Violaciones a los deberes estatales de adaptar el derecho interno y de garantizar los derechos humanos; Violaciones a los derechos al debido proceso, a una defensa adecuada, a la presunción de inocencia y de acceso a la justicia por la omisión de legislar y/o reglamentar la figura del error judicial según los estándares internacionales aplicables.

Breve relación de los hechos Se presentó la acción en representación de todas las personas que, una vez que enfrentan el sistema de justicia penal y son declaradas inocentes mediante sentencia absolutoria, buscan resarcir las afectaciones motivadas por errores judiciales, a fin de no dejar sin resarcir, violaciones claras y demostradas a derechos fundamentales que puedan ocurrir en todo proceso.

Fundamentos de derecho Se realizó un análisis de las diferencias entre la figura de la ya existente “responsabilidad patrimonial del Estado” contemplada por el artículo 109 de la Constitución federal, de la figura del “error judicial” señalada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.



SENTENCIA 4 *ver fallo completo*

Fundamentos de derecho

Se estudió que la “responsabilidad patrimonial del Estado” no prevé un sistema de responsabilidad ni tutela per se el derecho a una indemnización cuando se generan daños y perjuicios provenientes de un error judicial acreditado en la secuela procesal, lo que niega la protección más amplia prevista por los instrumentos internacionales, incumplándose con la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar ese derecho.

Se reconoció que no existe una ley única que establezca el procedimiento, mecanismo, tasación y parámetros para reclamar y fijar la indemnización por error judicial, lo que deja a las personas declaradas inocentes mediante sentencia absolutoria en completo estado de indefensión.

Resolución (Liga de enlace)

<https://bit.ly/2UMA3db> 

Contexto social y económico del caso

Se realizó un análisis de las diferencias entre la figura de la ya existente “responsabilidad patrimonial del Estado” contemplada por el artículo 109 de la Constitución federal, de la figura del “error judicial” señalada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como se expuso la exigibilidad de las obligaciones impuestas por esos instrumentos internacionales desde su vigencia para el Estado (tanto por la fecha de entrada en vigor internacional, la adhesión de México como su vigencia en el derecho interno, habiendo transcurrido en general 40 años y 10 años desde las últimas reformas constitucionales que crean el denominado Bloque de constitucionalidad), con efecto de que se armonizara el derecho interno y se otorgue la protección más amplia a las personas que son procesadas.

Lo anterior, dado que en la actualidad tanto la Constitución Federal como 20 de 32 entidades federativas, prevén únicamente la figura de la responsabilidad patrimonial y, a su vez, han emitido sus legislaciones locales que regulan el camino para obtener indemnizaciones por daño material o moral (definidos en términos del derecho civil interno), para cualquier rama del derecho.

Dicha vía implica en materia penal que, después de la obtención de una sentencia absolutoria, la persona procesada y absuelta deba iniciar primero un procedimiento administrativo de petición de indemnización —ante la Fiscalía federal o local, la policía federal o estatal o municipal, o la autoridad involucrada en la acusación— que puede aceptarse o rechazarse, para posteriormente judicializar ese trámite por la vía civil o por la vía administrativa según las reglas de cada entidad, en la persona que fue absuelta debe aportar las pruebas que acrediten la actividad irregular de los agentes estatales, para proceder a fijarse una indemnización pecuniaria.

En contraposición, se expuso la diferencia específica de la figura del error judicial a través de los diversos criterios del sistema interamericano, europeo y universal, a fin de acreditar la carga desproporcionada que tiene en materia penal no distinguir la figura del error judicial ni la existencia de reglas claras para su operación.

Instancia procesal en la que se emite la sentencia

Primera instancia constitucional



SENTENCIA 4 [ver fallo completo](#)

Instrumento y/o criterio internacional invocado	Artículos 1, 2.2 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1.1, 2, 10 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17, 85 y 88 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)	La sentencia condenó al Congreso de la Unión (Cámara de Diputados y Senado federales) para que antes del 30 de abril de 2022 (segundo período ordinario de sesiones del primer año del ejercicio de la nueva LXV Legislatura recién electa), expidan la Ley Reglamentaria de los artículos 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 85 del Estatuto de Roma, que regule en materia de error judicial.
Otra observación	<p>Los recursos de amparo, en lo general, están previstos para ser presentados solamente por personas físicas. Excepcionalmente se reconoce a las personas morales (como las organizaciones civiles) la capacidad procesal para presentarlos. Como regla general, las personas morales oficiales (autoridades) no tienen legitimación procesal para acudir al amparo.</p> <p>Además, este tipo de recursos de amparo (amparos por omisión legislativa) están destinados a demostrar un mandato para legislar en alguna materia, así como para identificar cuando algún poder legislativo (federal o local) no ha emitido alguna legislación secundaria que vuelve inoperantes o no exigibles derechos constitucionales reconocidos, sin que necesariamente la defensa se deba limitar a un caso individual.</p> <p>En el presente caso, destaca que se reconoció —por segunda vez— que la Defensoría Pública Federal tiene el “interés necesario” para la promoción del juicio de amparo (interés legítimo y capacidad procesal), reconociéndose que conforme al orden jurídico constitucional es la autoridad que se encarga de garantizar y proporcionar el servicio de defensa pública que protege los derechos humanos de todas las personas, en su vertiente de acceso a la justicia.</p>
URL completo de la sentencia	http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=730/0730000027884206013.pdf_1&sec=Jatziri_Yunuen_Reyes_S%C3%A1nchez&svp=1

SENTENCIA 5 [ver fallo completo](#)

País	México
Tribunal	Jueza de Distrito asignada para fungir como Jueza de Ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Morelos.
Materia	Penal
Derechos involucrados	Derecho a la Dignidad humana de las personas con discapacidad. Derecho humano a la salud.



SENTENCIA 5 [ver fallo completo](#)

Breve relación de los hechos

Los hechos que se imputan al señor Jaime, fueron derivados a su entorno y contexto de humildad, ya que fue influenciado para realizar trabajos de chofer, siendo el encargo de llevar vehículos a ciertos destinos, en funciones de su labor fue emboscado por militares, quienes al no detener su marcha fueron objeto de disparos por parte de las autoridades castrenses, aun y cuando por las condiciones físicas de la camioneta ya no podían continuar su camino, pues sus neumáticos ya se encontraban desechos, los militares siguieron detonando sus armas de fuego en contra de él, situación que lo llevó a perder el conocimiento, derivado de esta circunstancia fue enviado al hospital (inconsciente), donde al despertar se percató que ya no contaba con sus extremidades superiores (brazo izquierdo a la altura de la muñeca y del brazo derecho a la altura del hombro), siendo una situación que lo lleva a un estado de shock, sin pensar que ya le estaba esperando una audiencia para determinar su situación jurídica.

Fundamentos de derecho

Artículos 1,4 y 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Resolución (Liga de enlace)

Contexto social y económico del caso

Contexto de carencias económicas.

Instancia procesal en la que se emite la sentencia

Ejecución.

SENTENCIA 6 [ver fallo completo](#)

País México

Tribunal Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito

Materia Penal / Ejecución penal

Derechos involucrados

Directamente: debido proceso
Indirectamente: salud, vida y vida digna

Breve relación de los hechos

El 12 de mayo de 2020 la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, presentó una petición administrativa—figura contemplada en la Ley Nacional de Ejecución Penal—, a nombre de 59 mujeres privadas de la libertad en el Centro Federal de Readaptación Social 16 (CEFERESO 16) quienes manifestaban comorbilidades asociadas al virus del COVID-19. En ésta, se solicitó la adopción de un “Plan Integral” acorde con lineamientos emitidos por diversos organismos internacionales, que incluía 22 medidas de prevención en materia de servicios de salud, atención y tratamiento en favor de las mujeres.



SENTENCIA 6 [ver fallo completo](#)

Breve relación de los hechos

El CEFERESO 16 no respondió dentro del plazo legal, por lo que se presentó una controversia en vía jurisdiccional. Atendiendo a los apercibimientos del juez, la autoridad penitenciaria contestó la petición administrativa; en consecuencia, una Jueza de Ejecución Penal determinó que ya no había materia que resolver en la controversia. La decisión fue confirmada en apelación.

Inconforme, el Instituto Federal de Defensoría Pública promovió un juicio de amparo en el cual se reclamaron, esencialmente, violaciones al debido proceso, pues se consideró que el procedimiento en materia de ejecución no había sido efectivo para proteger los derechos de las mujeres privadas de la libertad frente a la pandemia; no se había seguido el proceso de manera adecuada y no se había dado consecuencia a la inconformidad de las mujeres frente a la resolución de la autoridad penitenciaria.

Fundamentos de derecho

Artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 114 de la Ley Nacional de Ejecución Penal

Resolución (Liga de enlace)

http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1563/1563000027300164013.pdf_1&sec=Maria_del_Pilar_Samario_Hern%C3%A1ndez&svp=1

Síntesis

Se determinó que la resolución de apelación recurrida materializó la violación del derecho al debido proceso contenido del artículo 14 constitucional (desde la perspectiva de quien insta la función jurisdiccional para exigir la reivindicación de un derecho), así como el derecho de petición, a partir de las siguientes consideraciones.

Se consideró que la responsable omitió seguir el procedimiento establecido en el Capítulo V de la Ley Nacional de Ejecución Penal relativo a las figuras de la petición administrativa y de la controversia, pues debió responder de fondo la petición formulada. Por ello, la controversia planteada no debió declararse sin materia, pues la jueza de ejecución tenía la obligación de verificar si la respuesta dada era congruente con lo solicitado en la petición administrativa y no tener por cumplida dicha obligación solo porque se dio contestación. Se puntualizó que estudio de la implementación de los lineamientos indicados por organismos internacionales en torno a la pandemia de COVID-19 y el establecimiento de un plan integral, no debía supeditarse a la presentación de una diversa controversia, pues ello genera un retardo injustificado en el acceso a la justicia de las mujeres privadas de la libertad.

Por ello, se consideró incorrecta la determinación de que la autoridad penitenciaria sí había cumplido con las medidas solicitadas, pues la petición administrativa incluía la realización de un plan integral de acuerdo con estándares emitidos por organismos internacionales, lo cual no fue materia de análisis por ninguna instancia. Además, se declaró la violación del derecho de acceso a la justicia y debido proceso de las mujeres privadas de la libertad, porque también se les impidió controvertir la respuesta que dio la autoridad penitenciaria¹.

Efectos. Dejar insubsistente el acto reclamado. Dictar una nueva resolución en la que revoque la decisión de la controversia (que confirmó la falta de materia en el caso) e instruya a la jueza de ejecución para que, siguiendo las consideraciones del amparo, reponga el procedimiento y de trámite a la controversia conforme la Ley Nacional de Ejecución Penal. Finalmente, con plenitud de jurisdicción, resuelva lo que corresponda.

1 En principio, esta última debe responder si ha existido afectación a las condiciones de vida y seguridad de las mujeres internas y posteriormente, la jueza de ejecución deberá establecer si la solicitud planteada en la petición administrativa está cumplida o no.



SENTENCIA 6 *ver fallo completo*

Contexto social y económico del caso

Las mujeres privadas de la libertad por procesos seguidos en el fuero federal se encuentran en un único centro de reclusión federal ubicado en el Estado de Morelos. Para llegar a dicho lugar se recorre una distancia en tiempo de una hora con treinta minutos, aproximadamente, desde la Ciudad de México.

De acuerdo con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos² en dicho Centro se presentan deficiencias en los servicios de salud y se observó que, durante varios años, las quejas a nivel federal por violación del derecho a la salud han sido una constante; además, sus porcentajes son considerables: se refiere que en un año, esta violación ha llegado a ocupar el 76.07% de las quejas recibidas en materia penitenciaria.³

Con motivo de la pandemia causada por el virus SARS-CoV2 y la especial vulnerabilidad de las personas privadas de la libertad, se han emitido diversos pronunciamientos por parte de organismos internacionales tendientes a proteger sus derechos con base en el impacto diferenciado de las medidas tendentes a detener la propagación de la pandemia y preservar la salud y vida.

De acuerdo con lo anterior, se acudió a la base de datos del Instituto Federal de Defensoría Pública relacionado con una colectividad de mujeres internas en el CEFERESO 16. De ésta se obtuvo que de las 59 mujeres identificadas dentro de los grupos de riesgo, 13 de ellas padecen de asma; 16 manifestaron tener diabetes; la mayoría cuenta con más de 40 años de edad, lo cual se encuentra vinculado con otras enfermedades crónicas. Por su parte, 28 manifestaron tener hipertensión; 1 tiene enfermedad respiratoria y otra más padece de enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC)

Respecto de estas 59 mujeres se inició el presente proceso.

Instancia procesal en la que se emite la sentencia

Amparo indirecto

Instrumento y/o criterio internacional invocado

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, presentada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, respecto de Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Párrafo 28. (Sobre debido proceso)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001. Párrafo 28. (Sobre debido proceso)

2 CNDH. “Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2019” México, 2019. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2019.pdf, pág. 508.

3 CNDH. Pronunciamiento “Derecho a la Protección de la Salud de las Personas Internas en Centros Penitenciarios de la República Mexicana” México, 2016. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160329.pdf, pág. 23.



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Fallos remitidos

903

SENTENCIA 7 [ver fallo completo](#)

País	México
Tribunal	Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito
Materia	Penal
Derechos involucrados	Debido proceso

Breve relación de los hechos

En febrero del 2020, el Titular de la Secretaría Técnica de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, interpuso recurso de revisión, derivado de que a una mujer privada de su libertad se le había vulnerado el término constitucional contemplado para la figura de medida cautelar de prisión preventiva. A la persona referida a pesar de tener más de 7 años y 5 meses en espera de su sentencia, se le negó de primera instancia la protección constitucional que requería. Fue hasta el recurso de revisión que el Instituto Federal de Defensoría Pública solicitó que se resolvió la procedencia de la violación a sus derechos.

El recurso en mención hace referencia a que a pesar de la naturaleza de los delitos cometidos (delincuencia organizada y secuestro), la gravedad de los mismos no puede ser una razón suficiente para justificar una prolongación indebida de la prisión preventiva, pues así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera que no es un motivo inicial para estimar que la autoridad judicial no se encontraba obligada a revisar periódicamente si la medida de prisión preventiva debía o no persistir. Lo anterior en razón de que estas obligaciones y sus parámetros de protección no sólo derivan de las disposiciones previstas en la Constitución mexicana, sino en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano.

Se determina que debido a que el establecimiento de un derecho humano cuyo núcleo esencial consiste en tener acceso a un proceso penal sin dilaciones, así como a la fijación de una medida de prisión preventiva que bajo ningún motivo puede ser genérica, pues esta debe estar en concordancia con el respeto a otras garantías que deben ser armonizadas en torno a las distintas vertientes del derecho de acceso a la impartición de justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, así como a los principios que rigen el artículo 17 de la Constitución federal mexicana, pero que tienen como excepción legislativa justificada para prolongarlas, el ejercicio a la adecuada defensa.

De lo anterior se desprende que constitucionalmente se incorporan 3 derechos fundamentales integrantes del debido proceso: el establecimiento de un plazo máximo razonable para juzgar sin demora. Un plazo máximo de duración de la prisión preventiva como medida cautelar a la persona procesada y la posibilidad de ampliar ambas figuras para garantizar una defensa adecuada.

En relación a lo anterior, se desprende que también se debe analizar si existe alguna razón distinta en el asunto o por el contrario, se determine si es procedente o no su cesación, modificación o sustitución por una medida no privativa de libertad que garantice su asistencia al proceso, para lo cual se deben considerar en forma proporcional y razonada, los siguientes factores de razonabilidad para la prolongación del plazo constitucional para prisión preventiva: probabilidad de que la persona acusada cometió un delito merecedor de pena carcelaria. Peligro de fuga o evasión de la acción de la justicia. Riesgo de comisión de nuevos delitos, en donde el peligro debe ser real. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión. Viabilidad de presión sobre los testigos, caso en que debe examinarse si existe un riesgo legítimo para éstos u otras personas. Ejercicio efectivo del derecho de defensa, el cual no debe ser un pretexto para que la autoridad alargue el proceso de manera injustificada, entre otras.



SENTENCIA 7 [ver fallo completo](#)

Breve relación de los hechos

Finalmente se concluye que la autoridad responsable, incumplió con la obligación de revisar de manera oficiosa la prisión preventiva contra la procesada, aun cuando han transcurrido más de 2 años a partir de que esa medida privativa de libertad inició y sin que se haya resuelto el proceso, aunado a que las condiciones que generaron la aplicación de esa medida no son exactamente las mismas que actualmente rigen la situación jurídica de la mujer privada de su libertad, con lo que violenta lo referido en la Constitución mexicana en relación con el estándar jurisprudencial y los ordinales relativos de las disposiciones internacionales apenas referidas, lo que amerita decretar la protección constitucional que solicita, para el efecto de que dicha omisión sea reparada. Y por lo tanto se ordenó se realice una revisión oficiosa para determinar si está justificada la prolongación de la prisión preventiva o bien se proceda al cese, sustitución o modificación de la medida.

Fundamentos de derecho

Artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 20, apartado B, fracción IX, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 77, fracción II de la Ley de Amparo.

Artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 6.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

Principio III, punto 2, párrafo segundo de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver los Casos Norín Catrimán y otros contra Chile, Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco contra México, Jenkins contra Argentina, Chaparro Álvarez y otro contra Ecuador, Amrhein y otros contra Costa Rica, Argüelles y otros contra Argentina y Bayarri contra Argentina.

Instancia procesal en la que se emite la sentencia

Segunda instancia.

Instrumento y/o criterio internacional invocado

Artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los casos: Norín Catrimán y otros contra Chile, Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco contra México, Jenkins contra Argentina, Chaparro Álvarez y otro contra Ecuador, Amrhein y otros contra Costa Rica, Argüelles y otros contra Argentina y Bayarri contra Argentina.

Votación por la que fue adoptada (si corresponde)

Magistrados Jorge Arturo Sánchez Jiménez, Rubén Arturo Sánchez Valencia y Olga Estrever Escamilla



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Fallos remitidos

905

SENTENCIA 8 [ver fallo completo](#)

País México

Tribunal Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito

Materia Penal

Derechos involucrados Derecho a la debida diligencia

Breve relación de los hechos

En febrero del 2021, el Titular de la Secretaría Técnica de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del Instituto Federal de Defensoría Pública y la agente del Ministerio Público de la Federación adscrita al Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México interpusieron recurso de revisión, en la que el Tribunal que conoció de los hechos relacionados por graves violaciones a los derechos humanos realizadas en a un grupo de víctimas de tortura al momento de su detención, concedió contra las siguientes autoridades y actos atribuidos:

Al Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, consistente en la omisión de supervisar que el Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, investigue los delitos en la averiguación previa correspondiente, para el efecto de que supervise la actuación del Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, que se encuentra a su cargo.

Al Fiscal General de la República, consistente en las omisiones en la coordinación y supervisión de la actuación de las Fiscalías, Especializada en Materia de Derechos Humanos y Especial en Investigación de Delito de Tortura, para que el Fiscal General coordine y supervise la actuación de las Fiscalías, mencionadas, que se encuentran a su cargo, para que se integre y se determine la averiguación previa, lo que deberá llevar a cabo, de manera inmediata y continua y hasta que se determine la investigación citada;

Al Titular de la Fiscalía General de la Republica, consistente en la omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura en el plazo establecido por el Artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y del Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura, referente a la falta de registro de la víctima de tortura o malos tratos, en el Registro correspondiente Nacional del Delito de Tortura (RENDET), respecto de la víctima. Para el efecto de que el Fiscal General de la República, en un plazo no mayor a treinta días estableciera la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura y así el Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura, una vez que el Fiscal General de la Republica establezca la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro; realice el registro correspondiente

Al Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Coordinación "A" de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, consistente en la omisión de realizar la debida investigación en la averiguación previa preindicada y sus acumuladas, excediendo injustificadamente la dilación en su integración, así como su conclusión.

Al Titular de la Fiscalía Especializada en Investigación del delito de Tortura, consistente en la omisión de supervisar de manera diligente y efectiva que el Agente del Ministerio Público de la Federación investigue los delitos en la averiguación preindicada, para que supervise la actuación del Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, que se encuentra a su cargo.



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Fallos remitidos

906

SENTENCIA 8 [ver fallo completo](#)

Fundamentos de derecho	<p>Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</p> <p>Artículo 75, de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.</p> <p>Artículos 74 y 75, de la Ley de Amparo</p>
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Segunda instancia.
Votación por la que fue adoptada (si corresponde)	Magistrado Ricardo Paredes Calderón, Magistrada Emma Meza Fonseca y del Secretario en Funciones de Magistrado Daniel Guzmán Aguado

SENTENCIA 9 [ver fallo completo](#)

País	México
Tribunal	Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio del Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Michoacán
Materia	Penal
Derechos involucrados	Sentencia absolutoria con perspectiva de género y presunción de inocencia.
Breve relación de los hechos	<p>El juzgador determinó que no se encontraba probada la responsabilidad penal de la imputada ya que la fiscalía fue omisa y no aportó pruebas suficientes para refutar el dicho de la acusada quien señaló que el día de los hechos ella únicamente acompañaba a su pareja sentimental en el vehículo en el que se transportaban las drogas, sin tener conocimiento de las drogas que llevaba el vehículo.</p> <p>El juez señaló que la fiscalía no pudo desacreditar la presunción de inculpabilidad que está reconocida a favor de la parte acusada.</p>
Fundamentos de derecho	Artículo 477 de la Ley General de Salud; artículo 9, párrafo primero y 13, fracción II, del Código Penal Federal
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Primera instancia



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Fallos remitidos

907

SENTENCIA 10 [ver fallo completo](#) **País** México**Tribunal** Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio, del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Nuevo León, con sede en Cadereyta Jiménez.**Materia** Penal**Derechos involucrados** Procedimiento especial para inimputables

Breve relación de los hechos El juez determinó insuficiencia probatoria, dado que la fiscalía debió acreditar que el acusado es merecedor a una pena o medida de seguridad siendo inimputable, lo cual no aconteció y por consecuencia, provoca en este juzgador una duda razonable de si el acusado es o no merecedor a una sanción corporal o medida de seguridad, tal como lo dispone el art 69 bis del Código Penal Federal, por lo que no resulta procedente imponer sentencia condenatoria y consecuentemente, en tanto que el acusado no tenía la capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, ya que la perita médica psiquiatra, con base en su experiencia, consideró que contaba con capacidad mental de una persona entre los siete y ocho años de edad, sin embargo, refirió al rendir su testimonio en este juicio, que para arribar a esa precisa determinación, era necesaria diversa prueba, ya que ella no podría emitir esa determinación certera, por lo que se considera que evidentemente el acusado no es imputable.

Fundamentos de derecho Artículo 69 bis del Código Penal Federal.**Instancia procesal en la que se emite la sentencia** Primera instancia



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**RECURSO DE REVISIÓN (INCIDENTE):
R.A. 143/2020.**

QUEJOSOS:
, EN REPRESENTACIÓN DE SU
MENOR HIJA .

RECURRENTES:
, EN REPRESENTACIÓN DE SU
MENOR HIJA Y LA DELEGADA DE
LA AUTORIDAD RESPONSABLE
SUBDIRECTORA DE ATENCIÓN A LA
DEMANDA CIUDADANA DE LA
COORDINACIÓN NACIONAL DE BECAS
PARA EL BIENESTAR BENITO JUÁREZ, DE
LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
PÚBLICA.

**RECURRENTE ADHESIVA: DELEGADA DE
LA AUTORIDAD RESPONSABLE
SUBDIRECTORA DE ATENCIÓN A LA
DEMANDA CIUDADANA DE LA
COORDINACIÓN NACIONAL DE BECAS
PARA EL BIENESTAR BENITO JUÁREZ, DE
LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
PÚBLICA.**

**MAGISTRADO:
JEAN CLAUDE TRON PETIT.**

**SECRETARIO:
MARCO ANTONIO PÉREZ MEZA.**

Ciudad de México, Acuerdo del Cuarto Tribunal Colegiado en
Materia Administrativa del Primer Circuito, correspondiente a la
sesión del día **dos de febrero de dos mil veintiuno.**

V I S T O S; para resolver los autos del expediente **143/2020**, relativo
al recurso de revisión en el incidente de suspensión, interpuesto por

MARCO ANTONIO PÉREZ MEZA
210823132954





2

R.I.143/2020

, en representación de su menor hija
y por la Delegada de la autoridad responsable Subdirectora
de Atención a la Demanda Ciudadana de la Coordinación Nacional
de Becas para el Bienestar Benito Juárez, de la Secretaría de
Educación Pública.

I

ANTECEDENTE DE LA CONTROVERSIA Y TRÁMITE DEL RECURSO DE REVISIÓN:

Demanda de amparo.

1. Por escrito presentado el veintidós de enero de dos mil veinte,
en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito
en Materia Administrativa en la Ciudad de México,

, en representación de su menor hija

–en adelante la menor de identidad

reservada con iniciales .-, demandó el amparo y protección
de la Justicia Federal en contra de los actos de las autoridades que a
continuación se transcriben:

“III.- AUTORIDADES RESPONSABLES:

A. Como autoridades que dictaron y promulgaron la norma general que por
esta vía se reclama:

- a) El Congreso de la Ciudad de México; [...]
- b) Jefa de Gobierno de la Ciudad de México, [...]
- c) Secretaria de Gobierno de la Ciudad de México, [...]
- d) Director General Jurídico y de Estudios Legislativos de la Ciudad de México, [...]
- e) La Secretaría de Educación, Ciencia, Tecnología e Innovación de la Ciudad de México.

B. Por lo que hace al acto de aplicación de la norma impugnada mediante esta
vía:

- a) Secretaría de Inclusión y Bienestar Social, [...]



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

3

R.I.143/2020

IV.- ACTOS RECLAMADOS:

1. Se reclama del Congreso de la Ciudad de México, los actos de discusión, aprobación y expedición del Decreto por el que se expide la Ley que Establece el Derecho a un paquete de Útiles Escolares por el Ciclo Escolar a Todos los Alumnos Residentes en el Distrito Federal, Inscritos en Escuelas Públicas del Distrito Federal, en los Niveles de Preescolar, Primaria y Secundaria, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México con fecha 27 de enero de 2004, por su inconstitucionalidad, discriminatorio y excluyente, aplicada concretamente por vía del oficio SIBISO/DASYC/0412/2019, de fecha 23 de diciembre de 2019, acto reclamado que más adelante se menciona.
2. Se reclama del Congreso de la Ciudad de México, los actos de discusión, aprobación y expedición del Decreto por el que se expide la Ley que Establece el Derecho a Uniformes Escolares Gratuitos a Alumnos y Alumnas inscritos en Escuelas Públicas de Nivel Básico en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México con fecha 11 de junio de 2014, por su inconstitucionalidad aplicada por vía del oficio SIBISO/DASYC/0412/2019, de fecha 23 de diciembre de 2019, acto reclamado que más adelante se menciona.
3. Del Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, reclamamos: La expedición de los Decretos enumerados como 1 y 2, respecto del Decreto Legislativo citado, y la inclusión en las escuelas públicas de un Modelo Educativa Bilingüe-Bicultural con la Lengua de Señas Mexicana y la Cultura Sorda, para que la quejosa tenga acceso a los uniformes y útiles escolares, que la ley tildado de inconstitucional se reclaman, precisamente por ser excluyente y sólo tienen derecho a esos beneficios las personas con discapacidades motrices iguales o que no sufren de alguna discapacidad y estén inscritos en escuelas públicas, no manejen una enseñanza en lengua de señas, lo cual, torna excluyente a la discapacidad que sufre la quejosa.
4. Del Secretario de Gobierno de la Ciudad de México y de la Secretaria de Educación de la Ciudad de México, se reclama: La firma, refrendo o autorización de los actos reclamados del Jefe de Gobierno de la Ciudad de México que se especifican en el punto anterior.
5. Del Director General Jurídico y de Estudios Legislativos de la Ciudad de México: La publicación en la Gaceta del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) de los Decretos de la Asamblea y Jefe de Gobierno, ambos del Distrito Federal, referidos en los puntos 1 y 2 de este apartado.
6. De la Secretaría de Inclusión y bienestar Social, la emisión del oficio SIBISO/DASYC/0412/2019, de fecha 23 de diciembre de 2019, firmado por la maestra Indira Paola López Carreto, Directora de Atención Social y Ciudadana de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de la propia institución, y la inclusión en las escuelas públicas de un Modelo Educativa Bilingüe-Bicultural con la Lengua de Señas Mexicana, para que la quejosa tenga acceso a los uniformes y útiles escolares, que la ley tildado de inconstitucional se reclaman, precisamente por ser excluyente y sólo tienen



4

R.I.143/2020

derecho a esos beneficios las personas con discapacidades motrices iguales o que no sufren de alguna discapacidad y estén inscritos en escuelas pública de la Ciudad de México, máxime que dichas instituciones públicas, no manejen una enseñanza de lengua de señas, lo cual, torna excluyente a la discapacidad que sufre la quejosa, lo cual resulta discriminatorio, excluyente y racial.”.

2. En el escrito inicial de demanda, el quejoso estimó violado en su perjuicio el contenido de los artículos 1, 3 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 3, 4, 5 y 7 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 5, párrafo 5, 24, punto 2, inciso c), de la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad; 13.1 del Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 26.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Trámite de la demanda y apertura del incidente de suspensión.

3. De la demanda correspondió conocer al Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, donde en acuerdo de veinticuatro de enero de dos mil veinte, la secretaria encargada del despacho registró la demanda con el número 215/2020, admitiendo a trámite la demanda, y desechándola únicamente por los actos consistentes en el refrendo y publicación del Decreto por el que se expide la Ley que Establece el Derecho a un Paquete de Útiles Escolares por Ciclo Escolar a todos los Alumnos Residentes en el Distrito Federal inscritos en las Escuelas Públicas del Distrito Federal, en los niveles de Preescolar, Primaria y Secundaria, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el veintisiete de enero de dos mil cuatro, y de la Ley que Establece el Derecho a Uniformes Escolares Gratuitos a Alumnas y Alumnos Inscritos en Escuelas Públicas de Nivel Básico en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el once de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

5

R.I.143/2020

junio de dos mil catorce. Lo anterior, al considerarse que dichos actos no se reclamaban por vicios propios.

4. Posteriormente, mediante escrito ingresado el veinte de febrero de dos mil veinte en la Oficialía de Partes del Juzgado del conocimiento, la quejosa promovió ampliación de demanda, en el que señaló como actos reclamados y autoridades responsables, los siguientes:

“III. AUTORIDADES RESPONSABLES:

- b) Subdirectora de Seguimiento de la Demanda Ciudadana
- c) Titular de la Coordinación Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez.

IV. LEY O ACTO QUE DE CADA AUTORIDAD SE RECLAMA:

De las responsables, se reclama la emisión del oficio CNBBBJ/DGCST/127/2020, identificado con el expediente CN/00/1/000455/20, de 20 de enero de 2020, y notificado el 28 siguiente:

5. En acuerdo de treinta de julio de dos mil veinte, se admitió a trámite la ampliación de la demanda y se ordenó formar por duplicado el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo, se solicitó a las autoridades responsables sus informes previos y se señaló día y hora para la celebración de la audiencia incidental respectiva.

6. Seguidos los trámites de ley, el trece de agosto de dos mil veinte se celebró la audiencia incidental, y acto seguido, se dictó la interlocutoria recurrida, que concluyó con los resolutive siguientes:

PRIMERO.- Se **NIEGA LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA**, de conformidad con lo expuesto en los considerandos **cuatro** y **sexto** de la presente determinación.



6

R.I.143/2020

SEGUNDO. Se **CONCEDE LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA**, de conformidad con lo expuesto en el considerando **último** de esta resolución.”.

Interposición, trámite y turno del recurso de revisión.

7. Inconformes con la decisión precedente, por escritos presentados el veintiocho y el treinta y uno de agosto de dos mil veinte en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, el quejoso , en representación de su menor hija , y la Delegada de la autoridad responsable Subdirectora de Atención a la Demanda Ciudadana de la Coordinación Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez, interpusieron recurso de revisión, de los que por razón de turno correspondió conocer a este Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, donde en auto de su magistrado presidente de dieciséis de octubre de dos mil veinte, los admitió a trámite, registrándolos con el número **R.A. 143/2020 (incidente)**, dándose la intervención que corresponde al agente del Ministerio Público de la Federación adscrito, quien no formuló pedimento.

8. Mediante oficio CNBBBJ/DGAJyT/1250/2020, ingresado vía electrónica a través del Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación, la Delegada de la autoridad responsable Subdirectora de Atención a la Demanda Ciudadana de la Coordinación Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez, interpuso recurso de revisión adhesiva, admitiéndose a trámite en auto de seis de noviembre de dos mil veinte.

9. Posteriormente, mediante escrito ingresado vía electrónica el trece de noviembre de dos mil veinte en el Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación, el quejoso



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

7

R.I.143/2020

, en representación de su menor hija ,
formuló manifestaciones, las cuales se acordaron en proveído de dieciocho de noviembre siguiente.

10. En acuerdo de veintisiete de noviembre de dos mil veinte, se ordenó turnar el expediente al magistrado Jean Claude Tron Petit para la formulación del proyecto correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley de Amparo.

II

CONSIDERANDO:

Competencia.

11. Este Tribunal Colegiado tiene competencia legal para conocer del presente recurso de revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 81, fracción I, inciso a), y 84 de la Ley de Amparo y 37, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, debido a que la resolución recurrida fue emitida por un Juez de Distrito con residencia en la circunscripción territorial donde ejerce jurisdicción este tribunal.

12. Asimismo, este Tribunal está facultado para resolver el presente asunto durante el período de contingencia sanitaria, derivada de la pandemia por Coronavirus, conforme a lo establecido por Acuerdo General 13/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo al esquema de trabajo y medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, por el que se ordenó, entre otras cosas, reanudar las funciones jurisdiccionales y la resolución en



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

9

R.I.143/2020

Legitimación.

15. El recurso de revisión fue interpuesto por parte legítima, en razón de que _____, en representación de su menor hija de identidad reservada _____, es la parte quejosa en el juicio de amparo de origen.

16. Los recursos de revisión principal y adhesivo fueron interpuestos por parte legítima, de conformidad con lo establecido en los artículos 82 y 87 de la Ley de Amparo, al haberse interpuesto por la autoridad responsable.

Copias de la resolución y de los escritos de agravios para los magistrados.

17. El magistrado ponente entrega a los señores magistrados para la resolución del asunto, copia electrónica tanto de la resolución recurrida, como del escrito de agravios.

Antecedentes de la controversia.

18. De las constancias que integran el cuaderno incidental, así como el toca de los recursos de revisión, se desprenden los antecedentes esenciales siguientes:

19. En la demanda de amparo, se refiere que la menor de identidad reservada con iniciales _____, desde el mes de octubre de dos mil diecisiete, se encuentra inscrita en la Institución de Asistencia Privada –I.A.P-, “Instituto Pedagógico para Problemas de Lenguaje”¹, al presentar discapacidad auditiva –sordera-, por lo que adquirió la lengua de señas como lengua materna, siendo que en

¹ De la consulta a la página de internet de dicha institución, se desprende que es una Institución de Asistencia Privada que desde 1967 atendiendo a niños sordos y niños con problemas de lenguaje o de aprendizaje y desarrollando programas específicos para la atención integral del niño sordo y de niños con problemas de lenguaje o de aprendizaje, cuya misión es formar y educar a niños y adolescentes sordos; a niños con problemas de lenguaje o de aprendizaje, independientemente de su situación económica, para contribuir a su integración digna a la sociedad.



10

R.I.143/2020

dicha institución se imparte un modelo educativo bilingüe cultural, que permite desarrollar la lengua de señas mexicana² y el idioma español como segunda lengua.

20. Dentro de las pruebas que se anexaron al escrito inicial de demanda, obra agregada la Constancia de Salud de fecha veintiocho de agosto de dos mil diecinueve, emitida por la Clínica Familiar Balbuena de la Delegación Regional Zona Oriente del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en donde se certifica que la menor de edad de identidad reservada con iniciales _____, de diez años de edad, presenta Síndrome de Townes Brocks, discapacidad auditiva y motriz, escoliosis e hipoplasia renal.

21. El trece de diciembre de dos mil diecinueve, los quejosos presentaron escrito ante la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México, solicitando información sobre los programas para personas con discapacidad, sobre todos para niños y niñas con discapacidad, solicitando, además, la realización de los ajustes razonables para que la menor _____, tuviera acceso a los siguientes programas: i) útiles escolares gratuitos; ii) uniformes escolares gratuitos; y iii) becas de apoyo a estudiantes.

22. En respuesta a dicho planteamiento, se emitió el oficio SIBISO/DASYC/0412/2019 de veintitrés de diciembre de dos mil diecinueve, suscrito por la Directora de Atención Social y Ciudadana

² De acuerdo con la página de internet del Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de Personas con discapacidad, la lengua de señas mexicana se compone de signos visuales con estructura lingüística propia, con la cual se identifican y expresan las personas sordas en México. Para la gran mayoría de quienes han nacido sordos o han quedado sordos desde la infancia o la juventud, ésta es la lengua en que articulan sus pensamientos y sus emociones, la que les permite satisfacer sus necesidades comunicativas así como desarrollar sus capacidades cognitivas al máximo mientras interactúan con el mundo que les rodea. La dificultad de las personas con discapacidad auditiva para comunicarse con los demás, dificulta su desarrollo educativo, profesional y humano, por consecuencia, se ven limitadas sus oportunidades de inclusión; y ante esta necesidad, las personas sordas han desarrollado su propia forma de comunicación, la Lengua de Señas Mexicana.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

11

R.I.143/2020

de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social del Gobierno de la Ciudad de México, en el que se le hizo saber, de manera destacada, que la Secretaría de Bienestar Federal cuenta con el Programa de Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad, mismo que apoya a niñas, niños y adolescentes de 0 a 29 años que tienen discapacidad permanente, y cuyo monto de apoyo asciende a \$2,550 pesos, que son entregados bimestralmente y cuyos requisitos son:

- Acta de nacimiento
- Documento que acredite la discapacidad permanente, emitido por alguna institución pública de salud federal, estatal o municipal.
- Comprobante de domicilio o constancia de residencia de la autoridad local.
- Para el caso de menores con discapacidad, la presencia del padre, madre o tutor.

23. A su vez, se informó que los programas de útiles y uniformes escolares de la Secretaría de Inclusión y Bienestar del Gobierno de la Ciudad de México, otorgan un vale electrónico para la adquisición de dos uniformes escolares y un paquete de útiles escolares, dando cumplimiento a la Ley que Establece el Derecho a un Paquete de Útiles Escolares por Ciclo Escolar a todos los Alumnos Residentes en el Distrito Federal, inscritos en Escuelas Públicas del Distrito Federal, en los Niveles de Preescolar, Primaria y Secundaria y a la Ley que Establece el Derecho a Uniformes Escolares Gratuitos a Alumnas y Alumnos inscritos en Escuelas Públicas de Nivel Básico en el Distrito Federal.



12

R.I.143/2020

24. Inconformes con la respuesta dada, los quejosos
, por propio derecho y en representación de su
menor hija de identidad reservada con iniciales
, promovieron juicio de amparo indirecto en contra de la aplicación de
los siguientes ordenamientos legales:

- Ley que Establece el Derecho a un Paquete de Útiles Escolares por Ciclo Escolar a todos los Alumnos Residentes en el Distrito Federal, inscritos en Escuelas Públicas del Distrito Federal, en los Niveles de Preescolar, Primaria y Secundaria.
- Ley que Establece el Derecho a Uniformes Escolares Gratuitos a Alumnas y Alumnos inscritos en Escuelas Públicas de Nivel Básico en el Distrito Federal.

25. De la demanda tocó conocer al Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, donde en acuerdo de veinticuatro de enero de dos mil veinte, la secretaria encargada del despacho registró la demanda con el número 215/2020, admitiéndola a trámite, y desechándola únicamente por los actos consistentes en el refrendo y publicación del Decreto por el que se expiden los ordenamientos legales precisados, por no combatirse por vicios propios.

26. Posteriormente, mediante escrito ingresado el veinte de febrero de dos mil veinte en la Oficialía de Partes del Juzgado del conocimiento, la quejosa promovió ampliación de demanda, en donde señaló como acto reclamado el oficio CNBBBJ/DGCST/127/2020, de veinte de enero de dos mil veinte, suscrito por la Subdirectora de Seguimiento a la Demanda



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

13

R.I.143/2020

Ciudadana de la Coordinación Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez. Dicha ampliación de demanda se admitió a trámite en proveído de treinta de julio de dos mil veinte.

27. Mediante escrito ingresado el dos de marzo de dos mil veinte, en la Oficialía de Partes del Juzgado del conocimiento, los quejosos solicitaron la suspensión de los actos reclamados, para los efectos siguientes:

- a. Que de inmediato se incluya a la menor en el padrón de beneficiarios de útiles y uniformes escolares de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de la Ciudad de México.
- b. Se le entreguen los uniformes, becas y útiles escolares para el ciclo escolar 2019-2020, hasta en tanto no se resuelva el amparo en lo principal.

28. El trece de agosto de dos mil veinte, la titular del juzgado del conocimiento celebró la audiencia incidental, y resolvió, por un lado, negar la suspensión definitiva en términos de lo expuesto en los considerandos cuarto y sexto; y por el otro, conceder la medida cautelar, de conformidad con lo expuesto en el último considerando.

Resolución incidental recurrida.

29. La resolución dictada en el incidente de suspensión que se recurre, tuvo apoyo en las consideraciones esenciales siguientes:

30. En el **considerando tercero**, denominado “ACTOS RECLAMADOS Y SOLICITUD DE PARTE INTERESADA (ARTÍCULO 128, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO), la a quo



14

R.I.143/2020

fijó los actos reclamados y la solicitud de la medida cautelar, de la siguiente forma:

Los actos reclamados, tanto en la demanda como en la ampliación materia de esta interlocutoria consisten en:

1. *Discusión, aprobación y expedición del Decreto por el que se expide la Ley que establece el Derecho a un Paquete de Útiles Escolares por ciclo escolar a todos los Alumnos residentes en la Ciudad de México, inscritos en Escuelas Públicas de la Ciudad de México, en los niveles de Preescolar, Primaria y Secundaria, específicamente su artículo 1º, publicada en el Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el veintisiete de enero de dos mil cuatro.*
2. *Discusión, aprobación y expedición de la Ley que establece el Derecho a Uniformes Gratuitos a Alumnas y Alumnos inscritos en Escuelas Públicas de Nivel Básico en la Ciudad de México, específicamente su artículo 2º, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el once de junio de dos mil catorce.*
3. *El acto de aplicación de las normas impugnadas, consistente en la emisión del oficio SIBISO/DASYC/0412/2019 de veintitrés de diciembre de dos mil diecinueve, signado por la Directora de Atención Social y Ciudadana de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social.*
4. *Inclusión de un modelo educativo bilingüe-Bicultural con la Lengua de Señas Mexicana y la Cultura Sorda.*
5. *La emisión del oficio CNBBBJ/DGCST/DAC/127/2020 en el expediente CN/00/1/000455/20 de veinte de enero de dos mil veinte, signado por la Subdirectora de Seguimientos a la Demanda Ciudadana.*

La parte quejosa solicitó la medida cautelar para el efecto de que:

1. *Se incluya a la menor de iniciales _____, en el padrón de beneficiarios de útiles y uniformes escolares de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de la Ciudad de México.*
2. *Se entreguen los apoyos solicitados consistentes en ayuda para uniformes, becas y útiles escolares para el ciclo escolar 2019-2020.*

No obstante los efectos para los cuales se solicitó la suspensión, este juzgado de Distrito estima procedente también proveer sobre la suspensión para el efecto de que la quejosa sea incluida en un programa de inclusión a un programa de apoyo del bienestar en razón de la condición de discapacidad de la menor de edad quejosa.

...



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

15

R.I.143/2020

31. En el **considerando cuarto**, se tuvo como no cierto el acto atribuido al Titular de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de la Ciudad de México, consistente en el acto de aplicación de las normas impugnadas a través del oficio SIBISO/DASYC/0412/2019, pues así lo sostuvo al rendir su informe previo y la quejosa fue omisa en desvirtuar dicha negativa

32. En el **considerando quinto**, tuvo como ciertos los actos atribuidos a las autoridades siguientes:

- i. Jefa de Gobierno y Congreso, ambos de la Ciudad de México, consistentes en la discusión, aprobación y expedición del Decreto por el que se expide la Ley que establece el Derecho a un Paquete de Útiles Escolares por ciclo escolar a todos los Alumnos residentes en la Ciudad de México, inscritos en Escuelas Públicas de la Ciudad de México, en los niveles de Preescolar, Primaria y Secundaria, específicamente su artículo 1º, publicada en el Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el veintisiete de enero de dos mil cuatro; así como la discusión, aprobación y expedición de la Ley que establece el Derecho a Uniformes Gratuitos a Alumnas y Alumnos inscritos en Escuelas Públicas de Nivel Básico en la Ciudad de México, específicamente su artículo 2º, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el once de junio de dos mil catorce.
- ii. Subdirectora de Seguimiento a la Demanda Ciudadana de la Coordinación Nacional Próspera Programa de Inclusión Social, hoy Coordinación Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez, consistente en la emisión



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

17

R.I.143/2020

derechos humanos de los menores los coloca como sujetos prevalentes de derechos, atendiendo a que el derecho básico de los menores de edad es el de ser atendidos con pleno respeto a sus derechos fundamentales.

- Desde esta óptica, los menores son destinatarios de un trato preferente, por su carácter jurídico de sujeto de especial protección, lo que implica que son titulares de un conjunto de derechos que deben valorarse de acuerdo con sus circunstancias específicas.
- El interés superior del menor es un concepto triple -(I) es un derecho sustantivo; (II) es un principio jurídico interpretativo fundamental; y, (III) es una norma de procedimiento-. El derecho del interés superior del menor prescribe que ese interés se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá, lo cual incluye no sólo las decisiones; sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.
- Así, las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas -en esferas relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad, entre otras- deben ser evaluadas en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación.
- De ahí que al evaluar y determinar el interés superior del menor se debe procurar su protección y los cuidados que sean

MARCO ANTONIO RIVERA NEZA
 210823132954
 210823132954

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



necesarios para su bienestar. Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio.

- Además, al aplicar el enfoque del interés superior del menor en el proceso de toma de decisiones, entraña evaluar la seguridad y la integridad del infante en ese preciso momento, tomando en consideración la situación de vulnerabilidad en la que se encuentre; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras decisiones en la seguridad del menor.
- La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido en los últimos años, jurisprudencia y tesis relevantes sobre diversos temas relacionados con la infancia, y uno de ellos es el interés superior del menor, concepto que implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
- Por su parte, el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes, en su Capítulo III, Reglas de Actuación Generales, en su numeral 17, establece que al advertir cualquier situación de riesgo o peligro en la integridad y desarrollo del menor o adolescente, se deberán tomar de manera oficiosa todas aquellas acciones que estén a su alcance para salvaguardar la seguridad y restitución de los derechos de la infancia; dicha obligación será aplicable aun cuando aquellas situaciones de riesgo o peligro no formen parte directa de la litis.
- En el caso concreto, en relación con las normas impugnadas, por tratarse de la emisión de leyes con efectos intrínsecamente relacionados con derechos sociales de la menor de identidad



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

19

R.I.143/2020

reservada, es obligación ineludible de las autoridades salvaguardar los derechos humanos de los infantes en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas que les involucren.

- Por otro lado, el derecho humano a la educación tiene sustento tanto en los artículos 3º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan los artículos XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 13 del Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Tales normas coinciden en lo relativo a que la titularidad del derecho a la educación es de toda persona; en que el contenido de la educación básica debe estar orientado a posibilitar la autonomía de sus titulares y a habilitarlos como miembros de una sociedad democrática en que la enseñanza básica debe ser asequible a todos sin discriminación, de manera obligatoria, universal y gratuita, y el Estado debe garantizarla, y en que los padres tienen derecho a elegir la educación que se imparte a sus hijos y los particulares a impartirla, siempre y cuando respeten el contenido mínimo de ese derecho.
- De la lectura sistemática del párrafo primero y las fracciones IV y V del artículo 3º constitucional, se advierte una diferencia entre la educación básica y la educación superior, en cuanto a sus características, pues el Estado está obligado a impartir educación básica (conformada por los niveles preescolar,



20

R.I.143/2020

primaria, secundaria) y educación media superior, ambas son obligatorias y además deben impartirse de manera gratuita y laica.

- El contenido mínimo del derecho a la educación obligatoria (básica y media superior) es la provisión del entrenamiento intelectual necesario para dotar de autonomía a las personas y habilitarlas como miembros de una sociedad democrática, aunado a que la educación es un factor esencial para garantizar una sociedad justa, al ser indispensable para asegurar la igualdad de oportunidades en el goce de otros derechos fundamentales y en el acceso equitativo a otros bienes sociales, además de un bien indispensable para el desarrollo de una pluralidad de objetivos colectivos (científicos, culturales, sociales, económicos, ecológicos, etcétera) y, por ello, un aspecto indisociable de un estado de bienestar.
- La educación es un bien básico indispensable para la formación de la autonomía personal y, por ende, para ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de ahí su carácter de derecho humano.
- Se destaca que el derecho humano a la educación básica, además de tener esa vertiente de derecho individual de todas las personas, también tiene una dimensión social o institucional, pues la existencia de personas educadas es una condición necesaria para el funcionamiento de una sociedad democrática, ya que la deliberación pública no puede realizarse sin una sociedad informada, vigilante y participativa, por lo que cualquier afectación a este derecho exige una justificación y un escrutinio especialmente intensos.
- Las Observaciones Generales 11 y 13 que respecto a este derecho ha emitido el Comité de Derechos Económicos,



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

23

R.I.143/2020

sentido, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada.

- Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la jurisprudencia 1a./J. 66/20155, sostuvo que cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en, alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º constitucional, el juzgador debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad.
- Si bien la Constitución no prohíbe que el legislador utilice categorías sospechosas, el principio de igualdad garantiza que sólo se empleen cuando exista una justificación muy robusta para ello.
- La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que, a diferencia de los derechos humanos, en sí mismo considerados, las garantías se erigen como instrumentos o herramientas para su protección y tutela, operando como medidas jurídicas que tienen como finalidad lograr la consecución, vigencia y efectividad de los derechos.
- En este sentido, es consecuente determinar que las políticas públicas constituyen en sí mismas los instrumentos a través de los cuales el Estado lleva a cabo la protección de los derechos sociales, por lo que éste tiene en todo momento la obligación de considerar el interés superior de los menores en todo lo que concierne al diseño y aplicación de dichas garantías.
- El principio de progresividad está previsto en el artículo 1º constitucional; y en términos generales, ordena ampliar el



24

R.I.143/2020

alcance y protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad.

- En otro sentido, se procederá a realizar la determinación correspondiente sobre los efectos para los cuales la parte quejosa solicitó la suspensión, estos son: i) se incluya a la menor de iniciales _____, en el padrón de beneficiarios de útiles y uniformes escolares de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de la Ciudad de México; ii) se entreguen los apoyos solicitados consistentes en ayuda para uniformes, becas y útiles escolares para el ciclo escolar 2019-2020.
- En esas circunstancias, es importante mencionar, dado que constituye un hecho notorio la conclusión del ciclo escolar en comento, y la ausencia del inicio del siguiente ciclo escolar, el juzgado de distrito advierte que el efecto para el cual se solicita la suspensión está consumado, dado que ya concluyó aquel ciclo, razón por la cual es improcedente conceder la medida suspensiva, sobre todo, porque la materia de reparación, en todo caso, es una cuestión atinente a la sentencia de fondo que se dicte y no a la presente medida cautelar.
- La finalidad de la suspensión radica en la paralización de los efectos de los actos reclamados, y sólo excepcionalmente a la restitución de derechos. Por ello, es patente que solo en consideración a esta suspensión, la medida en comento no puede aplicarse para los efectos solicitados por la quejosa, en virtud de que es un hecho notorio que ya concluyó el ciclo en comento y, además, porque aún no inicia el nuevo, como se desprende del ACUERDO número 13/05/19 por el que se establecen los calendarios escolares para el ciclo lectivo 2019-2020, aplicables en toda la República para la educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para la



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

25

R.I.143/2020

formación de maestros de educación básica (con inicio de clases del veintiséis de agosto de dos mil diecinueve al seis de julio de dos mil veinte) y el ACUERDO número 15/08/20 por el que se establecen los calendarios escolares para el ciclo lectivo 2020-2021, aplicables en toda la República para la educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para la formación de maestros de educación básica (con inicio de clases del veinticuatro de agosto de dos mil veinte al nueve de julio de dos mil veintiuno), publicados en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de mayo de dos mil diecinueve y el trece de agosto de dos mil veinte, respectivamente.

- De esa manera, en todo caso, la reparación de la violación de derechos fundamentales, será una cuestión atinente al fondo del asunto propuesto; en consecuencia, se **niega** la suspensión en lo tocante a los efectos y consecuencias de los oficios SIBISO/DASYC/0412/2019 y CNBBBJ/DGCST/DAC/127/2020.

34. En el **considerando séptimo**, sostuvo los argumentos siguientes:

- En relación con el otorgamiento de la suspensión de los efectos y consecuencias del oficio CNBBBJ/DGCST/DAC/127/2020 dictado en el expediente CN/00/1/000455/20, se satisface el requisito de naturaleza del acto reclamado, dado que en términos del artículo 131 de la Ley de Amparo, es dable restituir a la quejosa en el goce del derecho que le fue violado, en tanto aquel involucra la existencia de una categoría sospechosa en términos del artículo 1º constitucional, relacionada con la situación de discapacidad de la menor de edad.



- En efecto, con el propósito de verificar la procedencia de la suspensión provisional, conviene señalar que el artículo 107, fracción X, de la Constitución Federal, en relación con los, diversos numerales 138, párrafo primero, y 147, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, prevén que en el sumario constitucional el acto reclamado podrá ser objeto de suspensión y, de ser jurídica y materialmente posible, esto es, cuando la naturaleza del acto lo permita, se ordenará restablecer provisionalmente el goce del derecho violado a la parte quejosa, hasta en tanto cause ejecutoria la sentencia que se dicte en el sumario constitucional en lo principal, para lo cual, el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.
- De esa forma, es patente que, si el oficio en comentario no accedió al otorgamiento del apoyo a la menor de edad quejosa, soslayando su situación de discapacidad, es patente que sus efectos y consecuencias, en términos de los numerales en comentario, pueden ser materia de suspensión en el presente juicio de amparo.
- De conformidad con el artículo 131, párrafo primero, de la Ley de Amparo, para conceder la medida cautelar, la parte quejosa debe acreditar, al menos de modo indiciario, el interés que le asiste para obtenerla; entonces, se debe analizar si la gobernada cuenta con interés suspensivo, esto es, que el acto reclamado, sus efectos y/o consecuencias, pueda causarle daños de imposible o difícil reparación.
- El interés suspensivo de la parte quejosa se acredita presuntivamente con los siguientes documentos remitidos vía



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

27

R.I.143/2020

electrónica mediante el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes:

- a) Copia de la credencial escolar de la menor quejosa emitida por el Instituto Pedagógico para Problemas del Lenguaje, Institución de Asistencia Privada, correspondiente al ciclo dos mil diecinueve - dos mil veinte.
 - b) Escrito con sello de recepción de trece de diciembre de dos mil diecinueve, dirigido a la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México.
 - c) Constancia de Discapacidad y Funcionalidad, emitida por personal del Centro de Salud T-III "Dr. Manuel Pesqueira", con folio 301/19, relativo al expediente 31456, del que se advierte que la menor de iniciales _____, tiene discapacidad auditiva.
 - d) Oficio SIBISO/DASYC/0412/2019 de veintitrés de diciembre de dos mil diecinueve, emitido por la Directora de Atención Social y Ciudadana de la Dirección Ejecutiva de Asuntos Estratégicos de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social (acto reclamado).
 - e) Constancia de Salud de veintiocho de agosto de dos mil diecinueve, emitida por personal del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, de la que se advierte que la menor de identidad reservada tiene el síndrome de Townes Brockst Discapacidad Auditiva.
 - f) Acta de nacimiento de la menor quejosa.
 - g) Copia de la credencial de elector del padre de la infante.
 - h) Oficio CNSBBJ/DGCST/DAC/127/2020 de veinte de enero de dos mil veinte (acto reclamado).
- Con las documentales exhibidas se acredita el vínculo entre la parte quejosa y la posibilidad de afectación a su esfera jurídica



28

R.I.143/2020

provocada por los actos reclamados, dado que demuestra que es una persona menor de edad con una discapacidad.

- Sin que pase desapercibido que dichas copias no son documentales públicas, sin embargo, dada la contingencia en la que se encuentra el país que ha provocado el cierre de los centros educativos y dependencias de gobierno donde la quejosa pudiera obtener otro tipo de documentales, y atendiendo a la ponderación de las formalidades que rigen el procedimiento y al derecho de acceso a la jurisdicción, se estima que tales documentales son suficientes para tener por satisfecho el requisito analizado.

35. En el **considerando octavo**, denominado “ESTUDIO DE PROCEDENCIA”, la a quo expuso las consideraciones siguientes:

- Para advertir si es procedente conceder la suspensión en relación con los efectos y consecuencias del oficio CNBBBJ/DGCST/DAC/127/2020 de veinte de enero de dos mil veinte, es importante tomar en consideración que este tiene un impacto en su derecho a la educación, salud, alimentación e incluso al principio del interés superior del menor, de ahí que debe analizarse la procedencia o no de la suspensión, respecto de los actos reclamados, aun cuando la parte quejosa no lo hubiere solicitado para esos efectos.
- Bajo ese contexto, es obligación del Estado Mexicano salvaguardar los citados derechos fundamentales, reconocidos en el artículo 4º constitucional, para lo cual deben emitirse las resoluciones necesarias para lograr este fin. Premisa aquella que debe interpretarse al tenor del bloque constitucional, considerando la normativa nacional e internacional, así como



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

29

R.I.143/2020

sus criterios jurisprudenciales en materia de aquel derecho humano.

- Del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que el derecho a la educación, salud, alimentación e incluso el principio del interés superior del menor, se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los mismos, lo que implica el otorgamiento de educación, salud y alimentación.
- En ese sentido, el artículo 4º constitucional reconoce en favor de todas las personas el derecho a la educación, salud y alimentación, el Estado Mexicano tiene la obligación de garantizar en favor de toda persona en territorio nacional, dichos derechos de manera suficiente y de calidad, mediante la adopción de políticas públicas, acciones y mecanismos necesarios para satisfacerlo, sin algún elemento que limite o condicione esas prerrogativas, al ser de carácter pleno.
- Aunado a lo anterior en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25, establece en lo que aquí concierne que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el diverso numeral 11 refiere que los Estados parte reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, educación y salud. Así también, el Protocolo de San Salvador define en el artículo 12 que el derecho a la alimentación tiene como objetivo erradicar la desnutrición y perfeccionar los métodos de producción.



- Por lo que en aras de remover obstáculos para lograr una efectiva y oportuna protección judicial, es que se determina conceder dicha suspensión y cumplir con el principio *pro persona*, pues de lo contrario se afectaría la esfera jurídica de la menor quejosa, al tiempo que también se trata de situaciones que de seguir ejecutándose resultaría físicamente imposibles restituir.
- Por otra parte, respecto del derecho fundamental a la salud, debe ser proporcionado por el Estado a través de instituciones públicas que se establezcan para tal efecto, tomando en cuenta lo prescrito en los artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, y de dichos instrumentos, al igual que en la Constitución Federal, reconocen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, así como la obligación del Estado de establecer las medidas necesarias para lograrlo.
- De esa forma, el apoyo económico solicitado por la quejosa, al sostenerse en su condición de discapacidad (que no está sujeta a controversia), es patente que representa, por si misma, una condición suficiente para que se le incluya en un programa económico que garantice su derecho a la igualdad, al ser aquél una medida inclusiva para evitar una discriminación estructural; máxime que en el caso se trata, además, de una persona menor de edad, mujer, esto es, es una situación de interseccionalidad de la discriminación, porque como mujer menor de edad y discapacitada, no se le considera dentro de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

31

R.I.143/2020

un programa de apoyo acorde con su situación particular, incluso, considerando la apariencia del buen derecho, como una violación a los artículos 1º y 4º constitucional.

- Aunado a que la sociedad está interesada en el establecimiento de medidas que, precisamente, afronten la situación de discriminación estructural que sufren las personas en razón de su especial situación y contexto, como en el caso se trata de aquellas categorías que, por mandato constitucional, deben someterse a un escrutinio de mayor rango para desestimar la existencia de discriminación alguna.
- No es óbice a lo anterior el hecho de que la quejosa, de acuerdo al contenido de los actos reclamados, no cumpla con diversos requisitos vinculados con el lugar donde se le imparten servicios educativos, precisamente porque tal situación, desde una perspectiva de la apariencia del buen derecho, implica una situación de discriminación estructural.
- Asimismo, la falta de establecimientos de apoyos a personas en situación de discapacidad como el de la aquí quejosa, evidencia una violación al principio de igualdad, sobre la base de la existencia de una categoría sospechosa que se agrava aún más por su situación transversal de minoría de edad, máxime que la propia autoridad sustenta la negativa del apoyo en el solo hecho de que la quejosa estudia en una escuela particular.
- Ello implica, que las autoridades responsables deben instrumentar todas las medidas necesarias para cumplir con dicha finalidad, como principio de relevancia a salvaguardar, en el entendido de que cualquier conducta contraria se traduciría en una contravención a los artículos 1º y 4º constitucional.



32

R.I.143/2020

- Es dable afirmar que la plena realización de los derechos humanos en cuestión, son requisitos fundamentales para que las personas puedan desarrollar otros derechos, por lo que la prosecución de la justicia social no puede ignorar el papel de dichos derechos en la vida humana y de las oportunidades de las personas para alcanzar una vida digna, en términos del artículo 1º constitucional.

36. En el mismo considerando, se fijaron los efectos de la concesión de la medida cautelar, de la siguiente forma:

EFFECTOS

*Por tanto, considerando que están en riesgo diversos derechos fundamentales, como lo son el de la educación, salud, alimentación, e incluso el interés superior de las personas menores de edad, con fundamento en lo previsto en los artículos 131 y 147 de la Ley de Amparo, **SE CONCEDE LA SUSPENSION DEFINITIVA** a la menor quejosa de iniciales _____, para el efecto de que las autoridades responsables, en el ámbito de sus funciones, de manera inmediata inicien un procedimiento para integrarla a un programa social, que corresponda en términos de sus cualidades y contexto, específicamente en cuanto a su situación particular.*

MARCO ANTONIO RIVERA VÉZIZ
 2016-07-15 10:40 AM (GMT-05:00)
 2108231132954

Agravios propuestos a estudio.

37. El quejoso _____, **en representación de su menor hija de identidad reservada** _____, propone a estudio tres agravios, en los que expone, en esencia, los argumentos siguientes:

38. Primero. Causa agravio lo expuesto en los considerandos Cuarto y Sexto, al no analizar de manera exhaustiva ni congruente lo pedido en el escrito suspensorial, pues lo importante es preservar los derechos de la menor de edad y que éstos no se vean violentados en su perjuicio, invocando al efecto la tesis de rubro **“MENORES DE EDAD. LOS JUZGADORES QUE CONOZCAN DE**



34

R.I.143/2020

incorporen en los planes y programas de las escuelas públicas la inclusión de las personas con discapacidad pertenecientes a una minoría lingüística por el uso de lengua de señas mexicana, lo que incide gravemente en los derechos de la menor.

43. Procede conceder la suspensión definitiva, al tratarse de actos que, de llegar a consumarse, harían físicamente imposible restituir a la quejosa en el goce del derecho reclamado, al privarse del derecho fundamental a tener acceso a la educación.

44. Tercero. Se contravienen de manera directa los artículos 4º constitucional; 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño; así como el punto 16 del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niños, niñas y adolescentes, elaborado por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los que se desprende que los menores de edad son un sector especialmente vulnerable y cuya protección incumbe a la sociedad en su conjunto, debiendo acceder de forma sencilla a un recurso sencillo, rápido y efectivo, debiendo garantizar su máxima protección en el proceso, eliminando todo formalismo procesal.

45. Los juzgadores que conozcan del juicio de amparo, deben analizar la demanda con sensibilidad, procurando integrar de oficio los aspectos deficientes de la reclamación y eliminando todo formalismo que lleve a prevenciones excesivas o injustificadas que condicionen su admisión.

46. De acuerdo a la regulación vigente, cuando se cumplen con los requisitos de procedencia de la suspensión, y de una ponderación de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

35

R.I.143/2020

la apariencia del buen derecho con el interés social, se estima que es posible que la suspensión tenga efectos restitutorios. La Primera Sala del alto tribunal sostuvo que la suspensión no podría llevar a constituir derechos que el quejoso no tenía antes de solicitar la medida cautelar, pues sólo se justifica cuando hay apariencia suficiente de un derecho que necesita de protección provisional por haber sido afectado por un acto probablemente inconstitucional.

47. Dichos efectos restitutorios sí deben aplicarse al caso concreto, en el que se reclama la omisión de brindar a la menor quejosa el derecho a la educación y salud, específicamente al no tener acceso a programas de becas y estudio para personas con su condición, pues la circunstancia de que se continúe prestando el servicio no vulnera el interés social no contraviene disposiciones de orden público, aun cuando ya haya terminado el ciclo escolar, pues de lo contrario se causarían daños de difícil reparación.

48. Por su parte, la **Delegada de la autoridad responsable Subdirectora de Atención a la Demanda Ciudadana de la Coordinación Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez**, propone a estudio tres agravios, en los que expone, en síntesis, los argumentos siguientes:

49. **Primero.** La interlocutoria recurrida es incongruente, dado que en un inicio, la jueza negó la suspensión en lo tocante a los efectos y consecuencias del acto atribuido a la recurrente; sin embargo, más adelante, al inicio del considerando séptimo, concluyó que el oficio reclamado satisface el requisito de la naturaleza del acto reclamado, por lo que advirtió que era procedente conceder la suspensión en razón de que, a su criterio, el mismo tenía un impacto en el derecho



36

R.I.143/2020

a la educación, salud, alimentación e incluso el interés superior del menor.

50. De ahí la incongruencia de la resolución, pues en un principio determinó negar la suspensión de los efectos y consecuencias del oficio reclamado, y después consideró que, conforme a su naturaleza, era procedente concederla para los efectos precisados.

51. Dicha incongruencia se ve robustecida con la indebida valoración del acto reclamado. El objeto de la suspensión es que las cosas se mantengan en el estado que guardaban; esto es, no tiene efectos de constituir ni restituir derechos, y no puede otorgarse cuando la misma se solicita contra un acto negativo, y más aún, cuando el mismo es inexistente.

52. La recurrente firmó el oficio CNBBBJ/DGCST/127/2020, en el que, en respuesta a la petición de la quejosa, proporcionó información correspondiente al Programa de Becas de Educación Básica para el Bienestar Benito Juárez, respecto del monto de los apoyos otorgados y la población a la cual se dirige, información que se encuentra apegada a derecho, de tal manera que al proporcionar la información solicitada en su escrito de petición, no se violó de manera alguna la esfera jurídica de la quejosa, máxime que no se advierte que haya solicitado de manera expresa su incorporación a algún programa de becas y que la misma se haya negado.

53. Contrario a lo resuelto por la jueza, conforme al acto reclamado emitido, su naturaleza es un acto meramente declarativo, que no contempla supuesto o hipótesis normativa que sea susceptible de modificar la esfera jurídica de las personas, ni aun cuando pudieran



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

37

R.I.143/2020

ser eventuales candidatos a recibir un apoyo económico estatal, lo que no implica afectación a los derechos de la quejosa.

54. Segundo. La jueza, al momento de conceder la suspensión definitiva, pasó desapercibido que la Subdirectora de Seguimiento a la Demanda Ciudadana de la Coordinación Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez, conforme a sus facultades y atribuciones, mismas que se encuentran en el Manual de Organización y de Procedimientos de la Coordinación de PROSPERA Programa de Inclusión Social, se encuentra imposibilitada física y jurídicamente a dar cumplimiento a la medida cautelar dictada, pues no tiene facultades o atribuciones para iniciar con el procedimiento de integración de la menor quejosa a un programa social.

55. Para estar en aptitud de resolver sobre la concesión de la suspensión y su vinculación a las autoridades responsables, se debió determinar en principio las normas legales que prevén la competencia para verificar si se tienen o no facultades para realizar dicha conducta.

56. Tercero. Al momento de concederse la suspensión, la a quo no llevó a cabo una correcta valoración de los actos reclamados y de la posibilidad material y jurídica de las autoridades para hacerlo.

57. De haberlo hecho así, se hubiera advertido que los programas sociales, tales como la Beca de Educación Básica, constituyen políticas públicas enfocadas en fomentar el desarrollo de actividades sociales o económicas prioritarias de interés general, mismos que están enfocados en atender grupos sociales en situación de pobreza, rezago, marginación o vulnerabilidad. Así, la beca referida es un



38

R.I.143/2020

subsidio que tiene por objetivo contribuir a que las niñas, niños y adolescentes integrantes de familias en situación de pobreza, marginación o que habitan en localidades prioritarias, permanezcan y continúen sus estudios, no así para determinar o limitar el derecho a la educación de los estudiantes.

58. La incorporación a dicho programa se encuentra condicionado a que se cumpla con los requisitos de elegibilidad, teniendo como única limitante la suficiencia y disponibilidad presupuestal, aunado a que a través del otorgamiento o no de una beca, no implica necesariamente una limitación al derecho a la educación, pues su asignación representa una expectativa de derechos que se traduce en un apoyo social.

59. Al no ser una institución educativa, ni estar encargada de ejecutar un programa de becas, se encuentra impedida material y jurídicamente para dar cumplimiento a la medida cautelar, sin que se soslaye que el hecho de que la incorporación a un programa social depende de las facultades que se tenga para ello.

60. El hecho de que la menor quejosa, a la fecha de la presentación de la demanda no esté incorporada a ningún programa social que le proporcione útiles y uniformes escolares, o bien, becas de estudio, no implica el impedimento del acceso al derecho a la educación, pues se insiste, sólo es una expectativa de derecho.

Consideraciones que deben declararse firmes.

61. Debe quedar firme por falta de impugnación lo resuelto por la jueza del conocimiento en el considerando cuarto de la interlocutoria recurrida, en el que se tuvo por inexistente el acto atribuido al Titular



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

39

R.I.143/2020

de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de la ciudad de México, toda vez que, al rendir su informe previo, negó la existencia del mismo, negándose la medida cautelar.

62. Lo anterior es así, toda vez que dicha inexistencia y consecuente negativa de la medida cautelar, no fue controvertida por la parte a quien ello pudo causar perjuicio. Como apoyo de lo expuesto, se cita la jurisprudencia número 1a./J. 62/2006, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro y texto siguientes:

“REVISIÓN EN AMPARO. LAS CONSIDERACIONES NO IMPUGNADAS DE LA SENTENCIA DEBEN DECLARARSE FIRMES. Cuando la sentencia recurrida se apoya en dos o más consideraciones desvinculadas entre sí y cada una de ellas sustenta la declaratoria de inconstitucionalidad de distintos preceptos o actos, no deben estimarse inoperantes los agravios expresados por la parte recurrente que controvierten sólo una de esas consideraciones, pues al tratarse de razonamientos que revisten autonomía, el recurrente se encuentra en posibilidad legal de combatir únicamente la parte de la sentencia que estime contraria a sus intereses. En ese orden de ideas, cuando alguna consideración de la sentencia impugnada afecte a la recurrente y ésta no expresa agravio en su contra, tal consideración debe declararse firme.”

Problemática jurídica a resolver.

63. La interrogante o problema jurídico al que debe darse respuesta en el presente recurso de revisión en el incidente de suspensión, es el siguiente:

64. ¿Es correcta la decisión de la jueza del conocimiento de conceder la medida cautelar solicitada para el efecto consistente en que las autoridades responsables, en el ámbito de sus funciones, de manera inmediata inicien un procedimiento para integrar a la menor a un programa social que corresponda en términos de sus cualidades y



40

R.I.143/2020

contexto, específicamente en cuanto a su situación particular, y no así para los efectos expresamente solicitados?

Análisis de los agravios.

65. Previo a dar respuesta a los agravios de la parte quejosa y de la autoridad recurrente, resulta necesario precisar el marco jurídico que regula la suspensión en el juicio de amparo.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

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

(...)

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social”.

LEY DE AMPARO

“ARTÍCULO 128. Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará, en todas las materias, siempre que concurren los requisitos siguientes:

I. Que la solicite el quejoso; y

II. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.

La suspensión se tramitará en incidente por separado y por duplicado”.

“ARTÍCULO 129. Se considerará, entre otros casos, que se siguen perjuicios al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, cuando, de concederse la suspensión:

(...)

III. Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos;

(...)

El órgano jurisdiccional de amparo excepcionalmente podrá conceder la suspensión, aun cuando se trate de los casos previstos en este artículo, si a su juicio con la negativa de la medida suspensiva pueda causarse mayor afectación al interés social”.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

41

R.I.143/2020

“ARTÍCULO 130. *La suspensión se podrá pedir en cualquier tiempo mientras no se dicte sentencia ejecutoria”.*

“ARTÍCULO 138. *Promovida la suspensión del acto reclamado el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social y, en su caso, acordará lo siguiente:
(...).”*

“ARTÍCULO 139. *En los casos en que proceda la suspensión conforme a los artículos 128 y 131 de esta Ley, si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con perjuicios de difícil reparación para el quejoso, el órgano jurisdiccional, con la presentación de la demanda, deberá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva, tomando las medidas que estime convenientes para que no se defrauden derechos de tercero y se eviten perjuicios a los interesados, hasta donde sea posible, ni quede sin materia el juicio de amparo.*

Cuando en autos surjan elementos que modifiquen la valoración que se realizó respecto de la afectación que la medida cautelar puede provocar al interés social y el orden público, el juzgador, con vista al quejoso por veinticuatro horas, podrá modificar o revocar la suspensión provisional”.

66. La interpretación sistemática de esos preceptos jurídicos pone de relieve que, en términos generales, se ha concebido a la suspensión como la providencia precautoria del juicio de amparo que tiene por objeto mantener las cosas en el estado que guardan, así como también el estatus y disfrute del núcleo esencial de un derecho fundamental, hasta en tanto se resuelva sobre la constitucionalidad de los actos reclamados, a efecto de que el daño por su no otorgamiento no se consume irremediablemente; de ahí que esa medida pueda solicitarse, mientras tanto no haya ejecutoria que resuelva en definitiva el fondo de la cuestión debatida.

67. La justificación de esa figura radica en la subsistencia del objeto o materia del acto reclamado, de modo que sea dable restituir



42

R.I.143/2020

al quejoso en el goce de los derechos fundamentales que le fueron violados con la emisión o ejecución de las actuaciones autoritarias combatidas, retrotrayendo las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación (actos positivos), o conminando a la autoridad a realizar una conducta de hacer o dar en favor del gobernado (actos negativos).

68. Así, a través de la suspensión, se garantiza la subsistencia de la actuación destacada; es decir, se conserva la materia de la acción constitucional, permitiendo el estudio del fondo de la cuestión debatida a través de la contraposición de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, con la no afectación al interés social o contravención al orden público; de otra manera, el medio de control de la constitucionalidad sería ineficaz o nugatorio.

69. La conservación de la materia de la restitución de derechos que pudiera ser materia de la hipotética concesión del amparo solicitado, es de importancia mayúscula, de ahí que se permita, incluso, conceder de oficio la suspensión cuando se advierta que el acto reclamado pueda consumarse de manera irreparable, tal como lo prevé el artículo 127, fracción II, de la Ley de Amparo.

70. Así, con independencia de otros, ante ese supuesto de consumación del acto reclamado, la suspensión podrá concederse de oficio; empero, también podrá otorgarse a petición de parte.

71. Para comprobar la procedencia de la suspensión solicitada por la parte quejosa, es importante tomar en consideración los requisitos necesarios para su otorgamiento, los cuales se anuncian a continuación:



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

43

R.I.143/2020

72. El primero, precisar y determinar la existencia y la naturaleza jurídica de los actos de autoridad reclamados. Este requisito reviste especial relevancia debido a que esas actuaciones son las que constituyen el objeto de la litis, porque en el incidente de suspensión la pretensión del demandante descansa en la paralización del acto, y por ende, preservar la materia de la acción constitucional y permitir que, de obtenerse la protección federal solicitada, se pueda restituir en el goce del derecho fundamental violado, y en el caso de abstenciones u omisiones, se consigue obligando a actuar en el sentido omitido.

73. El cumplimiento de esta exigencia radica en determinar si los actos cuya existencia quedó acreditada son susceptibles de paralizarse o ejecutarse temporalmente (positivos, negativos con efectos positivos, prohibitivos, continuos, continuados o de tracto sucesivo o declarativos con principio de ejecución); es decir, si tiene efectos hacia el futuro y no al pasado (consumados).

74. El segundo, verificar la actualización de los requisitos legales, a saber:

a) Que la solicite el agraviado. Esta exigencia constituye un reflejo del principio de iniciativa de parte agraviada, porque implica la necesidad de que el gobernado que aduce una afectación en su esfera jurídica, en términos generales, con la emisión o ejecución del acto reclamado, tenga interés en que se suspendan sus efectos y se mantengan las cosas en el estado que se encuentran hasta que se dicte la sentencia constitucional y para el caso de afectación al núcleo esencial de derechos fundamentales de protección o

MARCO ANTONIO REYES REYES
 21080231132954



44

R.I.143/2020

prestacionales, que la afectación por omisión no se consume irreparablemente; de ahí que se pueda solicitar la medida cautelar desde la presentación de la demanda y hasta el dictado de la sentencia ejecutoria.

b) Que no se siga perjuicio al interés social y, por vía de consecuencia, ni se contravengan disposiciones de orden público.

75. La identidad de ambos conceptos descansa en la preponderancia del interés de la colectividad sobre el particular. Es así como para determinar la satisfacción de estos requisitos, es menester que el juzgador realice un examen acucioso del caso particular, para establecer la jerarquía de los intereses en juego, considerando a quién beneficia y en qué proporción o medida la emisión o ejecución del acto, si a la colectividad o al particular; o si aún benéfica a favor del particular, la paralización de los efectos del acto no impida al Estado alcanzar sus fines, y que responden a los motivos de expedición de las normas que, en su caso, sustentan los actos de autoridad.

76. El análisis del requisito de no contravenir el interés social (e incluso, considerando el orden público), deberá realizarla el juzgador, con base en el contenido del acto reclamado, y a partir de la normatividad que le sea aplicable, especialmente, la calidad y esencia de los derechos fundamentales violados o desconocidos, pues esta última es la base, precisamente, de la apariencia del buen derecho, que no es otra cosa que verificar, únicamente para efectos de la suspensión y sin que se entiendan como parte de la resolución del fondo del asunto, si el acto reclamado es acorde o no con la normatividad que lo rige.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

45

R.I.143/2020

77. Además, en el caso como el que nos ocupa, el interés social adquiere una especial relevancia, puesto que es evidente e incuestionable que la sociedad está interesada en el establecimiento de medidas que, precisamente, afronten y den respuesta a la situación de discriminación estructural que sufren las personas en razón de su especial situación, vulnerabilidad y contexto, como en el caso se trata de aquellas categorías que, por mandato constitucional, deben someterse a un escrutinio de mayor rango para desestimar la existencia de discriminación alguna. Dicho en otras palabras, la protección esencial al núcleo esencial de derechos fundamentales a favor de sectores vulnerables, como los niños, implica un interés social preponderante que debe ser considerado y atendido ipso facto, además de prioritario.

78. Precisado el marco normativo que rige la suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo, procede dar respuesta, en primer término, a los agravios propuestos a estudio por la quejosa-recurrente.

79. En el **primer agravio**, la quejosa combate de manera sustancial lo decidido en el considerando sexto, argumentando que la jueza no analizó de manera exhaustiva ni congruente lo pedido en el escrito suspensivo, pues lo importante es preservar los derechos de la menor de edad y que éstos no se vean violentados en su perjuicio, invocando al efecto la tesis de rubro **“MENORES DE EDAD. LOS JUZGADORES QUE CONOZCAN DE LA DEMANDA DE AMPARO PRESENTADA POR O EN NOMBRE DE AQUÉLLOS, DEBEN ANALIZARLA ACORDE CON SU INTERÉS SUPERIOR, PROCURANDO INTEGRAR DE OFICIO LOS**



46

R.I.143/2020

ASPECTOS DEFICIENTES DE LA RECLAMACIÓN Y ERRADICANDO TODO FORMALISMO QUE LLEVE A REALIZAR PREVENIONES EXCESIVAS O INJUSTIFICADAS QUE CONDICIONEN SU ADMISIÓN”.

80. Es **infundado** el planteamiento.

81. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1ª.X/2000, con número de registro digital 191458, de rubro **“SENTENCIAS DE AMPARO, PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS.”**, sostuvo de manera sustancial, que los principios de congruencia y exhaustividad que rigen en las sentencias de amparo, en esencia, están referidos a que éstas sean congruentes no sólo consigo mismas, sino también con la litis y con la demanda de amparo, apreciando las pruebas conducentes y resolviendo sin omitir nada, ni añadir cuestiones no hechas valer, ni expresar consideraciones contrarias entre sí o con los puntos resolutivos, lo que obliga al juzgador, a pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones de los quejosos, sin introducir consideraciones ajenas que pudieran llevarlo a hacer declaraciones en relación con preceptos legales que no fueron impugnados.

82. Precisado lo anterior, los quejosos, ahora recurrentes, en su escrito ingresado el dos de marzo de dos mil veinte, en la Oficialía de Partes del Juzgado del conocimiento, solicitaron la suspensión de los actos reclamados, para los efectos siguientes:

- c. Que de inmediato se incluya a la menor en el padrón de beneficiarios de útiles y uniformes escolares de la



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

47

R.I.143/2020

Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de la Ciudad de México.

- d. Se le entreguen los uniformes, becas y útiles escolares para el ciclo escolar 2019-2020, hasta en tanto no se resuelva el amparo en lo principal.

83. En el considerando tercero de la interlocutoria recurrida, la a quo precisó los actos reclamados y los efectos para los cuales fue solicitada la suspensión, de la siguiente forma:

“ ...

Los actos reclamados, tanto en la demanda como en la ampliación materia de esta interlocutoria consisten en:

1. *Discusión, aprobación y expedición del Decreto por el que se expide la Ley que establece el Derecho a un Paquete de Útiles Escolares por ciclo escolar a todos los Alumnos residentes en la Ciudad de México, inscritos en Escuelas Públicas de la Ciudad de México, en los niveles de Preescolar, Primaria y Secundaria, específicamente su artículo 1º, publicada en el Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el veintisiete de enero de dos mil cuatro.*
2. *Discusión, aprobación y expedición de la Ley que establece el Derecho a Uniformes Gratuitos a Alumnas y Alumnos inscritos en Escuelas Públicas de Nivel Básico en la Ciudad de México, específicamente su artículo 2º, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el once de junio de dos mil catorce.*
3. *El acto de aplicación de las normas impugnadas, consistente en la emisión del oficio SIBISO/DASYC/0412/2019 de veintitrés de diciembre de dos mil diecinueve, signado por la Directora de Atención Social y Ciudadana de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social.*
4. *Inclusión de un modelo educativo bilingüe-Bicultural con la Lengua de Señas Mexicana y la Cultura Sorda.*
5. *La emisión del oficio CNBBBJ/DGCST/DAC/127/2020 en el expediente CN/00/1/000455/20 de veinte de enero de dos mil veinte, signado por la Subdirectora de Seguimientos a la Demanda Ciudadana.*

La parte quejosa solicitó la medida cautelar para el efecto de que:



1. *Se incluya a la menor de iniciales _____, en el padrón de beneficiarios de útiles y uniformes escolares de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de la Ciudad de México.*
2. *Se entreguen los apoyos solicitados consistentes en ayuda para uniformes, becas y útiles escolares para el ciclo escolar 2019-2020.*

*No obstante los efectos para los cuales se solicitó la suspensión, este juzgado de Distrito estima procedente también proveer sobre la suspensión para el efecto de que la quejosa sea incluida en un programa de inclusión a un programa de apoyo del bienestar en razón de la condición de discapacidad de la menor de edad quejosa.
...”*

84. Por su parte, en el considerando sexto, la jueza del conocimiento negó la medida cautelar solicitada, en los términos que fueron expresamente solicitados por los quejosos, por los motivos siguientes:

- Se procederá a realizar la determinación correspondiente sobre los efectos para los cuales la parte quejosa solicitó la suspensión, estos son: i) se incluya a la menor (de iniciales _____), en el padrón de beneficiarios de útiles y uniformes escolares de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de la Ciudad de México; ii) se entreguen los apoyos solicitados consistentes en ayuda para uniformes, becas y útiles escolares para el ciclo escolar 2019-2020.
- Dado que constituye un hecho notorio la conclusión del ciclo escolar en comento, y la ausencia del inicio del siguiente ciclo escolar, el juzgado de distrito advierte que el efecto para el cual se solicita la suspensión está consumado, dado que ya concluyó aquel ciclo, razón por la cual es improcedente conceder la medida suspensiva, sobre todo, porque la materia de reparación, en todo caso, es una cuestión atinente a la sentencia de fondo que se dicte y no a la medida cautelar.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

49

R.I.143/2020

- La finalidad de la suspensión radica en la paralización de los efectos de los actos reclamados, y sólo excepcionalmente a la restitución de derechos. Por ello, es patente que solo en consideración a esta suspensión, la medida en comento no puede aplicarse para los efectos solicitados por la quejosa, en virtud de que es un hecho notorio que ya concluyó el ciclo en comento y, además, porque aún no inicia el nuevo, como se desprende del ACUERDO número 13/05/19 por el que se establecen los calendarios escolares para el ciclo lectivo 2019-2020, aplicables en toda la Republica para la educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para la formación de maestros de educación básica (con inicio de clases del veintiséis de agosto de dos mil diecinueve al seis de julio de dos mil veinte) y el ACUERDO número 15/08/20 por el que se establecen los calendarios escolares para el ciclo lectivo 2020-2021, aplicables en toda la República para la educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para la formación de maestros de educación básica (con inicio de clases del veinticuatro de agosto de dos mil veinte al nueve de julio de dos mil veintiuno), publicados en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de mayo de dos mil diecinueve y el trece de agosto de dos mil veinte, respectivamente.
- De esa manera, en todo caso, la reparación de la violación de derechos fundamentales, será una cuestión atinente al fondo del asunto propuesto; en consecuencia, se **niega** la suspensión en lo tocante a los efectos y consecuencias de los oficios SIBISO/DASYC/0412/2019 y CNBBBJ/DGCST/DAC/127/2020.

85. En atención a lo anterior, no se estima que se hayan transgredido los principios de congruencia ni exhaustividad pues, en



50

R.I.143/2020

el caso, sí se atendió a lo efectivamente planteado en el escrito mediante el cual se solicitó la suspensión de los actos reclamados, determinando la a quo negar la medida cautelar para los efectos expresamente solicitados, por las razones que se enunciaron, de ahí que no haya incongruencia o falta de exhaustividad, pues la a quo se pronunció en los términos pedidos por las quejas, por lo que al haber negado la medida cautelar por las razones descritas, no se traduce en la transgresión de los principios precisados.

86. Además, no existe inobservancia al criterio jurisprudencial que invoca la quejosa, por los motivos siguientes:

87. El criterio a que hace referencia la quejosa, es el contenido en la tesis IV.2o.A.2 K (10a.), emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, con número de registro electrónico 2001687, de contenido siguiente:

MENORES DE EDAD. LOS JUZGADORES QUE CONOZCAN DE LA DEMANDA DE AMPARO PRESENTADA POR O EN NOMBRE DE AQUÉLLOS, DEBEN ANALIZARLA ACORDE CON SU INTERÉS SUPERIOR, PROCURANDO INTEGRAR DE OFICIO LOS ASPECTOS DEFICIENTES DE LA RECLAMACIÓN Y ERRADICANDO TODO FORMALISMO QUE LLEVE A REALIZAR PREVENCIÓNES EXCESIVAS O INJUSTIFICADAS QUE CONDICIONEN SU ADMISIÓN. *Del análisis armónico de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el punto 16 del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, elaborado por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se colige que los menores de edad, como sector de la población reconocido especialmente vulnerable y cuya protección incumbe a la sociedad en su conjunto, deben acceder en forma plena a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los Jueces o tribunales competentes, que los proteja contra actos que violen sus derechos fundamentales. Los órganos jurisdiccionales, además, habrán de garantizar su máxima protección en el proceso, eliminando todo formalismo procesal y adecuando los procedimientos a las capacidades de*



oficio los aspectos deficientes de la reclamación y erradicando todo formalismo que lleve a prevenciones excesivas o injustificadas que condicionen su admisión.

90. Basta entonces que, en el contexto de la reclamación, aparezca que los datos o elementos proporcionados son suficientes para estructurar, aunque sea de manera incipiente la litis constitucional para proveer sobre la admisión de la demanda.

91. Ahora bien, se estima que el criterio invocado no es aplicable, pues se encuentra dirigido de manera sustancial a la actuación de los jueces que conozcan de la demanda para proveer sobre su admisión, erradicando o evitando cualquier formalismo que lleve a prevenciones excesivas o injustificadas que condicionen su admisión; es decir, el criterio refiere a la admisión de la demanda de amparo, lo que no es el caso que nos ocupa, pues la demanda de amparo se encuentra admitida, y lo que es materia de controversia es lo decidido en el cuaderno incidental, respecto de la parcial negativa de la suspensión por los efectos expresamente solicitados por la quejosa, de ahí que no haya inobservancia al criterio invocado.

92. Ahora, procede el análisis del **agravio segundo** propuesto a estudio por la quejosa, en el que sostiene de manera sustancial que la consideración consistente en que la conclusión del ciclo escolar y la ausencia del siguiente ciclo -efecto para el cuál se solicitó la medida- está consumado, al haber concluido el ciclo escolar, no favorecen los derechos reconocidos en la Constitución y en los diversos tratados internacionales en que México es parte, relacionados con el derecho de la menor, pues no basta con hacer un análisis dogmático sobre el tópico, sino que se requiere su



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

53

R.I.143/2020

materialización objetiva dentro de un bloque de constitucionalidad para su vigencia, de lo contrario, de nada serviría tener derechos sin que exista una tutela judicial efectiva.

93. Que si bien por un lado se venció el ciclo escolar para el cual se adujo que la menor tenía derecho, también lo es que la a quo excluye a la menor de tener acceso a los planes y programas aludidos y, por la contingencia derivada de salud pública mundial, no tuvo acceso, además de no hacer pronunciamiento alguno de que se incorporen en los planes y programas de las escuelas públicas la inclusión de las personas con discapacidad pertenecientes a una minoría lingüística por el uso de lengua de señas mexicana, lo que incide gravemente en los derechos de la menor.

94. Es **infundado** el agravio a estudio.

95. En principio, debe tenerse en cuenta que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 104/2013 (10a.), con registro digital 2004748, de rubro “**PRINCIPIO PRO PERSONA. DE ÉSTE NO DERIVA NECESARIAMENTE QUE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS GOBERNADOS DEBAN RESOLVERSE CONFORME A SUS PRETENSIONES**”, sostuvo de manera sustancia que por virtud del texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional en materia de derechos fundamentales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, el ordenamiento jurídico mexicano, en su plano superior, debe entenderse integrado por dos fuentes medulares: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos

MARCO ANTONIO BÉREZAGA
210823132954

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



establecidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

96. Que del referido criterio también deriva que los valores, principios y derechos que materializan las normas provenientes de esas dos fuentes, al ser supremas del ordenamiento jurídico mexicano, deben permear en todo el orden jurídico, y obligar a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente su interpretación.

97. Sin embargo, del principio *pro homine o pro persona* no deriva necesariamente que las cuestiones planteadas por los gobernados deban ser resueltas de manera favorable a sus pretensiones, ni siquiera so pretexto de establecer la interpretación más amplia o extensiva que se aduzca, ya que en modo alguno ese principio puede ser constitutivo de "derechos" alegados o dar cabida a las interpretaciones más favorables que sean aducidas, cuando tales interpretaciones no encuentran sustento en las reglas de derecho aplicables, ni pueden derivarse de éstas, porque, al final, es conforme a las últimas que deben ser resueltas las controversias correspondientes.

98. Precisado lo anterior, si bien es cierto que la jueza en el considerando sexto negó la suspensión definitiva en los términos solicitados por los quejosos, al considerar básicamente que es un hecho notorio que ya concluyó el ciclo escolar 2019-2020 y, además, porque aún no inicia el nuevo, como se desprende del ACUERDO número 13/05/19 por el que se establecen los calendarios escolares para el ciclo lectivo 2019-2020, aplicables en toda la Republica para la educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para



56

R.I.143/2020

acceso, pues la jueza de Distrito, con posterioridad, **concedió la medida cautelar**, bajo los argumentos y para los efectos siguientes³:

“ ...

De esa forma, el apoyo económico solicitado por la quejosa, al sostenerse en su condición de discapacidad (que no está sujeta a controversia), es patente que representa, por sí misma, una condición suficiente para que se le incluya en un programa económico que garantice su derecho a la igualdad, al ser aquél una medida inclusiva para evitar una discriminación estructural; máxime que en el caso se trata, además, de una persona menor de edad mujer, esto es, es una situación de interseccionalidad de la discriminación, porque como mujer menor de edad y discapacitada, no se le considera dentro de un programa de apoyo acorde con su situación particular, incluso, considerando la apariencia del buen derecho, como una violación a los artículos 1º y 4º constitucional.

...

Asimismo, la falta de establecimientos de apoyos a personas en situación de discapacidad como el de la aquí quejosa evidencia una violación al principio de igualdad sobre la base de la existencia de una categoría sospechosa que se agrava aún más por su situación transversal de minoría de edad; máxime que la propia autoridad sustenta la negativa del apoyo en el solo hecho de que la quejosa estudia en una escuela particular.

Ello implica, que las autoridades responsables deben instrumentar todas las medidas necesarias para cumplir con dicha finalidad, como principio de relevancia a salvaguardar, en el entendido de que cualquier conducta contraria se traduciría en una contravención a los artículos 1º y 4º Constitucional.

EFFECTOS

*Por tanto, considerando que están en riesgo diversos derechos fundamentales, como lo son el de la educación, salud, alimentación, e incluso el interés superior de las personas menores de edad, con fundamento en lo previsto en los artículos 131 y 147 de la Ley de Amparo, **SE CONCEDE LA SUSPENSION DEFINITIVA** a la menor quejosa de iniciales _____, para el efecto de que las autoridades responsables, en el ámbito de sus funciones, de manera inmediata inicien un procedimiento para integrarla a un programa social, que corresponda en términos de sus cualidades y contexto, específicamente en cuanto a su situación particular⁴.*

³ Énfasis añadido.

⁴ Énfasis añadido.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

57

R.I.143/2020

101. De lo anterior transcripción se advierte que la jueza de ninguna manera excluyó a la menor de tener acceso a los planes y programas a los que tiene derecho, pues por el contrario, sostuvo que el apoyo económico solicitado por la quejosa, al sostenerse en su condición de discapacidad, es patente que representa, por sí misma, una condición suficiente para que se le incluya en un programa económico que garantice su derecho a la igualdad, específico o sui generis, al ser aquél una medida inclusiva para evitar una discriminación estructural, máxime que en el caso se trata, además, de una persona menor de edad, mujer, esto es, es una situación de interseccionalidad de la discriminación, porque como mujer menor de edad y discapacitada, no se le considera dentro de un programa de apoyo acorde con su situación particular, incluso, considerando la apariencia del buen derecho, como una violación a los artículos 1º y 4º constitucionales.

102. Por tanto, es inexacto que se excluya a la menor de tener acceso a los planes y programas a los que tiene derecho, pues como se vio, la jueza ordenó incluir a la menor en un programa económico que garantice su derecho a la igualdad, –aun cuando no esté de momento predeterminado–, al ser aquél una medida inclusiva con un fin proteccionista ineludible y para evitar una discriminación estructural, correspondiente con sus cualidades y contexto, específicamente acorde a su situación particular.

103. Por lo que respecta al **agravio tercero**, se argumenta que contravienen de manera directa los artículos 4º constitucional; 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, de los que se desprende que los menores de edad son un sector especialmente vulnerable y



58

R.I.143/2020

cuya protección incumbe a la sociedad en su conjunto, debiendo acceder de forma sencilla a un recurso sencillo, rápido y efectivo, debiendo garantizar su máxima protección en el proceso, eliminando todo formalismo procesal.

104. Es **infundado** el planteamiento.

105. Los artículos 4º, párrafo cuarto, de la Constitución Federal; 25, punto 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, disponen lo siguiente:

106. Constitución Federal.

Art. 4o.-

...

Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.

107. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 25. Protección Judicial

- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

108. Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 3



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

59

R.I.143/2020

1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

3. *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

109. El primero de los artículos reproducidos prevé, que toda persona tiene derecho a la protección de la salud y que la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

110. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.

111. Por otro lado, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25, denominado Protección Judicial, dispone que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la



60

R.I.143/2020

presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

112. A su vez, el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

113. Que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño, la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

114. Que los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

115. Respecto al derecho a la salud previsto en el párrafo cuarto del artículo 4º constitucional, que garantiza el derecho a la protección de la salud de toda persona, los tratados internacionales y las disposiciones nacionales aplicables son coincidentes en cuanto a que tiene implicaciones para el bienestar tanto físico como mental.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

61

R.I.143/2020

116. Así, el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere al: “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. De manera muy similar, el Protocolo de San Salvador se refiere al: “disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. Asimismo, la Ley General de Salud exige garantizar un estado de bienestar físico y mental a la persona⁵.

117. Acorde al contenido del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Como se advierte lo tutelado son derechos de carácter prestacional de la naturaleza de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales que el Estado debe prestar en la mayor medida posible, lo que supera, por supuesto, el mínimo esencial en cuanto a la prestación que es lo reclamado en este juicio.

⁵ **Artículo 4º de la Constitución Federal.** (...)

(...)

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

³ **Artículo 12. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. (...)

⁵ **Artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.**

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. (...)

⁵ **Artículo 1. Bis de la Ley General de Salud.** Se entiende por salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Artículo 2 de la Ley General de Salud. El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

I. El bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; (...).



118. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación General 14, señaló que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.

119. También en relación con el concepto del 'más alto nivel posible de salud' el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas al emitir la observación mencionada señaló lo siguiente.

9. El concepto del "más alto nivel posible de salud", a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

120. En ese sentido, el derecho a la salud implica una diversa gama de acciones dirigidas a promover las condiciones en las cuales se desarrollan las personas, a fin de que puedan disfrutar de una vida sana y plena, lo cual implica un estado de bienestar físico, mental y social, así como el ejercicio de otros derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo y a la educación.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

65

R.I.143/2020

implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".

128. Respecto a las dimensiones en que se proyecta este principio, la misma Primera Sala del alto tribunal, en la tesis 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), con registro digital 2010602, de rubro **"INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO."**, sostuvo que el interés superior del menor es un principio vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones:

- i. como derecho sustantivo, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida;
- ii. como principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que, si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y,
- iii. como norma de procedimiento, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión, una estimación de las posibles repercusiones en ellos. Asimismo, la justificación de la medida adoptada deberá dejar patente que se consideró el interés superior del menor en el análisis de las diversas alternativas posibles.

MARCO ANTONIO RIVERA
 2016/2016/00000000000000000001/01/01/01/01/01/01
 210823132954



66

R.I.143/2020

129. Precisado lo anterior, en el caso no se estima que se transgredan los preceptos analizados, pues con la concesión de la suspensión, no se está haciendo nugatorio el derecho a la salud, ni el acceso a un recurso judicial efectivo, ni se está desatendiendo al interés superior del menor sino, por el contrario, la a quo concedió la suspensión definitiva, atendiendo a éstos principios, pues al advertir que estaban en riesgo diversos derechos fundamentales, como lo son el de la educación, salud, alimentación, e incluso el interés superior de las personas menores de edad, conminó a las autoridades responsables, en el ámbito de sus funciones, a que de manera inmediata inicien un procedimiento para integrarla a un programa social a la menor quejosa, que corresponda en términos de sus cualidades y contexto, específicamente en cuanto a su situación particular. Dicho en otras palabras, se alude al fin que debe conseguirse y, para ello, las responsables debe diseñar, modelizar o adecuar los programas existentes de manera que satisfagan las necesidades esenciales de la menor quejosa.

130. De ahí que no asista razón a la quejosa.

131. En otro orden de ideas, se procede al análisis del **primer agravio** propuesto a estudio por la autoridad recurrente, el que se califica como **infundado**, por los motivos siguientes.

132. Sostiene la autoridad recurrente que la interlocutoria recurrida es incongruente, dado que en un inicio, la jueza negó la suspensión en lo tocante a los efectos y consecuencias del acto atribuido a la recurrente; sin embargo, más adelante, al inicio del considerando séptimo, concluyó que el oficio reclamado satisface el requisito de la naturaleza del acto reclamado, por lo que advirtió que era procedente



68

R.I.143/2020

de la Nación, de rubro “**SUSPENSIÓN. EL JUZGADOR PUEDE CONCEDERLA PARA EFECTOS Y CONSECUENCIAS DISTINTAS DE LAS PROPUESTAS POR EL QUEJOSO, PERO NO POR ACTOS NO RECLAMADOS EN LA DEMANDA.**”, determinó conceder la suspensión del acto reclamado para efectos distintos a los solicitados por los quejosos, al considerar que ello se realizaba en aras de remover obstáculos para lograr una efectiva y oportuna protección judicial y cumplir con el principio *pro persona*, pues de lo contrario, se afectaría la esfera jurídica de a menor, al tiempo que se está en presencia de situaciones que, se seguir ejecutándose, resultaría físicamente imposible restituir.

138. Así, conforme al criterio citado, en los casos que la suspensión sea procedente, el órgano jurisdiccional deberá fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio, lo cual significa que el juzgador está legalmente facultado para precisar, conforme a su prudente arbitrio, las consecuencias y/o estatus legal en que deban quedar las cosas a partir de que conceda la medida cautelar, sin importar que para ello se aparte de los efectos o condiciones propuestos por el quejoso en su escrito inicial, ya sea para maximizarlos o ajustarlos a las necesidades del caso concreto, pues se trata de conservar la materia del juicio de amparo y no de limitarse mecánicamente a proveer la suspensión en los términos estrictos planteados por el quejoso, sobre todo en los casos en que sea evidente que si se atendiera en forma puntual a su solicitud, no se lograría el objetivo integral de la suspensión.

139. En este sentido, no hay incongruencia alguna en la decisión de la jueza, pues si bien negó la suspensión para los efectos



70

R.I.143/2020

primer párrafo del artículo 107, fracción X, constitucional, dispone que: "Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social."

En este sentido, la Ley de Amparo vigente en su artículo 147 reguló los efectos que puede tener la suspensión reconociendo explícitamente que ésta puede tener efectos restitutorios. En efecto, dicho artículo dispone:

...

Por tanto, de lo anterior se desprende que, de acuerdo a la regulación vigente, cuando se cumple con los requisitos de procedencia de la suspensión, y de una ponderación de la apariencia de buen derecho contra el interés social, se estima que, si ésta es procedente, es posible que la suspensión tenga efectos restitutorios.

En efecto, debe entenderse que cuando el artículo se refiere a que se deben dar efectos restitutorios a la suspensión cuando "sea jurídicamente posible"; significa que la suspensión sólo podrá tener esos efectos cuando se cumplan con los requisitos de procedencia, y dárseles no afecte el interés social en mayor medida que la apariencia de buen derecho⁶.

142. De la transcripción anterior se desprende que, contrario al dicho de la recurrente, la medida cautelar, a partir de la reforma constitucional en materia de amparo, sí puede tener efectos restitutorios, de ahí que no asista razón a la recurrente.

143. Sirve de apoyo a lo anterior, en lo que al caso interesa, la tesis XVII.1o.P.A.9 K (10a.), con número de registro digital 2019475, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, de contenido siguiente:

SUSPENSIÓN DEFINITIVA EN EL AMPARO PROMOVIDO CONTRA LA OMISIÓN DE UN ORGANISMO DE SEGURIDAD SOCIAL DE MINISTRAR UN MEDICAMENTO. PROCEDE CONCEDERLA CON EFECTOS RESTITUTORIOS Y ORDENAR A LA AUTORIDAD

⁶ En el mismo sentido la tesis de jurisprudencia P./J. 19/2020 (10a.), Registro: 2022619.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

71

R.I.143/2020

RESPONSABLE QUE LO SUMINISTRE A LA QUEJOSA. *La protección de la salud constituye un derecho fundamental que el Estado está obligado a garantizar y que está tutelado por los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales se advierte que los servicios básicos de salud consisten, entre otros aspectos, en la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud. Por otra parte, conforme al artículo 147 de la Ley de Amparo, cuando proceda conceder la suspensión de los actos reclamados, de ser jurídica y materialmente posible, el órgano jurisdiccional podrá restablecer provisionalmente al quejoso en el goce del derecho que dice violado; para lo cual, debe tomarse en cuenta la apariencia del buen derecho, a que se refieren los artículos 107, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 138 de la propia ley, en el que se encuentra imbibida la noción del peligro en la demora. En esa tesitura, si una persona reclama la omisión de un organismo de seguridad social de surtirle un medicamento básico e indispensable para su tratamiento médico, resulta procedente otorgar la suspensión definitiva solicitada con efectos restitutorios y ordenar a la autoridad responsable que se lo suministre, habida cuenta que existe petición de parte de la agraviada y al realizarse una ponderación entre la apariencia del buen derecho y la no afectación al interés social, se advierte que con el otorgamiento de la medida cautelar no se sigue perjuicio al interés social ni se contravienen disposiciones de orden público, porque no se interfiere en el cumplimiento las relaciones u obligaciones del asegurado con su patrón o con el instituto asegurador, aunado a que la consumación del acto reclamado sería de difícil reparación, pues podría implicar un deterioro irreversible en las condiciones de salud del agraviado o, incluso, su muerte, con lo cual también se actualiza el peligro en la demora.*

144. Por último, respecto a lo argumentado en el sentido de que el acto reclamado respecto del cual se concedió la medida cautelar es meramente declarativo, tampoco asiste razón.

145. Este tribunal colegiado, en la tesis: I.4o.A.430 A, de rubro, “**ACTOS ADMINISTRATIVOS. DIFERENCIAS ENTRE LOS DECLARATIVOS Y LOS CONSTITUTIVOS**”, sostuvo que los actos administrativos declarativos usualmente reflejan o reproducen lo que dice la ley y necesariamente asignan consecuencias si se cumplieron

MARCO ANTONIO RIVERA VIZCAÍNA
 210823132954
 210823132954

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



todos los requisitos estipulados o previstos en el supuesto de hecho o normativo, lo que implica sólo el ejercicio de una facultad reglada, sin que den pauta a consecuencias o valoraciones diversas aunque generen derechos y sean favorables al gobernado.

146. A diferencia de los actos declarativos, existen los administrativos que caen en el concepto de constitutivos, configuradores o conformadores de una situación o régimen específico y singular en función de particularidades del sujeto y del caso y, derivan, en muchas ocasiones, del ejercicio de una facultad discrecional conforme a la cual, la autoridad, con libertad de apreciación de las circunstancias del caso y del supuesto de hecho o hipótesis legal, elige de entre varias alternativas o consecuencias que la ley le faculta a aplicar.

147. En el caso, no estamos en presencia de un acto meramente declarativo, que sólo refleja o reproduce lo que dice la ley, pues como lo observó la a quo, si el oficio en comento no accedió al otorgamiento del apoyo a la menor de edad quejosa, soslayando su situación de discapacidad, es patente que sus efectos y consecuencias tienen un impacto en su derecho a la educación, salud, alimentación e incluso al principio del interés superior del menor, incluyendo una serie de afectaciones fácticas que pueden quedar irremediablemente consumadas, merced a la inacción de la autoridad en cuanto a la prestación de respuestas, derivadas de derechos fundamentales de protección y, de no concederse la medida cautelar, se afectaría la esfera jurídica de la menor quejosa, al tiempo que también se trata de situaciones que de seguir ejecutándose resultarían físicamente imposibles restituir.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

73

R.I.143/2020

148. Razón la anterior, por la que se estima no asiste razón a la recurrente.

149. Por último, con fundamento en el artículo 76 de la Ley de Amparo, se analizan de manera conjunta los agravios **segundo** y **tercero** propuestos a estudio por la autoridad recurrente, al estar estrechamente vinculados entre sí.

150. La autoridad recurrente, en los motivos de disenso precisados, argumenta de manera sustancial que al momento de conceder la a quo la suspensión definitiva, pasó desapercibido que la Subdirectora de Seguimiento a la Demanda Ciudadana de la Coordinación Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez, conforme a sus facultades y atribuciones, mismas que se encuentran en el Manual de Organización y de Procedimientos de la Coordinación de PROSPERA Programa de Inclusión Social, se encuentra imposibilitada física y jurídicamente a dar cumplimiento a la medida cautelar dictada, pues no tiene facultades o atribuciones para iniciar el procedimiento de integración de la menor quejosa a un programa social.

151. Y que, al momento de concederse la suspensión, la a quo no llevó a cabo una correcta valoración de los actos reclamados y de la posibilidad material y jurídica de las autoridades para hacerlo.

152. Así, lo que la recurrente sostiene es que no cuenta con atribuciones o facultades para dar cumplimiento a la interlocutoria recurrida.

153. Son **infundados** los argumentos de la quejosa.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

75

R.I.143/2020

y convencional evidente, que lesione el núcleo esencial de derechos fundamentales.

156. Se destaca que expresamente la jueza precisó que las autoridades, en el ámbito de sus facultades, inicien un procedimiento para integrar a la menor de edad, lo que indica que en ningún momento soslayó las atribuciones y facultades de las responsables.

157. Sobre este aspecto, resulta ilustrativa la tesis II/2021 (10ª), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro **“INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA. PUEDE PREVALECER INLCUSO SOBRE LO PRECISADO EN LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS O EN LOS DICTÁMENES EMITIDOS POR LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS, CUANDO RESULTE COHERENTE CON LA VOLUNTAD OBJETIVA QUE SUBYACE A LA NORMA”**, en el que se sostiene que la interpretación sistemática de las normas, que consiste en conferir un significado en atención al contexto normativo o marco legal en que se ubica, puede prevalecer, incluso, sobre el entendimiento subjetivo que el legislador pretendió asignar, siempre y cuando resulte coherente axiológicamente o afín a la voluntad objetiva que subyace a las normas. Por ello, es que como se precisó con antelación, una interpretación sistemática de diversas disposiciones lleva a concluir que las autoridades tienen un deber y deben implementar los medios más adecuados, eficientes y pertinentes para alcanzar los objetivos de rango constitucional que obligadamente satisfagan de la manera óptima posible los derechos fundamentales estimados transgredidos.

158. Lo que tiene relación con el contenido del artículo 197 de la Ley de Amparo, que dispone lo que enseguida se reproduce:



76

R.I.143/2020

ARTÍCULO 197. *Todas las autoridades que tengan o deban tener intervención en el cumplimiento de la sentencia, están obligadas a realizar, dentro del ámbito de su competencia, los actos necesarios para su eficaz cumplimiento y estarán sujetos a las mismas responsabilidades a que alude este Capítulo*

159. Si bien el artículo está referido al cumplimiento de las sentencias de amparo –cuaderno principal-, lo cierto es que su interpretación puede extenderse al cuaderno incidental, para concluir que las autoridades deben dar cumplimiento a la interlocutoria dictada en el incidente, dentro del ámbito de su competencia, realizando los actos necesarios para su eficaz cumplimiento.

160. Por ello, es que se desestiman por infundados los planteamientos a estudio y este Tribunal considera que nos encontramos en presencia de un caso de discriminación múltiple o interseccionalidad⁸ de la discriminación, pues como menor de edad, mujer y con una discapacidad auditiva⁹, es innegable que concurren una serie de condiciones que sitúan a la menor en una situación de desventaja o desequilibrio, siendo deber ineludible del Estado nivelar

⁸ El término intersección no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, en su acepción geométrica, evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación; es decir, en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. El concepto de interseccionalidad tuvo su origen en las limitaciones procesales estadounidenses para responder a casos en que existía una discriminación conjunta por motivos raciales y de género.

⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Gonzales Lluy y otros VS. Ecuador, reconoce y aplica éste concepto de interseccionalidad de la discriminación, al referir lo siguiente “...**290. La Corte nota que en el caso de Talía confluieron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.**”



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

77

R.I.143/2020

e incluirla de manera inmediata en un programa de apoyo público acorde a su situación específica y particular, con el propósito de salvaguardar el núcleo esencial de los derechos humanos que en el caso se estiman transgredidos, tales como educación, salud, no discriminación, así como el interés superior del menor, todo ello procurando un desarrollo integral a efecto de impulsar su proyecto de vida.

161. En este punto, es preciso recordar que para Alexy¹⁰, la Ley Fundamental –Constitución-, contiene un sistema combinado de principios y reglas de derecho fundamental. Una norma de derecho fundamental, según su estructura puede ser principio o regla.

162. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes; por tanto, los principios son mandatos de optimización.

163. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico.

164. En este sentido, al ser los derechos fundamentales contenidos en la Constitución mandatos de optimización que ordenan alcanzar su grado de satisfacción en la mayor medida posible, es que es deber del Estado otorgar el máximo grado de satisfacción de los derechos a la educación, salud y no discriminación de la menor, máxime cuando hay una clara desigualdad o desnivel en tanto es

¹⁰ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*.



78

R.I.143/2020

una menor, mujer y discapacitada, por lo que vía judicial se debe ordenar esta primacía y satisfacción de los derechos y principios consagrados en la norma fundamental.

165. Como corolario, es pertinente destacar que el Estado mexicano reconoce una profunda crisis estructural que trasciende en la desprotección a derechos fundamentales de primer orden en el Programa Nacional de Derechos Humanos 2020-2024, publicado en el DOF del 10/12/2020. Solo como evidencia baste señalar algunos de sus pronunciamientos:

La herencia más dolorosa que recibió la presente administración es la profunda crisis de derechos humanos que se vive en todo el país. Su naturaleza es histórica y sus expresiones más sensibles son la desigualdad, la pobreza, la violencia y la impunidad, así como los obstáculos y limitaciones que han enfrentado las víctimas para acceder, gozar y ejercer sus derechos humanos.

Los efectos de esta crisis se expresan en dos vertientes, que son: (i) la pobreza generalizada y las extensas desigualdades sociales producto de la implementación irresponsable de políticas neoliberales, y (ii) la creciente inseguridad y violencia que han provocado un aumento desmedido en el número de víctimas, particularmente de violaciones graves de derechos humanos. Ambas vertientes de la crisis tienen su origen en políticas de Estado fallidas, un pasado de abandono institucional y el dismantelamiento de los órganos de Estado para beneficio de unos pocos¹¹.

166. Lo anterior evidencia y hace patente la especial protección que merecen los derechos humanos en contexto de desigualdades estructurales, lo que merece una pronta y eficaz atención, incluso de carácter creativo, máxime tratándose de una menor de edad con una discapacidad auditiva, sin que se advierta una política pública eficaz que atienda de manera pronta y completa dicha situación.

¹¹ Énfasis añadido.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

79

R.I.143/2020

Revisión adhesiva.

167. Por último, y en atención a que resultaron infundados los agravios de la revisión principal enderezados por el quejoso, es que debe quedar sin materia la revisión adhesiva interpuesta por la autoridad recurrente, pues ésta última es de naturaleza accesoria, al carecer de autonomía, por lo que, si la revisión principal resulta infundada, aquél debe declararse sin materia, por su naturaleza accesoria.

Consecuencias del fallo.

168. Por los motivos que han quedado precisados, y al resultar ineficaces los agravios propuestos a estudio, lo procedente es confirmar la interlocutoria recurrida y conceder la suspensión definitiva solicitada.

169. Ello, como se apuntó, al considerar este Tribunal que nos encontramos en presencia de un caso de discriminación múltiple o interseccionalidad de la discriminación, pues como menor de edad, mujer y con una discapacidad auditiva, es deber ineludible del Estado incluirla de manera inmediata en un programa de apoyo público acorde a su situación específica y particular, con el propósito de salvaguardar el núcleo esencial de los derechos humanos que en el caso se estiman transgredidos, tales como educación, salud, no discriminación, así como el interés superior del menor, todo ello procurando un desarrollo integral a efecto de impulsar su proyecto de vida.

170. En este sentido, los puntos 10 y 13 de la Observación General Número 9 -Los derechos de los niños con discapacidad-, emitida por



80

R.I.143/2020

el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, dispone expresamente lo siguiente:

10. Las niñas con discapacidad con frecuencia son todavía más vulnerables a la discriminación debido a la discriminación de género. En este contexto, se pide a los Estados Partes que presten especial atención a las niñas con discapacidad adoptando las medidas necesarias, y en caso de que sea preciso, medidas suplementarias, para garantizar que estén bien protegidas, tengan acceso a todos los servicios y estén plenamente incluidas en la sociedad.

...

13. Para cumplir los requisitos del artículo 23 es preciso que los Estados Partes desarrollen y apliquen de forma eficaz una política amplia mediante un plan de acción que no sólo tenga por objeto el pleno disfrute sin discriminación de los derechos consagrados en la Convención, sino que también garantice que un niño con discapacidad y sus padres o las personas que cuiden de él reciban los cuidados y la asistencia especiales a que tienen derecho en virtud de la Convención.

171. Se destaca de los preceptos reproducidos, que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, subraya el hecho que las niñas con discapacidad con frecuencia son todavía más vulnerables a la discriminación debido a la discriminación de género; y es por ello que se pide a los Estados Partes que presten especial atención a las niñas con discapacidad adoptando las medidas necesarias y, en caso de que sea preciso, medidas suplementarias, para garantizar que estén bien protegidas, tengan acceso a todos los servicios y estén plenamente incluidas en la sociedad, siendo necesario para cumplir con ello, que los Estados Partes desarrollen y apliquen de forma eficaz una política amplia mediante un plan de acción que no sólo tenga por objeto el pleno disfrute sin discriminación de sus derechos, sino que también garantice que un niño con discapacidad



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

81

R.I.143/2020

y sus padres o las personas que cuiden de él reciban los cuidados y la asistencia especiales a que tienen derecho.

172. Por ello, el efecto de la suspensión que se concede, es para el efecto de que las autoridades responsables, en el ámbito de sus funciones, de manera inmediata incluyan a la menor o inicien un procedimiento, específico, conducente y eficaz a efecto de integrarla a un programa social, que corresponda en términos de sus cualidades y contexto, específicamente en cuanto a su situación particular, que de manera enunciativa, mas no limitativa, cuente al menos con tres aspectos:

- Un apoyo de carácter económico suficiente para afrontar las cargas económicas que genera su situación particular.
- Un apoyo de carácter educativo que ayude a su integración plena en la sociedad.
- Un apoyo de carácter médico-psicológico adecuado para proteger el derecho a la salud.

173. Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE:

PRIMERO. Se **confirma** la resolución interlocutoria recurrida dictada el trece de agosto de dos mil diecinueve, por la Jueza Tercera de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, en el incidente de suspensión derivado al juicio de amparo número **215/2020**.



82

R.I.143/2020

SEGUNDO. Se **concede** la suspensión definitiva solicitada por
, en representación de su menor hija

TERCERO. Queda **sin materia** la revisión adhesiva interpuesta por la Delegada de la autoridad responsable Subdirectora de Atención a la Demanda Ciudadana de la Coordinación Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez, de la Secretaría de Educación Pública.

NOTIFÍQUESE; con testimonio de esta resolución remítase los autos al juzgado de origen; regístrese la ejecutoria en términos del Acuerdo General 29/2007 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece el uso obligatorio del módulo de captura del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, relativo a las sentencias dictadas por los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito; y, en su oportunidad, archívese el expediente en que se actúa, en el entendido que de conformidad con el inciso b) de la fracción III del artículo 18 del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposiciones en materia de valoración, depuración, destrucción, digitalización, transferencia y resguardo de los expedientes judiciales generados por los órganos jurisdiccionales, este asunto es susceptible de **depuración**, debiéndose conservar el escrito de agravios y la sentencia.

Así, por unanimidad de votos de los magistrados Patricio González-Loyola Pérez (presidente), Jean Claude Tron Petit, y la licenciada Indira Hermenegilda Martínez Fernández, secretaria de tribunal en funciones de magistrada, autorizada por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal, mediante oficio CCJ/ST/1103/2020 de diecisiete de marzo de dos mil veinte, para



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

83

R.I.143/2020

desempeñar las funciones de magistrada de Circuito, únicamente a partir del diecisiete de marzo del mencionado año hasta en tanto dicha Comisión lo determine o el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal adscriba magistrado que integre este tribunal; lo resolvió este Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, siendo ponente el segundo de los nombrados.

Firman; los magistrados y la secretaria en funciones de magistrada, con la intervención del secretario, quien autoriza y da fe.

**MAGISTRADO PRESIDENTE
PATRICIO GONZÁLEZ LOYOLA PÉREZ**

**MAGISTRADO
JEAN CLAUDE TRON PETIT**

**SECRETARIA EN FUNCIONES DE MAGISTRADA
INDIRA HERMENEGILDA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ**

**SECRETARIO DE TRIBUNAL
MARCO ANTONIO PÉREZ MEZA**

SE HACE CONSTAR QUE ESTA FOJA CORRESPONDE A LA SENTENCIA PRONUNCIADA EL DÍA DOS DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO, EN EL AMPARO EN REVISIÓN INCIDENTAL 143/2020, INTERPUESTO POR _____, EN REPRESENTACIÓN DE SU MENOR HIJA _____ Y LA DELEGADA DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE SUBDIRECTORA DE ATENCIÓN A LA DEMANDA CIUDADANA DE LA COORDINACIÓN NACIONAL DE BECAS PARA EL BIENESTAR BENITO JUÁREZ, DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA.

MARKO ANTONIO PEREZ MEZA
210823132954



84

R.I.143/2020

COTEJO:

LIC. MARCO ANTONIO PÉREZ MEZA

En esta fecha se giraron los oficios 443 y 444, notificando la resolución que antecede.- Conste.

DEVUELTO A LA SECRETARIA DE ACUERDOS, CON
ENGROSE EN FECHA_____

EN _____ SE NOTIFICÓ A LAS PARTES EL
ACUERDO ANTERIOR POR LISTA QUE SE FIJO A LAS NUEVE
HORAS. CONSTE.

EN LA MISMA FECHA, A LAS CATORCE HORAS SE CONSIDERA
EFECTUADA LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO QUE ANTECEDE
MEDIANTE SU PUBLICACIÓN POR LISTA. CONSTE.

MARCO ANTONIO PÉREZ MEZA
21/06/2015 09:00:00
21/08/23 13:29:54



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 1

992



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

EVIDENCIA CRIPTOGRÁFICA - TRANSACCIÓN

Archivo Firmado:

6563751_0036000027132355006.p7m

Autoridad Certificadora:

Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal

Firmante(s): 4

FIRMANTE				
Nombre:	MARCO ANTONIO PÉREZ MEZA	Validez:	BIEN	Vigente
FIRMA				
No. serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.0d.ed	Revocación:	Bien	No revocado
Fecha: (UTC/ CDMX)	13/02/21 19:24:15 - 13/02/21 13:24:15	Status:	Bien	Valida
Algoritmo:	RSA - SHA256			
Cadena de firma:	65 86 c4 7e 93 33 f9 67 90 8b 38 af 86 7e 08 af 19 59 27 1f 26 0b 92 af da 2b c2 0e 63 36 53 61 be b7 28 02 da c9 9d 43 ef 4e a6 07 3a 95 69 2b 6a a7 46 92 cb 72 65 97 d0 ca db 42 46 4f 20 7d f4 10 47 ee f4 b5 f5 a7 ac fe c1 c5 2c 55 bc ad e2 6e b3 0e ff 33 51 20 fb 27 17 27 f0 d6 57 9b 07 53 de 21 79 d2 49 81 e2 9f ce d5 9d 8d ad ab 51 d8 6c 41 a4 ba c8 65 a9 49 3a a4 2f 5d 2c d7 ae 91 7b a2 f8 87 8b 32 41 31 20 18 25 12 05 89 34 a0 81 e8 83 88 01 1c b4 d5 67 f2 40 f4 6b c4 8d f2 8f 66 1b f9 de 57 e9 3a 27 4e 9e cc a8 74 92 83 7e aa a1 5e 40 43 4e 02 ce 72 d7 2c 7d a5 28 7e d7 08 a5 eb 15 69 72 a8 57 9b 06 d2 f6 7e 01 be e4 d4 8d 57 f5 3a be 3e c8 df 99 5e 20 6a 95 0c 83 b3 29 97 4f c5 35 f1 a7 52 9f 67 84 f7 e3 6b a7 0d 7c 25 e4 df 61 21 ff b5 e7 09 20 26			
OCSP				
Fecha: (UTC / CDMX)	13/02/21 19:24:16 - 13/02/21 13:24:16			
Nombre del respondedor:	OCSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02			
TSP				
Fecha : (UTC / CDMX)	13/02/21 19:24:16 - 13/02/21 13:24:16			
Nombre del emisor de la respuesta TSP:	Autoridad Emisora de Sellos de Tiempo del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del certificado TSP:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Identificador de la respuesta TSP:	36854794			
Datos estampillados:	Qp8qnlVLcDKI4LHK8JBqo+MWuHl=			



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 1

993



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FIRMANTE				
Nombre:	JEAN CLAUDE ANDRE TRON PETIT	Validez:	BIEN	Vigente
FIRMA				
No. serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.0e.13	Revocación:	Bien	No revocado
Fecha: (UTC/ CDMX)	15/02/21 16:39:47 - 15/02/21 10:39:47	Status:	Bien	Valida
Algoritmo:	RSA - SHA256			
Cadena de firma:	99 66 fe f5 ee 86 6e 63 a1 94 df 6a 7f 54 cc c8 de 7f 59 c4 5c a4 19 de 00 b3 67 76 0a c7 ad a7 38 af 19 05 14 36 13 8b d0 77 c2 de 79 87 e5 8e 65 63 d4 87 37 f6 c4 a3 ee 30 3a 96 d1 12 02 87 e8 21 28 c8 ce 6a 8b b2 ca 68 dd 8c ab 5f 92 3d 09 9d 7b b5 f5 40 ec fc e9 74 b1 97 6a 34 63 33 8a 25 ee db f3 e3 49 57 3a c1 40 0d 32 ad 51 14 71 e8 6d 09 d6 19 63 4f 42 9d 7a 36 c6 68 d1 3a 6b 64 79 29 8e 95 84 09 3f ed d9 eb fa b4 4d c4 d8 61 fa ab a7 b9 ee 0b 30 48 17 a2 78 52 77 de d3 e1 03 36 fe 54 f2 e8 e4 13 86 4a 72 8d e7 45 5d 78 05 ef 5c 8d 64 08 95 41 62 38 54 73 ab 17 47 f0 da e5 16 bc 61 9c 88 75 48 05 df 81 ea 4d 04 bd b0 89 ea 31 47 12 f6 7d e7 ca a3 bc 2e c9 29 32 78 ef 23 ba 4c a0 15 c5 34 6d 81 43 61 f7 5f d7 77 7a d3 74 e2 53 85 3d 17 21 50 e8 d1 2c			
OCSP				
Fecha: (UTC / CDMX)	15/02/21 16:39:48 - 15/02/21 10:39:48			
Nombre del respondedor:	OCSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02			
TSP				
Fecha : (UTC / CDMX)	15/02/21 16:39:48 - 15/02/21 10:39:48			
Nombre del emisor de la respuesta TSP:	Autoridad Emisora de Sellos de Tiempo del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del certificado TSP:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Identificador de la respuesta TSP:	36891244			
Datos estampillados:	COfnw/sVM0aVgMyYs68D3x1elc=			



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 1

994



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FIRMANTE				
Nombre:	INDIRA HERMENEGILDA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ	Validez:	BIEN	Vigente
FIRMA				
No. serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.c3.a0	Revocación:	Bien	No revocado
Fecha: (UTC/ CDMX)	15/02/21 16:50:09 - 15/02/21 10:50:09	Status:	Bien	Valida
Algoritmo:	RSA - SHA256			
Cadena de firma:	c4 ca 35 0b 20 bd 49 fc 9e d6 83 ef 41 27 b9 89 88 9d bb 81 65 a3 de 54 8e d6 bb 00 27 3c 97 40 7f 5b 1c 5b f5 5d 7f b7 26 42 c2 0c 19 85 bc 8e 8d 72 b4 a3 d0 96 22 e5 c3 81 86 70 36 8b 66 6c 69 29 33 d6 fd 1e eb 8f 22 cb e2 b4 1b 32 5c 82 6d 1c 77 b9 e0 30 2f e7 04 7e 4b 98 3f 10 27 e9 e2 e2 42 95 af fe de 08 eb 95 05 2b b8 e9 e5 e4 6c 8a 06 97 de e6 f6 13 34 67 7e 71 9c 47 3a 0f 61 c5 79 e9 ad 79 92 8b 80 4f 68 98 34 4e 6c 5e f7 24 83 6b 7e 40 1f 28 a9 6f 19 26 b8 bc 9f 6b 0a 78 9a 96 a2 e6 fb 73 05 12 91 62 bb f6 a6 5d 79 a4 98 20 c5 33 de 85 ef e1 71 c6 65 2c 13 01 51 b8 bb 21 25 9a 71 4a 8d 54 38 0b bf 01 ce d2 7b ef 7b 10 c4 8d 3e 41 60 89 b9 d9 37 d9 62 d1 f7 9e 60 2e 89 60 f3 f4 2f 27 45 6c c0 0a 46 1b 70 9d 60 12 dd 10 67 b7 db ba 91 33 b1 10 49 e4			
OCSP				
Fecha: (UTC / CDMX)	15/02/21 16:50:10 - 15/02/21 10:50:10			
Nombre del respondedor:	OCSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02			
TSP				
Fecha : (UTC / CDMX)	15/02/21 16:50:10 - 15/02/21 10:50:10			
Nombre del emisor de la respuesta TSP:	Autoridad Emisora de Sellos de Tiempo del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del certificado TSP:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Identificador de la respuesta TSP:	36892691			
Datos estampillados:	WIEEUqwcwHo85SGathhh+4qOLWg=			



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 1

995



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FIRMANTE				
Nombre:	JOSÉ PATRICIO GONZÁLEZ LOYOLA PÉREZ	Validez:	BIEN	Vigente
FIRMA				
No. serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.18.aa	Revocación:	Bien	No revocado
Fecha: (UTC/ CDMX)	15/02/21 17:34:30 - 15/02/21 11:34:30	Status:	Bien	Valida
Algoritmo:	RSA - SHA256			
Cadena de firma:	79 04 61 a7 47 25 9c 26 8d ec b0 3c f7 58 59 1b 75 c3 57 13 eb 0e cb ac ec ea d4 91 fd 28 62 71 7b d1 ef 95 2c 57 17 82 14 cb f5 75 5e 44 2c 46 96 3c c7 08 8e d2 84 ff f7 15 08 1f 19 81 0e 71 20 03 04 1a 5f d2 72 7a 46 0a ff 01 9d 77 21 44 d2 a9 e7 15 b7 b0 e3 57 16 08 73 9d 5f cf 1b 34 c8 18 84 68 ad d5 c9 92 8c fa 6e 34 4b 1e 2f 44 6e 8c 9b c4 f2 99 15 bb 27 7b 96 e9 76 0a ab b4 df 26 d3 0c 48 8e de f4 d2 65 8e 69 58 c5 04 a7 f6 e3 48 39 21 96 46 0d 00 44 4a 0f 22 13 b0 c5 8c 8f 15 64 af 9f 05 96 9a 2d 4e 4c cb 42 a0 46 1b 7c 40 65 ab 04 f7 f3 26 a1 a6 4e 54 bc 01 da 92 d0 21 0e fb 34 52 3e 9c e3 14 e1 f0 7a 54 12 c8 ad 2a 43 6b b1 75 b5 29 36 ea f2 51 e3 fc 2a 33 d5 53 88 89 7f f5 5e 3b 79 bb 21 40 ad 06 d2 40 c3 55 14 36 0c af 96 ce 39 e9 bc e4 d2 26 ef			
OCSP				
Fecha: (UTC / CDMX)	15/02/21 17:34:30 - 15/02/21 11:34:30			
Nombre del respondedor:	OCSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02			
TSP				
Fecha : (UTC / CDMX)	15/02/21 17:34:31 - 15/02/21 11:34:31			
Nombre del emisor de la respuesta TSP:	Autoridad Emisora de Sellos de Tiempo del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del certificado TSP:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Identificador de la respuesta TSP:	36898666			
Datos estampillados:	uHkK1mOfzFM7tFQvOKS/9Tr21J8=			



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

VISTOS para resolver los autos que integran el juicio de amparo indirecto 1075/2020; y,

RESULTANDO

PRIMERO. Presentación de la demanda. Mediante escrito presentado el catorce de diciembre de dos mil veinte, ante la Oficina de Correspondencia Común de Juzgados de Distrito en el Estado de Hidalgo, con sede en esta ciudad, y recibido por razón de turno el quince de ese mes y año en este juzgado, [redacted] por propio derecho y en su calidad de representante de la Organización Hñähñu para la defensa de los pueblos indígenas demandó el amparo y protección de la Justicia Federal, contra las autoridades responsables que a continuación se indican:

- 1. Gobernador del Estado de Hidalgo
- 2. Secretario de Finanzas del Estado de Hidalgo
- 3. Secretario de Cultura del Estado de Hidalgo
- 4. Director General de Patrimonio Cultural de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo
- 5. Congreso Local del Estado de Hidalgo

De quienes reclamó:

"La negativa de integrar al presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4, 335,953, 75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.N) para el proyecto Música en la Montaña de Chantepec 2021 manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso, el cual resulta fundamental para continuar con el rescate, fomento y fortalecimiento de la cultura de la comunidad Hñähñu."

SEGUNDO. ADMISIÓN DE LA DEMANDA. Este Juzgado de Distrito, al que por turno correspondió conocer de la demanda de amparo promovida por la parte quejosa, realizó una prevención de la demanda en auto de dieciséis de diciembre de dos mil veinte, por no haber acreditar con

SECRETARÍA DE JUSTICIA Y FIDEICOMISARÍA FEDERAL DE DEFENSA PÚBLICA





documento fehaciente la personalidad con la que se ostenta en el presente juicio de derechos, admitiéndose en auto de quince de enero de dos mil veintiuno por cuanto hace al cumplimiento de la prevención ya que [REDACTED] por propio derecho, persona indígena (por autodescripción) y miembro de la comunidad y pueblo indígena Hñähñu (del cual es integrante del pueblo señalado), promoviendo a su vez en nombre de dicho pueblos indígena y de la Organización Hñähñu para la defensa de los pueblos indígenas, se encuentra legitimado para presentar la demanda en el juicio constitucional.

Posteriormente se dio la intervención legal que le compete al Ministerio Público Federal adscrito; y se señaló fecha para la audiencia constitucional, la cual tuvo verificativo conforme el acta que antecede.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Competencia. Este Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Hidalgo, con residencia en Pachuca de Soto, es constitucional y legalmente competente para conocer y resolver el presente juicio de derechos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103, fracción I, y 107, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 37 y 107, fracción V, de la Ley de Amparo vigente; 1º, fracción V, fracción IV de la Ley de Amparo; 48 y 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; en relación con lo establecido en el Acuerdo General 36/2016, relativo a la determinación del número y límites territoriales de los circuitos judiciales en que se divide el territorio de la República Mexicana y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de junio de dos mil dieciséis, vigente a partir del catorce de ese propio mes y año,



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

el cual reformó el similar 3/2013; por tratarse de un acto que se atribuye a una autoridad residente en el ámbito territorial donde ejerce jurisdicción este Juzgado.

SEGUNDO. Precisión de los actos reclamados. Se precisa que el acto reclamado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74, fracción I, de la Ley de Amparo, es:

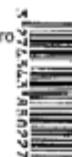
*“La negativa de integrar al presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4, 335,953, 75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.N) para el proyecto **Músicas en la Montaña de Chantepec 2021** manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso, el cual resulta fundamental para continuar con el rescate, fomento y fortalecimiento de la cultura de la comunidad Hñähñu.”*

El artículo 74, de la Ley de Amparo autoriza al Juez de Distrito a interpretar la demanda de derechos con el objeto de desentrañar la verdadera intención de la parte quejosa, mediante el análisis íntegro de los argumentos contenidos en ella y de las demás constancias de autos que se encuentren vinculadas con la materia de la litis, como lo son: el acto reclamado, el informe justificado y las pruebas aportadas (incluso con la totalidad de la información que obra en el expediente) en congruencia con lo dispuesto por los diversos 108, 115 y 117 del ordenamiento de referencia.

Lo anterior se sustenta en la jurisprudencia P./J. 40/2000 y la tesis P.VI/2014 plenarios, de rubros:

“DEMANDA DE AMPARO. DEBE SER INTERPRETADA EN SU INTEGRIDAD y “ACTOS RECLAMADOS. REGLAS PARA SU FIJACIÓN CLARA y PRECISA EN SU SENTENCIA DE AMPARO”.

¹ Publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomos X y XXIX, de abril de dos mil cuatro y dos mil, Novena Época, páginas 32 y 255, respectivamente





TERCERO. Improcedencia del juicio de amparo.

Las autoridades responsables **Gobernador y Congreso del Estado de Hidalgo** aducen que en este juicio de amparo se actualiza una causa de improcedencia que impide parcialmente el estudio de fondo, como se explica a continuación. Manifiestan que el artículo 61, fracción XXIII de la Ley de Amparo, prevé que el juicio de amparo será improcedente cuando tal cuestión resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Ley de Amparo. **Ciertamente** esta causa de improcedencia tiene como finalidad que el juicio de amparo esté armonizado con la norma fundamental y los principios que lo rigen; que no se emitan sentencias contrarias a su naturaleza y que se respeten las competencias que tienen otros Poderes del Estado con motivo del modelo democrático federal que establece nuestra Constitución.

Por las razones que la sostienen, se cita la tesis aislada 2a. XCI/2015 (10a.), emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro y contenido siguiente:

"IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN XXIII, DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA NI RESTRINGE LA ACCIÓN DE AMPARO. El precepto y fracción citados, al establecer que el juicio de amparo es improcedente en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o de la propia Ley de Amparo, no viola el derecho de acceso a la justicia, en virtud de que la hipótesis normativa que contiene, como presupuesto procesal, fue regulada para que los órganos jurisdiccionales que conozcan del juicio tengan la posibilidad de que a través de un enlace armónico con los demás preceptos de la Constitución y de la ley indicada, obtengan una variedad de causas de improcedencia que tienden a evitar el dictado de decisiones de fondo manifiestamente contrarias a la naturaleza del juicio de amparo o contra los principios generales que lo rigen; pero ello no significa que se esté restringiendo la acción de amparo, más bien,



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FOLIO 8.

al igual que cualquier juicio, son presupuestos procesales que deben cumplirse previo a una decisión de fondo."

En ese sentido, existen acciones que conforme a la Constitución General son facultad exclusiva de determinados poderes u órganos del Estado, y sobre dichas atribuciones el Poder Judicial de la Federación no puede incidir a través de juicio de amparo, pues ello impediría la correcta administración del Estado y se vulneraría el sistema de pesos y contrapesos.

Explicado lo anterior, conviene destacar que el artículo 116, fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

"Artículo 116.- El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo. Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:(...)

II.- El número de representantes en las legislaturas de los Estados será proporcional al de habitantes de cada uno; pero, en todo caso, no podrá ser menor de siete diputados en los Estados cuya población no llegue a 400 mil habitantes; de nueve, en aquellos cuya población exceda de este número y no llegue a 800 mil habitantes, y de 11 en los Estados cuya población sea superior a esta última cifra.

Las Constituciones estatales deberán establecer la elección consecutiva de los diputados a las legislaturas de los Estados, hasta por cuatro periodos consecutivos. La postulación sólo podrá ser realizada por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que los hubieren postulado, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato. Las legislaturas de los Estados se integrarán con diputados electos, según los principios de mayoría relativa y de representación proporcional, en los términos que señalen sus leyes. En ningún caso, un partido político podrá contar con un número de diputados por ambos principios que representen un porcentaje del total de la legislatura que exceda en ocho puntos su porcentaje de votación omitida. Esta base no se aplicará al partido político que por sus triunfos en distritos uninominales obtenga un

INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA EN MÉXICO
 SECRETARÍA DE DEFENSA JURÍDICA
 DIRECCIÓN DE DEFENSA JURÍDICA FEDERAL





*porcentaje de curules del total de la legislatura, superior a la suma del porcentaje de su votación emitida más el ocho por ciento. Asimismo, en la Integración de la legislatura, el porcentaje de representación de un partido político no podrá ser menor al porcentaje de votación que hubiere recibido menos ocho puntos porcentuales. **Corresponde a las legislaturas de los Estados la aprobación anual del presupuesto de egresos correspondiente,**"*

Como se ve, la disposición constitucional en cita prevé que, tratándose de las entidades federativas, la única autoridad que debe tener injerencia en la aprobación anual del Presupuesto de Egresos es la legislatura estatal; lo que se armoniza con lo establecido en el artículo 42, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Hidalgo², en el que se establece que el Congreso Estatal es el competente para discutir, modificar y aprobar el Presupuesto de Egresos.

Lo antes expuesto significa que **es una facultad exclusiva, discrecional y soberana de los legisladores estatales decidir sobre la manera en que se distribuirá el gasto público** y, por tanto, dicha decisión no puede ser sometida al escrutinio judicial, pues ello implicaría que un Juez se sustituya en la función de todos los integrantes de la legislatura que, desde su calidad de representantes de los ciudadanos, son los únicamente autorizados para decidir cómo se distribuirán los recursos económicos de la entidad.

De tal manera, el Poder Judicial de la Federación no puede incidir en la forma en que los legisladores locales distribuyen el gasto público, **pues ello implicaría contravenir lo previsto en el artículo 116, fracción II de la Constitución General.**

² Artículo 42.- Durante el Primer Período Ordinario de Sesiones, y para que rijan en el año siguiente, el Congreso se ocupará prioritariamente de examinar y aprobar en su caso, la Ley de Ingresos del Estado y las de los Municipios, así como el Presupuesto de Egresos del Estado, que el Gobernador deberá enviarle a más tardar el quince de diciembre.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

Es esas condiciones, el juicio de amparo resulta improcedente en términos del artículo 61, fracción XXIII de la Ley de Amparo, en relación con el diverso 116 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Orienta esta decisión judicial, la tesis aislada I.8o.A.4 CS (10a.), emitida por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, de rubro y contenido siguiente:

"PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN. CONTRA SU APROBACIÓN (DECRETO) POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO. La aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación es una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, prevista en el artículo 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otra parte, el presupuesto está dirigido a regular el ejercicio del gasto público y, en ese sentido, es un acto materialmente administrativo con contenido y finalidad de administración de los recursos públicos, que proviene de una colaboración entre el Poder Ejecutivo Federal que lo proyecta y la Cámara de Diputados que lo aprueba. Así, en la medida en que es una facultad exclusiva, se erige como una potestad soberana y discrecional, porque únicamente puede ser ejercida por la Cámara de Diputados, con exclusión de la de Senadores que, en este rubro, deja de ser colegisladora, porque no participa en la aprobación de una iniciativa que origine una ley en sentido formal y material. En estas condiciones, si la aprobación (decreto) del presupuesto es un acto de colaboración republicana y su ejercicio es exclusivo de la Cámara de Diputados, se trata de un acto soberano, inherente a la representación que ésta ostenta. Por tanto, contra dicho acto el juicio de amparo es improcedente, porque la acción constitucional no puede incidir en el ejercicio de esa facultad exclusiva.

En mérito de lo expuesto y al actualizarse la causa de improcedencia en estudio, con fundamento en el artículo 63, fracción V de la Ley de Amparo, se sobresee el juicio de amparo únicamente respecto de esta autoridad.

CUARTO. Inexistencia de los actos reclamados. Respecto del Secretario de Finanzas del Estado de Hidalgo no son ciertos los actos reclamados antes referidos a la autoridad

INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA EN MÉXICO
 DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS
 DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS
 DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS





responsable ya que así lo manifestó al rendir su informe justificado.

A efecto de corroborar lo aducido por dicha autoridad, conviene traer a cuenta el marco legal que precisa, de acuerdo al cual, se le otorga competencia para conocer de los actos omisivos de los que se duele la quejosa, a saber;

La o el Titular de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo tiene a su cargo las siguientes facultades:

(...)

XIII. Aprobar los anteproyectos de Presupuesto de Ingresos de la Secretaría, así como de los programas operativos anuales y remitirlos a la Secretaría de Finanzas Públicas para su aprobación;³

(...)

En ese sentido, atendiendo a que como se estableció anteriormente, en el caso la negativa de las responsable respecto de brindar presupuesto en relación al Proyecto "Música en las montañas del Chantee 2021" manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso, no puede atribuirse legalmente a la Secretaría de Finanzas Públicas en virtud de que corresponde al Titular de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo la aprobación de los anteproyectos de Presupuesto de Ingresos para posterior a ello remitirlos a la Secretaría de Finanzas Públicas del Estado de Hidalgo, razón por la que debe considerarse **inexistente** el acto que se le atribuye.

Por consiguiente, ante la inexistencia del acto reclamado a la autoridad señalada en este considerando, con fundamento en el artículo 63, fracción IV, de la Ley de Amparo, se sobresee en el presente juicio de amparo, única

³ Artículo 13. Reglamento Interior de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

y exclusivamente por lo que respecta a la autoridad mencionada en el presente considerando.

Resulta aplicable la jurisprudencia 284, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 181, del Semanario Judicial de la Federación, Volumen XLIII, Primera Parte, Materia Común Sexta Época, registro 804176, que establece:

"INFORME JUSTIFICADO NEGATIVA DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A LAS AUTORIDADES. Si las responsables niegan los actos que se les atribuyen, y los quejosos no desvirtúan esta negativa, procede el sobreseimiento, en los términos de la fracción IV del artículo 74 de la Ley de Amparo".

QUINTO. Existencia del acto reclamado. Por otra parte, son ciertos los actos reclamados al Secretario de Cultura del Estado de Hidalgo, Director General de Patrimonio Cultural de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo pues, aunque negaron su existencia al rendir su informe justificado, lo cierto es que también realizó diversas manifestaciones en los que evidenció su certeza.

En efecto, del informe justificado presentado por el Titular de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo, se advierten los siguientes señalamientos;

Se niega que el acto reclamado que se imputa al suscrito, consistente en la negativa de integrar al presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4,335,853.75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.), para el proyecto "Música en las montañas del Chantapeo 2021" vulnere el derecho a la cultura del quejoso, previsto por los artículos 1, 2 y 4 penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si bien es cierto, el día veintisiete de octubre de dos mil veinte [redacted] presentó propuesta para la realización del evento "Música en las Montañas del Chantapeo 2021", se le dio la respuesta correspondiente en oficio número SCEH/029/2020 de fecha veinte de noviembre de dos mil veinte, suscrito por el Maestro Alberto Avilés Cortés Director General de Patrimonio Cultural, en el que se hizo del conocimiento al primero, que no se cuenta con el recurso solicitado, derivado de la pandemia ocasionada por el covid 19, lo que ha modificado y desfasado las etapas de los programas, restringiendo incluso la movilidad en todo el país, y estableciendo las normas de prevención necesarias en el Operativo Escudo que implementa el Gobierno del Estado de Hidalgo --se anexa oficio--.

SECRETARÍA DE CULTURA DEL ESTADO DE HIDALGO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO CULTURAL
SECRETARÍA DE CULTURA DEL ESTADO DE HIDALGO





Por su parte el Director General de Patrimonio Cultural de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo, señaló;

Se niega que el acto reclamado que se imputa al suscrito, consistiera en la negativa de integrar el presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4,335,953.75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.), para el proyecto "Música en las montañas del Chantlepec 2021" vulnera el derecho a la cultura del quejoso, previsto por los artículos 1, 2 y 4 penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si bien es cierto, el día veintiseis de octubre de dos mil veinte, [REDACTED] presentó propuesta para la realización del evento "Música en las Montañas del Chantlepec 2021", en la que la respuesta correspondiente en oficio número SCEH/029/2020 de fecha veinte de noviembre de dos mil veinte, por conducto del suscrito en calidad de Director General de Patrimonio Cultural, en el que se hizo del conocimiento al primero, que no se cuenta con el recurso solicitado, derivado de la pandemia causada por el covid 19, lo que ha modificado y desfasado las etapas de los programas, restringiendo incluso la movilidad en todo el país, y estableciendo las normas de prevención necesarias en el Operativo Escudo que implementa el Gobierno del Estado de Hidalgo.

Como se observa, a pesar de que las autoridades responsables inicialmente niegan la existencia del acto reclamado que se le atribuyó, con posterioridad realizan manifestaciones que evidencian que sí lo emitió, pues incluso defienden su legalidad a lo largo del desarrollo de su informe, motivo por el que **debe tenerse por cierto el acto que le fue reclamado.**

Lo dicho encuentra justificación en la tesis emitida por el entonces Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, de rubro y texto:

"ACTO RECLAMADO. DEBE TENERSE POR CIERTO CUANDO LA AUTORIDAD EN SU INFORME LO NIEGA, Y A CONTINUACION HACE MANIFESTACIONES QUE EVIDENCIAN SU CERTEZA. En el juicio de garantías, debe sobreseerse cuando las responsables al rendir sus informes nieguen la certeza del acto que se les atribuye, ya sea de manera lisa y llana, o bien expongan razones tendientes a reforzar esa negativa, empero, no puede procederse así cuando las autoridades niegan la existencia de los actos reclamados y, además, expongan razones o circunstancias de las que se desprende que esos actos sí existen, pues en ese caso, lo expuesto al respecto desvirtúa su negativa y el órgano de control constitucional debe tener por ciertos los actos reclamados con base en el examen de dicho informe."⁴

⁴ Octava Época, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tomo XIV, julio de 1994, pág. 391. Registro: 211004.



PODERA JUDICIAL DE LA FEDERACION

FORGAL B 1

Por todo lo anterior, son ciertos los actos reclamados consistentes en la negativa de otorgar la cantidad de \$4,335,953,75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N) para el proyecto "Música en las montañas de Chantepec 2021" manifestaciones Culturales Otomí/ Hñahñu de San Idefonso

SEXO. Estudio del fondo del asunto. Es innecesario transcribir los conceptos de violación expresados por la parte quejosa, en términos de la jurisprudencia 58/2010, que por contradicción de tesis aprobó la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de doce de mayo de dos mil diez, publicada a foja 830, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, mayo de 2010, Novena Época, Materia Común, de rubro: **"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO ES INNECESARIA SU TRANSCRIPCIÓN."**

Del contenido de su demanda se aprecia que el quejoso alegó en sus dos conceptos de violación, lo siguiente:

Concepto de Violación primero.

Que la autoridad responsable viola en su perjuicio el contenido del artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pues la comunidad Hñahñu es una comunidad indígena reconocida misma que cuenta con una riqueza cultural única y que requiere ser preservada como Patrimonio cultural única y que requiere ser preservada como patrimonio cultural de México y de la Humanidad

Sostiene que la negativa de Integrar al Presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo por parte de la





Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo la cantidad de \$4,335,953,75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.) para el proyecto " Música en las montañas de Chantepec 2021" manifestaciones Culturales Otomí/ Hñähñu de San Idefonso, el cual resulta fundamental para continuar con el rescate, fomento y fortalecimiento de la cultura de la comunidad Hñähñu por parte de la autoridad señalada como responsable, viola los derechos humanos del que suscribe y de la comunidad que representa.

Concepto de Violación segundo.

Sostiene que la cultura indígena es un derecho humano reconocido por la legislación nacional e internacional y es obligación de todas las autoridades velar por su protección, respeto, garantía y promoción en relación al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Concepto de Violación tercero.

Menciona que los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1,2,4) así como los numerales 1,3,15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, además de los artículos 3, 5, 8, 11, y 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disponer el derecho de dicha comunidad como miembros de una comunidad indígena.

Concepto de Violación cuatro.

Que el Estado Mexicano reconoce el derecho de toda persona al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el Ejercicio de sus derechos culturales, por lo que las autoridades de las entidades Federativas y municipales, se encuentran



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA 3-1

obligados en el ámbito de sus competencias a promover, respetar, proteger y garantizar dicho derecho en términos de los artículos 1, 2 y 4 penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los tratados de que se forma parte.

Afirma que resulta evidente la vulneración del derecho a la cultura de la comunidad indígena al negar la responsable la integración al Presupuesto de Egresos 2021 del Estado de Hidalgo respecto del Proyecto "Música en las Montañas de Chantepec 2021" al ser la cultura un elemento esencial para la preservación de la identidad de las comunidades indígenas.

Advierte el incumplimiento de la autoridad respecto de las obligaciones contenidas en los artículos 1,2,4 penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto de la protección y protección del derecho humano a la cultura.

Sostiene además que la autoridad responsable viola en perjuicio de la comunidad indígena y su representante el derecho a la cultura poniendo en riesgo la preservación de su identidad cultural.

Señala que de acuerdo a los estándares actuales en materia de derechos humanos deben tomarse en consideración los principios rectores que amplían la protección de las personas, tales como el principio Pro-Persona y el de progresividad.

Los conceptos de violación son fundados en atención a las consideraciones siguientes:

En primer término, es menester esclarecer la



SECRETARÍA DE JUSTICIA Y FIDUCIARIAS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS



naturaleza del acto reclamado, el cual reviste carácter de negativo, al atribuirse a las autoridades responsables;

*"La negativa de integrar al presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4, 335,953, 75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.N) para el proyecto **Músicas en la Montaña de Chantepec 2021 manifestaciones culturales Otomi/ Hñáñhu de San Idelfonso**, el cual resulta fundamental para continuar con el rescate, fomento y fortalecimiento de la cultura de la comunidad Hñáñhu."*

En la especie, sí procede dilucidar la pretensión hecha valer en este juicio de amparo en la vía indirecta, de acuerdo al artículo 107, fracción II, de la Ley de Amparo, que señala que el amparo indirecto procede contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

En este punto es preciso señalar que de conformidad con el artículo 79, fracción II, de la Ley de Amparo, este órgano jurisdiccional, en suplencia de la queja deficiente, verificará el estudio del acto reclamado, al margen de los conceptos de violación formulados por el quejoso.

Tiene aplicación a lo señalado, la tesis: XXVII.10.(VIII Región) J/3 (10a.), del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 3, Pág. 1830, Décima Época, registro 2003160:

"SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. PROCEDE CUANDO EL JUZGADOR ADVIERTA LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. De acuerdo con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto vigente a partir del once de junio de dos mil once, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a promover,



ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

FORMA B I

respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en aquella y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, interpretando las normas relativas a esos derechos de conformidad con dichos ordenamientos (principio de interpretación conforme) favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia (principio pro homine). Lo anterior, acorde con los principios de interdependencia, indivisibilidad, universalidad y progresividad, de los cuales se advierte que los derechos humanos se interrelacionan y dependen reciprocamente unos de otros y tienen como origen común la dignidad humana, por lo cual no es procedente relegar algunos para conceder prioridad a otros ni puede existir jerarquía entre ellos, lo que significa que todos los derechos humanos deben ser objeto de protección sin distinción alguna. En atención a lo expuesto y de conformidad con el artículo 103 de la Carta Magna, a las autoridades jurisdiccionales que conozcan del amparo les corresponde con mayor énfasis, en razón de sus funciones de impartición de justicia y conforme al objeto del citado juicio, "proteger" y "garantizar" los derechos humanos en las controversias sometidas a su competencia. Por su parte, los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen que toda persona tiene derecho a un recurso "efectivo" ante los tribunales competentes, que la amparen contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y esos instrumentos normativos."

En observancia de lo anterior, la suscrita juzgadora advierte que la norma general, acto u omisión reclamada de la autoridad responsable vulnera los derechos humanos del quejoso. Lo anterior, en virtud de que de las constancias que obran en autos se advierte que el peticionario de amparo es una persona indígena (por autodescripción) miembro de la comunidad y pueblo indígena *Hñähñu*, promoviendo a su vez en nombre de dichos pueblos indígenas y de la Organización *Hñähñu* para la defensa de los pueblos indígenas.

Razón por la que, al revestir el peticionario de amparo de la condición de miembro de una comunidad indígena constituye obligación de la juzgadora de amparo, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, analizar las disposiciones legales





aplicables y atender al mayor beneficio que pudiera corresponder al cuejoso.

Por tanto, se abordará el estudio de esa violación, con independencia de que las partes no invocaron dicha infracción en sus conceptos de violación o agravios, pues es deber de la suscrita favorecer el acatamiento de los principios señalados y resguardar el efecto útil del juicio de amparo como medio para proteger y garantizar los derechos fundamentales.

En ese sentido, la tendencia jurídica de proteger a las personas pertenecientes a comunidades indígenas se refleja en los instrumentos internacionales de los cuales México es parte, cuyos derechos contenidos en los mismos conforman junto con los derechos previstos en la propia Constitución, un parámetro de regularidad normativa del resto de elementos jurídicos del país.

Al respecto, resulta aplicable la Tesis 1a. CCXCVI/2018 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, página 369, que establece:

“PERSONAS, PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. LA PROTECCIÓN QUE EXIGE EL ARTÍCULO 2o., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, IMPLICA EL RECONOCIMIENTO DE DISTINTOS SISTEMAS NORMATIVOS CONFORMADOS POR DISPOSICIONES JURÍDICAS NACIONALES E INTERNACIONALES Y USOS Y COSTUMBRES DE AQUÉLLOS. En el precepto constitucional mencionado se establece que: “... en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberá tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución”, fórmula que está nítidamente separada en el texto constitucional de la exigencia consistente en que “... los indígenas tienen en todo tiempo el



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

*derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura". Lo cual evidencia que el cumplimiento de la obligación de considerar las especificidades y costumbres de los pueblos originarios no se agota en la necesaria traducción, interpretación y nivelación lingüística y cultural de los procesos judiciales, esto es, volver inteligibles los procesos judiciales previstos en la jurisdicción del Estado central para las personas, pueblos y comunidades indígenas, ni con el despacho de los asuntos que les conciernen en la jurisdicción indígena cuando esto es posible. Sino que la exigencia prevista en la **fracción VIII del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** implica el reconocimiento de la multiculturalidad que caracteriza a la Nación Mexicana y, por tanto, de la existencia y vigencia de distintos sistemas normativos dentro del territorio nacional: un sistema normativo conformado por las disposiciones jurídicas nacionales e internacionales del Estado central, y otro conformado por los usos y costumbres de los distintos pueblos y comunidades que habitan nuestro país, los cuales incluso podrían estimarse simultáneamente aplicables para el caso de las personas, pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo con su especificidad cultural y particular pertenencia étnica.*

Por ello, con relación a los criterios jurisdiccionales en materia de comunidades indígenas, desde hace algún tiempo tanto en México y como en instancias internacionales, existe una directriz interpretativa con motivo de la cual, la forma de abordar la problemática de la discriminación en contra de personas miembros de comunidades indígenas ya no sólo se limita a determinaciones prohibitivas, sino a la implementación de medidas de naturaleza positiva.

Es decir, que en los diversos pronunciamientos jurisdiccionales que sobre el tema se han emitido, existe una tendencia por abandonar la concepción de los indígenas como un tema individual, y acercarla a un aspecto social, en virtud del cual el Estado Mexicano no solo evite las barreras que existen en el contexto de las comunidades indígenas y, sino que también incluya las medidas que el Estado emplea para abatirlas o aminorarlas.

INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA EN MÉXICO
 SECRETARÍA DE JUSTICIA Y ENERGÍA





Por ello, es necesario esclarecer si dicho acto cumplió con lo establecido en los siguientes artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

"Artículo 1. (...) Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...)"

"Artículo 2. La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres."

(...) A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

(...) IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad."

De la lectura del artículo se puede apreciar que la Constitución Mexicana prevé como uno de sus principios la pluralidad, necesaria en una democracia, e incorpora en su contenido no solo derechos fundamentales y sus garantías, sino también manifestaciones particulares que permiten



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

mantenerla en una constante evolución para que logre su finalidad tanto materia como formal.

Es decir, contiene una serie de elementos ideales como de realidad que vinculan al Estado y a la sociedad, apuntando a una situación óptima de lo que debe ser como una aproximación a lo que es. **Engloba a la dignidad humana, entendida a partir de la cultura de su pueblo y los derechos humanos vividos desde la individualidad de ese pueblo, encontrando su identidad en tradiciones y experiencias históricas y sus esperanzas en sus deseos y la voluntad creadora hacia el futuro.**

Resultando evidente que las competencias y facultades que otorga el Estado Mexicano no deben ser apreciadas como competencia para la arbitrariedad sino como una unión que se renueva constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública;

"La Constitución permite la apertura hacia adelante, hacia el futuro; institucionaliza las experiencias y abre espacio para el desarrollo del espíritu humano y su historia".⁵

En ese sentido, la comunidad indígena, se duele de la afectación de sus derechos culturales ante la negativa de la Secretaría de Cultura de Hidalgo y el Director General de Patrimonio Cultural pues asegura que ello impidió que logran un correcto reconocimiento de su derecho a la cultura y respeto a sus libertades culturales. Por tanto, es necesario traer a colación el siguiente precepto constitucional;

"Artículo 4. (...) Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos

⁵ Hábido, P. (2016). El Estado Constitucional. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.





culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural. (...)"

Se advierte, que de dicho precepto se desprende el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de su derecho a la cultura, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la cultura y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el uso máximo de los recursos de que disponga.

Conviene entonces analizar las constancias incorporadas al presente juicio se desprende que la autoridad responsable exhibió de su parte, las pruebas siguientes:

- Oficio de contestación de Fecha 20 veinte de noviembre de 2020 dos mil veinte, suscrito por el Director General de Patrimonio Cultural de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo.

- Escrito presentado en fecha 27 veintisiete de octubre de 2020 dos mil veinte, mediante el cual se solicita se integre al paquete económico 2021 dos mil veintiuno del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4, 335, 953.75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.) para el proyecto "Música en las montañas del Chantepec 2021" manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso."

- Proyecto elaborado por [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representante legal de la Organización Hñähñu para la Defensa de Los Pueblos Indígenas A.C.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA 0-1

Del análisis de las documentales antes referidas, se aprecia la negativa por parte del Secretario de Cultura del Estado de Hidalgo y el Director General de Patrimonio Cultural de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo de brindar presupuesto en relación al Proyecto "Música en las montañas del Chantepec 2021" manifestaciones culturales Otomí/Hñähñu de San Idelfonso.

Sin embargo, la suscrita juzgadora considera que la negativa por parte de la responsable fue inconvencional en el caso concreto; por ello, pese a que no forma parte del acto reclamado ni de los conceptos de violación este órgano **realizará un control de convencionalidad de los actos de la autoridad responsable**, por lo que se realizará tomando en cuenta la tesis IV.2o.A. J/7 (10a.) emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito publicado en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, diciembre de 2013, Tomo II, página 933;

"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ES UNA OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL EJERCERLO, AUN DE OFICIO, CUYO INCUMPLIMIENTO VULNERA EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y COMPROMETE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO EN SU CONJUNTO. Los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen el deber de toda autoridad de proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de los que el país es parte y, en cuanto a los Jueces, el deber de arreglarse a la Constitución a pesar de leyes o disposiciones en contrario, a partir de lo cual, se reconoce que a cargo de las autoridades jurisdiccionales obra la obligación de ejercer de oficio o a petición de parte, un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, el cual deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en el ordenamiento interno, conforme a los parámetros delineados por la Suprema"

ESTADO DE HIDALGO
SECRETARÍA DE CULTURA
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO CULTURAL





Corte de Justicia de la Nación en las tesis P. LXVII/2011 (9a.), P. LXVIII/2011 (9a.) y P. LXIX/2011 (9a.). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en relación con el deber de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de respetar bienes jurídicos y libertades reconocidos en ella; que la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, que implique un incumplimiento de ese deber, constituye un hecho imputable al Estado en su conjunto, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la propia convención (caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, y caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70). Asimismo, que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por dicho instrumento internacional (caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171), y que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el mencionado, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar por que los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, las cuales, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos [caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2005. Serie C, No. 154, y caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158]. Partiendo de lo anterior, como el Estado Mexicano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, y por virtud de su artículo 1, numeral 1, en términos de los mencionados artículos 1o. y 133 constitucionales, obra a cargo de toda autoridad jurisdiccional nacional, con independencia de su fuero o jerarquía, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el referido pacto, así como el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a favor de toda persona sin distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, mientras que conforme a su artículo 33, los actos de esas autoridades, como partes del Estado Mexicano, están sometidos a la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo relativo al cumplimiento de dicha obligación. De ahí que el deber de ejercer, aun de oficio, el control de



POBLACIONES DE LA TEXMOCÓN

PC/MSA 01

constitucionalidad y convencionalidad de los actos de que una autoridad tenga conocimiento en el ámbito de sus competencias y facultades, debe asumirse con puntualidad, responsabilidad y eficacia, y no evadirse, menos aún en casos en que expresamente un gobernado solicita su ejercicio, pues soslayarlo refleja gravemente el incumplimiento de la primera obligación impuesta por el orden constitucional interno a todas las autoridades, que a su vez supone el respeto de todos los derechos reconocidos a las personas en la Constitución y en la Convención y dicho incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado Mexicano en su conjunto, acorde con el principio básico relativo, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.

Lo anterior, en razón de las siguientes consideraciones;

Primero. El artículo 2, apartado B, fracción IX, de la Constitución Federal, establece el derecho a la consulta indígena que expresamente indica:

"Artículo 2.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

[...] B. La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades. las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

[...] IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen"

SECRETARÍA DE JUSTICIA Y FIDUCIARIAS
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA EN MÉXICO





La porción normativa transcrita establece la obligación de las autoridades de consultar a los pueblos indígenas respecto de la elaboración de los planes de desarrollo, ya sea nacionales, estatales o municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

A pesar de que el referido derecho no se encuentra desarrollado ampliamente en la Constitución Federal, es necesario destacar que en el ámbito internacional se encuentran lineamientos más específicos, como se observa de lo dispuesto en los artículos 6, y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Tales preceptos establecen:

"Artículo 6 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA 9-1

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

“Artículo 7 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA EN MÉXICO
 SECRETARÍA DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
 SECRETARÍA DE CULTURA Y TURISMO
 SECRETARÍA DE ENERGÍA Y CLIMA
 SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
 SECRETARÍA DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL
 SECRETARÍA DE TRANSPORTES Y INFRAESTRUCTURA
 SECRETARÍA DE VIVIENDA Y OBRAS PÚBLICAS
 SECRETARÍA DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y DESARROLLO RURAL
 SECRETARÍA DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
 SECRETARÍA DE ENERGÍA Y CLIMA
 SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
 SECRETARÍA DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL
 SECRETARÍA DE TRANSPORTES Y INFRAESTRUCTURA
 SECRETARÍA DE VIVIENDA Y OBRAS PÚBLICAS
 SECRETARÍA DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y DESARROLLO RURAL





Los preceptos citados imponen la obligación a las autoridades estatales de consultar a los pueblos y comunidades indígenas mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas cada vez que pretendan adoptar medidas de carácter legislativo o administrativo, susceptibles de afectarles directamente.

Asimismo, otro instrumento internacional que reconoce el derecho de las personas indígenas a ser consultadas, es el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Politicos, que en su artículo 27 indica:

"Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma."

Si bien la referida disposición convencional no establece expresamente el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas, de la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Observación General número 23 "Derechos de las minorías [artículo 27]", es posible concluir que dicho precepto si lo reconoce.

En dicha observación general se sostuvo:

"Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándose y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo."



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA-1

Es relevante además traer a colación, como criterio orientador, el contenido del artículo 18 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual también reconoce el derecho a la consulta indígena al establecer:

"Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Por otra parte, es relevante destacar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado los protocolos en los que expresa sus interpretaciones respecto del derecho a la consulta indígena, a saber:

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia cuando involucra a personas o pueblos indígenas.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo o infraestructura.

En los referidos instrumentos se destaca —medularmente— que el derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas debe garantizarse respecto de toda medida que suponga una afectación a sus derechos, aun cuando se pretenda argumentar que el daño causado encuentra justificación en razón del bien común e impacto general.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Estimar lo contrario supondría convalidar que las violaciones a los derechos humanos son factibles si su origen pretende beneficiar a las mayorías (sin que importe la





protección de los grupos minoritarios], idea que no es acorde con el marco constitucional vigente.

Por su parte la Ley de Derechos y Cultura Indígena para el Estado de Hidalgo dispone en su capítulo tercero, respecto de la Consulta Directa lo siguiente:

Artículo 13.-Los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Hidalgo, serán sujetos a consulta, sin distinción alguna.

Artículo 14.-Serán objeto de consulta las medidas siguientes.

I.-En materia Estatal:

- a) El Plan Estatal de Desarrollo*
- b) Los planes y programas de desarrollo estatal relacionados a pueblos y comunidades indígenas; y*
- c) Las propuestas de reformas institucionales de los organismos públicos especializados en la atención de asuntos indígenas.*

II.-En materia Municipal:

- a) El Plan Municipal de Desarrollo;*
- b) Los planes y programas de desarrollo municipal relacionados a pueblos y comunidades indígenas; y*
- c) Las propuestas de reformas institucionales de los organismos públicos especializados en la atención de asuntos indígenas.*

Las autoridades indígenas en las comunidades deberán proponer al Municipio y al Estado los planes de desarrollo rural comunitario, mismo que deberá contener los



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA 64

planes, programas, acciones y estrategias con una proyección de 20 a 30 años. Quedan exceptuadas de consulta, la creación o reforma al marco jurídico que deriven de los mandatos de la Constitución Federal y Local.

Artículo 15.-En la realización de las consultas las autoridades estatales y municipales deberán difundir ampliamente el evento para tales efectos, a más tardar con treinta días naturales de anticipación.

Artículo 16.-El proceso de consulta contará por lo menos, con los siguientes puntos:

- I. Emisión de la convocatoria.
- II. Sistematización de los resultados.
- III. Análisis y elaboración de documento ejecutivo de los resultados.
- IV. Entrega a las comunidades consultadas de los resultados.
- V. Difusión de los resultados de la consulta.

Artículo 17.-Las convocatorias de consulta deberán contener como mínimo, lo siguiente:

- I. Autoridad convocante.
- II. Objeto de la consulta.
- III. Lugar y fecha de la consulta.
- IV. Formato mediante el cual se consultará; y
- IV. Las demás que se consideren necesarias conforme a la materia de la consulta.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Ahora, en aras de darle un adecuado contenido y alcance al derecho a la consulta indígena previsto en el artículo 2 de la Constitución Federal, es importante recordar que la Primera y Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver los amparos en revisión 631/2012 y





499/2015, respectivamente, –con base en algunos precedentes de la Corte Interamericana– delimitaron las características indispensables que deben observarse en todo proceso de consulta, las cuales consisten en:

1. Ser previa;
2. Culturalmente adecuada;
3. Informada; y
4. De buena fe.

En ese sentido, si bien es cierto que la participación en la dirección de los asuntos públicos del Estado corresponde – en principio – a todas las personas que forman parte de la vida democrática de un país ya sea de forma individual –a través del sufragio o del ejercicio de la función pública– o colectiva –mediante la creación de partidos políticos u organizaciones sociales–⁶

Sin embargo, existen ciertos grupos que históricamente por su particular situación social, económica o política han sido excluidos de la participación activa en las decisiones estatales, como ocurre en el caso de los pueblos y comunidades indígenas.

Por lo anterior, en su jurisprudencia constante tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han reconocido el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas como un medio elemental para garantizar su participación en las decisiones estatales que pudieran afectarlas.

⁶ Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: "1. Todos los ciudadanos gozan de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente escogidos, b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede regular el ejercicio de los derechos y oportunidades mencionados en el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, inhabilidad, capacidad civil o mental o condena, por juez competente, en proceso penal."



PODERANCIA DE LA FEDERACION

Al respecto, puede verse la emblemática resolución adoptada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte al resolver la controversia constitucional 32/2012 (caso Cherán) así como en las acciones de inconstitucionalidad 83/2015 y 15/2017. En el primer precedente se decretó la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley de Sistemas Electorales Indígenas para el Estado de Oaxaca, al haber sido emitida sin una consulta previa. Por su parte, en el segundo precedente se decretó la validez de la Constitución Política de la Ciudad de México, porque previó a su emisión y durante el procedimiento legislativo se llevó a cabo una consulta con los pueblos y comunidades indígenas que agredió los requisitos materiales de ser previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en el caso *Barahona Bermúdez, Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*:

"215. Los *Instrumentos Internacionales* tienen particular relevancia en el sentido que el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, el Convenio N.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas, tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural.

"217. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que incidan o puedan incluir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N.º 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a "asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION





Cabe decir, que de las documentales antes referidas, no se aprecia constancia alguna en la cual se observe la realización de consulta previa a la comunidad Indígena Hñähñu de San Idelfonso de la que se advierte que fue seguida conforme las garantías anteriormente mencionadas lo que desde luego, constituye una violación evidente de la ley teniendo aplicación la Tesis Aislada XXVII.3o.157 K (10a.) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 62, enero de 2019, Tomo IV, página 2269;

"PERSONAS INDÍGENAS. BASTA QUE SE AUTOADSCRIBAN COMO MIEMBROS DE UNA ETNIA DETERMINADA PARA QUE SE RECONOZCA SU INTERÉS LEGÍTIMO PARA RECLAMAR EN EL AMPARO UNA MEDIDA ADMINISTRATIVA O LEGISLATIVA DE IMPACTO SIGNIFICATIVO SOBRE SU ENTORNO, POR LA FALTA DE CONSULTA PREVIA RESPECTO DE SU DISCUSIÓN Y ELABORACIÓN. De conformidad con las tesis aisladas 1a. CCXII/2009, 1a. CCXXXIV/2013 (10a.) y 2a. XXIX/2016 (10a.), sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respectivamente, la autoadscripción es el acto voluntario de personas o comunidades que, por tener un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado Mexicano. En estas condiciones, conforme a los artículos 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 1, numeral 2, del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, aun cuando el ejercicio y defensa del derecho humano a la consulta previa a los pueblos indígenas corresponden primordialmente a dichos grupos, en forma colectiva, si los quejosos, individualmente, en su carácter de personas integrantes de una comunidad se autoadscribieron como miembros de una etnia determinada, debe reconocerse su interés legítimo para reclamar en el amparo una medida administrativa o legislativa de impacto significativo sobre su entorno, por la falta de consulta previa respecto de su discusión y elaboración, que les afecta en forma personal y colectiva al mismo tiempo, pues ello abona en procurar los mecanismos de participación y diálogo intercultural, mediante sus organizaciones y formas de representación."

En este sentido, la obligación del Estado consiste en



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

asegurar que todo proyecto en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta previa, libre e informada con los pueblos interesados, con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios, sin que de autos se advierta que la responsable haya realizado la referida consulta.

La esencia de los parámetros relatados se encuentra reflejada en la tesis 1a. CCXXXVI/2013 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro y texto:

"COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES ESTAN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. La legislación mexicana que los derechos fundamentales de los pueblos indígenas requiere garantizar el ejercicio de ciertos derechos numéricos de índole procedimental, como el acceso a la información, a la participación en la toma de decisiones y el de acceso a la justicia. En ese sentido, todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultarlos antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses, consulta que debe cumplir, con los siguientes parámetros: a) debe ser previa; b) sustancialmente adecuada a través de sus representantes o autoridades tradicionales; c) informada; y, d) de buena fe. En el entendido que el deber del Estado a la consulta no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados."

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Asimismo es ilustrativa diversa tesis 2a. CCXXXVI/2013 (10a.), sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece:

"PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. DERECHO A SER CONSULTADOS. REQUISITOS ESENCIALES PARA SU CUMPLIMIENTO. De conformidad con los estándares internacionales en materia de protección a





los derechos de las comunidades indígenas, las características específicas del procedimiento de consulta variarán necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del impacto sobre los grupos indígenas, por lo que los jueces deberán analizar en cada caso concreto si el proceso de consulta realizado por las autoridades cumple con los estándares de ser: a) previa al acto, toda vez que debe llevarse a cabo durante la fase de planificación del proyecto, con suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución; b) culturalmente adecuada, ya que debe respetar sus costumbres y tradiciones, considerando en todo momento los métodos tradicionales que utilizan en la toma de sus decisiones; en ese sentido, las decisiones que las comunidades indígenas tomen de acuerdo con el ejercicio de sus usos y costumbres deben respetarse en todo momento, lo que implica que las autoridades deben llevar a cabo la consulta, a través de medios e instrumentos idóneos para las comunidades indígenas, de suerte que la falta de acceso a las tecnologías de la información, no signifique un menoscabo en el ejercicio de este derecho; c) informada, al exigir la existencia de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para que sea comprensible, por lo que si así lo requiere el caso concreto, deberá ser proporcionada en las lenguas o idiomas de las comunidades o pueblos involucrados, así como con todos los elementos necesarios para su entendimiento, de manera que los tecnicismos científicos no constituyan una barrera para que las comunidades puedan emitir una opinión; y d) de buena fe, pues la consulta exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de particulares que actúen con su autorización o aquiescencia. Asimismo, debe efectuarse fuera de un ambiente hostil que obligue a las comunidades o pueblos indígenas a tomar una decisión viciada o precipitada."

Tales particularidades se explican a continuación.

1. La consulta debe ser previa. Esta característica implica que la consulta debe llevarse a cabo durante la fase de planificación o deliberación de un determinado proyecto, con suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución o de negativa, a fin de que los pueblos indígenas puedan participar verdaderamente e influir en el proceso de adopción de decisiones, así como contribuir y enriquecer la información o consideraciones relativas.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA-1

2. La consulta debe ser culturalmente adecuada. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el deber de los Estados de llevar a cabo consultas a favor de comunidades indígenas debe satisfacerse de conformidad con sus costumbres y tradiciones, por lo que debe considerarse en todo momento los métodos tradicionales que utilizan en la toma de sus decisiones.⁷

Con ello se reconoce que los miembros de las comunidades indígenas tienen plena libertad para elegir sus formas de decisión interna, así como a las personas, grupos o instituciones que harán de representantes durante el proceso de la consulta, por lo que el Estado no puede interferir en esos aspectos.

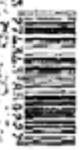
Por otro lado, esta característica implica que las autoridades deben llevar a cabo la consulta a través de medios e instrumentos adecuados para las comunidades indígenas de tal suerte que la falta de acceso a las tecnologías de la información no signifique un menoscabo en el goce de este derecho.

3. La consulta debe ser informada. Los procesos de consulta deben garantizar el acceso pleno a la información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto de que se trate, antes de y durante la consulta.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la obligación de realizar consultas informadas requiere que el Estado divida dicha información entre las comunidades y que mantenga una comunicación constante con ellas.⁸

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

⁷ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párrafo 131.
⁸ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párrafo 133





Además, la información que las autoridades proporcionen debe ser objetiva e imparcial, sobre todo en el supuesto de que en el proyecto estén involucrados particulares con intereses lucrativos.

Por otra parte, las autoridades deben –siempre que el caso concreto lo requiera– efectuar los estudios correspondientes en cooperación con los pueblos involucrados, a fin de evaluar el impacto ambiental, social, espiritual y cultural que el proyecto pudiera causar. El resultado de dichos estudios debe ser considerado en la ejecución del proyecto.

Finalmente, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para que toda la información sea comprensible, por lo que, de ser indispensable, deberá ser proporcionada en las lenguas o idiomas de las comunidades o pueblos involucrados, así como los elementos necesarios para su entendimiento, de tal suerte que los tecnicismos científicos o de otra índole no constituyan una barrera para emitir una opinión.

4. La consulta debe ser de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo. Esta característica exige la ausencia de cualquier tipo de coacción por parte del Estado, de sus agentes o de particulares que actúen con su autorización o aquiescencia.

Además, la consulta debe llevarse a cabo fuera de un ambiente hostil que obligue a las comunidades o pueblos indígenas a tomar una decisión viciada o precipitada, por lo que el proceso requiere el establecimiento de un clima de confianza mutua entre las partes.

Como se ha detallado, el derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas debe garantizarse en el caso de que una medida administrativa o legislativa genere o sea



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

susceptible de generar impactos significativos en el entorno y vida de las personas indígenas.

Adicionalmente, es oportuno precisar que el principio de interpretación conforme se maximizó con el establecimiento del principio por persona, contenido en el artículo 1 de la Constitución Federal, a partir del cual debe procurarse la efectividad de los derechos humanos

En ese sentido, el margen de apreciación administrativo de las autoridades encargadas de aplicar el Derecho a la Cultura tiene un papel primordial. Pues las autoridades no tienen un ámbito de aplicación a un principio de legalidad, sino que realizan sus funciones en el ámbito de sus competencias y para fundamentos del derecho vigente, también se debe expandir su ámbito a un ejercicio material y realizar sus funciones administrativas regulando que estas no incumplan la cláusula constitucional de igualdad y no discriminación. Partiendo de ese margen, proceder a aplicar o modular sus actuaciones siempre en beneficio del bien común y el interés general, respetando el principio pro persona, y aquellas promesas infranqueables que contiene la Constitución en su artículo 1º.

"En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como de las garantías para su protección cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos previstos..."

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Resuelta aplicable la tesis P. II/2017 (10a.), sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rúbro y texto:

"INTERPRETACIÓN CONFORME. SUS ALCANCES

* Maurer H. (2012). Derecho Administrativo Alemán. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.





EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. El principio de interpretación conforme se fundamenta en el diverso de conservación legal, lo que supone que dicha interpretación está limitada por dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo; por un lado, aquél encuentra su límite en la voluntad del legislador, es decir, se relaciona con la funcionalidad y el alcance que el legislador imprimió a la norma y, por otro, el criterio objetivo es el resultado final o el propio texto de la norma en cuestión. En el caso de la voluntad objetiva del legislador, la interpretación conforme puede realizarse siempre y cuando el sentido normativo resultante de la ley no conlleve una distorsión, sino una atemperación o adecuación frente al texto original de la disposición normativa impugnada; asimismo, el principio de interpretación conforme se fundamenta en una presunción general de validez de las normas que tiene como propósito la conservación de las leyes; por ello, se trata de un método que opera antes de estimar inconstitucional o Inconvencional un precepto legal. En ese sentido, sólo cuando exista una clara incompatibilidad o contradicción que se torne insalvable entre una norma ordinaria y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o algún instrumento internacional, se realizará una declaración de inconstitucionalidad o, en su caso, de inconvencionalidad; por tanto, el operador jurídico, al utilizar el principio de interpretación conforme, deberá agotar todas las posibilidades de encontrar en la disposición normativa impugnada un significado que la haga compatible con la Constitución o con algún instrumento internacional. Al respecto, dicha técnica interpretativa está íntimamente vinculada con el principio de interpretación más favorable a la persona, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme de todas las normas expedidas por el legislador al texto constitucional y a los instrumentos internacionales, en aquellos escenarios en los que permita la efectividad de los derechos humanos de las personas frente al vacío legislativo que previsiblemente pudiera ocasionar la declaración de inconstitucionalidad de la disposición de observancia general. Por tanto, mientras la interpretación conforme supone armonizar su contenido con el texto constitucional, el principio de interpretación más favorable a la persona lo potencia significativamente, al obligar al operador jurídico a optar por la disposición que más beneficia a la persona y en todo caso a la sociedad.⁶

En conclusión, la interpretación conforme conlleva a confrontar el acto administrativo negativo con la norma constitucional o convencional que se estima violentada, con la finalidad de buscar la armonización entre ambas y, en el caso de que existan dos posibles interpretaciones, optar por la que



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

otorgue un mayor beneficio a la persona.

En atención a las premisas expuestas, se estima que la negativa reclamada debe interpretarse de manera conforme con el artículo 2 de la Constitución Federal y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, para estimar que a pesar de que no señalan expresamente la obligación de las autoridades de consultar –en específico– a las comunidades indígenas, sus opiniones sí deben ser valoradas en el proceso de planeación y formulación de los programas de desarrollo cultural. Tal como se explicará a continuación:

En apoyo a ello, para el caso que nos ocupa, la suscrita juzgadora considera aplicable el Test de identificación de núcleo de derechos ya que lo que se busca establecer en esta resolución es la obligación de las autoridades que figuran como responsables en este juicio, consistente totalmente en proporcionar la cantidad de \$4,335,953.75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.N) para el proyecto Música en la Montaña de Chantepéc 2021 manifestaciones culturales Otomí-Hñahñu de San Idelfonso, es parte del núcleo del derecho a la cultura del quejoso y de la comunidad Hñahñu, a pesar que el mismo no se encuentra contemplado en el Presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Se define a este test, como aquel que sirve para identificar el núcleo o contenido esencial de un derecho a través de la identificación de obligaciones específicas a cargo del Estado, generando estándares fijos, es decir, busca determinar si una determinada obligación del Estado es parte

* Vázquez, Daniel, Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para aplicar Restricción, Igualdad y No Discriminación, Ponderación, Contenido Esencial de Derechos, Progresividad, Prohibición de Regresión y Máximo Uso de Recursos Disponibles Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2016, p.127.





del núcleo del derecho en cuestión y cuál sería el impacto de ordenar al Estado a cumplir con la obligación que es demandada como violación a un derecho por alguna persona.

Este test busca también definir cuál es la posibilidad fáctica de que dicha obligación sea cumplida; así, indica que la determinación de que una obligación específica es parte del contenido esencial de un derecho no tiene consecuencias meramente declarativas, sino que también tiene efectos jurídicos relevantes:

Esa obligación es de cumplimiento inmediato por parte del Estado, ya que la identificación del contenido esencial de un derecho supone el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contraargumentaciones fácticas de imposibilidad provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes.

Elo en atención a lo establecido por la Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y culturales en su párrafo 10:

"(...) Se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (...)"

Por lo anterior, cobra sentido que parte de la discusión sobre la integración del núcleo de un derecho esté



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

estrechamente relacionado con cosas como las capacidades presupuestales, técnicas, de política pública, legislativas y demás de un Estado, porque en la medida que haya una declaración judicial al respecto, el Estado tendría que hacerse cargo de forma inmediata.

A partir de ello, el test para identificar el núcleo de un derecho parece tener en realidad una finalidad muy particular: determinar cuándo el Estado pretende establecer una restricción sobre cómo se está haciendo cargo de una obligación tan relevante en materia de derechos humanos que puede ser parte del contenido esencial de un derecho?

Bajo esta lógica el test que el citado autor propone está integrado por las siguientes categorías:

I. ¿Cuáles son las obligaciones del derecho que se está analizando?

II. Sin que obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido? Identificación de las obligaciones que conforman el núcleo.

III. ¿Cuál es el contexto de restricciones materiales y financieras de política pública para hacer efectivo el contenido esencial del derecho?

IV. ¿Hay mecanismos establecidos para de cumplir prioridades en el marco de esas restricciones?

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

V. ¿En esas prioridades se considera en contenido esencial del derecho y las personas en situación de vulnerabilidad?





VI. ¿Cuáles son los costos que se deben asumir para cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho?

VII. ¿Cuáles serían las consecuencias de cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho (considerando no sólo a demandante, sino a todos los que pudieran estar en esa misma condición)?

VIII. ¿Qué impacto tiene la denegación de derechos específicos sobre las personas cuyo ejercicio de derechos es vulnerado?

IX. ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para cumplir con el ejercicio efectivo del contenido esencial del derecho?

Aplicación del test de núcleo esencial de derechos al caso concreto.

I. ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando? II. ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido? (identificación de las obligaciones que conforman el núcleo)

Conviene anotar que se entiende por Derecho a la Cultura.

Derecho a la cultura. La cultura es el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias.¹¹

Al respecto lo establecido en los siguientes artículos del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales:

"Artículo 1.1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. (...)"

"Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto."

*"Artículo 15.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
a) Participar en la vida cultural (...)"*

El derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad. Para realizarlo, es necesario que el Estado parte se abstenga de hacer algún tipo de injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales, por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que exista) las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos, por la otra.¹²

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

La cultura, a los efectos de la aplicación del párrafo 1 a) del artículo 15 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal;

¹¹ Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, artículo 1.
¹² Observación general Nº 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Respuesta de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 6.





los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades.¹³

Los términos "participar" o "tomar parte" tienen el mismo significado y son utilizados indistintamente en otros instrumentos internacionales y regionales.

El derecho a participar o a tomar parte en la vida cultural tiene, entre otros, tres componentes principales relacionados entre sí: a) la participación en la vida cultural; b) el acceso a la vida cultural, y c) la contribución a la vida cultural.¹⁴

a) La participación en la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a actuar libremente; a escoger su propia identidad; a identificarse o no con una o con varias comunidades, o a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad; a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección. Toda persona tiene igualmente derecho a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, así como a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas.

¹³ Observación general Nº 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Respecto de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 13.

¹⁴ Observación general Nº 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Respecto de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 15.



FORMA 0-1

b) El acceso a la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Toda persona tiene también derecho a conocer formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades.

c) La contribución a la vida cultural se refiere al derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad. Le asiste también el derecho a participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece, así como en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales.¹⁸

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece:

"Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural."

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado."

¹⁸ Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, art. 5





"Artículo 11. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas. 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres."

"Artículo 31 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. 2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos."

III. ¿Cuál es el contexto de restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el contenido esencial del derecho?

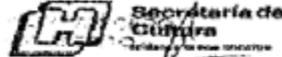
Conviene adhirir el informe justificado de los responsables (Foja 195 y 197);



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"2021, Año de la Independencia"

FORMA B-1



7787
SECRETARÍA DE CULTURA
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS



Amparo indirecto número 1075/2020
Oficio número SC/DAF/070/2021
Asunto: se rinde Informe justificado

PRESENTE, ESTO:
Jueza Tercera de Distrito del Vigésimo Noveno Circuito,
con residencia en esta ciudad de Pachuca de Soto, Estado de Hidalgo.

Presenta:

José Olaf Hernández Sánchez, en carácter de Secretario de Cultura del Estado de Hidalgo, señalado como autoridad responsable en el juicio de amparo indirecto al rubro indicado, en atención al auto de dieciocho de febrero del año en curso, ante usted con el debido respeto, comparezco y expongo:

Se niega que el acto reclamado que se imputa al suscrito, consistente en la negativa de integrar el presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4,235,959.75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.), para el proyecto "Música en las montañas del Chantepac 2021" vulnere el derecho a la cultura del quejoso, previsto por los artículos 1, 2 y 4 penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si bien es cierto, el día veintinueve de octubre de dos mil veinte, [redacted] [redacted] presentó propuesta para la realización del evento "Música en las Montañas del Chantepac 2021", se le dio la respuesta correspondiente en oficio número SCCH/029/2020 de fecha veinte de noviembre de dos mil veinte, suscrito por el Maestro Alberto Avilés Cortés Director General de Patrimonio Cultural, en el que se hizo del conocimiento al primero, que no se cuenta con el recurso solicitado, derivado de la pandemia causada por el covid 19, lo que ha modificado y desfasado los etapas de los programas, restringiendo incluso la movilidad en todo el país, y estableciendo las normas de prevención necesarias en el Operativo Estado que implementa el Gobierno del Estado de Hidalgo --se anexa oficio--.

Cabe agregar, que el día veintitrés de noviembre de dos mil veinte, le fue notificado a César de la Cruz Benítez, al correo electrónico ccg.indigeta29@gmail.com el escrito que rechazó a su solicitud (se presentaron con anterioridad copias certificadas de las constancias con las que se cuentan, las que solicito se tengan a la vista).

Por último, reitero la solicitud de autorización al usuario Rigoberto1080 para consultar vía Internet del expediente electrónico que sea formado con motivo del presente amparo.

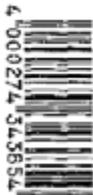
Por lo expuesto, se solicita:

Único. Prover conforme a derecho.

Protesto lo necesario

José Olaf Hernández Sánchez
Secretario de Cultura del Estado de Hidalgo

General (Imp.) y Mex. S. de C. V. C. A. México, Pachuca de Soto, Hidalgo, S. P. 42000
Tel. 01 771 1 101 5271





SECRETARÍA DE CULTURA
ESTADO DE HIDALGO
1789
2021 FEB 27

Amparo indirecto número 1075/2020
Oficio número SCEH/IDG/IC/005/2021
Asunto: se rinde informe justificado

Juiza Tercero de Distrito del Vigésimo Noveno Circuito,
con residencia en esta ciudad de Puebla de Zaragoza, Estado de Hidalgo.
Presente.

Alberto Avilés Cortés, en carácter de Director General de Patrimonio Cultural de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo, señalado como autoridad responsable en el juicio de amparo indirecto al rubro indicado, en atención al auto de dieciocho de febrero del año en curso, ante usted con el debido respeto, comparezco a rendir informe justificado, lo que realizo de la siguiente manera:

Se niega que el acto reclamado que se imputa al suscrito, consistente en la negativa de integrar el presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4,335,953.75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.), para el proyecto "Música en las montañas del Chanteyoc 2021" vulnere el derecho a la cultura del quejoso, previsto por los artículos 1, 2 y 4 penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si bien es cierto, el día veintinueve de octubre de dos mil veinte, [REDACTED] presentó propuesta para la realización del evento "Música en las Montañas del Chanteyoc 2021", se le dio la respuesta correspondiente en oficio número SCEH/029/2020 de fecha veinte de noviembre de dos mil veinte, por conducto del suscrito en calidad de Director General de Patrimonio Cultural, en el que se hizo del conocimiento al primero, que no se cuenta con el recurso solicitado, derivado de la pandemia causada por el covid 19, lo que ha modificado y desplazado las etapas de los programas, reasumiendo incluso la movilidad en todo el país, y estableciendo las normas de prevención necesarias en el Operativo Escudo que implementa el Gobierno del Estado de Hidalgo.

Cabe agregar, que el día veintitrés de noviembre de dos mil veinte, la fue notificado a [REDACTED] [REDACTED] el correo electrónico [REDACTED] el escrito que recibió a su solicitud (se presentaron con anterioridad copia certificada de las constancias con las que se cuentan, las que solicito se tengan a la vista).

Por último, reitero la solicitud de autorización al usuario [REDACTED] para consultar vía internet del expediente electrónico que sea formado con motivo del presente amparo.

Por lo expuesto, se solicita:

Único. Provoen conforme a derecho.

Protesto lo necesario
Alberto Avilés Cortés
Director General de Patrimonio Cultural de la
Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo

Generación: 2021/02/27 10:00 AM
Dirección: Calle Morelos, Puebla de Zaragoza, Hidalgo C. P. 72000
Teléfono: (01 221) 157 07 07
www.hidalgo.gob.mx

Del contenido del informe justificado se aprecia que la responsable sustenta que la negativa de la que fue objeto el quejoso, se encuentra motivada en el sentido de que las responsables aluden a que no cuentan con presupuesto para la realización de dicho



IDER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

“2021, Año de la Independencia”

FORMA B-1

programa con motivo del presupuesto empleado en relación a la pandemia por el virus Covid-19. Sin embargo, no anexaron constancia que compruebe su dicho. Al respecto el artículo 117 de la Ley de Amparo establece;

“Artículo 17. (...) En el informe se expondrán las razones y fundamentos que se estimen pertinentes para sostener la improcedencia del juicio y la constitucionalidad o legalidad del acto reclamado y se acompañará, en su caso, copia certificada de las constancias necesarias para apoyarlo (...)”

En ese sentido, no se acredita el dicho de la responsable sobre que no cuentan con presupuesto para la realización de dicho programa con motivo del presupuesto empleado en relación a la pandemia por el virus Covid-19, por tanto, se tiene como prueba plena para efectos del juicio de amparo. Asertos que se corroboran con las constancias que acompañaron a este sumario constitucional, a las cuales se les otorga pleno valor probatorio de conformidad con los numerales 129, 197 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles¹⁶ de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, en términos de su Artículo 2¹⁷.



¹⁶ ARTÍCULO 129. Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones.

La calidad de público se demuestra por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes.

ARTÍCULO 197. El litigante goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, sus efectos de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valoración contradictoria; a no ser que la ley fije las reglas para hacer esta valoración, observando, sin embargo, respecto de cada especie de prueba, lo dispuesto en este capítulo.

ARTÍCULO 202. Los documentos públicos hacen prueba plena de los hechos legalmente afirmados por la autoridad de que se trata procedida, pero, si en ellos se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos sólo prueban plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones; pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado.

Las declaraciones o manifestaciones de que se trata prueban plenamente contra quienes las hicieron o asistieron al acto en que fueron hechas, y no manifiestan conformes con ellas. Pierden su valor en el caso de que judicialmente se declare su simulación.

También harán prueba plena las certificaciones judiciales o notariales de los libros parroquiales, relativos a los actos del orden civil de las personas, siempre que se refieran a época anterior al establecimiento del Registro Civil, igual prueba harán cuando no existen los libros de registro, original y duplicado, y cuando, adhiriendo, sobre rotos o borrones los hojas en que se anotó el acto.

En caso de estar contradicho su contenido por otras pruebas, su valor queda a la libre apreciación del tribunal.

¹⁷ Artículo 2. El juicio de amparo se substanciará y ejecutará con arreglo a las formas y procedimientos que se determinan en el presente libro, ajustándose, en materia agnata, a las prevenciones específicas a que se refiere el libro segundo de esta ley. A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.



IV. ¿Hay mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones? V. ¿En esas prioridades se considera en contenido esencial del derecho y las personas en situación de vulnerabilidad?

Si. Al respecto, el Estado de Hidalgo tiene una composición pluricultural y plurilingüe sustentada originalmente en los pueblos indígenas Nahuatl, Otomí, Tepehua, Tének y Pame, así como las autodenominaciones que se deriven de los mismos; que conservan sus propias estructuras sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Asimismo, se reconoce la presencia de otros pueblos indígenas en su territorio.¹⁸

Por su parte el Plan Estatal de Desarrollo de Hidalgo dispone diversos Ejes que son obligatorios en razón de las facultades antes mencionadas de respecto de la Secretaría de Cultura, en relación al caso planteado es necesario observar el Eje 3, titulado Hidalgo Humano e igualitario que dispone en su subtítulo 3.5 lo siguiente;

“3.5 Arte y cultura. Fomentar el arte y la cultura bajo una perspectiva incluyente e integradora, que facilite el acceso de la población de todo el territorio estatal en la creación y difusión de las expresiones culturales y artísticas, en favor de las generaciones futuras”.

¹⁸ Véase: Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.



Poder Judicial de la Federación

"2021, Año de la Independencia"

FORMA B-1

En ese sentido la Ley de Derechos y Cultura Indígena para el Estado de Hidalgo establece lo siguiente respecto de la asignación de presupuesto:

"(...)

*Artículo 68. Las autoridades en sus distintos órdenes de gobierno deberán observar en todo tiempo los **principios de subsidiariedad y complementariedad en el diseño y aplicación de sus políticas públicas y coordinarse con las propias comunidades indígenas.***

Artículo 69. Las comunidades indígenas presentarán anualmente ante los ayuntamientos, con toda oportunidad y con su respectiva acta de Asamblea General Comunitaria, sus proyectos y programas de obras y servicios para beneficio común, a fin de que aquéllos estén en condiciones de asignarles las partidas presupuestales correspondientes, para la realización de dichos proyectos y programas, debiendo considerar la planeación de largo plazo.

Artículo 70. Corresponderá a cada comunidad establecer, con base en un plan de desarrollo rural y comunitario, los proyectos, programas, obras o servicios prioritarios, en la administración de las partidas presupuestarias asignadas. Los ayuntamientos deberán al efecto brindar la capacitación y asesoría técnica y metodológica, de manera permanente a través de prestadores de servicio y/o mediante





estrategias de formación de las personas que la comunidad designe.

Artículo 71. Los ayuntamientos asignarán las partidas presupuestales de manera equitativa, para lo cual deberán tomar en cuenta como criterios básicos la mayor o menor población y el nivel de pobreza de las comunidades, así como el impacto social y humano de las obras proyectadas, considerando para ello las demandas y prioridades comunitarias enunciados en el artículo anterior, en apego a lo señalado autonomía municipal tutelada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 72.- Los programas de desarrollo rural comunitario de largo plazo, deberán ser evaluado y validados de forma anual por la Asamblea General comunitaria.

Artículo 71. Los ayuntamientos asignarán las partidas presupuestales de manera equitativa, para lo cual deberán tomar en cuenta como criterios básicos la mayor o menor población y el nivel de pobreza de las comunidades, así como el impacto social y humano de las obras proyectadas, considerando para ello las demandas y prioridades comunitarias enunciados en el artículo anterior, en apego a lo señalado autonomía municipal tutelada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De la interpretación de dichos artículos se desprende el Principio de Subsidiariedad, mismo que alcanza su justificación y relevancia dentro de la teoría del Estado. Se define como la



IDER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"2021, Año de la Independencia"

FORMA B-1

distribución de deberes de asistencia, de competencia y de bienestar dentro de un orden social estratificado.

En comparativa, la Subsidiariedad y la legitimación moderna del Estado convergen en tres aspectos:

- a) El individuo es el criterio supremo,
- b) El Estado es legítimo sólo subsidiariamente, y
- c) Se transfieren al Estado solo competencias vedadas individualmente.

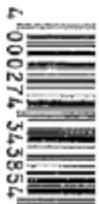
Se justifica en estos mismos aspectos las frecuentes omisiones positivistas del Principio de Subsidiariedad como los poderes coercitivos y la limitación de la libertad, ideas resueltas originalmente desde el punto de vista de la teoría de la legitimación. Sin embargo, para establecer la preferencia del principio de referencia, se determina que solo la Subsidiariedad podría imponer eficientemente la reducción de competencias estatales y la división exacta de las mismas en función de la autorrealización de la persona humana¹⁹

El Principio de Subsidiariedad, puede diversificar etapas en los elementos de este último, puesto que el primero representa tres niveles de perfeccionamiento asociativo:

1. Los acuerdos con los que tanto los actores públicos como los privados persiguen solventar problemas sociales o crear oportunidades sociales.

2. Preocuparse por las instituciones sociales en las que estas actividades de gobierno tienen lugar y

¹⁹ HBB, O'Neil, Ismael, José (compiladores). *Principios de Filosofía Política, Axiología, Ética y Filosofía del Derecho*. 2002.





3. Formular los principios de acuerdo con los que estas actividades se llevan a cabo.²⁰

En ese sentido, cabe volver a transcribir las facultades de las autoridades responsables;

De acuerdo al artículo 32 Bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública para el Estado de Hidalgo A la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

I. Promover el derecho de todas las personas a participar de la vida cultural y a gozar de los beneficios del desarrollo cultural;

II. Elaborar y conducir la política estatal en materia de cultura con la participación que corresponda a otras dependencias y entidades de la Administración Pública Estatal.

En ese sentido la o el Titular de la Secretaría de acuerdo a su Reglamento Interior tiene a su cargo las siguientes facultades de acuerdo al artículo 13 del Reglamento Interior de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo.:

"I. Conducir la política cultural del Estado, así como planear, coordinar y evaluar las actividades de la Secretaría en los términos de la legislación aplicable, a fin de dar cumplimiento a los objetivos contenidos en el Plan Estatal de Desarrollo;

²⁰ Art. 32 Bis, Ley Orgánica de Gobierno, Poderes Públicos y Administración del Estado de Hidalgo, C. 21, p. 50.



IDER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"2021, Año de la Independencia"

FORMA B-1

III. Someter a la consideración del Ejecutivo del Estado, los programas sectoriales, regionales y especiales; así como la formulación de los programas anuales correspondientes en los términos de la legislación aplicable sustentados en el Plan Estatal de Desarrollo.

(...)

XIII. Aprobar los anteproyectos de Presupuesto de Ingresos de la Secretaría, así como de los programas operativos anuales y remitirlos a la Secretaría de Finanzas Públicas para su aprobación;

(...)

XXV. Elaborar, desarrollar, ejecutar, supervisar y evaluar programas que fomenten la participación ciudadana en actividades relacionadas con la Secretaría (...)"

Además de las encontradas en el artículo 14 de la Ley de Cultura del Estado de Hidalgo;

"(...)

XXXV. Procurar la asignación de recursos presupuestales crecientes en términos reales para el financiamiento de las actividades culturales;

XXXVI. Realizar programas para el impulso y desarrollo de las culturas populares e indígenas del Estado;



758375720007



(...)"

Por su parte de acuerdo al artículo 25 del Reglamento Interior de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo, corresponde a la Dirección General de Patrimonio Cultural del Estado de Hidalgo las siguientes funciones;

"(..)

IV. Identificar necesidades de fortalecimiento de la infraestructura material de la cultura;

(...)

VI. Proponer políticas y estrategias para el desarrollo de las culturas populares orientadas al rescate y preservación del patrimonio cultural;

VII. Desarrollar programas que se orienten a la atención de necesidades específicas de la cultura popular, reconociendo su valor histórico;

VIII. Identificar las vocaciones regionales y su relación con las distintas manifestaciones culturales en el Estado (...)"

Ahora bien, de la interpretación sistemática de la legislación aplicables con el Plan de Desarrollo sustentable, se aprecian mandatos de optimización en relación al Derecho a la Cultura



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"2021, Año de la Independencia"

I C O M P E T E N C I A

existiendo una **competencia concurrente** de brindar dicho derecho, tanto por parte de los ayuntamientos del Estado de Hidalgo en este caso al Ayuntamiento de Tepeji del Río de Ocampo, perteneciente al Estado de Hidalgo, México como por parte de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo y el Director General de Patrimonio Cultural del Estado de Hidalgo. Es de decir, les corresponde a las responsables **la obligación subsidiaria de brindar tanto el derecho cultural de el quejoso, así como de la comunidad indígena**, les corresponde un hacer de manera tanto positiva (dar) como negativa (respetar).

Por otra parte, en relación a la consulta directa para las comunidades indígenas la misma Ley de Derechos y Cultura Indígena para el Estado de Hidalgo, establece;

Artículo 18.-Para llevar a cabo las consultas, las autoridades estatales y municipales podrán celebrar acuerdos de colaboración con las dependencias u organismos públicos de los distintos órdenes de gobierno, estableciendo los objetivos de las consultas, así como los compromisos asumidos a efecto de hacer posible su realización.

Artículo 19.-Los resultados de las consultas deberán difundirse con amplitud con su correspondiente traducción a en lengua indígena, en un plazo no mayor a noventa días naturales posteriores a la consulta.





Artículo 20.-Las autoridades estatales y municipales que hayan realizado la consulta, considerarán las opiniones que deriven de la misma, en la elaboración de políticas públicas, programas o reformas institucionales en materia indígena, que hayan sido objeto de la misma."

Se colige, que los anteriores preceptos instan a realizar acuerdos de colaboración con las dependencias u organismos públicos de los distintos órdenes de gobierno, estableciendo los objetivos de las consultas, así como los compromisos asumidos a efecto de hacer posible su realización. Así mismo, establece **que tanto las autoridades estatales como las municipales que hayan realizado la consulta, considerarán las opiniones que deriven de la misma, en la elaboración de políticas públicas, programas.**

VI ¿Cuáles son los costos que se deben asumir para cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho?

De acuerdo a los artículos arriba citados respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, El Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador se aprecia que existen medidas positivas que el Estado Mexicano está obligado a respetar consistentes en un hacer, ese hacer puede consistir en una



DER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

“2021, Año de la Independencia”

FORMA 6-1

obligación de organización y procedimiento —diseño, organización, implementación, cumplimiento, garantía, control, fiscalización, mejora—; de desarrollo o ejecución normativa, o en una obligación de dar.

El cumplimiento de las obligaciones²¹ que surgen del derecho a la cultura implica, en caso de que nada se haya hecho, un empezar a hacer adecuado tanto fáctica como normativamente. Así, esta juzgadora considera pertinente desplegar un análisis que permita examinar:

- a) Si el accionar del Estado es violatorio del derecho a la cultura por haber incumplido por insuficiencia o por omisión, y
- b) Cuál es la conducta debida suficiente.

Por tal motivo es necesario realizar una reconstrucción exhaustiva de la situación en la que se encuentra la comunidad indígena afectada a causa de la omisión de respetar el derecho a la cultura y en la que se encontraría y en la que se debería encontrar de haberse realizado la acción debida —por omisión o insuficiencia—

Esta reconstrucción requiere determinar:

- a) El  derecho afectado. En este

²¹ Clórika, Livia (2008), “El sistema de proporcionalidad: entre el exceso y la insuficiencia”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Pág. 171.





caso el derecho a la Cultura, en conexión con la dignidad humana respecto a fomentar la participación y difusión de su cultura, así como su Derecho al trabajo. Aquí el accionar insuficiente se refiere a falta de cumplimiento de obligaciones de hacer que generen las condiciones materiales que permitan el ejercicio real de ese derecho. Esta insuficiencia impacta en forma directa en el derecho a la cultura de hombres y mujeres en situación de desempleo que podrían beneficiarse, tal como se expuso en el objetivo del proyecto, así como en sus metas que a continuación se inserta (Foja 70, y 72);

Se aprecia que el objeto del programa es fomentar el desarrollo de actividades musicales a través de la conformación de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

“2021, Año de la Independencia”

FORMA B-1

bandas de viento, orquestas sinfónicas y cuartetos, entre otras tanto infantiles como juveniles, que fortalezcan el desarrollo de habilidades y la integración social.

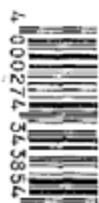
En ese sentido, también se menciona como objetivo el promover y conservar la formación integral de niñas, niños y jóvenes, así como potenciar el interés de la gente en las comunidades indígenas **generando impacto social de convivencia armónica, pacífica y equitativa, que promueva el respeto de los derechos humanos la perspectiva de género, generando un impacto positivo en la calidad de vida de sus familias y comunidades.**



SECRETARÍA DE JUSTICIA Y ENERGÍA
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

ESTADO DE EJECUCIÓN DE OBRAS	
FECHA DE EJECUCIÓN	FECHA DE ENTREGA
FECHA DE INICIO	FECHA DE TÉRMINO
FECHA DE CANCELACIÓN	FECHA DE CANCELACIÓN
FECHA DE CANCELACIÓN	FECHA DE CANCELACIÓN
FECHA DE CANCELACIÓN	FECHA DE CANCELACIÓN

Este documento es una copia de un documento original que se encuentra en el sistema de gestión documental del Poder Judicial de la Federación. El presente documento es una copia digitalizada y no tiene validez jurídica. Para más información consulte el sitio web del Poder Judicial de la Federación.



798575 722000 Y



Por otra parte se aprecia que las metas cuantitativas se aluden en razón de **veintidós presentaciones artísticas**, las cuales **atenderán a treinta grupos de indígenas**, que además **pretende beneficiar a doce mil** personas, beneficiando a dieciocho municipios, con una participación de ochocientas personas con una cantidad de **treinta y dos grupos artísticos**.

Manifestando también, que el propósito medular es el reconocimiento de la música indígena a nivel nacional e internacional, así como la promoción y divulgación del patrimonio cultural, social y económico del país promoviendo la toma de conciencia y sensibilización en torno al patrimonio tangible e inteligible del país

Resultando entonces, que la falta de acceso al presupuesto para la realización de dicho proyecto empeora la gravedad de su reconocimiento cultural, constituyendo un atentado contra su dignidad humana que debe poner de manifiesto el carácter inclusivo y de interdependencia del Derecho a la Cultura y, a su vez, la dimensión estructural de algunas de las obligaciones que genera este derecho.

b) **La restricción al derecho que surge por omisión o insuficiencia.** Esta acción suele ser identificada como el medio



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"2021, Año de la Independencia"

FORMA D-1

establecido por el Estado, que en forma abreviada identificamos como en la negativa de integrar al presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4, 335,953, 75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.N) para el proyecto **Músicas en la Montaña de Chantepec 2021 manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso, el cual resulta fundamental para continuar con el rescate, fomento y fortalecimiento de la cultura de la comunidad Hñähñu.**

El presupuesto suficiente lo sustenta el quejoso en razón de lo siguiente (Foja 79);



MUNICIPALIDAD OTOMÍ
HÑÄHÑU DE CHANTEPEC

CONCEPTO	Monto
PROYECTO DE MANIFESTACIONES CULTURALES	4,335,953.75
OTROS GASTOS	2,000.00
DEMANDAS JUDICIALES	0.00
OTROS GASTOS	0.00
TOTAL	4,337,953.75

g) Traslados por la oficina del trabajador

- Pasaje
- Comida
- Alojamiento
- Traslado
- Paga web, teléfono, internet
- Transporte



Dicho gasto presupuestal, lo sustenta el quejoso en razón de pago de honorarios, hospedaje, transporte, alimentos, arrendamientos, difusión, ambulancia y sanitarios, así cómo difusión en radio, carteles, invitaciones, trípticos, paginas web, redes sociales y televisión.

En ese sentido es necesario aclarar que una acción suficiente no es igual a contenido mínimo. Los derechos a acciones positivas del Estado son principios como los derechos de no intervención. Es decir, elevan la pretensión de ser realizados en la



4 758979 712000 4



mayor medida fáctica y jurídica posible. **En este sentido, tanto la prohibición de insuficiencia como su par, la prohibición de exceso, son formas de determinación del contenido de los derechos fundamentales y más allá de su contenido mínimo que por lo general, se determina se aplica como regla.**

En ese sentido, no puede quedar al arbitrio del quejoso la administración de dicho presupuesto pues corresponde a la o el Titular de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo de acuerdo a su Reglamento Interior las siguientes facultades de acuerdo al artículo 13:

*XXV. Elaborar, desarrollar, ejecutar, **supervisar** y **evaluar** programas que fomenten la participación ciudadana en actividades relacionadas con la Secretaría (...)"*

Por tanto, es razonable asegurar que efectivamente corresponde a la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo realizar una valoración exhaustiva de la propuesta presupuestal realizada por quejoso [REDACTED] tomando en cuenta la realización de una consulta previa con el pueblo indígena Hñähñu y a su vez la Organización Hñähñu para la defensa de los pueblos indígenas, en atención a que lo que se propone traerá consigo una decisión administrativa que tendrá un impacto directo para la comunidad.



DERECHO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"2021, Año de la Independencia"

FORMA B-1

Por otra parte dicha autoridad debe tomar en cuenta el **derecho o bien colectivo que el Estado trata de promocionar con las facultades que le otorga su Reglamento Interior pues ello forma parte de los fines de la acción estatal.** Ese derecho o bien colectivo también suele ser llamado **fin legítimo**, para lo cual en este caso la autoridad fue omisa en fundar y motivar en atención al artículo 2 Y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación a la negativa que conlleva una restricción total a su Derecho a la Cultura.

VII. **¿Cuáles serían las consecuencias de cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho (considerando no sólo al demandante, sino a todos los que pudieran estar en esa misma condición)?**

Inmediata. **Brindar presupuesto al quejoso y a la comunidad indígena en relación al Proyecto "Música en las montañas del Chantepec 2021" manifestaciones culturales Otomí/Hñähñu de San Idelfonso, en virtud de que corresponde al Titular de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo la aprobación de los anteproyectos de Presupuesto de Ingresos.**

Mediata. La eventual inclusión en el presupuesto asignado a la **Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo, pese a que actualmente no se encuentra contemplado dicho proyecto en el Presupuesto de Egresos para el Estado de Hidalgo.**





VIII. ¿Qué impacto tiene la denegación de derechos específicos sobre las personas cuyo ejercicio de derechos es vulnerado?

El más importante, el no cumplir con la obligación constitucional de salvaguardar el derecho cultural de las personas, en el caso, del quejoso y de la comunidad indígena, ya que, de no **Brindar presupuesto** en relación al Proyecto "Música en las montañas del Chantepec 2021" manifestaciones culturales Otomí/Hñähñu de San Idelfonso, se estaría incumpliendo el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales:

"Artículo 1.1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. (...)"

"Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto."

"Artículo 15.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

b) Participar en la vida cultural (...)"



Poder Judicial de la Federación

"2021, Año de la Independencia"

FORMA B-1

Pues cultura, como producto social, debe quedar al alcance de todos, en condiciones de igualdad, no discriminación y participación. Por lo tanto, al cumplir las obligaciones jurídicas que les impone el párrafo 1 a) del artículo 15 del Pacto, los Estados partes deben adoptar sin demora medidas concretas para la adecuada protección y el pleno ejercicio del derecho de las personas que viven en la pobreza y de sus comunidades a disfrutar de la vida cultural y a participar en ella. A este respecto, el Comité remite a los Estados partes a su Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²²

Principio de progresividad.

En ese sentido los derechos sociales son fundamentales y generales a una acción fáctica. El derecho general a una acción fáctica define un estado que debe alcanzarse fácticamente. Esta situación o estado factico puede alcanzarse por medios diversos. Por esto, aquí por motivos de claridad se debe distinguir estrictamente entre el objeto de los derechos sociales fundamentales (obligación de garantía de la acción fáctica del Estado) y los medios para el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales. Para el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales hay dos medios:

a) Una acción fáctica del Estado

²² Observación general Nº 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Respecto de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 30.





b) Una acción normativa que pueda utilizarse como medio para exigir un derecho general.²³

Entonces, se prevén obligaciones de contenido y de resultado, de carácter inmediato, que se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

De ahí que se configure una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado; lo que evidentemente ocurría en el caso, al excluir la posibilidad de **Brindar presupuesto al quejoso y a la comunidad indígena Hñähñu en relación al Proyecto "Música en las montañas del Chantepec 2021" manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso.**

IX. ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para cumplir con el ejercicio efectivo del contenido esencial del derecho?

²³ ARANGO, T. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pág. 110



Poder Judicial de la Federación

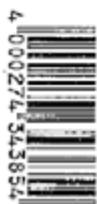
"2021, Año de la Independencia"

FORMA D-1

a) El inmediato otorgamiento de **presupuesto al quejoso y a la comunidad indígena** en relación al Proyecto "Música en las montañas del Chantepec 2021" manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso, en virtud de que corresponde al Titular de la **Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo** la aprobación de los anteproyectos de Presupuesto de Ingresos.

b) La posterior inclusión en el presupuesto asignado a la **Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo, respecto del Presupuesto de Egresos para el Estado de Hidalgo.**

En ese orden de ideas, la Doctrina sobre Finanzas Públicas, dispone que la ejecución del Presupuesto encuentra su primario cause y su determinante orientación en la Constitución. La ejecución esta también condicionada por consideraciones financieras. A partir de la legal implementación del "presupuesto por programas" se extendió imprimirle flexibilidad al manejo de los recursos con la expresa finalidad de que las dependencias y entidades de la Administración, con base en el Presupuesto, estuvieran en posibilidad de asignar su gasto en conceptos y partidas específicas y modificarlo sin previa autorización, de conformidad con lo establecido por la ley. A demás el Ejecutivo les otorga una serie de facilidades a los coordinadores de sector en el manejo del presupuesto de su



4 000274 543854



Sector con las mínimas interferencias de la Secretaría de Programación y Presupuesto.²⁴

Sirve de apoyo la Tesis aislada P. XX/2002 de Novena Época, Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo XV, Abril de 2002, página 12, de rubro;

“SENTENCIAS DE AMPARO. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 126 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS TRATÁNDOSE DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO DERIVADAS DE SU CUMPLIMIENTO. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, fundamentalmente en la Quinta y Sexta Épocas del Semanario Judicial de la Federación, emitió diversas tesis en las cuales sostuvo el criterio predominante de que tratándose de obligaciones de pago derivadas de sentencias de amparo a cargo de las autoridades responsables, no se sancionaría su incumplimiento cuando el pago no se encontrara previsto en el presupuesto autorizado, de manera que la responsabilidad de aquéllas quedaba limitada a la mera gestión ante los órganos competentes para que se autorizara el gasto correspondiente. En este sentido se orientan los siguientes criterios históricos, de rubros: **“CASO EN QUE NO ES APLICABLE, DE MOMENTO, LA FRACCIÓN XI DEL ARTÍCULO 107 CONSTITUCIONAL. DEFECTO DE EJECUCIÓN.”; “SENTENCIAS DE AMPARO, EJECUCIÓN DE LAS.”; “SENTENCIAS DE AMPARO, INELUDIBLE EJECUCIÓN**

²⁴ FATA, J. Félix (2002). P. XX/2002. EL SUPLENTE DEL SUPLENTE (1001) P. 24



SENER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"2021, Año de la Independencia"

FORMA 0-1

DE LAS. e **"INCIDENTE DE INEJECUCIÓN DE SENTENCIA IMPROCEDENTE."**, publicados, respectivamente, en el Informe de 1941, página 131 y en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XXXI, página 2277 y Tomo XLVII, página 4882, y Sexta Época, Volumen LXXVIII, Primera Parte, página 14. Sin embargo, estos criterios no deben prevalecer en la actualidad pues, por una parte, obedecen a la interpretación aislada del artículo 126 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (que originalmente era el 125) y, por otra, desconocen la fuerza vinculatoria de las ejecutorias de amparo cuya eficacia deriva del mandato constitucional. Lo anterior es así, pues si bien es cierto que el presupuesto de egresos se rige por el principio de anualidad, porque el ejercicio fiscal, por razones de política tributaria, comprende un periodo de un año, para el cual se planea precisamente el gasto público que implica la programación de actividades y cumplimiento de proyectos al menos durante ese tiempo, también lo es que el citado artículo 126 de la Norma Fundamental acepta que el presupuesto no debe ser estricto, inflexible, ni imposible de modificar, pues prevé la posibilidad de que pueda variarse al establecer que no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por ley posterior, de donde se desprende que en el propio texto de la norma constitucional referida, subyace el principio de modificación presupuestaria, al permitir que el gasto pueda programarse en dos momentos, uno anterior y otro posterior, a saber: a) Al aprobarse el presupuesto de egresos; o; b) En ley posterior, la que por su cronología necesariamente sucede a aquel proyecto presupuestario





original en el tiempo; de manera que el precepto constitucional en mención, en lugar de constituir un valladar insuperable para la autoridad responsable, prevé la posibilidad de modificación del presupuesto original para adecuarlo a las necesidades sobrevenidas, es decir, su virtud es la de establecer un remedio para los casos fortuitos, que le permite solicitar los ajustes presupuestarios necesarios para enfrentar las obligaciones pecuniarias del Estado, gasto que necesaria e ineludiblemente debe autorizarse por tratarse del cumplimiento de un mandato de amparo cuya ejecución es impostergable. Además, si la autoridad ya tiene autorizado un presupuesto que le permite efectuar un pago, aun cuando no esté previsto específicamente en él, debe realizarlo si con ello da cumplimiento a un mandato de amparo, pues exclusivamente en esta hipótesis no podría considerarse jurídicamente que vulnerara la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución General de la República, en razón de que el cumplimiento de las sentencias de amparo no puede quedar condicionado a la determinación de si se aprueba o no una partida presupuestal para hacer frente a la obligación impuesta, dado que la majestad de la Constitución Federal impone categóricamente que aquéllas sean cumplidas inexcusablemente, por lo que únicamente en esta hipótesis no puede operar el principio de responsabilidad que deriva del mencionado artículo 126 constitucional, pues técnicamente no se estaría contraviniendo, sino que se actualizaría un caso de excepción en el que no sería punible la conducta de la autoridad. Asimismo, tal proceder tampoco contravendría el artículo 134 del Ordenamiento Fundamental, relativo al manejo de los recursos económicos con



Poder Judicial de la Federación

"2021, Año de la Independencia"

FORMAL

apego al principio de honradez, la cual se entiende como un actuar probo, recto, sin desvío alguno, pues no hay improbidad alguna en cumplir con un mandato de amparo, por el contrario, es un principio rector de los actos de la autoridad cumplir y hacer cumplir la Constitución y, por ende, los mandatos de amparo que derivan de ésta, cuya finalidad es el restablecimiento del orden constitucional.

Del anterior criterio se señala que el presupuesto no debe ser estricto, inflexible, ni imposible de modificar, pues se desprende que en el propio texto de la norma constitucional referida, subyace el principio de modificación presupuestaria, al permitir que el gasto pueda programarse en dos momentos, uno anterior y otro posterior, a saber:

- a) Al aprobarse el presupuesto de egresos; o,
- b) En ley posterior, la que por su cronología necesariamente sucede a aquel proyecto presupuestario original en el tiempo.

En ese sentido, si la autoridad ya tiene autorizado un presupuesto que lo permite efectuar un pago, aun cuando no esté previsto específicamente en él, debe realizarlo **si con ello da cumplimiento a un mandato de amparo, pues exclusivamente en esta hipótesis no podría considerarse jurídicamente que vulnerara la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución General de la República.**





Por tanto, lo que únicamente en esta hipótesis no puede operar el principio de responsabilidad que deriva del mencionado artículo 126 constitucional, pues técnicamente no se estaría contraviniendo, **sino que se actualizaría un caso de excepción** en el que no sería punible la conducta de la autoridad, en este caso del Juez Federal.

*Ello en razón de que **no hay improbidad alguna en cumplir con un mandato de amparo, por el contrario, es un principio rector de los actos de la autoridad cumplir y hacer cumplir la Constitución** y, por ende, los mandatos de amparo que derivan de ésta, tienen como finalidad el restablecimiento del orden constitucional.*

En ese orden de ideas se inscribe el **Principio de modificación presupuestal** por tanto cabe hacer las siguientes precisiones;

El presupuesto es el instrumento de política fiscal más importante para el manejo de las finanzas públicas. Su estudio puede ser abordado desde múltiples perspectivas, que incluyen diversos escenarios, principalmente políticos, académicos, legales, económicos o sociales. Sin embargo, a pesar de representar una práctica política en su aprobación y una construcción técnica en su diseño, **el proceso presupuestal es esencialmente jurídico.**



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

“2021, Año de la Independencia”

FORMA B-1

El marco jurídico que hace al presupuesto sujeto de controles legales, no solamente financieros o contables, sino también de tipo constitucional, el cual, por su misma naturaleza, delimita, algunas veces ampliando y otras restringiendo, el alcance que tiene la norma y el contexto en el cual debe ser interpretada.

El problema jurídico abordado puede ser delimitado de la siguiente manera: ¿Puede el juez, mediante un fallo, modificar la ejecución presupuestal, que por mandato constitucional corresponde en su diseño y ejecución al Ejecutivo y su aprobación al Congreso? En sentido complementario, ¿puede el fallo tener alcance sobre los recursos del presupuesto, los que están amparados por el principio de no modificación?

La solución planteada a este interrogante es la siguiente: Prima facie, puede considerarse que una de las características del presupuesto es su inembargabilidad, principio que está contenido en la ley orgánica que regula la materia²⁵ gozaría de una especial protección jurídica y estatus cuasiconstitucional, lo que implica que prevalece frente al ordenamiento jurídico establecido en normas ordinarias; **adicionalmente representa una especial condición para el interés general y de la sociedad**, frente al eventual riesgo de ser capturado por los intereses económicos particulares, de individuos que podrían afectar su estatus de medio para llevar a cabo los postulados del Estado Social de Derecho.



²⁵ Artículo 59 de la Ley de Presupuesto y Contabilidad Gubernamental del estado de Hidalgo. Los ejecutores de gasto deberán ajustarse a los montos autorizados en el Presupuesto de Egresos para sus respectivos ramos, programas y Difeo de objetivo, salvo que se realicen adecuaciones presupuestarias en los límites que señala este Capítulo.



Es decir, la acción de tutela no debe en principio ser empleada como herramienta para intervenir en la ejecución del presupuesto de un municipio, o ciudad, ordenándole la ejecución de obras o adquisición de bienes con tal de garantizar la protección de derechos fundamentales. Sin embargo, en el presente caso el presupuesto asignado a las responsables puede ser modificado de manera excepcional en cumplimiento de un sentencia de amparo, ya que dicho presupuesto no debe ser estricto, inflexible, ni imposible de modificar, pues por ello se prevé la posibilidad de que pueda variarse, ya que subyace el principio de modificación presupuestaria, al permitir que el gasto pueda programarse en dos momentos, uno anterior y otro posterior, por tratarse del cumplimiento de un mandato de amparo cuya ejecución es impostergable - **en este caso la razón de modificación es la detección de errores y omisiones en sus elementos, pues** la ausencia de consulta a la comunidad indígena involucrada permitió que se adoptaran decisiones sin que fuera escuchada la comunidad indígena Hñähñu de San Idelfonso, con lo que se les vedó el derecho a que sus intereses prevalecieran armónicamente con el desarrollo cultural en el Estado.

Por ende, si bien tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han referido que la consulta indígena debe realizarse durante las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo correspondiente, el hecho de que no se encuentre integrado *al presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4, 335,953, 75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres*



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

“2021, Año de la Independencia”

FORMA II-1

pesos 75/100 M.N.N) para el proyecto **Música en la Montaña de Chantepec 2021 manifestaciones culturales Otomi/ Hñähñu de San Idelfonso, el cual resulta fundamental para continuar con el rescate, fomento y fortalecimiento de la cultura de la comunidad Hñähñu.” no exime a las responsables de cumplir y garantizar el derecho del quejoso y de la comunidad indígena a la consulta, mediante la cual estén en aptitud de participar e incidir en las decisiones estatales que les impacten significativamente.**

Por otra parte, el principio de anualidad no tiene una concepción absoluta, pues debe entenderse en el contexto fiscal que el presupuesto es en sí un medio para lograr los fines del Estado, y, por lo tanto, debe entenderse en armonía con otras normas, como con el Plan de Desarrollo para el Estado de Hidalgo, especialmente en la presentación del presupuesto plurianual de inversiones²⁶ y las que regulan tanto la expedición de este último como con las que regulan la elaboración misma del presupuesto.

Es imposible, por tanto, planear un desarrollo armónico e integral sobre la base de una anualidad absoluta, ya que la labor de planear el desarrollo sugiere la previsión de metas a largo plazo para establecer los propósitos de mediano y corto plazo, como medidas coordinadas para llegar al fin. Sin la plurianualidad, el proceso



²⁶ Artículo 61 de la Ley de Presupuesto y Contabilidad Gubernamental del Estado de Hidalgo. Los ejecutores de gasto podrán celebrar contratos plurianuales de obras públicas, adquisiciones y arrendamientos o servicios durante el ejercicio fiscal siempre que: I. Justifiquen que su celebración representa ventajas económicas o que sus términos o condiciones son más favorables; II. Justifiquen el plazo de la contratación y que el mismo no afectará negativamente la competencia económica en el sector de que se trate; III. Justifiquen el gasto contra el de inversión correspondiente; y IV. Desglosen el gasto a través del año, tanto para el ejercicio fiscal correspondiente, como para los subsiguientes. Las dependencias y entidades requieren la autorización previa de la Secretaría para la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, en los términos del Reglamento. En el caso de las entidades de superior o de subordinación a la Secretaría, la Secretaría podrá autorizar que las dependencias y entidades del Poder Ejecutivo celebren contratos de prestación de servicios a largo plazo y proyectos de infraestructura productiva, de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley de Adquisiciones y en la Ley de Obras Públicas, respectivamente. La autorización para que los ayuntamientos celebren contratos de prestación de servicios a largo plazo y proyectos de infraestructura productiva, será otorgada de conformidad con lo que se establece en la Ley Orgánica Municipal para el Estado de Hidalgo. Las dependencias y entidades deberán informar a la Contraloría sobre la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, dentro de los 30 días posteriores a su finalización. En el caso de proyectos de contratos para prestación de servicios, las dependencias y entidades deberán sujetarse al procedimiento de autorización y demás disposiciones aplicables que emita la Secretaría. Los poderes Legislativo y Judicial y los entes autónomos, a través de sus respectivas agencias de administración, podrán autorizar la celebración de contratos plurianuales, siempre y cuando cumplan lo dispuesto en este artículo y cumplan normas generales para su justificación y autorización. Los ejecutores de gasto deberán incluir en los informes trimestrales un reporte sobre el monto total gastado durante el periodo, correspondiente a los contratos a que se refiere este artículo, así como incluir las provisiones correspondientes en sus presupuestos de presupuesto para el siguiente ejercicio fiscal.



presupuestal no estaría en armonía con el proceso de planeación, lo cual contraviene el espíritu del Artículo 126 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por tanto, el presupuesto es una ley de autorización de gastos, por cuanto limita jurídicamente su ejecución en tres aspectos:

- I. En el campo temporal: las erogaciones deben hacerse en el período fiscal respectivo;
- II. A nivel cuantitativo: las apropiaciones son las cifras máximas que se pueden erogar; y,
- III. En el campo sustantivo o material: la ley no sólo señala cuánto se puede gastar, sino en qué se deben emplear los fondos públicos. Por ello, una consecuencia de la legalidad del gasto es el mecanismo excepcional, pues este es parte del **proceso presupuestal**.

En ese sentido corresponde en este caso a la **Ley de Presupuesto y Contabilidad Gubernamental del estado de Hidalgo** regular el proceso presupuestal, por lo cual es una ley de contenido procedimental, pero no determina el monto de un gasto concreto.

Al respecto el artículo 60 de la citada Ley prevé Las adecuaciones presupuestarias en casos de excepción, estableciendo lo siguiente;



JEFER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

“2021, Año de la Independencia”

FORMA B-1

Artículo 60. Las adecuaciones presupuestarias se realizarán siempre que permitan un mejor cumplimiento de los objetivos de los programas a cargo de las dependencias y entidades, y comprenderán:

- I. Modificaciones a las estructuras: a) Administrativa;*
- b) Funcional y programática;*
- c) Económica; y*
- d) Geográfica;*
- II. Modificaciones a los calendarios de presupuesto; y*
- III. Ampliaciones y reducciones líquidas al Presupuesto de Egresos o a los flujos de efectivo correspondientes.*

El Reglamento establecerá las adecuaciones presupuestarias externas de las dependencias que requerirán la autorización de la Secretaría y el procedimiento correspondiente, así como aquél para las adecuaciones presupuestarias de las entidades a que se refiere el artículo siguiente. Las adecuaciones presupuestarias internas serán autorizadas por las propias dependencias y entidades informando al respecto a la Secretaría, en los términos de lo dispuesto en el Reglamento. Cuando las adecuaciones presupuestarias representen en su conjunto o por una sola vez una variación mayor al 5 por ciento del presupuesto total del ramo de que se trate o del presupuesto de una entidad, deberá ser notificado a la Secretaría quien deberá reportarlo en los informes trimestrales.

En ese sentido, en caso de ser necesario realizar una modificación al Presupuesto con el que cuentan las responsables,



758557720004



esta estaría permitida en razón del Artículo 2 de la **Ley de Presupuesto y Contabilidad Gubernamental del estado de Hidalgo** mismo que establece en su fracción segunda;

"(...)II. Adecuaciones presupuestarias: Las modificaciones a las estructuras funcional programática, administrativa y económica, a los calendarios de presupuesto y las ampliaciones y reducciones al Presupuesto de Egresos o a los flujos de efectivo correspondientes, siempre que permitan un mejor cumplimiento de los objetivos de los programas a cargo de los ejecutores de gasto (...)"

Lo anterior, toda vez que el Titular de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo tiene a su cargo la siguiente facultad:

(...)

XIII. Aprobar los anteproyectos de Presupuesto de Ingresos de la Secretaría, así como de los programas operativos anuales y remitirlos a la Secretaría de Finanzas Públicas para su aprobación;²⁷

Cobra especial relevancia lo dispuesto en el artículo 29 de la multicitada, que establece lo siguiente;

"Artículo 29. Los anteproyectos deberán sujetarse a la estructura programática aprobada por la Secretaría, la cual contendrá como mínimo:

²⁷ Artículo 29. Reglamento al Estatuto de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo.



Poder Judicial de la Federación

“2021, Año de la Independencia”

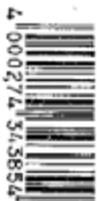
FORMA B-1

I. Las categorías, que comprenderán la función, la subfunción, el programa, la actividad institucional, el proyecto;

II. Los elementos, que comprenderán la misión, los objetivos, las metas con base en indicadores de desempeño y la unidad responsable, en congruencia con la planeación del desarrollo; y

III. Las acciones que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres, la prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres y cualquier forma de discriminación por género.

La estructura programática facilitará la vinculación de la programación de los ejecutores con la planeación del desarrollo, los programas y proyectos y deberá incluir indicadores de desempeño con sus correspondientes metas anuales. Deberán diferenciarse los indicadores y metas de la dependencia o entidad de los indicadores y metas de sus unidades responsables. Dichos indicadores de desempeño corresponderán a un índice, medida, cociente o fórmula que permita establecer un parámetro de medición de lo que se pretende lograr en un año expresado en términos de cobertura, eficiencia, impacto económico y social, calidad y equidad. Estos indicadores serán la base para el funcionamiento del Sistema Estatal de Evaluación del Desempeño. Los entes autónomos y los poderes Legislativo y Judicial incluirán los indicadores de desempeño y metas que faciliten el examen de sus proyectos de Presupuesto de Egresos.



4 000271 343854



La estructura programática deberá ser sencilla y facilitar el examen del Presupuesto de Egresos y sólo sufrirá modificaciones cuando éstas tengan el objetivo de fortalecer dichos principios, en los términos de las disposiciones aplicables."

De dicho precepto cabe señalar que serán los indicadores de desempeño tanto de índice, medida, cociente o fórmula los que permitirán establecer un parámetro de medición de lo que se pretende lograr en un año expresado en términos de **cobertura, eficiencia, impacto económico y social, calidad y equidad**. Por tanto, dichos parámetros también serán susceptibles de valorarse en el caso de que resulte necesario volver a evaluar la asignación de presupuesto para el proyecto **Música en la Montaña de Chantepec 2021** manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso, y el cálculo se realice acorde a los Principios que establece la **Ley de Presupuesto y Contabilidad Gubernamental del Estado de Hidalgo**.

Así, el acto administrativo consistente en la **negativa** de integrar al presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4, 335,953, 75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.N) para el proyecto **Música en la Montaña de Chantepec 2021** manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso resulta **inconveniente** pues las responsables no acreditaron que sus acciones fueran tendentes a garantizar la consulta previa culturalmente adecuada, informada y de buena fe de los



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"2021, Año de la Independencia"

FORMA B 1

involucrados, lo que originó que los actos reclamados fueran decididos y ejecutados sin su participación.

En las relatadas circunstancias, lo procedente es conceder la protección constitucional solicitada, sin que sea obstáculo para ello el que el referido programa no haya sido aprobado en el Presupuesto de Egresos para el Estado de Hidalgo 2021.

Consecuentemente, al haberse vulnerado el derecho del quejoso y de la comunidad indígena a ser consultados previo a la negativa de integrar al presupuesto de egresos 2021 del Estado de Hidalgo, la cantidad de \$4, 335,953, 75 (cuatro millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres pesos 75/100 M.N.N) para el proyecto **Música en la Montaña de Chantepec 2021 manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso, lo procedente es conceder el amparo y la protección de la justicia federal.**

SEPTIMO. EFECTOS. En atención a los razonamientos expuestos, a fin de restituir a la parte quejosa en el goce del derecho que se estimó vulnerado, con fundamento en el artículo 77 de la Ley de Amparo, se impone conceder la protección constitucional solicitada, para que las autoridades responsables **Secretario de Cultura del Estado de Hidalgo y Director General de Patrimonio Cultural de la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo.**





a) En un plazo que no podrá ser superior a treinta días hábiles, convoquen a la comunidad indígena de Hñähñu de San Idelfonso mediante su asamblea comunitaria, para participar en una revisión para el proyecto ***Música en la Montaña de Chantepec 2021 manifestaciones culturales Otomí/ Hñähñu de San Idelfonso***, conforme a lo señalado en el considerando sexto. Lo anterior, al haberse acreditado que dicha obligación a cargo de las autoridades responsables es parte del núcleo del Derecho a la Cultura del quejoso y de la comunidad indígena.

b) El proceso de consulta indígena que se desarrollará de acuerdo a lo dispuesto por el Capítulo Tercero de la Ley de Ley de Derechos y Cultura Indígena para el Estado de Hidalgo.

c) Si al concluirse el proceso de consulta se demuestra que se vulneraron los derechos de la comunidad indígena, las autoridades responsables deberán de tomar las medidas necesarias, en el ámbito de sus atribuciones, para resarcir o aminorar los perjuicios ocasionados.

Finalmente, en aras de un cumplimiento pleno de esta resolución, esta juzgadora estima necesario vincular al Ayuntamiento de Tepeji del Rio de Ocampo, perteneciente al Estado de Hidalgo. Ello en atención a que existe una competencia concurrente con la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo y la dependiente Dirección General de Patrimonio Cultural del Estado de Hidalgo en



Poder Judicial de la Federación

"2021, Año de la Independencia"

FORMA B-1

virtud de lo establecido en los artículos 68,69,70,71 y 21 de la Ley de Derechos de Cultura indígena para el Estado de Hidalgo respecto de la asignación de presupuesto. Por tanto, en atención a lo establecido en el Título Tercero sobre Cumplimiento y Ejecución respecto del artículo 197 de la Ley de Amparo que establece;

"Artículo 197. Todas las autoridades que tengan o deban tener intervención en el cumplimiento de la sentencia, están obligadas a realizar, dentro del ámbito de su competencia, los actos necesarios para su eficaz cumplimiento y estarán sujetos a las mismas responsabilidades a que alude este Capítulo."

Gírese atento oficio para que dicha autoridad realice las gestiones que estime pertinentes en coordinación con la Secretaría de Cultura del Estado de Hidalgo para dar cumplimiento y ejecución a la presente resolución constitucional.

OCTAVO. Publicación. Por otra parte, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 8º, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y en atención a que el quejoso de mérito durante el procedimiento no expresó su inconformidad respecto a la publicación de su nombre y demás datos personales en la sentencia que ahora se dicta, en tales condiciones, publíquense los mismos, en la inteligencia que dicho fallo quedará a disposición del público para su consulta.





En términos de las disposiciones primera y segunda del Acuerdo General 29/2007 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, de tres de septiembre de dos mil siete, que establece el uso obligatorio del módulo de captura del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, relativo a las sentencias dictadas en los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito; este Juzgador Federal considera que la presente sentencia debe capturarse en el módulo referido; asimismo una vez capturada la sentencia emitida, procédase a glosar al presente expediente la constancia de captura generada por el sistema antes aludido.

En mérito de lo expuesto, fundado, motivado, y con apoyo, en los artículos 73, 74, 75 y demás relativos de la Ley de Amparo, se;

RESUELVE:

PRIMERO. Se sobresee en el juicio de amparo por las razones expuestas en el considerando tercero y cuarto de esta resolución.

SEGUNDO. La Justicia de la Unión ampara y protege a la Organización Hñäñü para la defensa de los pueblos indígenas en contra de los actos que reclamó de las autoridades responsables, por las razones y para los efectos establecidos en los considerandos sexto y séptimo de esta sentencia.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

"2021, Año de la Independencia"

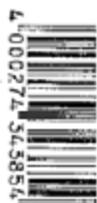
FORMA B-1

SEGUNDO. Una vez publicada la presente determinación, procédase a su captura en el módulo "Sentencias" del Sistema Integral de Seguimiento de Expediente que para el efecto se lleva en este Juzgado Federal, y glóse a los presentes autos la constancia de la captura generada por el sistema aludido.

TERCERO. Desde este momento, de conformidad con lo establecido en los artículos 1º y 17, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 278, del Código Federal de Procedimientos Civiles, este ultimo de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, para una mejor y pronta impartición de justicia, se autoriza expedir copia simple a las partes que así lo soliciten de manera verbal (al momento de la notificación o con motivo de esta) y acrediten estar autorizadas para recoger las mismas, previa toma de razón y constancia quede en autos.

Notifíquese personalmente.

Así lo resolvió y firma la Maestra **Minerva Herlinda Mendoza Cruz**, Jueza Tercero de Distrito en el Estado de Hidalgo, ante el licenciado **Ofelia Pérez Mendoza**, Secretaria que autoriza y da fe, el veintisiete de abril de dos mil veintiuno, en que las labores del Juzgado lo permitieron. Doy fe.



4-000272-545854



Abierto el período de alegatos: la Secretaria hace constar que **únicamente la parte quejosa los formuló** y que la Agente del Ministerio Público de la Federación adscrita a este órgano no presentó pedimento.

El Juez acuerda: se tiene por hecha la constancia que antecede para los efectos legales a que haya lugar, **por formulados los alegatos de la parte quejosa** y por precluido el derecho de las **demás** partes para hacerlo.

Acto continuo: Al no haber diligencia pendiente por cumplir, se concluye esta audiencia y enseguida se emite la resolución correspondiente.

Vistos, los autos para resolver el juicio de amparo indirecto **828/2020-I**, promovido por el

***** ** ** ***** ** *****
***** ** ***** ***** ** *****
***** ***** ** ***** ** ***** * *****
***** ** ***** ***** * ** ** ***** ** *****

***** ***** * ***** ***** contra los actos que reclamó de la **Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y otra autoridad**, por considerarlos violatorios de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 1°, 4°, 14, 16, 30, 73 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y,

RESULTANDO:

PRIMERO. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA. Por escrito presentado el **dos de septiembre de dos mil veinte**, en el Portal Electrónico de los Juzgados de Distrito en Materia **Administrativa** en la Ciudad de México, y **turnado el día hábil siguiente** a este Juzgado Federal, el

***** ** ** ***** ** ***** *****
***** ***** ** ***** ***** ** *****
** ***** ** ** ***** * ***** ***** ** *****
***** * ** ** ***** ** ***** ***** ***** *

***** ***** solicitó el amparo y la protección de la

CLAUDIA CABRERA GUILLEN ELIZONDO
T049 20
2022-05-08 13:50:36



	<i>nombre, nacionalidad, así como el principio de igualdad y no discriminación, de los niños y niñas nacidas en territorio mexicano, hijos e hijas de personas migrantes.</i>
--	---

(...).”

SEGUNDO. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS. La parte quejosa señaló como derechos fundamentales vulnerados en su perjuicio los contenidos en los artículos 1º, 4º, 14, 16, 30, 73 y 133 de la Constitución; narró los antecedentes del acto reclamado e hizo valer los conceptos de violación que consideró pertinentes.

TERCERO. REGISTRO Y ADMISIÓN DE LA DEMANDA. Por acuerdo de [nueve de septiembre de dos mil veinte](#), se tuvo por recibida la demanda de amparo; se registró el expediente con el número **828/2020-I**; se **admitió** a trámite; se solicitó a las autoridades responsables su informe con justificación; se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia constitucional y; se otorgó al agente del Ministerio Público de la Federación adscrito la intervención que legalmente le compete (fojas 38 y 39).

CUARTO. SUSPENSIÓN DEL TRÁMITE DEL JUICIO. Derivado de la emisión de las Circulares SECNO/29/2020, SECNO/30/2020, SECNO/1/2021, SECNO/4/2021, SECNO/6/2021, SECNO/8/2021 y SECNO/9/2021, por la Secretaría Ejecutiva de Creación de Nuevos Órganos, así como del Acuerdo General 13/2020, por el Pleno -ambos componentes administrativos del Consejo de la Judicatura Federal-, relativos al funcionamiento de los órganos de control constitucional del Poder Judicial de la Federación, del Primer Circuito, durante la contingencia derivada del virus COVID-19, se determinó suspender la tramitación del juicio constitucional que se resuelve, hasta en tanto, se



De manera que este Juzgado Federal advierte la existencia de manifestaciones que entrañan la certeza de la omisión reclamada.

Sirve de apoyo a lo anterior la tesis de rubro: **“ACTO RECLAMADO. DEBE TENERSE POR CIERTO CUANDO LA AUTORIDAD EN SU INFORME LO NIEGA, Y A CONTINUACION HACE MANIFESTACIONES QUE EVIDENCIAN SU CERTEZA.”**³

b) Del análisis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo que toca al Decreto por medio del cual se reformaron cuestiones relacionadas con el funcionamiento de los Registros Civiles en la materia aludida, se desprende que **desde el cinco de febrero de dos mil diecisiete** -conforme a la publicación realizada en el Diario Oficial de la Federación-, **se llevó cabo la reforma del artículo 73** -que establece las materias sobre las que puede legislar el Congreso de la Unión-, **en su fracción XXIX-R, con el fin de que se expidiera, entre otras normas, la Ley que se encargue de armonizar y homologar la organización y el funcionamiento de los Registros Civiles en el país**, tal como se expone a continuación:

“Artículo 73. (...)

XXIX-R. Para expedir las leyes generales que armonicen y homologuen la organización y el funcionamiento de los registros civiles, los registros públicos inmobiliarios y de personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales.”

Para dicho efecto, se estableció, en los artículos primero, segundo y tercero transitorios del Decreto en comento: **(i) que la Ley General en materia de Registros Civiles debía ser expedida en el plazo de ciento ochenta días naturales siguientes a la entrada en vigor de aquél y, (ii) que dicha norma debía contener, diversas cuestiones mínimas para salvaguardar los derechos civiles de las personas, en relación con su identidad.**

³ Tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 391 del tomo XIV, del Semanario Judicial de la Federación. Julio de 1994. Octava Época.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

JUZGADO
OCTAVO DE
DISTRITO EN
MATERIA
ADMINISTRATIVA
EN LA CIUDAD DE
MÉXICO

MESA I.

J.A. 828/2020-I

FORMAA-55

Los artículos transitorios mencionados señalan, a la letra, lo siguiente:

“Primero. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

*Segundo. En un plazo que no excederá de 180 días naturales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto, el Congreso de la Unión expedirá las leyes generales a que se refieren las fracciones XXIX-A, **XXIX-R**, XXIX-Y y XXIX-Z de esta Constitución.*

*Tercero. La ley general en materia de registros civiles a que se refiere la fracción **XXIX-R** del artículo 73 de esta Constitución deberá prever, al menos: la obligación de trabajar con formatos accesibles de inscripción; la estandarización de actas a nivel nacional; medidas de seguridad física y electrónica; la posibilidad de realizar trámites de firmas digitales; de realizar consultas y emisiones vía remota; el diseño de mecanismos alternos para la atención de comunidades indígenas y grupos en situación de especial vulnerabilidad y marginación; mecanismos homologados de captura de datos; simplificación de procedimientos de corrección, rectificación y aclaración de actas. Los documentos expedidos con antelación a la entrada en vigor de la ley a que se refiere el segundo transitorio del presente Decreto, continuarán siendo válidos conforme a las disposiciones vigentes al momento de su expedición. Asimismo, los procedimientos iniciados y las resoluciones emitidas con fundamento en dichas disposiciones deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las mismas.”*

En ese sentido, resulta importante destacar que, efectivamente, **hasta el día de hoy, no se ha emitido la Ley General** que regule y homologue el funcionamiento de los Registros Civiles en el país.

De los puntos anteriores es dable afirmar que si bien las autoridades negaron la omisión que se les reclama –con excepción de la autoridad responsable Cámara de Senadores del Congreso de la Unión-, del análisis de las pruebas y de las constancias que obran en autos, así como de la Constitución, específicamente por lo que hace a la reforma de cinco de febrero de dos mil diecisiete, claramente se desprende que no se ha emitido la Ley aludida; cuestión que demuestra la existencia de la omisión legislativa reclamada.

Ahora, si el reclamo de dicha omisión es procedente vía juicio constitucional y si ésta, en su caso, resulta o no acorde con los postulados constitucionales del orden jurídico mexicano, ello



no es materia del considerando relativo a la existencia del acto reclamado, puesto que involucra análisis y argumentación propios de otras etapas de la sentencia.

Todo lo anterior, analizado integralmente, lleva a este Juzgador a considerar que **la omisión que se reclama a las autoridades responsables, es cierta.**

CUARTO. CAUSAS DE IMPROCEDENCIA INFUNDADAS.

4.1. Ausencia de interés jurídico o legítimo.

Las autoridades responsables manifiestan que procede el sobreseimiento del presente juicio de conformidad con lo dispuesto por el artículo **61, fracción XII**⁴ y 63, fracción V de la Ley de Amparo, tomando en cuenta que la parte quejosa no acreditó una afectación real a su esfera jurídica con los actos reclamados.

Lo anterior, aducen, pues la parte quejosa no demostró que alguno de sus representados se encuentre en las hipótesis normativas que deberían ser reguladas por la Ley General que no ha sido emitida.

Dicha causa de improcedencia **es infundada.**

El precepto legal en cita encuentra su origen en el artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵, que rige a la institución del referido juicio y, que en

⁴ **"Artículo 61.** El juicio de amparo es improcedente:

(...)

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

⁵ **"Artículo 107.** *Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:*

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



se encuentran en territorio nacional -incluyendo, claramente a las personas migrantes y, con mayor razón a sus hijos menores-, **tienen derecho a que se les garanticen los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos tanto por la Constitución, como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, que versen, precisamente, sobre derechos humanos**⁸.

En congruencia con lo anterior, el principio de acceso a la tutela judicial efectiva, contenido en el **artículo 17 constitucional**, señala que todas las personas que se encuentren en territorio nacional, **tienen derecho a acceder a los medios de control de constitucionalidad** y legalidad previstos en la norma fundamental y en las normas secundarias, **con el fin de que se garanticen, de manera efectiva, sus derechos** y prerrogativas.

Lo que cobra especial relevancia si se toma en consideración que **los derechos fundamentales y legales únicamente pueden ser efectivos cuando existen medios eficaces de defensa para garantizarlos en caso de ser violados** tanto por agentes del Estado, como por otros particulares que se lleguen a encontrar en un plano superior frente a ellos, por la naturaleza de cierto tipo de actos y funciones, conforme a la regulación secundaria correspondiente.

En ese sentido y con el fin de dar cumplimiento a dichos postulados, en el Estado Mexicano existen, por lo que hace a los derechos fundamentales, diversos medios de control constitucional que fueron creados con el fin de garantizar su plena efectividad.

Conforme al contenido de los artículos 103 y 107 constitucionales, **el medio de control constitucional que los**

⁸ Orden constitucional mexicano ahora reconocido como el **parámetro de regularidad constitucional** que, atendiendo al caso concreto, debe componerse por lo previsto en la Ley Fundamental, en los tratados internacionales correspondientes, en la jurisprudencia nacional e internacional y en las diversas fuentes de derecho conocidas.



combatir actos de autoridad que emitan dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal.

c) Asuntos que se tramiten ante dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal, conforme a procedimientos seguidos en forma de juicio.

d) Asuntos en los que sea procedente promover juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales administrativos, federales o locales.

e) Asuntos migratorios.

Así, es posible concluir **que la Unidad de Litigio Estratégico del Instituto Federal de la Defensoría Pública, conforme al orden jurídico constitucional y a las facultades que tiene legalmente conferidas, es la autoridad que se encarga de representar los intereses de, entre otras personas, aquellos migrantes cuyos casos se encuentren relacionados con cuestiones relevantes de defensa y garantía derechos humanos.**

4.1.2. Los hijos de personas migrantes que se encuentran territorio nacional, como grupo vulnerable que debe ser protegido y representado por el Instituto referido.

Como se señaló, la Constitución es muy clara en establecer que todas las personas que se encuentren en territorio nacional -sin distinción alguna sobre su estatus o calidad migratoria-, tienen los derechos humanos reconocidos por el Estado Mexicano, mismos que les deben ser garantizados con los medios defensa establecidos para dicho efecto.

De lo contrario, se les dejaría en estado de indefensión y los derechos humanos serían diluidos hasta quedar vaciados en su



Siendo importante decir, además que, en México, el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), ha observado, **como un problema relevante, el de la marginación jurídica¹²**; lo que provoca que en México exista un alto índice de “subregistro” y de personas que no cuentan con documentos oficiales con datos fidedignos; lo que dificulta que el Estado pueda proteger, de manera eficiente y certeramente, el derecho a la identidad de la población y otros derechos reconocidos por la Constitución.

Lo que llevó incluso, a que precisamente la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión considerara, que **una de las causas para la existencia de dicha marginación jurídica, es la heterogeneidad de la regulación de registros civiles en las entidades federativas, las barreras geográficas para acceder a una oficina del Registro Civil, los costos económicos de este tipo de trámites, barreras culturales, además de la disparidad en los recursos materiales y humanos con que cuentan las oficinas del Registro Civil.**

De hecho, dicha Cámara consideró que **la diversidad nacional en materia de registros civiles, ha presentado problemas que han impedido, en la mayoría de los casos, contar con documentos no solo de identidad, sino también del estado civil, que dificultan el ejercicio de una multiplicidad de derechos.**

Lo expuesto cobra relevancia para el tema que se resuelve si se toma en consideración que los menores hijos de personas migrantes **forman parte de un grupo vulnerable que debe tener especial protección frente a la norma: tanto por el simple hecho de ser menores de edad, como por su especial situación de ser descendientes de personas que tienen el**

¹² Definida como: “la condición en la que viven muchas personas que carecen de documentos oficiales como los que se utilizan para acreditar su identidad, acta de estado civil, títulos de propiedad y testamentos; lo cual constituye una barrera para acceder a la justicia y limita el pleno ejercicio del derecho a la identidad, a la seguridad jurídica y a la propiedad privada.”



Tan es así, que **el propio Instituto Federal de la Defensoría Pública, ha detectado, a partir de la prestación del servicio de asesoría jurídica a personas migrantes y sujetas a protección internacional, como problemática ante el registro civil, el registro de nacimiento de las niñas y niños nacidos en territorio mexicano, hijos de padres migrantes, a quienes asiste -conforme a lo previsto por la propia Constitución-, el derecho a la nacionalidad mexicana por nacimiento.**

Problemática que radica en que, **al acudir a las oficinas del Registro Civil de diversas entidades federativas, se exige a los padres y/o madres extranjeras -como requisito para registrar a los recién nacidos-, la presentación de documentos oficiales debidamente apostillados por el país de origen, algunas veces, sin fundamento legal. Siendo que, ante la falta de dicha documentación, se actualiza una dificultad y, a veces, una imposibilidad para adquirir dichas actas; lo que tiene como consecuencia, que esas niñas y niños queden sin registro de nacimiento.**

Realidad fáctica que, señala el Instituto en mención, resulta **extremadamente compleja de demostrar**, por la naturaleza estructural y sistemática del problema que aquí se plantea.

4.1.3. Conclusiones.

- **Todas las personas (incluyendo a las personas migrantes y sus hijos) tienen los derechos** que se encuentran reconocidos por el Estado Mexicano en el orden constitucional que se encuentra conformado tanto por la Constitución como por

Ebrard dijo que no está sorprendido por las advertencias del presidente de Estados Unidos, Donald Trump, para frenar una caravana de migrantes hondureños que se dirige a su país. La Caravana del Migrante, formada según la ONU por unos tres mil hondureños, se dispersó en varios grupos desde su salida de la ciudad de San Pedro Sula el pasado sábado y, según las autoridades guatemaltecas, existe un riesgo de tráfico de personas. Mientras miles de migrantes retomaban su ruta para atravesar Guatemala y México y llegar a Estados Unidos lo antes posible, el presidente guatemalteco, Jimmy Morales, aseguraba que el ingreso 'masivo' y sin control de hondureños era un 'riesgo' para su país, por lo que avanzó que están realizando una investigación. El Gobierno hondureño, por su parte, aseguró que esta caravana está liderada con fines políticos y partidarios, una acusación que rechazan los migrantes, que aseguran que solo buscan huir de la violencia y la pobreza para tener un futuro mejor."



sociedad mexicana.

Ello, sin que pasen inadvertidas, para este Juzgador, las manifestaciones de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión en el sentido de que el Instituto quejoso no acreditó que alguno de sus representados, sea afectado, de manera directa, por dicha omisión y que, en consecuencia, no se acredita el interés necesario para la presentación del juicio constitucional que se resuelve.

Sin embargo, debe decirse que, del análisis integral de la demanda, se observa que la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, promovió la demanda de amparo en representación de *“los niños y niñas nacidas en territorio mexicano hijos (as) de personas migrantes sujetas a protección internacional”* y no así, de alguna persona específica que, en este momento, se encuentre siendo afectada en un determinado caso, por la omisión que se reclama.

Es decir, el Instituto quejoso acudió al amparo en representación -conforme a la legitimación procesal legal con la que sí cuenta- a defender a un grupo de personas que se ven afectadas en el día a día con el acto reclamado: un amparo en **defensa de derechos colectivos de los menores de edad que son hijos de migrantes y que nacieron en territorio nacional**; lo que, en consideración de este órgano de control constitucional sí es posible, conforme a lo previsto por los artículos 5, fracción I, 8 y 61, fracción XII, todos de la Ley de Amparo¹⁴.

¹⁴ **“Artículo 5o.** Son partes en el juicio de amparo:

I. **El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.**

Artículo 8o. El menor de edad, persona con discapacidad o mayor sujeto a interdicción podrá pedir amparo por sí o por cualquier persona en su nombre sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente, se ignore quién sea, esté impedido o se negare a promoverlo. El órgano jurisdiccional, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio, debiendo preferir a un familiar cercano, salvo cuando haya conflicto de intereses o motivo que justifiquen la designación de persona diversa.



Dicha causa de improcedencia, **es infundada**. Para demostrar lo anterior, este Juzgado Federal procederá, en principio, a exponer el parámetro de regularidad constitucional que en la actualidad existe respecto de las omisiones legislativas y los casos en los que el juicio constitucional sí procede frente a ellas; para después analizar por qué en el caso concreto, dichas hipótesis se actualizan y las razones por las que, en consecuencia, es infundada la causa de improcedencia aludida.

4.2.1. Omisiones legislativas, frente al principio de relatividad. Concepto y requisitos de procedencia para el juicio de amparo.

De conformidad con lo previsto por el artículo 107, fracción II, párrafo primero, constitucional¹⁵, las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, únicamente pueden ocuparse de los quejosos que así lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, únicamente en el caso especial sobre el que verse la demanda.

La relatividad de las sentencias de amparo, mejor conocida en el ámbito jurisdiccional como “*Fórmula Otero*”, se deriva de las reglas habituales del proceso, en el que, como relación de carácter jurídica, únicamente se generan efectos entre las partes que litigan.

Bajo este entendido, lo que hoy comprendemos como esa “*Fórmula*”, no es más que una de las manifestaciones ordinarias del principio de congruencia en los procesos contenciosos y de

¹⁵ “**Artículo 107.** Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

(...)

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.”



*es propio de un acuerdo, ya que no es posible hablar de una causa de improcedencia notoria y manifiesta, al no derivar de los argumentos de la demanda o de las pruebas, sino del estudio e interpretación que lleve a cabo el Juez de Distrito en la sentencia.*²⁵

4.2.2. Análisis de la omisión legislativa que se reclama en el caso concreto. Razones por las que no se actualiza la causa de improcedencia.

Como se ha expuesto, el Instituto quejoso reclama, a la Cámara de Diputados y a la Cámara de Senadores, ambas del Congreso de la Unión, la omisión expedir la Ley Reglamentaria del artículo 73, fracción XXIX-R, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que armonice y homologue la organización y el funcionamiento de los Registros Civiles de todo el país.

En ese sentido, es importante decir, con independencia de lo que con mayor claridad se expondrá al realizar el análisis de fondo del juicio que se resuelve, que **en este caso se actualizan las hipótesis por las que sí procede el juicio de amparo en contra de una omisión legislativa.**

Se afirma lo anterior, pues en el caso que se reclama:

- Existe un mandato constitucional que establece de manera precisa el deber de legislar en un determinado sentido y, esa obligación, ha sido incumplida:

Conforme al Decreto publicado el cinco de febrero de dos mil diecisiete, en el Diario Oficial de la Federación, se llevó a cabo la reforma del artículo 73, fracción XXIX-R, constitucional, con el fin de facultar al propio Congreso para expedir la Ley General que regule y homologue el funcionamiento de los registros civiles en el país.

Para dicho efecto **se ordenó** en los artículos primero,

²⁵ Tesis: XI.1o.A.T.33 A (10a.), de los Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 1861, del tomo III, libro 9, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. De agosto de 2014. Décima Época.



Se explica. Si los menores no cuentan con el acta de nacimiento que los reconozca como niños mexicanos, no pueden ser protegidos tampoco en derechos que se derivan de dicha circunstancia, como lo son la salud, la educación, el acceso a programas sociales, etcétera.

De manera que, si los legisladores no emiten la ley correspondiente y, por tanto, no homologan el funcionamiento de los Registros Civiles que existen a lo largo del país, facilitando el registro para los grupos vulnerables -entre los que claramente se encuentran los niños que nacieron en México y que son hijos de migrantes-, se continúa con la violación de los derechos mencionados en perjuicio de estos niños.

Por ello, se actualiza el tercer requisito para que sea procedente el juicio de amparo contra la omisión reclamada.

- El amparo fue promovido por aquella persona que cuenta con interés legítimo para que se cumpla con el mandato constitucional de expedir la Ley General que homologue y regule el funcionamiento de los registros civiles en el país.

Como se demostró en el apartado que antecede, el Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, sí acreditó contar con el interés necesario para promover el juicio que se resuelve, en representación de un grupo de personas que se ven afectadas en el día a día con el acto reclamado. Ello, pues se trata de un amparo en **defensa de derechos colectivos de los menores de edad que son hijos de migrantes y que nacieron en territorio nacional que justamente tienen derecho a que se garantice su derecho a la identidad [en su vertiente de registro inmediato posterior a su nacimiento]**; lo que, en consideración de este órgano de control constitucional sí es posible, conforme a lo previsto por los artículos 5, fracción I, 8 y 61, fracción XII, todos



Si dichos efectos llegan a beneficiar a personas ajenas a los quejosos, ello no implica una violación al principio de relatividad, dado que no es causa imputable al juicio de amparo ni a la sentencia, dicho extendimiento de los efectos, sino a la naturaleza propia de la violación de derechos fundamentales que hayan causado los actos reclamados.

Pensar lo contrario, implicaría llegar al absurdo de considerar que se pueden dejar, sin resarcir, violaciones claras y demostradas a derechos fundamentales, por el simple hecho de que los efectos concesorios pudieran beneficiar a personas ajenas a la controversia, lo que claramente implicaría no solo una violación al orden nacional de los derechos humanos, sino también al internacional que obliga al Estado Mexicano y que reconoce el derecho de toda persona a contar con un recurso judicial efectivo en el que se le restablezca, completamente, en el goce de los derechos que sean violados, en el caso de que se trate.

Ante lo expuesto, se concluye, la causa de improcedencia propuesta por las responsables, resulta infundada.

Al no existir diversa causa de improcedencia invocada por las partes, ni advertirse la actualización de alguna de ella de oficio, se procede al análisis de la cuestión planteada.

QUINTO. ANÁLISIS DEL FONDO DEL ASUNTO. De la lectura integral de la demanda de amparo y atendiendo a la causa de pedir, este órgano de control constitucional advierte que la parte quejosa alega, sustancialmente, que **las autoridades responsables Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, ambas del Congreso de la Unión**, con la omisión de expedir la Ley General que regule y homologue el funcionamiento de los registros civiles en el país, **viola en perjuicio de los niños nacidos en México, que son hijos de migrantes, los derechos**



De igual modo, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que todo niño será inscrito, inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre, así como una nacionalidad.

Así las cosas, el párrafo octavo del artículo 4 constitucional que se comenta, **contempla dos derechos íntimamente relacionados**, pero plenamente distinguibles:

a. El derecho a tener una identidad a partir de nombre, apellidos, relaciones familiares y **nacionalidad**, que debe ser protegida por el Estado y,

b. El derecho a ser registrado de manera inmediata al nacimiento, con miras precisamente, a hacer efectivo el derecho a la identidad²⁹.

Por lo que hace al primero de los derechos mencionados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha podido pronunciarse sobre su contenido en diversas ocasiones, que pueden agruparse en rubros distintos, entre los que se encuentra, aquél de los casos relacionados con los juicios de filiación relativos a menores de edad.

Ello, pues la Corte nacional ha reconocido que el derecho a la identidad del niño constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, pues a partir de aquella derivan, entre otros derechos, el de tener una nacionalidad.

La Primera Sala se ha pronunciado en el sentido de que el derecho a la identidad está integrado por un conjunto de atributos y derechos de la personalidad que son de gran trascendencia

²⁹ Para mayor información, consultar: COSSIO DÍAZ, José Ramón (coordinador). “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada”, volumen I; editorial Tiran Lo Blanch, Ciudad de México, 2017. Pp. 194.



protección de los derechos del niño, rige el principio de “*interés superior*” que se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que **implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.**

Así, para observar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior del menor, el preámbulo de la Convención Sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos prevén que los menores requieren de cuidados especiales y medidas especiales de protección.

En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, pues en todos los casos debe tomarse en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.³⁴

5.4. Obligación del Estado de coadyuvar con el cumplimiento de los derechos de la niñez.

En el párrafo decimoprimer del artículo 4º que se analiza, adicionado mediante la reforma que se publicó en el dos mil, se estableció el principio de coadyuvancia de la sociedad civil en el cumplimiento de los derechos de los niños y la correlativa obligación del Estado de otorgar las facilidades necesarias para dicho efecto; cuestión que, concatenada con los párrafos octavo y noveno del mismo artículo, expuestos en los párrafos que anteceden, conforma una **unidad normativa que ordena las responsabilidades de la familia, la sociedad y el Estado en la protección integral de la niñez en el país.**

³⁴ Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100. Y Condiciones Jurídico y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.



muchas suelen ser anticuadas, complicadas o inflexibles, **representando prácticamente un obstáculo real para el registro.**

Ciertos problemas, se ha considerado, son resultado de leyes inconsistentes o que no cubren todo el territorio del país (existencia de diversos registros que, incluso, pueden llegar a ser contradictorios) y de la ausencia tanto de reglas claras, como de reglamentos claros y detallados.

Además, otros problemas radican en que las legislaciones vigentes no toman en consideración: **(i) la distancia y los costos de traslado de las personas hacia donde se encuentran ubicadas las oficinas del Registro Civil correspondiente, (ii) la barreras culturales y sociales de la diversidad de personas que se encuentran en territorio nacional (como los migrantes y sus menores hijos), (iii) los problemas de lenguaje o idioma -barreras lingüísticas-, (iv) los requisitos extraordinarios como la apostilla de documentos, entre otros.**

Por lo que hace al caso que se resuelve, las Naciones Unidas reconocieron también, como problema vigente, la invisibilidad y la desatención de la realidad cultural y comunitaria que existe en materia de registro de hijos de migrantes. Ello, pues **los sistemas de registro civil se pueden ver obstaculizados por la incapacidad de reconocer la cultura y la realidad cotidiana de las comunidades locales y de los grupos vulnerables** que se encuentren en el país de que se trate.

Derivado de lo anterior, se concluyó que existe la necesidad de hacer esfuerzos especiales a fin de que se consiga cubrir a las niñas y niños más vulnerables, determinando que los Estados deben asegurar que los hijos de refugiados o de trabajadores sin documentos que se



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

JUZGADO
OCTAVO DE
DISTRITO EN
MATERIA
ADMINISTRATIVA
EN LA CIUDAD DE
MÉXICO

MESA I.

J.A. 828/2020-I

FORMAA-55

- Que, la diversidad nacional en materia de registros civiles, **ha presentado problemas que han impedido, en la mayoría de los casos, contar con documentos no solo de identidad, sino también del estado civil**, que dificultan el ejercicio de una multiplicidad de derechos.
- Que, la carencia de programas de modernización de los registros civiles, así como la falta de infraestructura, propicia procesos registrales lentos, obsoletos, inseguros y, en algunos casos, con operaciones discrecionales.
- Que, por todo ello, **resulta ser un paso esencial, el de la armonización y homologación del funcionamiento de los registros civiles en la entidades federativas, con el fin de: (i) brindar certeza jurídica en la inscripción de los diversos actos del estado civil de las personas; (ii) mejorar la accesibilidad de la obtención de actas y; (iii) que el documento refleje la realidad sociocultural actual y considere la diversidad humana (entre las que claramente se encuentra la situación de los migrantes y de sus hijos).**

En ese contexto, se propuso reformar la fracción XXIX-R del artículo 73 constitucional para facultar al Congreso de la Unión, para expedir la legislación general que armonice y homologue la organización y funcionamiento de los registros civiles en las entidades federativas.

Siendo importante destacar que el constituyente permanente, en aras de lograr la protección y salvaguarda de los derechos de las personas, específicamente de las niñas y niños, a contar con un registro de identidad y nacionalidad, con posterioridad a su nacimiento, **ordenó al Congreso de la Unión -conforme a lo previsto en los artículos primero a tercero transitorios de dicho Decreto- expedir la Ley general relativa en un plazo de ciento ochenta días naturales posteriores a la**



entrada en vigor de la reforma en mención -lo que ocurrió al siguiente día de su publicación-, con los mínimos siguientes:

- La obligación de trabajar con formatos accesibles de inscripción,
- La estandarización de actas a nivel nacional,
- Las medidas de seguridad físicas y electrónicas correspondientes,
- La posibilidad de realizar trámites con firmas digitales,
- La posibilidad de realizar consultas y emisiones vía remota,
- El diseño de mecanismos alternos para la atención de comunidades indígenas **y grupos en situación especial de vulnerabilidad y marginación (lo que también incluye a los migrantes y sus hijos),**
- Mecanismos homologados de captura de datos,
- Procesos para que las personas que no cuentan con actas del registro civil, tengan acceso a ellas, no obstante que el registro sea extemporáneo,
- La simplificación de procedimientos de corrección, rectificación y aclaración de actas,
- La capacitación de personas de los registros y,
- Mecanismos para garantizar el acceso en zonas lejanas o marginadas **con adecuación cultural.**

5.7. Análisis conjunto de los conceptos de violación (concesión de amparo).

Como se expuso, la parte quejosa considera que la omisión legislativa reclamada, viola en perjuicio de los menores hijos de migrantes, nacidos en territorio nacional, los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al registro de nacimiento inmediato, al nombre, a la nacionalidad, a la identidad, a la seguridad jurídica y al interés superior del menor, derivados de los artículos 1º, 4º, 14, 16, 30 y 133 constitucionales.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

JUZGADO
OCTAVO DE
DISTRITO EN
MATERIA
ADMINISTRATIVA
EN LA CIUDAD DE
MÉXICO

MESA I.

J.A. 828/2020-I

FORMAA-55

previstos en las legislaciones correspondientes de las entidades federativas.

Tal como fue considerado, en la Exposiciones de Motivos que dio lugar a la reforma del artículo 73, fracción XXIX-R, constitucional, los propios legisladores reconocieron dichos problemas para el registro; cuestión que implica que, en muchos casos, en los que los migrantes no pueden reunir los requisitos que se les solicita -tales como exhibir documentos apostillados del país de origen-, los niños quedan sin registro de nacimiento y, por tanto, sin identidad. Lo que tiene como consecuencia que no puedan acceder a otros múltiples derechos como son la educación, la salud, la atención social, etcétera.

Es decir, la omisión legislativa reclamada sí implica una violación en los derechos de dichos menores, en perjuicio de su interés superior y de su posibilidad de acceder a una vida digna en territorio nacional. Siendo importante destacar que, si dichos niños nacieron en México, tienen derecho a la nacionalidad mexicana sin discriminación y sin obstáculo alguno.

Lo que debe considerarse importante si se atiende a que **México se comprometió**, en el marco internacional de los derechos fundamentales, **a alcanzar el registro universal, gratuito y oportuno, con el fin de garantizar el derecho a la identidad de toda la población** que se encuentra en México, lo que obviamente incluye a los hijos de migrantes nacidos en territorio nacional.

De manera que **si bien las autoridades responsables, con la omisión reclamada, no impiden -con alguna acción directa- a los migrantes realizar el registro multireferido, sí incumplen**



con la obligación de brindar las medidas necesarias para poder facilitar su trámite y obtención.

Ello, pues si la propia Constitución, en la reforma expuesta, advirtió la necesidad de homologar el funcionamiento de los registros civiles y, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que los principios rectores de las actuaciones del Registro Civil deben ser, entre otros: **(i) la universalidad** [que implica el registro de todas las personas en el territorio nacional] y; **(ii) la inmediatez, prontitud y expedites** [que implican las actuaciones del Estado para inscribir a las personas sin dilación y sin obstáculos que impidan que dicho registro se lleve a cabo]; mismos que actualmente no se cumplen, **entonces es claro que la omisión de expedir la norma relativa sí causa afectación en los derechos de los menores de que se trata, al registro de nacimiento, a la identidad, a la igualdad, a la nacionalidad y a su interés superior.**

Máxime que, como fue expuesto, los migrantes y por mayoría de razón, **sus hijos, forman parte de un grupo vulnerable que requiere especial protección por parte del Estado Mexicano**, con el fin de lograr que les sean respetados sus derechos fundamentales y que estos, durante su estancia, puedan vivir de una manera tranquila, decorosa y con oportunidades.

Derechos fundamentales que, por lo que hace a los niños que nacieron aquí, solo pueden ser ejercidos y garantizados si estos son debidamente identificados con el registro de su nacimiento correspondiente.

Lo anterior, ya que, se insiste, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Federales y los tribunales internacionales han determinado que el registro inmediato con posterioridad al nacimiento, es el acto [principal mecanismo] que



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

JUZGADO
OCTAVO DE
DISTRITO EN
MATERIA
ADMINISTRATIVA
EN LA CIUDAD DE
MÉXICO

MESA I.

J.A. 828/2020-I

FORMAA-55

garantiza la identidad de la persona y, en consecuencia, el ejercicio de los demás derechos fundamentales que resultan necesarios -principalmente para los menores- para poder vivir dignamente, desarrollándose plenamente en sociedad.

En ese sentido y tomando en consideración que, actualmente, **es muy difícil para las personas migrantes poder registrar a sus hijos nacidos en México, es que resulta necesaria la emisión de la correspondiente, que facilite el acceso a las actas y registros correspondientes.**

Esto se debe no solo a lo difícil que en este momento resulta obtener el registro de nacimiento de los menores por los diversos problemas -explicados- que concurren por la existencia de múltiples legislaciones en las diversas entidades federativas del país que establecen requisitos diversos para dicho efecto; sino por **el problema de trato sistemático que existe, en perjuicio de los migrantes, por parte del Estado y de las autoridades mexicanas, que conlleva un trato discriminatorio por su estatus migratorio.**

De ahí lo **fundado** de los conceptos de violación en estudio.

Por lo expuesto, **es procedente conceder el amparo y la protección de la Justicia de la Unión a la parte quejosa** contra el acto que reclamó de la **Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores, ambas del Congreso de la Unión, consistentes en la omisión de expedir** la Ley Reglamentaria del artículo 73, fracción XXIX-R, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que armonice y homologue la organización y el funcionamiento de los Registros Civiles de todo el país; en términos de los artículos Primero, Segundo y Tercero del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mecanismos Alternativos de Solución



de Controversias, Mejora Regulatoria, Justicia Cívica e Itinerante y Registros Civiles, publicado el cinco de febrero de dos mil diecisiete en el Diario Oficial de la Federación.

SEXTO. EFECTOS DE LA SENTENCIA. En consecuencia, con fundamento en lo previsto por el artículo 77, fracción I, de la Ley de Amparo, es procedente conceder el amparo y la protección de la Justicia Federal solicitados, para el efecto de que las autoridades responsables **Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, ambas del Congreso de la Unión**, realicen lo siguiente:

- **Deberán llevar a cabo todas las acciones necesarias, conforme a las facultades que tienen conferidas en la Constitución y en las leyes secundarias que rigen su funcionamiento, con el fin de que, a la brevedad posible, expidan la Ley Reglamentaria del artículo 73, fracción XXIX-R, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que armonice y homologue la organización y el funcionamiento de los Registros Civiles de todo el país.**

Lo anterior, atendiendo puntualmente a la reforma que se publicó, sobre dicho tópico, el cinco de febrero de dos mil diecisiete, en el Diario Oficial de la Federación.

No pasa inadvertido para este Juzgado Federal que dichos efectos pueden beneficiar, de manera extensiva, a más personas que las que directamente se encuentran relacionadas con este juicio constitucional.

Sin embargo, dicha cuestión atiende a la propia naturaleza del acto reclamado y al carácter colectivo y difuso de los derechos que se defienden en la presente vía, por lo que tales efectos no vulneran el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, de conformidad con la tesis de rubro y texto siguientes:



dirigido al Poder Legislativo en el que se le imponga claramente el deber de legislar o de hacerlo en algún sentido específico, los tribunales de amparo tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de la Constitución. Particularmente, tienen el deber de proteger a las personas frente a las omisiones del legislador, garantizando que éstas no se traduzcan en vulneraciones de sus derechos fundamentales.³⁹

Por lo expuesto y fundado, y con apoyo, además, en los artículos 63, fracción IV, 65, 73, 74, 75 y 124 de la Ley de Amparo, se:

RESUELVE

ÚNICO. La Justicia de la Unión ampara y protege al

***** ** ** ***** ** ***** ***** ** *****
***** ** ***** ***** ** ***** ***** **
***** ** ** ***** * ***** ***** ** *****
***** * ** ** ***** ** ***** ***** ***** *

***** ***** conforme a los términos y efectos expuestos en los considerandos **quinto y sexto** de este fallo constitucional.

Notifíquese.

Así lo resolvió y firma **Martín Adolfo Pérez Santos**, Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, quien actúa con **Claudia Gabriela Guillen Elizondo**, Secretaria que autoriza y certifica que la resolución se encuentra debidamente incorporada al expediente electrónico.- **Doy fe.**

Martín Adolfo Santos Pérez
Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México.

Claudia Gabriela Guillen Elizondo.
Secretaria del Juzgado.

CLAUDIA GABRIELA GUILLÉN ELIZONDO
70.68.20.138.6
2022-05-08 13:50:36

³⁹ Tesis: 1a. XXII/2018 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1099, del tomo I, del libro 52, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. De marzo de 2018. Décima Época.



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 3

1145

Evidencia Criptográfica – Transacción**Archivo Firmado: 07290000269502240008008006.docx****Autoridad Certificadora: Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal****Firmante(s):**

Firmante	Nombre:	CLAUDIA GABRIELA GUILLÉN ELIZONDO	Validez:	OK	Vigente
Firma	# Serie:	706a6620636a660000000000000000000000c1c3	Revocación	OK	No Revocado
	Fecha: (UTC / Ciudad de México)	14/05/2021T19:29:57Z / 14/05/2021T14:29:57-05:00	Status:	OK	Valida
	Algoritmo:	Sha256withRSA			
	Cadena de Firma:	60 88 fc f8 48 0e 78 26 38 df 24 d5 4a be ba 85 57 2a 5b fa a4 78 fd 17 38 50 5d a7 02 9a 2f 8c f5 95 d0 f7 71 c9 a4 89 b3 09 b7 94 3a fe 22 bf 28 cf 14 cb d8 5e 54 3e 2e a8 9e fe 0c f4 4a 92 00 ac 76 fa c8 cc 87 91 f9 9a 6b 75 c2 48 2e bd 25 24 ea 3d e0 68 39 40 65 b8 c6 e0 d5 c9 06 4b 00 81 19 37 98 3c ef c0 41 6d a3 9d c9 c4 7e 9e 97 54 64 5d 92 56 85 c8 37 2e 46 48 43 b6 ff af 57 94 3c 48 cf 5a 74 ce 86 fa f5 f2 5e d2 d1 6b 88 80 de 15 68 85 e4 3b 22 19 1a 7d 47 91 3d 54 ab ea 6b 75 f3 da 4c 6d fe 9b cc a0 f0 f8 d7 69 e0 39 0a 36 44 a3 db 5a dd 53 96 cf c8 43 34 d3 0b b9 78 71 1b 0c ae ab f5 cf 87 17 a7 58 69 f9 cf a5 77 9a 15 86 66 a7 79 b3 5e 9b 07 d5 bd ee 35 90 a3 ed f5 12 dd bf a3 b6 05 21 18 93 2b 80 fd 0f ec 6a cb ca 99 7f 51 b0 dd bf 29 07 60 95			
OCSF	Fecha: (UTC / Ciudad de México)	14/05/2021T19:29:57Z / 14/05/2021T14:29:57-05:00			
	Nombre del respondedor:	OCSF ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
	Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
	Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02			

Archivo firmado por: CLAUDIA GABRIELA GUILLÉN ELIZONDO
 Serie: 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.c1.c3
 Fecha de firma: 14/05/2021T19:29:57Z / 14/05/2021T14:29:57-05:00
 Certificado vigente de: 2019-05-09 13:50:36 a: 2022-05-08 13:50:36



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 3

1146

Firmante	Nombre:	MARTÍN ADOLFO SANTOS PÉREZ	Validez:	OK	Vigente
Firma	# Serie:	706a6620636a660000000000000000000000a083	Revocación	OK	No Revocado
	Fecha: (UTC / Ciudad de México)	14/05/2021T19:29:57Z / 14/05/2021T14:29:57-05:00	Status:	OK	Valida
	Algoritmo:	Sha256withRSA			
	Cadena de Firma:	78 05 8a a8 2e 9d c9 0e 3c 58 06 cb 0d f0 11 23 da 6a c1 e3 14 6d 67 00 20 fc 15 ef d9 3c f4 9e d4 e8 f5 88 da 57 ae bc 60 57 2e f1 2e ac 07 7a c3 9d 30 ae 1a d1 4e c6 4e 7b b8 bc 13 51 18 62 b4 50 51 1e f4 bd 34 84 f1 63 be e2 cb ec 4b cd 70 ee c8 3b d0 65 9d 10 90 6c c5 a7 88 d9 13 f7 dc a7 25 24 63 48 39 c8 09 77 3b ef ae 4b 01 87 c8 63 25 cf f9 9a d2 b6 9c 21 ea 91 fe 68 4c d5 f8 6e d0 5a 36 75 99 b7 b4 de 33 f1 81 67 41 01 2e 38 ed 20 17 e4 f2 29 5f 24 42 c4 63 fc 89 4d ba b9 c9 2e bd 19 d0 21 f7 0e 40 c1 65 8d b7 92 f5 70 e2 8c b1 cf 79 62 a4 79 42 09 b1 ea c2 54 07 5a 8e 34 c9 a8 a4 58 de 4e 3d bc 93 9a 2e a0 ba 9b 6c b0 f8 44 e0 38 0d bc 35 95 e3 4f fc c3 5f 93 56 09 b2 c8 5f 38 50 c6 6a 9b 7c e5 b0 59 ad 48 e0 27 ce ba 82 2c bd 0c f2 67 97 aa 95 6f			
OCSF	Fecha: (UTC / Ciudad de México)	14/05/2021T19:29:57Z / 14/05/2021T14:29:57-05:00			
	Nombre del respondedor:	OCSF ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
	Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
	Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02			

Archivo firmado por: CLAUDIA GABRIELA GUILLÉN ELIZONDO
Serie: 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.c1.c3
Fecha de firma: 14/05/2021T19:29:57Z / 14/05/2021T14:29:57-05:00
Certificado vigente de: 2019-05-09 13:50:36 a: 2022-05-08 13:50:36



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 3

1147

El dos de mayo de dos mil veintiuno, la licenciada Claudia Gabriela Guillen Elizondo, Secretario que certifica, con adscripción en el Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, hago constar y certifico que en términos de lo previsto en los artículos 16, 68 y 113 fracción I de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, esta versión pública suprime toda aquella información considerada legalmente como CONFIDENCIAL, por tratarse de Datos personales y confidenciales. . Conste.

PJJF - Versión Pública



Vistos, para resolver, los autos del juicio de amparo número *****, formado con motivo de la demanda promovida por ***** **, en su carácter de ***** ** ** ***** ** ***** ***** ** ***** ***** ***** **, contra actos de la **Cámara de Senadores del Congreso de la Unión** y otras autoridades; y,

RESULTANDO:

PRIMERO. Por escrito presentado el trece de abril de dos mil veintiuno, ante la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, y recibido al día hábil siguiente por este Juzgado Décimo de Distrito en la materia y circunscripción mencionadas, ***** **, en su carácter de ***** ** ** ***** ** ***** ***** ***** ** ***** ***** **, solicitó el amparo y la protección de la Justicia Federal contra los actos y autoridades que ahí señaló.

La parte quejosa precisó como derechos que se infringieron en su perjuicio los reconocidos por los artículos 1º, 14, 16, 17, 20, 49, 20, 102 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SEGUNDO. Por auto de quince de abril de dos mil veintiuno se admitió la demanda de amparo; se requirió el informe justificado a las autoridades señaladas como responsables; se dio la intervención

Juzari Yimuel Reyes Sánchez
70.06.66.201.63.6a.6600000000.0000.000000.00003.38
140222 141127



que le corresponde al representante social de la adscripción; y, se señaló día y hora para la celebración de la audiencia constitucional.

TERCERO. Agotado el procedimiento de amparo en todas sus etapas, se celebró la audiencia constitucional al tenor del acta que antecede y concluye con el dictado de esta sentencia; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Este Juzgado Décimo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México es legalmente competente para conocer del presente juicio de amparo. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103, fracción I y 107 de la Constitución General de la República, 35, 37 y 107, fracción I de la Ley de Amparo; 52, fracción III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y el punto cuarto, fracción I, del Acuerdo General número 3/2013, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la determinación del número y límites territoriales de los circuitos en los que se divide el territorio de la República Mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito; en razón de que se reclama un acto de naturaleza omisiva, en materia administrativa -específicamente, legislativa-, de autoridades federales respecto de las cuales este órgano de control constitucional ejerce jurisdicción.

SEGUNDO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74, fracción I, de la Ley Reglamentaria



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es oportuno precisar que de la demanda de amparo se desprende que el acto reclamado consiste, en esencia, en:

- La omisión de expedir la Ley Reglamentaria de los artículos 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 85 del Estatuto de Roma, que regule en materia de error judicial.

TERCERO. Es cierto el acto que se reclama de las autoridades responsables **Cámara de Diputados y Cámara de Senadores**, ambas del **Congreso de la Unión y Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos**; no obstante que al rendir sus respectivos informes justificados lo negaron; sin embargo, tratándose de actos omisivos debe considerarse la existencia de una condición de actualización que coloque a la autoridad en la obligación de proceder que exige el gobernado.

Al respecto, resulta conveniente traer a contexto el criterio del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, contenido en la jurisprudencia (V Región) 2o. J/2 (10a.), visible a página 2351 y publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 57, Tomo III, agosto de 2018, de rubro: "**ACTOS OMISIVOS ATRIBUIDOS A UNA AUTORIDAD. PRESUPUESTOS DE SU EXISTENCIA.**"

CUARTO. Previo al análisis del fondo de la



cuestión planteada, se procede al estudio de las causales de improcedencia por ser una cuestión de orden público y de estudio preferente en el juicio, tal como lo establece el artículo 62 de la Ley de Amparo que dice:

“Artículo 62. Las causas de improcedencia se analizarán de oficio por el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo.”

Las autoridades responsables manifiestan que procede el sobreseimiento del presente juicio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 61, fracción XII y 63, fracción V de la Ley de Amparo, tomando en cuenta que la parte quejosa no acreditó una afectación real a su esfera jurídica.

Lo anterior, pues la parte quejosa se limitó a realizar manifestaciones subjetivas y sin exhibir medios de convicción para acreditar que con la omisión legislativa que aduce, se produjeron efectos en su esfera jurídica en sentido amplio (interés legítimo), ya sea directa o indirecta por su situación especial frente al ordenamiento.

Dicha causa de improcedencia es infundada.

Para demostrar lo infundado de la causal de improcedencia es necesario transcribir el precepto y fracción indicada que establecen:

“Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:
(...)

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



se reclame, y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa (interés jurídico) o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico (interés legítimo).

Ahora, atendiendo a los últimos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el tópico que se expone, se ha determinado que:

- Los elementos del interés jurídico consisten en demostrar: (i) la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado y, (ii) que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente.

- Los elementos del interés legítimo consisten en acreditar: (i) la existencia de una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada, (ii) que el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva y, (iii) que el promovente pertenezca a esa colectividad.

Sirve de apoyo a lo anterior, la Jurisprudencia 2a./J. 51/2019 (10a.), de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible a página 1598, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 64, marzo de 2019, Tomo II, de rubro y texto siguientes: ***“INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE***



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”

En el caso en concreto, la parte quejosa es la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de la Defensoría Pública, quien promovió el presente juicio de amparo en contra de la omisión de expedir la Ley Reglamentaria de los artículos 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 85 del Estatuto de Roma, que regule en materia de error judicial.

En ese sentido y con el fin de demostrar que la parte quejosa, en su carácter de Instituto encargado de proteger la defensa de todas las personas que se encuentran en territorio nacional, sí cuenta con el interés necesario para la promoción del juicio de amparo, se exponen las siguientes consideraciones de derecho.

De conformidad con lo previsto en los postulados que se derivan del artículo 1º constitucional, todas las personas que se encuentran en territorio nacional, tienen derecho a que se les garanticen los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos tanto por la Constitución, como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, que versen, precisamente, sobre derechos humanos.

En congruencia con lo anterior, el principio de acceso a la tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 17 constitucional, señala que todas las



personas que se encuentren en territorio nacional, tienen derecho a acceder a los medios de control de constitucionalidad y legalidad previstos en la norma fundamental y en las normas secundarias, con el fin de que se garanticen, de manera efectiva, sus derechos y prerrogativas.

Lo que cobra especial relevancia si se toma en consideración que los derechos fundamentales y legales únicamente pueden ser efectivos cuando existen medios eficaces de defensa para garantizarlos en caso de ser violados tanto por agentes del Estado, como por otros particulares que se lleguen a encontrar en un plano superior frente a ellos, por la naturaleza de cierto tipo de actos y funciones, conforme a la regulación secundaria correspondiente.

En ese sentido y con el fin de dar cumplimiento a dichos postulados, en el Estado Mexicano existen, por lo que hace a los derechos fundamentales, diversos medios de control constitucional que fueron creados con el fin de garantizar su plena efectividad.

Conforme al contenido de los artículos 103 y 107 constitucionales, el medio de control constitucional que los gobernados tienen para impugnar los actos de autoridad (formal o material) que vulneren los derechos fundamentales reconocidos por el orden jurídico mexicano, tanto positivos, como negativos y omisivos, es el juicio de amparo.

Dicho medio de control constitucional, al constituir un proceso, se encuentra regulado por la Ley Reglamentaria correspondiente. Siendo importante



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

destacar que, si bien se han emitido diversas reformas con el fin de que dicho medio de defensa sea de fácil tramitación y acceso para los particulares, sigue siendo un proceso de naturaleza técnica que, por obvias razones, representa cierto rango de complejidad para los gobernados.

En esa tesitura y con el objetivo de que todas las personas, sin distinción alguna, puedan tener acceso a dicho medio de control constitucional, entre otros, el propio artículo 17 constitucional prevé, como obligación de la Federación y de las entidades federativas, la de establecer un sistema de defensoría pública que se encargue de asesorarlas y representarlas en los procedimientos de que se traten.

La génesis de este derecho subjetivo tiene que ver con el derecho humano al acceso efectivo a la justicia y parte del razonamiento de que es necesario contar con la asesoría de un profesional del Derecho para poder acceder efectivamente a la justicia.

Por lo que hace al sistema federal, desde el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Defensoría Pública y de su análisis, se obtienen los datos relevantes siguientes:

- El objeto de dicha norma es el de regular la prestación del servicio público en asuntos del fuero federal, entre los que se encuentra el juicio de amparo, con el fin de garantizar el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica, en



los términos que ahí se establecen (artículo 1).

- Para la prestación de dichos servicios, se creó el Instituto Federal de Defensoría Pública, parte quejosa en el juicio que se resuelve, como órgano del Poder Judicial de la Federación, con independencia técnica y operativa (artículo 3).

- La función principal del personal que labora en dicho Instituto, es el de representar y ejercer, ante las autoridades competentes, los intereses y los derechos jurídicos de las personas defendidas y/o representadas, así como vigilar el respeto a los derechos humanos y sus garantías, promoviendo, para dicho efecto, juicio de amparo; debiendo evitar, en todo momento, la indefensión de aquéllas (artículo 6).

Tan es así, que es causa de responsabilidad para el personal de dicho Instituto, dejar de promover los medios de defensa correspondientes y dejar de cumplir con cualquiera de las obligaciones que dicha Ley le confiere, con el fin de proteger a los gobernados defendidos y/o representados (artículo 37).

- Los servicios que debe dar dicho Instituto deben prestarse, preferentemente, entre otras, a las personas que, por cualquier razón social o económica, tengan la necesidad de sus servicios (artículo 15).

Asimismo, resulta importante decir que, para el debido funcionamiento del Instituto Federal de la Defensoría Pública, la Junta Directiva dependiente del Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federal, emitió las Bases Generales de



autoridad que emitan dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal.

c) Asuntos que se tramiten ante dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal, conforme a procedimientos seguidos en forma de juicio.

d) Asuntos en los que sea procedente promover juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales administrativos, federales o locales.

Ahora, se reitera, la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, promovió la demanda de amparo en contra de la omisión de emitir una ley reglamentaria en materia de error judicial, en términos de los artículos 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 85 del Estatuto de Roma, en relación con los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; omisión que, a su dicho, vulnera el derecho de toda persona a ser indemnizada cuando haya sufrido una pena como resultado de una sentencia firme que haya sido revocada como consecuencia de un error judicial, así como el pleno ejercicio del derecho de audiencia, acceso a la justicia, legalidad, tutela judicial efectiva y defensa adecuada, al no existir procedimiento, mecanismo, tasación y parámetros para reclamar y fijar dicha indemnización.

Así, cabe precisar, además que, tratándose de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

la defensa de derechos colectivos, es necesario demostrar tener una especial situación frente al orden jurídico, y que su objeto social es preponderantemente la defensa de esos derechos; así como acreditar realizar actividades relacionadas con ese fin; tal como en diversos precedentes lo ha definido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Uno de ellos es el amparo en revisión 323/2014, en el que señaló que una asociación civil cuyo objeto consistía en investigar y evaluar las condiciones del derecho a la educación, tenía interés legítimo para impugnar la omisión de diversas autoridades de cumplir con sus facultades en la materia, ya que dichas omisiones afectaban la capacidad de esa sociedad de cumplir con su objeto social. En el mismo sentido, en el amparo en revisión 566/2015, sostuvo que artistas y promotores de la cultura tenían interés legítimo para reclamar la omisión de culminar un proyecto cultural en Tepic, Nayarit, al considerar que las omisiones afectaban su capacidad de realizar sus labores artísticas y de promoción de la cultura.

En igual línea interpretativa, resolvió el amparo en revisión 1359/2015, en donde señaló que una asociación civil acreditó su interés legítimo al tener un especial interés en la defensa y promoción de la libertad de expresión, al tiempo que la omisión que reclama afecta su capacidad de cumplir con el objeto para el que fue constituida, de tal manera que la eventual emisión de la legislación omitida le reportaría un beneficio determinado, actual y cierto: estar en la posibilidad de cumplir de manera cabal con el objeto social para el que dicha asociación fue constituida.



En ese sentido, es posible señalar que la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, conforme al orden jurídico constitucional y a las facultades que tiene legalmente conferidas, es la autoridad que se encarga de garantizar y proporcionar un servicio de defensoría pública que protege los derechos humanos de todas las personas, en su vertiente de acceso a la justicia.

Razón por la cual, este Juzgado Federal determina que dicha Unidad de Litigio Estratégico, cuenta con el interés necesario para acudir a la instancia constitucional que se resuelve, pues es el organismo de carácter público al cual le asiste la obligación constitucional de brindar defensa legal, asesoría jurídica y representación a todas las personas que así lo requieran, entre las que se incluyen, aquellas personas que una vez que enfrentan el sistema de justicia y son declaradas inocentes mediante sentencia absolutoria, buscan resarcir las afectaciones motivadas por errores judiciales.

Por otra parte, las autoridades responsables aducen que, respecto del acto reclamado, se actualiza la causa de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XXIII, de la Ley de Amparo, en relación con el diverso 107, fracción II, constitucional; toda vez que, la parte quejosa pretende, vía juicio constitucional, que se emita una disposición de observancia general en contravención al principio de relatividad que rige en el amparo indirecto.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Dicha causa de improcedencia, es infundada.

Los citados preceptos establecen lo siguiente:

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

XXIII. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o de esta Ley.”

“**Artículo 73.** Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, sí procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.”

“**Artículo 77.** Los efectos de la concesión del amparo serán:

I. Cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; y

II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija. En el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho.”

De la interpretación de los preceptos transcritos se desprende que para que sea procedente la acción constitucional es indispensable que la sentencia que se llegara a dictar en el juicio de amparo, en el supuesto de que fuera favorable al promovente, pueda producir el efecto de restituirla en el pleno goce de los derechos que estime vulnerados, de tal manera que se restablezcan las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo, o bien, que sea factible obligar a la

Juzgado Quinto del Poder Judicial de la Federación
T04.66.201.63.64.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.3.8
14/02/22 14:13:27



autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar el derecho de que se trate y cumpla con lo que aquél le exige.

Así, en caso de que sea imposible concretar los efectos de la sentencia que conceda el amparo, el juicio será improcedente, ya que no podría conseguirse ninguno de los fines establecidos en el invocado artículo 77 de la ley de la materia.

En principio, cabe señalar que de conformidad con lo previsto por el artículo 107, fracción II, párrafo primero, constitucional, las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, únicamente pueden ocuparse de los quejosos que así lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, únicamente en el caso especial sobre el que verse la demanda.

La relatividad de las sentencias de amparo, mejor conocida en el ámbito jurisdiccional como “*Fórmula Otero*”, se deriva de las reglas habituales del proceso, en el que, como relación de carácter jurídica, únicamente se generan efectos entre las partes que litigan.

Bajo este entendido, lo que hoy comprendemos como esa “*Fórmula*”, no es más que una de las manifestaciones ordinarias del principio de congruencia en los procesos contenciosos y de los efectos inter partes que caracterizan a las sentencias judiciales.

En la materia constitucional, al menos desde mil



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

novecientos noventa y cuatro, dicho principio ha tenido excepciones muy precisas. Las sentencias que resuelven las controversias constitucionales y las acciones de constitucionalidad previstas en el artículo 105 constitucional, pueden tener efectos generales siempre y cuando se alcance una votación calificada.

De forma similar, dentro del modelo de amparo vigente encontramos la figura de la "*Declaratoria General de Inconstitucionalidad*", de última incorporación a la fracción II del artículo 107 constitucional, que permite invalidar por mayoría calificada una norma de forma general, siempre que previamente por jurisprudencia del Poder Judicial se declare la inconstitucionalidad de un norma y no se supere el vicio de inconstitucionalidad en un plazo de noventa días naturales, hecha excepción de la materia tributaria.

Respecto de las omisiones legislativas, el juicio de amparo, conforme a dicho principio y, en consecuencia, a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sido considerado improcedente.

Lo anterior, pues justamente atendiendo a que las sentencias deben tener efectos solo para la parte quejosa no se podía obligar al legislador secundario a emitir una norma, que, generalmente y por sus características propias, tendría efectos de carácter general.

Es decir, la "*Fórmula Otero*" ha funcionado bajo un esquema jurídico en el que la justicia se encuentra



subordinada directamente a la teoría de los derechos públicos subjetivos; esto es, en donde solo aquel titular de un derecho objetivamente reconocido podría exigir su respeto vía judicial.

Atendido a dicho criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió la tesis P. CLXVIII/97, visible en la página 180, del tomo VI, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, diciembre de 1997, de rubro: **“LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.”**

Así como la tesis 2a. VIII/2013 (10a.), visible en la página 1164, del tomo 2, libro XVII, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, febrero de 2013, de rubro: **“OMISIÓN LEGISLATIVA. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA, CONFORME AL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY DE LA MATERIA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN II, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”**

Lo anterior, con excepción de las llamadas omisiones legislativas parciales o relativas, en competencias de ejercicio obligatorio o en competencias de ejercicio potestativo, en las que lo que se reclama, en sí, no es la omisión de la autoridad legislativa de emitir normas en una u otra materia, sino



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

más bien, de legislar “adecuadamente”; es decir, de emitir normas que regulen hipótesis normativas de tal forma que se respete la Constitución y los instrumentos internacionales que estén de acuerdo con ella, sobre todo los de legalidad y certeza jurídica, de las personas.

Lo anterior, refiere a que lo que los gobernados reclaman en este tipo de juicios son los artículos que contienen las hipótesis normativas que, a su consideración, no fueron debidamente reguladas por el legislador y que; por tanto, da lugar a un amparo contra leyes y no así a un juicio constitucional respecto de omisiones legislativas.

Sirve de apoyo a lo anterior, por su contenido, la tesis P./J. 11/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1527, del tomo XXIII, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, febrero de 2006, de rubro: “**OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS**”.

Sin embargo, en la actualidad, se han emitido diversos criterios por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación en los que, con el fin de armonizar el juicio de amparo a la reforma constitucional de derechos humanos de junio de dos mil once y al nuevo paradigma que existe para su protección, se ha considerado que no siempre se actualiza la causa de improcedencia en estudio, relatividad de las sentencias, y que, por tanto, en algunas ocasiones y con el cumplimiento de diversas reglas y/o presupuestos, el juicio constitucional sí



puede ser procedente frente a omisiones legislativas.

Respecto de lo anterior, resulta importante decir que las autoridades jurídico-constitucionales han considerado que:

- Solo existirá omisión legislativa o reglamentaria cuando exista un mandato constitucional, legal o proveniente de tratado internacional, que establezca de manera precisa el deber de legislar, de legisladores o de autoridad administrativa, en un determinado sentido y esa obligación haya sido incumplida.

- Debe demostrarse que el actuar omisivo de la autoridad existe; es decir, que efectivamente existe el mandato que obliga a la autoridad a expedir una disposición de carácter general.

- Esa conducta omisiva debe vulnerar un derecho o garantía en perjuicio de los individuos.

- Puede acudir al juicio de amparo aquella persona que acredite contar con interés legítimo para el cumplimiento del mandato constitucional o internacional, o legal de expedir la norma.

- En estos casos no se vulnera el principio de relatividad porque dicho principio debe ser reinterpretado a la luz del nuevo marco constitucional que disciplina al juicio de amparo y, por tanto, es perfectamente admisible que al proteger a la persona que ha solicitado el amparo de manera eventual y contingente se pueda llegar a beneficiar a terceros



Políticos.

Aduce que derivada de la omisión legislativa existe una restricción ilegítima del derecho a recurrir una sentencia firme por la comisión de error judicial y a recibir una indemnización y; por tanto, se vulnera el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica.

Cabe precisar, que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 1359/2015, determinó:

“(…)

En primer lugar, es importante señalar que desde un punto de vista conceptual, la simple inactividad no equivale a una omisión. En el ámbito jurídico, para que se configure una omisión es imprescindible que exista el deber de realizar una conducta y que alguien haya incumplido con esa obligación. En este sentido, es ampliamente aceptado que las autoridades no sólo pueden afectar a los ciudadanos a partir de la realización de actos positivos, sino también a través de actos negativos u omisiones. En este orden de ideas, pueden identificarse al menos tres tipos de omisiones en función del ámbito de competencia de las autoridades a las que se atribuye el incumplimiento de un deber: omisiones administrativas, omisiones judiciales y omisiones legislativas.

Al respecto, es importante aclarar que aunque en el caso concreto se estudia una omisión legislativa atribuida al Congreso de la Unión, lo cierto es que otras autoridades también podrían estar constitucionalmente obligadas a emitir normas generales, abstractas e impersonales. Sin embargo, en el resto de la sentencia sólo se hará referencia a las omisiones legislativas atribuidas al Poder Legislativo, en tanto se trata del supuesto en estudio.

Ahora bien, para poder establecer un criterio sobre este tema, esta Primera Sala estima necesario clarificar qué es una ‘omisión legislativa’. En este sentido, hay que tener en cuenta como punto de partida la manera en que esta Suprema Corte ha entendido dicho concepto cuando se ha analizado la constitucionalidad de este tipo de actos en otras vías procesales, como las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

En este orden de ideas, al resolver la controversia constitucional 14/2005, el Tribunal Pleno



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

distinguió entre omisiones legislativas absolutas y relativas. Las primeras se presentan cuando '[el órgano legislativo] simplemente no ha ejercido su competencia de crear leyes en ningún sentido, ni ha externado normativamente ninguna voluntad para hacerlo, de ahí que la misma siga siendo puramente potencia'. En cambio, las omisiones legislativas relativas ocurren cuando 'el órgano legislativo [ha] ejercido su competencia, pero de manera parcial o simplemente no realizándola de manera completa e integral, impidiendo así el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes.'

En esta línea, en dicho precedente también se distinguió entre omisiones legislativas de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, en función de si existe una obligación de actuar o si se trata de una facultad discrecional. Así, de la combinación de ambas clasificaciones, podrían distinguirse cuatro tipos distintos de omisiones legislativas: (a) absolutas en competencias de ejercicio obligatorio; (b) relativas en competencias de ejercicio obligatorio; (c) absolutas en competencias de ejercicio potestativo; y (d) relativas en competencias de ejercicio potestativo; clasificación recogida en la tesis jurisprudencial de rubro 'OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS.'

Por otra parte, no deben confundirse las omisiones legislativas con las lagunas. Existe una laguna normativa cuando el legislador no regula un supuesto de hecho específico, de tal forma que un caso concreto comprendido en ese supuesto no puede ser resuelto con base en una norma preexistente del sistema jurídico. En cambio, como ya se señaló, una omisión legislativa se presenta cuando el legislador no expide una norma o un conjunto de normas estando obligado a ello por la Constitución. Así, mientras las lagunas deben ser colmadas por los jueces creando una norma que sea aplicable al caso (o evitando la laguna interpretando las normas existentes de tal forma que comprendan el supuesto que se les presenta), una omisión legislativa no puede ser reparada unilateralmente por los tribunales, pues éstos no tienen competencia para emitir las leyes ordenadas por la Constitución, por lo que es el órgano legislativo quien debe cumplir con su deber de legislar.

2. Las omisiones legislativas como actos reclamados

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, esta Primera Sala considera que en el marco del juicio de amparo sólo habrá una omisión legislativa propiamente dicha cuando exista un mandato constitucional que establezca de manera precisa el deber de legislar en un determinado sentido y esa obligación haya sido incumplida total o parcialmente. En efecto, en caso de no existir un mandato constitucional que establezca con toda claridad el deber de legislar, la conducta de la autoridad carecería de toda relevancia jurídica para efectos del juicio de amparo, de ahí que en esta vía procesal no

Juztzi Yimuel Reyes Sánchez
70 06 65 20 63 66 66 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 38
14/02/22 14:13:27



tenga mucho sentido hablar de omisiones de ejercicio potestativo.

Ahora bien, en el caso concreto la quejosa sostuvo en la demanda de amparo que el artículo tercero transitorio de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 establece el deber a cargo del Congreso de la Unión de expedir una ley que reglamentara el artículo 134 constitucional en un determinado tiempo, obligación que se ha incumplido totalmente puesto que no se ha aprobado dicha legislación y el plazo previsto en el artículo transitorio para ese efecto ha fenecido. En este sentido, de acuerdo a la clasificación de las omisiones legislativas antes referida, en este caso debe analizarse si el juicio de amparo es procedente contra una omisión legislativa absoluta. De esta manera, el criterio de procedencia que esta Suprema Corte debe clarificar en la presente sentencia se circunscribe a ese tipo de omisiones. Esta precisión es importante porque dependiendo del tipo de omisión legislativa que se señale como acto reclamado en la demanda de amparo podría variar tanto la procedencia del juicio amparo como los efectos de una eventual concesión.

(...)"

Consideraciones que dieron origen a las tesis aisladas 1a. XIX/2018 (10a.) y 1a. XX/2018 (10a.) publicadas en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018, páginas 1095 y 1100, de contenido siguiente:

"DIFERENCIAS ENTRE LAS LAGUNAS NORMATIVAS Y LAS OMISIONES LEGISLATIVAS.

Existe una laguna normativa cuando el legislador no regula un supuesto de hecho específico, de tal forma que un caso concreto comprendido en ese supuesto no puede ser resuelto con base en normas preexistentes del sistema jurídico. En cambio, una omisión legislativa se presenta cuando el legislador no expide una norma o un conjunto de normas estando obligado a ello por la Constitución. Así, mientras las lagunas deben ser colmadas por los jueces creando una norma que sea aplicable al caso (o evitando la laguna interpretando las normas existentes de tal forma que comprendan el supuesto que se les presenta), una omisión legislativa no puede ser reparada unilateralmente por los tribunales, pues éstos no tienen competencia para emitir las leyes ordenadas por la Constitución, por lo que es el órgano legislativo quien debe cumplir con su deber de legislar."

"OMISIONES LEGISLATIVAS. SU CONCEPTO PARA FINES DEL JUICIO DE



En primer lugar, es necesario destacar que los artículos 1º y 133 constitucionales establecen en lo conducente:

“Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)”

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.”

Preceptos de los que se desprende que una vez que un tratado o instrumento internacional es incorporado al orden jurídico nacional, las normas de derechos humanos que éste contenga se integran al catálogo de derechos que funciona como parámetro de regularidad constitucional.

Asimismo, los artículos 1.1, 2 y 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.2



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, 85 del Estatuto de Roma, establecen:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(...)

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

“Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Artículo 2 (...)

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

“Artículo 14 (...)

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia



deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.”

Estatuto de Roma

“Artículo 85 *Indemnización del detenido o condenado*

1. El que haya sido ilegalmente detenido o recluido tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado.

2. El que por decisión final hubiera sido condenado por un crimen y hubiere cumplido pena por tal motivo será indemnizado conforme a la ley de ser anulada posteriormente su condena en razón de hechos nuevos que demuestren concluyentemente que hubo un error judicial, salvo que la falta de conocimiento oportuno de esos hechos le fuera total o parcialmente imputable.

3. En circunstancias excepcionales, la Corte, si determina la existencia de hechos concluyentes que muestran que hubo un error judicial grave y manifiesto tendrá la facultad discrecional de otorgar una indemnización, de conformidad con los criterios establecidos en las Reglas de Procedimiento y Prueba, a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón.”

De los preceptos citados se advierte que existen mandatos legales que imponen la obligación del Estado mexicano a indemnizar a las y los particulares por error judicial como causa de responsabilidad patrimonial, desde la ratificación de los correspondientes instrumentos internacionales (mil novecientos ochenta y uno y mil novecientos noventa ocho y dos mil, respectivamente).

Ahora, es importante resaltar que el Estado mexicano regula la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al tenor de lo dispuesto por los artículos 1o. y 109, último párrafo, de dicho ordenamiento; sin embargo, este último precepto no prevé un sistema de responsabilidad fuera de la causa a la actividad administrativa irregular del Estado,



bien es verdad, esa garantía incluye los daños causados por los actos administrativos que realiza el Poder Judicial, lo cierto es que no incluye los que pudiera causar con motivo de la función propiamente jurisdiccional; y en esa medida, también es dable concluir que el artículo 109 Constitucional, no puede servir como fundamento para demandar la responsabilidad que se pudiera derivar de la función jurisdiccional, en tanto que del proceso legislativo correspondiente, concretamente del dictamen de veintinueve de abril del año dos mil, se desprende que la intención del constituyente fue no incluir, la responsabilidad el Estado por error judicial en ese precepto, pues éste se limitó a regular la actividad administrativa irregular.

Pese a lo anterior, en este punto es importante aclarar que del texto constitucional finalmente aprobado (segundo párrafo del artículo 113, que con posterioridad pasó a ser el último párrafo del artículo 109), no se desprende una limitación expresa en el sentido de que nunca se pueda demandar del Estado una responsabilidad proveniente de la actividad jurisdiccional, concretamente por un error judicial.

En efecto, si bien es verdad que en el dictamen de veintinueve de abril del dos mil, se señaló que era conveniente proponer que la responsabilidad patrimonial del Estado se aplicara exclusivamente a los actos de la administración pública, también lo es que no se negó la posibilidad de que los actos judiciales pudieran causar un daño, concretamente los sustentados en un error judicial.

Esto es así, porque aunque es cierto que por su naturaleza, el Poder Reformador de la Constitución propuso excluirlas, también lo es que al respecto indicó, que esa exclusión era “por ahora”, pues según señaló, la prudencia aconsejaba esperar el desarrollo de la doctrina y de la experiencia jurídica, tanto nacional como extranjera, antes de ampliar el régimen de responsabilidad a los actos judiciales.

En ese orden de ideas, es dable concluir que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 109 Constitucional no puede servir de fundamento para demandar una responsabilidad proveniente de un error judicial.

Pese a lo anterior, nada impide que se pueda demandar al Estado una indemnización, con motivo de un error judicial, citando como fundamento lo dispuesto en el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esto es así, pues por un lado, hay que tomar en cuenta que el proceso legislativo que dio origen al texto del segundo párrafo del artículo 113 Constitucional y que con posterioridad pasó a ser el último párrafo del artículo 109 Constitucional, y a través del cual se estimó que por el momento no era conveniente incluir el error judicial como una causa para demandar la responsabilidad estatal, data del



origen al segundo párrafo del artículo 113 Constitucional, que con posterioridad pasó a ser el último párrafo del artículo 109 de la Carta Magna, sólo se deriva que la intención del Poder Reformador de la Constitución fue postergar su reconocimiento, de manera que si más de una década después, el propio Poder reformó el artículo 1º constitucional, con la intención de elevar a rango constitucional los derechos contenidos en los tratados internacionales suscritos por México, entonces debe concluirse que nada impide considerar que el contenido del artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se incorporó al catálogo constitucional de derechos, no considerarlo de esa manera implicaría desconocer lo dispuesto en el propio artículo 1º constitucional, en tanto que sin existir una restricción expresa a ese respecto, se estaría negando el reconocimiento de un derecho que ofrece una protección más amplia, incumpléndose con la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar ese derecho; además, el reconocer el derecho a ser indemnizado con motivo de una condena en sentencia firme por error judicial, se inscribe en una responsabilidad que resulta más acorde al sistema democrático de derechos, en donde se presupone que todo acto del poder público, debe estar sujeto a un control.
 (...)”

Como puede observarse, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que el proceso legislativo que dio origen al texto del segundo párrafo del artículo 113 Constitucional y que con posterioridad pasó a ser el último párrafo del artículo 109 Constitucional, y a través del cual se estimó que por el momento no era conveniente incluir el error judicial como una causa para demandar la responsabilidad estatal, data del año dos mil.

Precisó que el artículo 1º Constitucional fue objeto de una importante reforma el diez de junio de dos mil once, a través de la cual se incorporaron al texto constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano fuera parte, entre ellos los que derivan de la Convención Americana sobre Derechos



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Humanos.

Derivado de ello, concluyó que el contenido del artículo 10 de la citada Convención se incorporó al catálogo constitucional de derechos; y que por tanto, el derecho que en él se contiene debe ser reconocido por el Estado Mexicano, en tanto que, en el artículo 109 Constitucional no existe una restricción expresa al respecto.

Así, tal y como lo estableció el Alto tribunal, el proceso legislativo que dio origen al segundo párrafo del artículo 113 Constitucional, que con posterioridad pasó a ser el último párrafo del artículo 109 de la Carta Magna, sólo deriva de la intención del Poder Reformador de la Constitución que fue postergar su reconocimiento, de manera que si más de una década después, el propio Poder reformó el artículo 1º constitucional, con la intención de elevar a rango constitucional los derechos contenidos en los tratados internacionales suscritos por México.

De ahí que lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Estatuto de Roma se incorporó al catálogo constitucional de derechos.

No considerar lo anterior, implicaría desconocer lo dispuesto en el propio artículo 1º constitucional, en tanto que sin existir una restricción expresa al respecto, se estaría negando el reconocimiento de un derecho que ofrece una protección más amplia, incumpléndose con la obligación de promover,



respetar, proteger y garantizar ese derecho; además, de reconocer el derecho a ser indemnizado con motivo de una condena en sentencia firme por error judicial, se inscribe en una responsabilidad que resulta más acorde al sistema democrático de derechos, en donde se presupone que todo acto del poder público, debe estar sujeto a un control.

Lo anterior es así, pues una vez que un tratado es incorporado al orden jurídico, las normas de derechos humanos que contenga conforman un parámetro de regularidad constitucional y su supremacía se predica de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo.

Sin embargo, como quedó precisado, no existe legislación alguna que legisle o reglamente en materia de error judicial; es decir, que establezca el procedimiento, mecanismo, tasación y parámetros para reclamar y fijar la indemnización por error judicial, por lo que se propicia un estado de vulnerabilidad para aquellas personas que una vez que enfrentan el sistema de justicia y son declaradas inocentes mediante sentencia absolutoria, buscan resarcir las afectaciones motivadas por errores judiciales, y por tanto, quedan en completo estado de indefensión y en franca violación a sus derechos humanos contenidos en los artículos 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 85 del Estatuto de Roma, toda vez que, al suscribir dichos pactos internacionales, México adquirió la obligación de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

indemnizar conforme a la ley, a sus gobernados en caso de haber sido condenados en sentencia firme por error judicial.

De manera que las autoridades responsables, con la omisión reclamada, incumplen con la obligación de garantizar los derechos y obligaciones generales, respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en el artículo 1º constitucional, párrafos primero y tercero, en relación con el 133 de ese ordenamiento y los numerales 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 85 del Estatuto de Roma.

De ahí lo fundado de los conceptos de violación en estudio.

Por lo expuesto, con fundamento en lo previsto por el artículo 77, fracción I, de la Ley de Amparo, es procedente **conceder** el amparo y la protección de la Justicia Federal solicitados, para el efecto de que las autoridades responsables lleven a cabo todas las acciones necesarias, conforme a las facultades que tienen conferidas en la Constitución y en las leyes secundarias que rigen su funcionamiento, con el fin de que, antes de que finalice el segundo período ordinario de sesiones del primer año del ejercicio de la LXV Legislatura; es decir, antes del treinta de abril de dos mil veintidós, expidan la Ley Reglamentaria de los artículos 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 85 del Estatuto de Roma, que regule en materia de error judicial.

Juzani Yumari Reyes Sanchez
70.06.65.201.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.38
14/02/22 14:13:27



No pasa inadvertido para este Juzgado Federal que dichos efectos pueden beneficiar, de manera extensiva, a más personas que las que directamente se encuentran relacionadas con este juicio constitucional.

Sin embargo, dicha cuestión atiende a la propia naturaleza del acto reclamado y al carácter colectivo y difuso de los derechos que se defienden en la presente vía, por lo que tales efectos no vulneran el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo.

Por lo expuesto, fundado y con apoyo, además, en los artículos 73, 74, 75, 124 y 217, de la Ley de Amparo, se;

SE RESUELVE:

ÚNICO. La Justicia de la Unión **ampara y protege** a ***** ***, en su carácter de ***** ***, conforme a los términos y efectos expuestos en el último considerando de este fallo constitucional.

Notifíquese; y de manera electrónica a la parte quejosa y al Agente del Ministerio Público Federal adscrito.

Así lo resolvió y firma de manera electrónica **Andrés Martínez Martínez**, Secretario del Juzgado Décimo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, en funciones de Juez de Distrito, en



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

términos de los artículos 43, párrafo segundo y 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (autorizado de conformidad con el oficio número SEPLE./GEN./005/3542/2020 de cuatro de noviembre de dos mil veinte, suscrito por el Secretario Ejecutivo del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal), quien actúa asistido por la secretaria Jatziri Yunuen Reyes Sánchez, quien autoriza, firma electrónicamente y da fe, hasta el día de hoy **cinco de julio de dos mil veintiuno**, fecha en que las labores del juzgado permitieron concluir su engrose. **Doy fe.**

EL SECRETARIO EN FUNCIONES DE JUEZ LA SECRETARIA

Razón.- En esta fecha se giraron los oficios 28205, 28206 y 28207 a las autoridades correspondientes, notificándoles el auto que antecede. **Conste.**

En la Ciudad de México, siendo las **nueve horas** del día, el Actuario del Juzgado Décimo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, publicó en la lista que se fija el **seis de julio de dos mil veintiuno** en los estrados de este órgano jurisdiccional, la resolución o acuerdo que antecede, con lo cual quedan notificadas de ello las partes en este juicio de amparo, hecha excepción de las que deban notificarse personalmente, vía electrónica o por oficio, se asienta la presente razón de conformidad con lo dispuesto por los artículos 24, 26, fracción III y 29, de la Ley de Amparo. **Doy fe.**

Firma del Actuario

Jatziri Yunuen Reyes Sánchez
70 06 65 20 63 66 66 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 38
140222 1411327

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

PJF



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 4

1187

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

EVIDENCIA CRIPTOGRÁFICA - TRANSACCIÓN

Archivo Firmado:

13100189_0730000027884206013.p7m

Autoridad Certificadora:

Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal

Firmante(s): 2

FIRMANTE				
Nombre:	Jatziri Yunuen Reyes Sánchez	Validez:	BIEN	Vigente
FIRMA				
No. serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.b3.38	Revocación:	Bien	No revocado
Fecha: (UTC/ CDMX)	05/07/21 22:20:43 - 05/07/21 17:20:43	Status:	Bien	Valida
Algoritmo:	RSA - SHA256			
Cadena de firma:	3e 31 50 18 95 bd 94 9b 39 22 fa ac 44 64 1d cc 8d 9e cb 62 d9 a7 0e a2 22 8d d8 19 c6 43 a6 d7 19 f8 23 90 82 5b 3b 5f 7a 2b 21 c5 eb e2 3d c0 49 fd 40 81 b3 5c 3b 47 04 c5 07 ef fe 32 c4 04 7d 1b e4 27 a5 a9 38 ce 90 a0 6f c6 e0 c1 1c 85 f1 97 53 a1 2e c6 f3 7d 3a 04 e7 db 87 22 8d 9e 18 3e 4e 3b a1 bf 0c 51 09 36 0c b2 0a 47 a9 47 8a 6c d2 d5 ba 0e a4 6f 6c 73 22 f6 f8 3d 2d fd ae c0 e6 65 f3 50 ad 37 aa e1 f2 71 64 62 27 44 b1 2d 02 9f 71 68 f9 72 34 ac 69 e6 9d b3 9f 09 c4 31 84 9d 58 f2 ea 51 30 86 e8 68 07 60 19 e2 ee aa 2a b6 8e 88 ff ac 64 c5 d3 3a 27 bb fd 10 f7 bd 40 82 e3 a7 65 4e 8e 50 d4 c2 58 5d 03 82 fa 34 b0 a5 e1 a4 68 72 18 27 cf 27 b3 40 64 f9 a4 fd d2 4b cd b6 d7 f9 cd f5 e4 62 84 f0 c7 65 dc 66 67 d0 e2 6e 82 e7 1d 80 54 e7 6b 6a df 82			
OCSP				
Fecha: (UTC / CDMX)	05/07/21 22:20:44 - 05/07/21 17:20:44			
Nombre del respondedor:	OCSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.03			
TSP				
Fecha : (UTC / CDMX)	05/07/21 22:20:44 - 05/07/21 17:20:44			
Nombre del emisor de la respuesta TSP:	Autoridad Emisora de Sellos de Tiempo del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del certificado TSP:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Identificador de la respuesta TSP:	59994499			
Datos estampillados:	I+eUtK0c4tc9r97x9a1EJpWR5HE=			



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 4

1188

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FIRMANTE				
Nombre:	ANDRÉS MARTÍNEZ MARTÍNEZ	Validez:	BIEN	Vigente
FIRMA				
No. serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.b3.9f	Revocación:	Bien	No revocado
Fecha: (UTC/ CDMX)	05/07/21 23:01:43 - 05/07/21 18:01:43	Status:	Bien	Valida
Algoritmo:	RSA - SHA256			
Cadena de firma:	00 13 9d 52 2d ca db 36 f7 fd ae 8f 6e b3 ff 3b 9d c5 e4 92 db 88 c0 4e 5c 79 82 0f 7f 3a 87 f7 84 9d 95 38 bf 34 18 59 fd b6 a7 3d e7 06 f0 9c f4 1b 4c f9 3d d1 1a d0 21 e8 45 74 2e 83 85 cd e9 d0 42 bf 97 9b 3e 07 f4 46 59 e3 d0 bf 53 0b 6f 6a 9a 93 8c 05 9c f6 45 31 29 7f bf 9a e8 34 aa 45 d2 05 48 53 47 d8 43 3e 0d 93 70 f3 a9 4f 50 65 f6 a9 55 0a e3 e4 61 6f f3 f9 77 5f a5 2f bb 06 dc 8d 5f 95 c1 d8 1b 4a 3a f3 eb c6 0d cf 76 c5 4b 0a e4 65 c0 82 fd 09 e5 6f 1e 75 35 f9 ac 0e 1d 46 ac 9b 5e 5a a9 9a 79 f2 9e 95 96 4f af 4e f1 97 6e b4 ec 3d 1a 29 f5 81 df 2f f7 5e 7c f5 a0 3e d4 66 46 77 88 c8 d0 31 96 3c c5 04 81 eb ea de 60 ee 14 0f 39 3c 66 b9 f0 ee 7e a8 0d fd b7 0a 39 7f db ad 8a 10 f8 54 32 5e f2 75 3f 80 6a 2d 37 2a c3 5e 08 43 6d 3b e7 fc ea 5f			
OCSP				
Fecha: (UTC / CDMX)	05/07/21 23:01:43 - 05/07/21 18:01:43			
Nombre del respondedor:	OCSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.03			
TSP				
Fecha : (UTC / CDMX)	05/07/21 23:01:43 - 05/07/21 18:01:43			
Nombre del emisor de la respuesta TSP:	Autoridad Emisora de Sellos de Tiempo del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del certificado TSP:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Identificador de la respuesta TSP:	60005763			
Datos estampillados:	XgmWLbuZAg/GJNGO3FkqThXqab8=			



El cinco de julio de dos mil veintiuno, la licenciada Jatziri Yunuen Reyes Sánchez, Secretario(a), con adscripción en el Juzgado Décimo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, hago constar y certifico que en esta versión pública no existe información clasificada como confidencial o reservada en términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Conste.

PJF - Versión Pública



Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019

se le dio vista a esta juzgadora con esa petición **el nueve de septiembre siguiente.**

I₂) Radicación de controversia (admisión, prevención, desechamiento parcial, se tuvo por no presentada de manera parcial, entre otros) y trámite.

En proveído emitido **el diez de septiembre de dos mil diecinueve**, se radicó la controversia y en acuerdo dictado **el dieciséis de diciembre siguiente**, se admitió la presente controversia (solicitud respecto a la modificación de la pena), realizándose todos los trámites relativos para la integración del presente asunto y una vez realizado lo anterior se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia.

I₅) Celebración de la audiencia.

El miércoles treinta de junio de dos mil veintiuno, se celebró la audiencia respectiva, concluyendo con el dictado de la resolución que ahora se emite por escrito.

II. Competencia

Esta Jueza de Distrito asignada para fungir como jueza de ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Morelos, con sede en Cuernavaca, es legalmente competente para resolver el presente asunto, por razón de **territorio, vía y materia**, con apoyo en el artículo **104, fracción I**, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; **67 bis** al **67 bis 5**, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; **24** y **25** de la Ley Nacional de Ejecución Penal; el Acuerdo General 3/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la denominación del número y límites territoriales de los circuitos judiciales en que se divide la República Mexicana y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-2
Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019

los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito y, en el diverso Acuerdo General 28/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, en lo que interesa, relativo al inicio de funciones de este órgano jurisdiccional, aunado a que la persona privada de la libertad se encuentre recluida en una institución carcelaria donde la suscrita tiene jurisdicción.

III. Oportunidad de la controversia.

La controversia fue promovida en *tiempo* (dentro del término establecido) y *forma* (por escrito), de conformidad con el artículo 144, párrafo penúltimo, de la Ley Nacional de Ejecución Penal; porque el peticionario solicita el beneficio preliberacional de que se trata **durante la ejecución de la pena.**

IV. Capacidad y personería.

La personalidad —en cuanto a la capacidad para promover la controversia—, tocante a la persona privada de la libertad, se encuentra acreditada, en virtud de que es la titular de derechos subjetivos por ser quien se encuentra privada de la libertad.

V. *Litis* de la controversia.

La solicitud relativa la duración de la pena se ciñe a la *litis* siguiente:

Petición

❖ Solicitud respecto a la **sustitución de la pena de prisión, bajo la hipótesis de que esta fuera innecesaria o incompatible con las condiciones de la persona privada de la libertad por senilidad, edad avanzada, o su grave estado de salud**, en términos del artículo 144, fracción III, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, por la **medida de seguridad** de vigilancia



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-2
Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019

personas; y, que **el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos**, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la **salud** y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

➔ Derecho humano a la salud.

El derecho a la salud es considerado como un derecho económico, social, cultural y ambiental; que se encuentra reconocido y garantizado por nuestro régimen constitucional y convencional.

En ese sentido la Carta Magna, en el precepto 4, dispone que toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, así como derecho a **la protección de la salud**.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos¹ ha reiterado la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sostuvo en la Observación General 14² que *el derecho a la salud es un derecho humano fundamental e*

¹ COIDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Párrafo 100. Cfr. COIDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017; y, COIDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social y Social de las Naciones Unidas, Observación General N. 14 (2000), "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)".

**Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019**

indispensable para el ejercicio de los demás derechos, y por ende, todas las personas tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que les permita vivir dignamente, cuya efectividad depende de la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de programas de salud, la adopción de instrumentos jurídicos concretos, así como componentes aplicables en virtud de la ley.

El derecho a la salud está reconocido en el artículo 25³ de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 12⁴ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 11 y 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; y, en el artículo 24⁵ de la Convención sobre los Derechos del Niño.

También, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial 1a./J. 8/2019 (10a.)⁶ del epígrafe: “**DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL**” establece que la protección de la salud es un objetivo que el Estado puede perseguir legítimamente, toda vez que se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 4 constitucional, en el cual se establece expresamente que toda persona tiene derecho a la protección de la salud; y, que **el derecho a la salud se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de**

³“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.”

⁴ *i. e.* En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”.

⁵ “Artículo 24. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de salud. (...)”

⁶ Localizable en el Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, Página 486, Jurisprudencia (Constitucional), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época.



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 5

1196



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019

FORMA B-2

la persona, del que deriva otro derecho fundamental, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica.

➔ Personas con discapacidad.

En el modelo social y de derechos el punto de partida es la dignidad de la persona con discapacidad, lo cual conlleva el deber de tratarla como a cualquier otra persona y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se le reconoce su condición de sujeto de derechos⁷, rasgos que se confirman con la declaración del párrafo primero del artículo 1⁸; de tal manera que se parte de la premisa que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos⁹.

⁷ Sobre este aspecto véase BLÁZQUEZ PEINADO María Dolores, *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

⁸ Artículo 1

Propósito

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

⁹ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, 1ª VI/2013 (10ª), Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, página 634, registro 2002520, de rubro y texto: "DISCAPACIDAD. SU ANÁLISIS JURÍDICO A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. La concepción jurídica sobre la discapacidad ha ido modificándose en el devenir de los años: en principio existía el modelo de "prescindencia" en el que las causas de la discapacidad se relacionaban con motivos religiosos, el cual fue sustituido por un esquema denominado "rehabilitador", "individual" o "médico", en el cual el fin era normalizar a la persona a partir de la desaparición u ocultamiento de la deficiencia que tenía, mismo que fue superado por el denominado modelo "social", el cual propugna que la causa que genera una discapacidad es el contexto en que se desenvuelve la persona. Por tanto, las limitaciones a las que se ven sometidas las personas con discapacidad son producidas por las deficiencias de la sociedad de prestar servicios apropiados, que aseguren que las necesidades de las personas con discapacidad sean tomadas en consideración. Dicho modelo social fue incorporado en nuestro país al haberse adoptado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006, misma que contiene y desarrolla los principios de tal modelo, los cuales en consecuencia gozan de fuerza normativa en nuestro ordenamiento jurídico. Así, a la luz de dicho modelo, la discapacidad debe ser considerada como una desventaja causada por las barreras que la organización social genera, al no atender de manera adecuada las necesidades de las personas con diversidades funcionales, por lo que puede concluirse que las discapacidades no son enfermedades. Tal postura es congruente con la promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo que ha provocado la creación de ajustes razonables, los cuales son medidas paliativas que introducen elementos diferenciadores, esto es, propician la implementación de medidas de naturaleza positiva -que involucran un actuar y no sólo una abstención de discriminar- que atenúan las desigualdades." Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.



Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019

Es importante resaltar que el concepto de discapacidad que asume la Convención no es un concepto rígido, sino que en ella se adopta un enfoque dinámico que permite adaptaciones. Así, la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con discapacidad y las barreras. En otras palabras, no tiene su origen en las limitaciones o diversidades funcionales de las personas, sino en las limitantes que la propia sociedad produce, esto es, se debe a las barreras que se imponen a las personas con discapacidad para el desarrollo de sus vidas¹⁰.

En este sentido, la discapacidad no es sólo la deficiencia de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal, sino que resulta de la interacción de la deficiencia con las barreras que impone el entorno y que impiden la inclusión plena y efectiva de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas¹¹.

¹⁰ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 1ª VI/2013 (10ª), Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, página 634, registro: 2002520, de rubro y texto: "DISCAPACIDAD. SU ANÁLISIS JURÍDICO A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. La concepción jurídica sobre la discapacidad ha ido modificándose en el devenir de los años: en principio existía el modelo de "prescindencia" en el que las causas de la discapacidad se relacionaban con motivos religiosos, el cual fue sustituido por un esquema denominado "rehabilitador", "individual" o "médico", en el cual el fin era normalizar a la persona a partir de la desaparición u ocultamiento de la deficiencia que tenía, mismo que fue superado por el denominado modelo "social", el cual propugna que la causa que genera una discapacidad es el contexto en que se desenvuelve la persona. Por tanto, las limitaciones a las que se ven sometidas las personas con discapacidad son producidas por las deficiencias de la sociedad de prestar servicios apropiados, que aseguren que las necesidades de las personas con discapacidad sean tomadas en consideración. Dicho modelo social fue incorporado en nuestro país al haberse adoptado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006, misma que contiene y desarrolla los principios de tal modelo, los cuales en consecuencia gozan de fuerza normativa en nuestro ordenamiento jurídico. Así, a la luz de dicho modelo, la discapacidad debe ser considerada como una desventaja causada por las barreras que la organización social genera, al no atender de manera adecuada las necesidades de las personas con diversidades funcionales, por lo que puede concluirse que las discapacidades no son enfermedades. Tal postura es congruente con la promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo que ha provocado la creación de ajustes razonables, los cuales son medidas paliativas que introducen elementos diferenciadores, esto es, propician la implementación de medidas de naturaleza positiva - que involucran un actuar y no sólo una abstención de discriminar- que atenúan las desigualdades." Ponente: Ministro Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

¹¹ La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, artículo 2, fracción XXI, en donde se integran los conceptos de la Convención sobre los Derechos de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019

FORMA B-2

➡ **Razones jurídicas aplicadas al caso.**

Las anteriores consideraciones jurídicas, aplicadas al caso, conllevan a establecer que es procedente y **fundada** la petición realizada por la persona privada de la libertad, porque se logra acreditar que la persona privada de la libertad **justifica que la pena privativa de la libertad sea innecesaria o incompatible con las condiciones de la persona privada de la libertad por senilidad, edad avanzada o su grave estado de salud**, toda vez que se advierte que cuenta con un **estado grave de salud emocional**.

En ese sentido, el artículo 18 de la Carta Magna dispone que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, **observando los beneficios que para él prevé la ley**.

Luego, la Ley Nacional de Ejecución Penal, en el artículo 144, fracción III¹², **para la sustitución de la pena exige que se colme que: a) la pena privativa de la libertad sea innecesaria o incompatible con las condiciones de la persona privada de la libertad por senilidad, edad avanzada o su grave estado de salud; y, b) el sentenciado no se encuentre relacionado con delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.**

las Personas con Discapacidad y de la Convención Interamericana para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Persona con Discapacidad.

¹² **Artículo 144. Sustitución de la pena**

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

[...]

III. Cuando esta fuere innecesaria o incompatible con las condiciones de la persona privada de la libertad por senilidad, edad avanzada, o su grave estado de salud, en los casos regulados en la legislación penal sustantiva, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en esta Ley".



Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019

Supuestos que se encuentran solventados porque de conformidad con los acuerdos probatorios que arribaron las partes, se advierte que el sentenciado **tiene grave estado de salud emocional** —hipótesis que hizo valer la defensa—, porque **la testigo técnica** _____, quien rindió pericial en mecánica de lesiones y que reconoció en la audiencia, indica que pudo confirmar que de acuerdo con las lesiones descritas por el perito oficial, confirma que el privado de la libertad carente de sus dos extremidades superiores, al margen de que presenta otras lesiones.

Por su parte, la perito en psicología _____, quien rindió pericial en psicología y que reconoció en la audiencia, indica que al analizar al peticionario, además de realizarle entrevista y cuestionarios psicométricos, pudo advertir que atraviesa por diversa sintomatología, como frustración, inferioridad, sentimientos de desesperanza por su discapacidad y el poco apoyo del centro carcelario, social, familiar y económico; que si bien presenta depresión moderada pero que conforme pasa el tiempo puede ocasionar cambios psíquicos, emocionales o ideas suicidas; que pudiera estar viviendo discriminación; que sus compañeros reclusos son quienes le ayudan a solventar sus necesidades básicas como alimentarse, asearse, y que necesita apoyo las veinticuatro horas del día; inclusive que trata de evitar ciertos alimentos que le podían hacer daño porque una persona lo apoya sólo una vez al día para ir al baño; que personas como el sentenciado son proclives a sufrir cuestiones psiquiátricas y psicológicas; que **vive doble duelo, con motivo de la pérdida de extremidades y a la vez no poder solventar sus necesidades básicas, por lo que vive en estado de vulnerabilidad constante, sumado a que el centro carcelario no le brinda el apoyo suficiente.**

Lo anterior, se corrobora con **el dicho del accionante**, en cuanto a que revela que no puede realizar diversas actividades



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019

FORMA B-2

porque necesita apoyo en todo momento, por lo que su salud mental se ha afectado todos los días, en virtud de que cuando solicita el apoyo se le niega la asistencia, comentándole que no pueden estar con él en todas sus actividades porque tiene que atender a otros reclusos; que en el centro de reclusión existen tres turnos de personas que pueden auxiliarlos, cada turno se compone de una persona y que al impetrante solamente le brindan apoyo por la mañana de diez o quince minutos dentro de un horario de las siete horas a las siete horas con cuarenta minutos, en el cual lo auxilian a limpiarse el ano, bañarlo, acomodar sus cosas, decirlo e ingerir alimentos; pero en el transcurso del día por la tarde ya no lo apoyan para tales actividades, en todo caso son sus compañeros quienes le tienen tiempo lo pueden auxiliar; que si por la tarde tiene necesidades fisiológicas se aguanta o pide apoyo su compañero, sufre de micosis por la suciedad del excremento; que si bien en el año de dos mil dieciocho le proporcionaron una prótesis, lo cierto es que no era la óptima porque es de acrílico y no se puede utilizar para ayudarse a comer porque se rompe, menos ayuda para que pueda vestirse porque son de fierro, sumado a que nadie sabe ponérsela porque el centro carcelario no tiene personal capacitado; que de todos modos en este momento su prótesis no funciona porque se le zafó un cable con motivo de que a un asistente se le cayó; que su depresión se incrementa cada día más porque está lejos de su familia que vive en los estados de Nuevo León y Tamaulipas, indicando que sólo cuenta con el apoyo de su mamá y padrastro porque a su pareja la perdió con motivo de su encarcelamiento; que sólo puede hablar por teléfono a veces con sus hijos o mamá, pero no ha tenido visitas físicas, solamente tuvo una el año dos mil diecisiete y otra en el dos mil diecinueve, porque su familia no tiene dinero tiene que ser trabajando; que a veces está sentado en el baño por más de cuarenta minutos sucio el ano porque no tiene quien pueda hacerlo; que no le dan actividades precisamente por su

Guillermina Matias Garduño
70.5a.6620.53.5a.96.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.18.81
2023-08-04 20:08:40



Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019

discapacidad.

Sin que la fiscalía y la autoridad penitenciaria hubieran desvanecido la circunstancia de la salud emocional grave que vive el peticionario y menos aún que hayan contrarrestado la circunstancia de que es prácticamente insuficiente el auxilio que le brinda al sentenciado en el centro de reclusión, lo cual ha generado el incremento de su salud emocional de manera trascendente.

Asimismo, el impetrante **no se encuentra relacionado con delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas**, porque según el sipe foráneo **3/2018** del índice de este órgano jurisdiccional relacionado con el sentenciado de que se trata, se evidencia que el sentenciado fue condenado el cuatro de enero de dos mil dieciocho —resolución que causó firmeza en la misma fecha—, por el Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Tamaulipas, con sede en Reynosa, en el proceso penal **110/2017**, por la comisión de los delitos: **1) portación de arma de fuego de uso exclusivo del ejército, armada o fuerza aérea agravado**; **2) posesión de cartuchos para armas de la misma naturaleza**; y, **3) posesión de cargadores de igual naturaleza**, condenándolo a **siete años cinco meses seis días de prisión (equivalente a dos mil setecientos once días [2,711])** y a multa de **doscientas once (211) unidades de medida y actualización** equivalente a **quince mil novecientos veintiocho pesos con treinta y nueve centavos (\$15,928.39) moneda nacional** —sanción pecuniaria que **se declaró prescrita** en audiencia celebrada el veintiséis de mayo de dos mil veintiuno—; cuya fecha de detención ocurrió el veintidós de julio de dos mil diecisiete.

Guillermina Marías Garduño
 70.6a.6620.63.1a.96.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.18.61
 2023-09-04 20:08:40

Como puede apreciarse, de acuerdo a sus condiciones que presenta el sentenciado, resulta innecesario o incompatible que siga compurgando la pena en un centro carcelario cuando padece

**Solicitud respecto a la Modificación de la Pena 525/2019**

hasta **el veintidós de diciembre de dos mil veinticuatro** y, por ende, terminará la vigilancia, lo cual se ordena hacer del conocimiento a **la Dirección General de Ejecución de Sanciones del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social**.

En consecuencia, esta juzgadora:

Resuelve

Único. Se declara **fundada** la presente solicitud de **sustitución de la sanción corporal** relativa la duración de la pena promovida por _____, por propio derecho; **bajo los lineamientos establecidos**.

Notifíquese en términos de ley.

Lo resolvió y firma **Guillermina Matías Garduño**, Jueza de Distrito asignada para fungir como jueza de ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Morelos, con sede en Cuernavaca.



Evidencia Criptográfica – Transacción

Archivo Firmado: 15150000256149160048048.doc

Autoridad Certificadora: Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal

Firmante(s):

Firmante	Nombre:	Guillermina Matias Garduño	Validez:	OK	Vigente
Firma	# Serie:	706a6620636a660000000000000000000000000000f861	Revocación	OK	No Revocado
	Fecha: (UTC / Ciudad de México)	30/06/2021T21:23:53Z / 30/06/2021T16:23:53-05:00	Status:	OK	Valida
	Algoritmo:	Sha256withRSA			
	Cadena de Firma:	48 76 22 36 e1 f1 83 5b 40 89 0a 99 4a 08 4e 37 96 35 5d 52 07 93 3e 8b bb d3 8a 95 39 a1 9d 09 f6 01 9f 7a aa e7 1b f1 c8 74 3a ae c1 fc 43 5a 8f 94 d2 56 97 c3 79 0d 9a 87 2c 95 7a 4a f7 45 a5 c2 35 b3 62 63 ea fe 87 be 3e 2e 4e 6b ef fa be 4f 5d 14 d7 ce 63 66 6a 44 77 34 70 fa 41 73 5e 1d ed 2a 10 e0 c4 96 b5 21 d7 ad 0c ff ae 2b 95 e0 94 93 86 c6 30 9e 21 fd f2 d1 3a 77 06 ee 37 f9 de 3d 62 2b c0 b9 99 41 0f d7 a5 9d 95 bd 0f f8 3a a1 34 be 59 7f e7 37 d8 0d 7c 9b 27 f5 cc 5b 59 e4 42 5e 22 50 ce 62 f4 eb 2b 9a 83 53 5e 0e 92 d2 3c af 5d ef fc ca 67 65 48 50 d8 ff 29 04 23 de 1c cb 89 45 a5 b8 d4 cd d5 8f a6 9b 68 c3 7d 36 bc df ad 2e a1 c6 73 46 a9 1d 11 85 c4 04 75 c3 e4 ef 88 4f 3c c5 0b e2 f2 11 0a 6c 7e 78 34 57 eb b1 e0 b5 dc e4 c8 ac f1 49 06 6d			
OOSP	Fecha: (UTC / Ciudad de México)	30/06/2021T21:23:53Z / 30/06/2021T16:23:53-05:00			
	Nombre del respondedor:	OOSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
	Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
	Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.03			

Archivo firmado por: Guillermina Matias Garduño
 Serie: 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.f8.61
 Fecha de firma: 30/06/2021T21:23:53Z / 30/06/2021T16:23:53-05:00
 Certificado vigente de: 2020-08-04 20:08:40 a: 2023-08-04 20:08:40



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

AMPARO INDIRECTO: 10/2020.

TOMOS: Toca penal ****/****: 1 (testimonio autorizado) constante de 224 fojas.
Controversia *** /******: 1 (testimonio autorizado) constante de 103 fojas.

QUEJOSAS: ******* *******
******* y otras.**

ACTO RECLAMADO: La resolución de **veintiocho de agosto de dos mil veinte**, dictada por el Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, dentro del toca penal **PILAR SAMARIO HERNÁNDEZ**/****, derivado de la controversia *****/****, del índice del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos.

AUTORIDAD RESPONSABLE:
Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, con residencia en esta ciudad.

AUDIENCIA CONSTITUCIONAL:
Celebrada el once de enero de dos mil veintiuno.

SE ALEGARON ACTOS DE TORTURA:
No.

SE ADVIERTE DE OFICIO ACTOS DE TORTURA: No.

MAGISTRADA: SILVIA CARRASCO CORONA.

SECRETARIA: MARIA DEL PILAR SAMARIO HERNÁNDEZ.

Cuernavaca, Morelos, veintinueve de enero de dos mil veintiuno.

V I S T O S para resolver los autos del juicio de amparo indirecto ****/****, promovido por ******* ***** ***, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, en representación de la interna ***** y otras, contra acto del Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, con residencia en esta ciudad; y,

R E S U L T A N D O:

PRIMERO. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO. Mediante escrito presentado el **veinticuatro de septiembre de dos mil veinte**,¹ en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE) del Tribunal Colegiado en Materia Civil del Decimotavo Circuito, con sede en esta ciudad, ***** Titular de la Unidad de Litigio Estratégico, como solicitante de la petición administrativa a favor de cincuenta y ocho mujeres internas del Centro Federal de Readaptación Social Número 16 “CPS-Femenil Morelos”, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal, contra la autoridad y acto siguiente:

“III. Autoridad responsable

Se nombra como autoridad responsable al Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, habilitado como Tribunal de Alzada en el Sistema Penal Acusatorio.

IV. Acto Reclamado

La resolución emitida con fecha veintiocho de agosto de dos mil veinte, relativa al toca penal **/****.”

SEGUNDO. TRÁMITE DE LA DEMANDA. Los Magistrados del **Tribunal Colegiado en Materia Civil del Decimotavo Circuito**, con sede en esta ciudad, en *auto plenario* de treinta de septiembre de dos mil veinte,² determinaron que se formara el expediente ***/****, en el cual se **declararon legalmente incompetentes** para conocer de la demanda de amparo en comento, en razón a que, la resolución reclamada tiene injerencia en la materia penal; por

¹ Fojas 8 a 18; anexos 19 a 112, del juicio de amparo en que se actúa.

² Fojas 113 a 118, ídem.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

lo cual, estimaron que se surtía la competencia de los Tribunales Colegiados en Materias Penal y Administrativa de este Circuito; asimismo, ordenaron remitir el asunto a la Oficina de Correspondencia Común de los Tribunales en mención, para que lo enviara al Tribunal Colegiado que, por turno, correspondiera.

Así, tocó conocer de la referida demanda al **Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimoctavo Circuito**; autoridad que por *acuerdo* de siete de octubre de dos mil veinte³, y *auto plenario* de cinco de noviembre último,⁴ decidió formar y registrar el **juicio de amparo directo ***/******, y **no aceptar la competencia declinada**, no obstante de tratarse de un asunto en materia penal, bajo la consideración de que la misma recae en el Segundo Tribunal Unitario de este Circuito, pues el acto reclamado no constituye una sentencia definitiva o resolución que haya puesto fin al juicio, sino de una resolución que resolvió una controversia sobre una **petición administrativa**, de la que conoció un Juez de Ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Morelos, la cual se relaciona con actos de ejecución (sic) de la pena, prevista en Ley Nacional de Ejecución Penal y la autoridad señalada como responsable, lo es, el Primer Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito.

Por consiguiente, con oficio **4609/2020-BIS**,⁵ dirigido a este Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito, remitió el original del juicio de amparo directo *****/******, y el expediente *****/******, del índice del Tribunal Colegiado en Materia Civil del Decimoctavo Circuito.

³ Fojas 131 a 134, ibídem.

⁴ Fojas 139 a 152, ibídem.

⁵ Fojas 1 a 6, ibídem.



Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

TERCERO. Por proveído de diecinueve de noviembre dos mil veinte,⁶ este Tribunal Unitario **aceptó la competencia declinada y registró la demanda en cuestión como juicio de amparo indirecto** **/****, sin ordenar la apertura del incidente de suspensión por no haberse solicitado; a la par, **desechó** por notoriamente improcedente la demanda planteada por ***** ****, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, **por propio derecho**, por carecer de legitimación para promover el presente juicio de amparo; toda vez que, tal circunstancia actualizó plenamente la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XXIII, en relación con los numerales 5 fracción I, de la Ley de Amparo y 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Determinación que causó estado en proveído de dos de diciembre del año de referencia.⁷

Con independencia de lo anterior, se **admitió** la demanda de amparo, promovida por el citado profesional, **en representación** de las personas privadas de la libertad de nombres (1) *****; (2) *****; (3) *****; (4) *****; (5) *****; (6) *****; (7) *****; (8) *****; (9) *****; (10) *****; (11) *****; (12) *****; (13) *****; (14) *****; (15) *****; (16) *****; (17) *****; (18) *****; (19) *****

⁶ Fojas 161 a 182, ibídem.

⁷ Foja 319, ibídem.

Módulo de Puntos de Acceso a la Justicia
03/04/21 14:09:50



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

***** ; (20) ***** ; (21)
 ***** ; (22) *****
 ***** ; (23) ***** ; (24) *****
 ***** ; (25) ***** ; (26) *****
 ***** ; (27) ***** ; (28) *****
 ***** ; (29) *****
 (30) ***** ; (31) *****
 ***** ; (32) ***** ; (33) *****
 ***** ; (34) ***** ; (35) *****
 ***** ; (36) ***** ; (37) *****
 ***** ; (38) ***** ; (39) *****
 ***** ; (40) ***** ; (41) *****
 ***** ; (42) ***** ; (43) *****
 ***** ; (44) *****
 ***** ; (45) ***** ; (46) *****
 ***** ; (47) ***** ; (48) *****
 ***** ; (49) ***** ; (50) *****
 ***** ; (51) ***** ; (52) *****
 ***** ; (53) ***** ; (54) *****
 ***** ; (55) ***** ; (56) *****
 ***** ; (57) ***** ; y, (58)

Mérida de Iruya, Sucre, Heredia,
20/10/2020, 14:09:50
0304221140950

En ese sentido, se requirió a la autoridad señalada como responsable rindiera su informe justificado con las constancias relativas; se dio la intervención que corresponde al agente del Ministerio Público de la Federación adscrito y se ordenó emplazar como tercero interesado al agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito al Primer Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito, **no así** al Centro Federal de Readaptación Social Femenil Número 16, ni al Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y



**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

Readaptación Social, por tratarse de autoridades penitenciarias que, para efectos del presente juicio de amparo, no revisten las características que establece el artículo 5, fracción III, inciso b),⁸ de la Ley de Amparo; fijándose fecha y hora para la celebración de la audiencia constitucional.

También, se ordenó girar atento oficio a la **Directora del Centro Federal de Readaptación Social Número 16 “CPS-Femenil Morelos”**, con sede en Coatlán del Río, Morelos, para que informara si entre la población de dicho centro carcelario, se encontraban las personas antes nombradas.

En cumplimiento a lo anterior, mediante oficio **SSPC/PRS/CCCF/CFRS16/DG/*****/2020**,⁹ presentado en la Oficina de Correspondencia Común de los Tribunales Colegiados en Materia Penal y Administrativa del Decimoctavo Circuito, el veintiséis de noviembre de dos mil veinte, remitido a este Tribunal Unitario, al día siguiente,¹⁰ con el diverso **OCC/C18/TCCPA/**/2020**, suscrito por el Jefe de esa Oficina, la Directora del antedicho centro penitenciario, desahogó el requerimiento referido, destacando que el **nueve de junio de dos mil veinte** ******* ******* ********, egresó del reclusorio, pues **se ordenó su libertad “bajo protesta por compurgamiento de la pena”** de prisión correspondiente a la causa penal ****/****-***, del índice del Juzgado Decimocuarto de Distrito de Procesos Penales

⁸ Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

[...]

III. El tercero interesado, pudiendo tener tal carácter:

[...]

b) La contraparte del quejoso cuando el acto reclamado emane de un juicio o controversia del orden judicial, administrativo, agrario o del trabajo; o tratándose de persona extraña al procedimiento, la que tenga interés contrario al del quejoso; ...”

⁹ Fojas 263 a 271, ibídem.

¹⁰ Fojas 262, ibídem.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-65

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

Federales en la Ciudad de México; asimismo, que no encontró registro alguno respecto de ***** *****, pero sí a nombre de ***** *****, por tanto, desconocía si se trataba de la misma persona.

Adicionalmente, se advirtió que los nombres de ***** *****, ***** *****, ***** y ***** *****, se encontraban asentados en el aludido oficio de la siguiente manera ***** *****, y ***** *****, respectivamente, sin que se pudiera constatar que se tratara de las mismas personas por las que se presentó **petición administrativa** y se solicitó la **controversia** que se registró con el número ***/****, del índice del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, que da origen a la resolución que se reclama en este juicio.

Debido a ello, con proveído de veintisiete de noviembre de dos mil veinte,¹¹ se ordenó dar vista a las partes con el informe de la autoridad penitenciaria, precisando en relación a ***** *****, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, el término de **tres días** para que manifestara si las personas que refería la Directora General del Centro Federal de Readaptación Social Número 16 “CPS-Femenil Morelos”, de nombres ***** *****, ***** *****, ***** *****, ***** *****, ***** y ***** *****, correspondían a las señaladas como quejas ***** *****, ***** *****, ***** *****, ***** *****, ***** y ***** *****,

Módulo del P. J. - Sistema Nacional de Estadística Judicial - 03/04/21 14:09:50

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

¹¹ Fojas 272 a 276, ibídem.



Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

apercibiéndolo que, de no desahogar la vista no se tendrían a éstas últimas como quejas en el juicio de amparo, habida cuenta que ante la variación de nombre, no se podría suponer que se tratara de las mismas personas.

En proveído de siete de diciembre de dos mil veinte,¹² se tuvo al representante de la parte quejosa desahogando el requerimiento formulado, en el sentido de que las personas mencionadas por la Directora General del Centro Federal de Readaptación Social Número 16 “CPS Femenil”, **sí corresponden a las mismas personas señaladas en la demanda de amparo como quejas**; por ello, se tuvo a las nombradas personas con ese carácter en el presente contradictorio; lo que se ordenó hacer del conocimiento del Primer Tribunal Unitario de este Circuito, a fin de que, de estimarlo necesario, como *complemento del informe justificado* que rindió, realizara las manifestaciones que estimara conducentes.

La autoridad responsable a través del oficio ***/****,¹³ expresó que no consideraba imprescindible complementar el informe justificado que había rendido, pues destacó que el que promueve en nombre de las peticionarias de amparo, había aseverado que “...******* *******
******* , ***** ***** ***** ***** , ***** ***** *******
******* y ***** ***** *******, sí corresponden a las mismas personas que fueron mencionadas con los nombres de: ******* ***** ***** ***** ***** ***** *******
******* ***** ***** ***** ***** y ***** *******
********* en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil veinte, en la controversia *********”, génesis del acto

Módulo de Ptas. Sistema Nacional de
2018/2019 del Poder Judicial de la
03/04/21 14:09:50

¹² Fojas 330 a 332, ibidem.
¹³ Fojas 343 a 344, ibidem.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

reclamado; de lo anterior, se tomó conocimiento mediante proveído de nueve de diciembre de dos mil veinte.¹⁴

CUARTO. Por auto de **uno de diciembre de dos mil veinte**,¹⁵ se tuvo por presentado el informe justificado del Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito, con residencia en esta ciudad, con la observación de que las constancias respectivas donde constan las razones y fundamentos legales que apoyan el acto reclamado, al rendir informe justificado ante el **Segundo** Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimoctavo Circuito, en los autos del amparo directo *****/****, las envió mediante oficio **427/2020**, de su índice; por tal motivo, se le solicitó que realizara las gestiones pertinentes ante el órgano jurisdiccional en mención, a fin de obtener réplica autorizada tanto del toca penal ****/****, como de las constancias enviadas por el Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio, Administrador del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, con la finalidad de que este órgano jurisdiccional se allegara de todas las constancias que pudieran impactar en el trámite del presente contradictorio constitucional.

Posteriormente, con proveído de **nueve de diciembre de dos mil veinte**,¹⁶ y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley de Amparo, en relación con el diverso 297, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria, se ordenó dar vista a las partes con el informe justificado rendido por el Primer Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito, cuya recepción fue acordada el uno de esa mesualidad, así como con las

¹⁴ Fojas 346 a 349, ibídem.

¹⁵ Fojas 305 a 307, ibídem.

¹⁶ Fojas 346 a 349, ibídem.



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

constancias remitidas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Octavo Circuito, mismas que se relacionan en el informe precitado.

Seguido el juicio de amparo por sus trámites legales, previo diferimiento, el **once de enero del año que transcurre**, tuvo verificativo la audiencia constitucional, la cual se llevó a cabo a través del método de comunicación alternativo denominado video conferencia, según consta en el acta que antecede.

Adicionalmente, este tribunal de amparo está en condiciones de emitir la presente determinación, en razón de que, derivado de la emergencia sanitaria que impera en el país con motivo del virus SARSCoV2 (COVID-19), el Consejo de la Judicatura Federal, emitió diversos Acuerdos Generales, entre ellos, el 13/2020¹⁷, así como la Circular CAP/3/2020, esta última suscrita por el Coordinador de Asesores de la Presidencia y Secretario de las Comisiones de Receso y Especial del Consejo de la Judicatura Federal, a través de la cual se hizo del conocimiento del público en general y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, que mediante sesión extraordinaria de veinte de diciembre de dos mil veinte, la Comisión Especial del Consejo de la Judicatura Federal, a fin de salvaguardar la salud de los justiciables y de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, determinó adoptar medidas especiales a partir del veintiuno de diciembre de dos mil veinte y hasta el once de enero de dos mil veintiuno; entre otras, regresar al esquema de contingencia previsto en el artículo 1º, fracciones I, II, III y IV, del indicado Acuerdo General 13/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal; esto es, el

¹⁷ Relativo al esquema de trabajo y medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus Covid-19.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

trámite y resolución de casos urgentes (fracción I); la resolución de casos tramitados físicamente en los que únicamente quede pendiente la emisión de sentencia o resolución final (fracción II); recepción, trámite y resolución de casos tramitados mediante juicio en línea (fracción III); y, la suspensión de plazos y términos para los asuntos distintos a los precisados con anterioridad.

Medidas que se prorrogaron del doce de enero al nueve de febrero del año que transcurre, conforme las diversas Circulares **SECNO/1/2021**, **SECNO/4/2021** y **SECNO/6/2021**, firmadas electrónicamente por la Secretaría Ejecutiva de Creación de Nuevos Órganos del Consejo de la Judicatura Federal, publicadas respectivamente en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, los días ocho, dieciocho y veintitrés de enero de dos mil veintiuno.

Acorde a lo anterior, la suspensión se rige por un esquema de contingencia que permite, entre otros supuestos, la resolución de casos tramitados en mediante juicio en línea (fracción III); hipótesis que se actualiza en el caso concreto; por tanto, al no existir cuestión pendiente, se pronuncia sentencia en los términos siguientes; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO. COMPETENCIA. Este **Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito**, es constitucional y legalmente competente para conocer y resolver el presente juicio de amparo indirecto, de conformidad con los artículos 103, fracción I, 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;¹⁸ 1º, fracción I, 33, fracción

Mérida del Pta. Sistema Nacional de
 2014/02/20 14:09:50
 03042211409580

¹⁸ "Artículo 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

III, 35, 36 y 107, fracción V, de la Ley de Amparo;¹⁹ y 29, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; así como el Acuerdo General **2/2016**,²⁰ por el que se crea este órgano jurisdiccional y establece el inicio de funciones y el diverso **12/2016**,²¹ ambos, emitidos por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal; ya que se reclama una resolución que no constituye sentencia definitiva o resolución que ponga fin al juicio, pronunciada por el Primer Tribunal Unitario de este Circuito, con carácter de Tribunal de Alzada; esto es, se trata de una determinación que confirma el auto que declaró sin materia la solicitud de una controversia judicial (***/****), dictado por la Jueza de Distrito asignada para fungir como Juez de Ejecución en el Centro de

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte [...].”

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

[...]

XII.- La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.

Si el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca.

¹⁹ “**Artículo 1o.** El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

[...]

“**Artículo 33.** Son competentes para conocer del juicio de amparo

[...]

III. Los tribunales unitarios de circuito...”

“**Artículo 35.** Los juzgados de distrito y los tribunales unitarios de circuito son competentes para conocer del juicio de amparo indirecto.”

“**Artículo 36.** Los tribunales unitarios de circuito sólo conocerán de los juicios de amparo indirecto promovidos contra actos de otros tribunales de la misma naturaleza. Será competente otro tribunal del mismo circuito, si lo hubiera, o el más próximo a la residencia de aquél que haya emitido el acto reclamado.”

“**Artículo 107.** El amparo indirecto procede:

[...]

V. Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

[...].”

²⁰ Relativo a la conclusión de funciones del Noveno Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con residencia en Cuernavaca, Morelos y su transformación en Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, así como a su competencia, jurisdicción territorial, domicilio, y fecha de inicio de funciones y residencia. Al cambio de denominación del Tribunal Unitario del mismo Circuito y residencia. Así como a las reglas de turno, sistema de recepción y distribución de asuntos entre los Tribunales Unitarios del Circuito y residencia indicados; y a la conclusión de funciones de la oficina de correspondencia común del Centro Auxiliar de la Primera Región en Cuernavaca, Morelos y su transformación en oficina de correspondencia común de los Tribunales Unitarios del Decimotavo Circuito en Cuernavaca, Morelos.

²¹ Que reforma y adiciona el similar 3/2013, relativo a la determinación del número y límites territoriales de los circuitos judiciales en que se divide la República Mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

Justicia Penal Federal del Estado de Morelos, ámbito territorial donde ejerce jurisdicción este Tribunal Unitario.

Es aplicable la Jurisprudencia 1a./J. 14/2017, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 442, del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 45, agosto de 2017, Tomo I, Materia Común, de rubro y texto siguientes:

“COMPETENCIA PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO CONTRA ACTOS O RESOLUCIONES EMITIDOS POR TRIBUNALES UNITARIOS DE CIRCUITO. PARA DETERMINARLA, DEBE APLICARSE LA REGLA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY DE AMPARO (LEY DE AMPARO VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013). Conforme al precepto citado, cuando en el juicio de amparo indirecto se impugnan actos o resoluciones de un Tribunal Unitario de Circuito, deberá conocer del asunto otro Tribunal de la misma naturaleza (jerarquía y circuito), si lo hubiera, o bien, el que se encuentre más próximo de aquel que haya emitido el acto reclamado, sin necesidad de fundar esa decisión en la aplicación supletoria del artículo 29, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, toda vez que la regla normativa que rige dicha competencia, se encuentra establecida en el artículo 36 de la Ley de Amparo, en el que expresamente se indican los criterios que la definen: a) igualdad jerárquica; y, b) proximidad. Lo anterior, con independencia de que los actos o resoluciones reclamados pudieran o no tener ejecución material, toda vez que ello no fue considerado por el legislador como parámetro para delimitar la indicada competencia.”

SEGUNDO. OPORTUNIDAD DE LA DEMANDA DE AMPARO. La demanda de amparo se rige por el principio de oportunidad, al no encuadrar en los supuestos previstos por el artículo 17, fracción IV, de la Ley de Amparo, consistentes en que el acto combatido implique peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea Nacionales; por lo que, el término para la presentación de la demanda de amparo es de quince días.

En el caso, la resolución de **veintiocho de agosto de dos mil veinte**, que se reclama, dictada en el toca penal ****/****, por el Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, le fue notificada a la parte quejosa, de manera **personal**²² (por medio de su representante común, la interna ******* ***** *******), y **vía electrónica**²³ (al solicitante de la controversia ******* ***** ****, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública), el **treinta y uno de agosto de dos mil veinte**, esta última notificación que **surtió efectos** el mismo día en que se practicó, al ser la misma *data* en el que el sistema relativo, confirmó la recepción del archivo electrónico correspondiente, de conformidad con los artículos 87 y 93 del Código Nacional de Procedimientos Penales.²⁴

De manera que, el plazo que prevén los artículos 17, primer párrafo y 18 de la Ley de Amparo, para presentar la demanda de amparo indirecto, transcurrió **del uno al veinticuatro de septiembre de dos mil veinte**, y la **demandas de amparo se presentó** en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes del Tribunal Colegiado en Materia Civil del Decimotavo Circuito, el **veinticuatro de**

²² Fojas 219, del testimonio autorizado del toca penal ****/****.

²³ Fojas 203-209, ibídem.

²⁴ **Artículo 87. Forma especial de notificación**

La notificación realizada por medios electrónicos surtirá efecto el mismo día a aquel en que por sistema se confirme que recibió el archivo electrónico correspondiente.

Asimismo, podrá notificarse mediante otros sistemas autorizados en la ley de la materia, siempre que no causen indefensión. También podrá notificarse por correo certificado y el plazo correrá a partir del día siguiente hábil en que fue recibida la notificación.

“Artículo 94. Reglas generales.

[...].

Los plazos establecidos en horas correrán de momento a momento y los establecidos en días a partir del día en que surte efectos la notificación”.



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 6

1221



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

septiembre del año de referencia (último día de su plazo); esto, sin contar los días cinco, seis, doce a dieciséis, diecinueve y veinte del mes y año en cita, por haber sido inhábiles, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 de la Ley de Amparo y 163 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; de ahí que, su presentación **sea oportuna**.

Lo anterior, puede apreciarse gráficamente en el siguiente calendario.

AGOSTO – SEPTIEMBRE 2020						
LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO	DOMINGO
24	25	26	27	28 Se emite la resolución reclamada.	29	30
31 A. Se notifica la resolución. B. Surte efectos la notificación.	1 ¹ Inicia plazo.	2 ²	3 ³	4 ⁴	5	6
7 ⁵	8 ⁶	9 ⁷	10 ⁸	11 ⁹	12	13
14 Día inhábil	15 Día inhábil	16 Día inhábil	17 ¹⁰	18 ¹¹	19	20
21 ¹²	22 ¹³	23 ¹⁴	24 ¹⁵	25 Presentación de la demanda Fenece plazo	26	27
28	29	30				

TERCERO. LEGITIMACIÓN DEL PROMOVENTE.

***** ***** ***, Titular de la Unidad de Litigio

Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, está legitimado para promover el presente juicio de amparo, en representación de **cincuenta y nueve mujeres** (ahora cincuenta y ocho), que se encuentran privadas de la libertad, porque fue quien a su nombre formuló petición administrativa, solicitó la controversia judicial e interpuso el recurso de apelación en



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

contra de la determinación de la que emana el acto que se reclama.²⁵

CUARTO. PRECISIÓN DEL ACTO RECLAMADO. En términos de lo previsto en el artículo 74, fracción I, de la Ley de Amparo, de manera clara y precisa, se fija como acto reclamado lo siguiente:

- La resolución de **veintiocho de agosto de dos mil veinte**, pronunciada por el **Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito**, en funciones de **Tribunal de Alzada**, en el toca penal ****/****, que **confirma** el auto de veintidós de julio del citado año, emitido por la Jueza de Distrito asignada para fungir como Juez de Ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, en los autos de la controversia ****/****.

QUINTO. EXISTENCIA DEL ACTO RECLAMADO. El Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, al rendir su informe justificado aceptó la existencia del acto que se le atribuye.²⁶

Certeza que se corrobora con las constancias remitidas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimotavo Circuito,²⁷ consistentes en el testimonio autorizado del toca penal ****/****, en un tomo, así como testimonio autorizado de la controversia ****/****, en un tomo, del índice del Centro de

²⁵ Fojas 38 a 40, del juicio de amparo en que se actúa.

“Artículo 11. Cuando quien comparezca en el juicio de amparo indirecto en nombre del quejoso o del tercero interesado afirme tener reconocida su representación ante la autoridad responsable, le será admitida siempre que lo acredite con las constancias respectivas, salvo en materia penal en la que bastará la afirmación en ese sentido.

[...]”.

²⁶ Fojas 298 a 299, ibídem.

²⁷ Foja 345, ibídem.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-65

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos.

Documentales que al ser de carácter público y no haber sido objetadas en cuanto a su autenticidad, tienen valor probatorio pleno en términos de los artículos 129 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, según lo autoriza su numeral 2; y en consecuencia, son suficientes para declarar plenamente probada la presencia del acto reclamado.

Sirve de apoyo, la Jurisprudencia 278, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 231, Apéndice de 2000, Quinta Época, Tomo VI, Materia Común, de rubro y texto siguiente:

“INFORME JUSTIFICADO AFIRMATIVO. Si en él confiesa la autoridad responsable que es cierto el acto que se reclama, debe tenerse éste como plenamente probado, y entrarse a examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ese acto.”

Asimismo, la Jurisprudencia 226, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 153, Apéndice de 1995, Quinta Época, Tomo VI, Parte SCJN, Materia Común, del rubro y texto siguiente:

“DOCUMENTOS PÚBLICOS. CONCEPTO DE, Y VALOR PROBATORIO. Tienen ese carácter los testimonios y certificaciones expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y, por consiguiente, hacen prueba plena.”

SEXTO. PROCEDENCIA. Previo al análisis de la constitucionalidad del acto reclamado, es necesario abordar el estudio de las causales de improcedencia hechas valer por las partes, o bien, que este Tribunal llegara a advertir de manera oficiosa, toda vez que de conformidad con el artículo 62, de la Ley de Amparo, son de orden público y deben



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

estudiarse de oficio y en forma preferente.

Apoya lo anterior, la Jurisprudencia II.1o.J/5, consultable en la página 95, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII, mayo de 1991, Materia Común, del rubro y texto siguiente:

“IMPROCEDENCIA, CAUSALES DE. EN EL JUICIO DE AMPARO. Las causales de improcedencia del juicio de amparo, por ser de orden público deben estudiarse previamente, lo aleguen o no las partes, cualquiera que sea la instancia”.

En el caso concreto, ninguna de las partes hizo valer causa de improcedencia alguna; sin embargo, del examen oficioso llevado a cabo por este Tribunal, se advierte que se actualiza la causal prevista en el artículo 61, fracción XII, en relación con el 63, fracción V, ambos de la Ley de Amparo,²⁸ respecto de la quejosa ***** ***** ****, por tal motivo, se procede abordar su estudio.

De la interpretación de la disposición jurídica invocada en primer término, queda de manifiesto que el juicio de amparo es improcedente contra actos que no causen un agravio actual y directo en la esfera de derechos del particular, ya sea jurídica o legítimamente.

²⁸ **Artículo 61.** El juicio de amparo es improcedente:

[...]

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

“Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

[...]

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa [...]”.

Artículo 63. El sobreseimiento en el juicio de amparo procede cuando:

[...]

V. Durante el juicio se advierta o sobrevenga alguna de las causales de improcedencia a que se refiere el capítulo anterior [...]”



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

Ahora, el interés jurídico está conformado, en primer lugar, por la existencia de un derecho legítimamente tutelado y, por otro lado, por el perjuicio que el acto reclamado le ocasione a tal derecho.

Consecuentemente, para que la acción constitucional proceda, no basta que exista el acto reclamado, sino que se requiere que el peticionario de amparo acredite que dicho acto afecta su esfera de derechos subjetivos tutelados, siendo necesario que tal interés descansa en un derecho reconocido por la ley; así, hay “interés jurídico”, cuando se cuenta con una facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho.

Entonces, para pedir amparo contra actos de autoridad, el solicitante debe resentir un perjuicio sobre sus intereses con motivo de éstos, lo cual además debe demostrarse en forma fehaciente, como lo establece la Jurisprudencia 16/94, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 17, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, octubre de 1994, del rubro y texto siguiente:

“INTERÉS JURÍDICO. AFECTACIÓN DEL. DEBE PROBARSE FEHACIENTEMENTE. En el juicio de amparo, la afectación del interés jurídico debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse con base en presunciones”.

También, apoya la anterior consideración, la Jurisprudencia 168/2007, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 225, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, enero de 2008, del rubro y texto siguiente:



**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

“INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. El artículo 4o. de la Ley de Amparo contempla, para la procedencia del juicio de garantías, que el acto reclamado cause un perjuicio a la persona física o moral que se estime afectada, lo que ocurre cuando ese acto lesiona sus intereses jurídicos, en su persona o en su patrimonio, y que de manera concomitante es lo que provoca la génesis de la acción constitucional. Así, como la tutela del derecho sólo comprende a bienes jurídicos reales y objetivos, las afectaciones deben igualmente ser susceptibles de apreciarse en forma objetiva para que puedan constituir un perjuicio, teniendo en cuenta que el interés jurídico debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse con base en presunciones; de modo que la naturaleza intrínseca de ese acto o ley reclamados es la que determina el perjuicio o afectación en la esfera normativa del particular, sin que pueda hablarse entonces de agravio cuando los daños o perjuicios que una persona puede sufrir, no afecten real y efectivamente sus bienes jurídicamente amparados.”

En esta tesitura, se tiene que de la demanda de amparo que da origen a este asunto, presentada el **veinticuatro de septiembre de dos mil veinte**, se advierte que se acude a la instancia constitucional aduciendo que se vulneró lo establecido en los artículos 1º, 4, 8, 14, 16, 17, 18 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 5, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2 y 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará y 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, entre otros relativos al derecho a la integridad personal, la salud, así como el acceso a la justicia y recurso efectivo; **en atención a que** el Primer Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito, al resolver el



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

recurso de apelación **confirmó el proveído de veintidós de julio de dos mil veinte**, pronunciado por la Jueza de Distrito asignada para fungir como Jueza de Ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, en los autos de la controversia *********.

Controversia donde se impugnó de la Directora General del Centro Federal de Readaptación Social Número 16 “CPS-Femenil Morelos”, con sede en Coatlán del Río, Morelos, la **omisión** de dar contestación a una **petición administrativa**,²⁹ en la que se le solicitó accionar los mecanismos disponibles que permitieran a **cincuenta y nueve mujeres privadas de la libertad** alcanzar un óptimo estado de salud y bienestar, por tratarse de un grupo de personas vulnerables frente a la pandemia provocada por el virus denominado COVID-19, dado que cuentan con *********, *********, ********, ********* *********, ********* *********, entre otros; y, en la que la Jueza de Distrito asignada para fungir como Jueza de Ejecución, **declaró sin materia su solicitud, por considerar que no existían elementos que estudiar**.

Asimismo, se tiene que mediante oficio **SSPC/PRS/CCCF/CFRS16/DG/****/2020**,³⁰ de veinticinco de noviembre de dos mil veinte, la Directora General del Centro Federal de Readaptación Social Número 16 “CPS-Femenil Morelos”, exhibió diversas documentales para acreditar que el **nueve de junio de dos mil veinte**,³¹ ********* ********* ********, egresó del centro penitenciario, previo examen médico realizado por personal del Departamento de Servicios Médicos de esa Unidad

²⁹ Fojas 49 a 67, del testimonio autorizado de la controversia *****/****.
³⁰ Foja 263, ibídem.
³¹ Fojas 264 a 271, ibídem.

Módulo de Ptas. Sumario: Herencia de
2016/02/20 14:09:50
03040211409:50



Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

Administrativa, debido a que se **ordenó su libertad “bajo protesta por compurgamiento de la pena”** de prisión correspondiente a la causa penal ****/****-*** del índice del Juzgado Decimocuarto de Distrito de Procesos Penales Federales en la Ciudad de México. Documental que, en el apartado con el nombre de aquélla, se observa firma y huella dactilar, así como la leyenda “...**Egreso de este centro Federal en buen estado de salud...**”.

De lo antes precisado, se obtiene que la citada quejosa señaló como acto reclamado de la autoridad responsable, la **resolución** que confirma el auto que declaró sin materia la solicitud de la controversia que a su nombre y en el de diversas internas, planteó ******* ***** ****, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, por estimar que no existían elementos que estudiar.

Sin embargo, durante la sustanciación del juicio de amparo, la autoridad penitenciaria exhibió diversas documentales que merecen pleno valor probatorio, en términos de lo establecido en los artículos 129 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, conforme al artículo 2º; las cuales demuestran que el nueve de junio de dos mil veinte, ******* ***** ****, obtuvo la libertad “bajo protesta por compurgamiento de la pena” de prisión que le fue impuesta, motivo de su reclusión.

En las relatadas condiciones, se torna inconcuso que el acto reclamado no afecta el **interés jurídico** de ******* ***** ****, porque **la obtención de su libertad, producida (09-06-2020) antes de la emisión del auto**



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

apelado (22-06-2020), **así como de la presentación de la demanda de amparo** (23-09-2020) de que se trata, pone de manifiesto que el acto reclamado (resolución de 28-08-2020), no le genera un perjuicio directo a su esfera jurídica, por ende, no trae aparejado violación a sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, menos aún a los diversos ordenamientos jurídicos que se citan en la demanda de amparo, toda vez que si bien es cierto que formaba parte integrante del grupo de **cincuenta y nueve mujeres privadas de la libertad** en el Centro Federal de Readaptación Social Número 16 “CPS-Femenil Morelos”, con sede en Coatlán del Río, Morelos, respecto de las cuales ******* ***** *****, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, promovió la petición administrativa (****/**/******), que dio origen a la controversia (****/**/******) que se relaciona con el toca penal (****/**/******) del que emana el acto que se reclama.

También cierto es que, desde el **nueve de junio de dos mil veinte**, dejó esa colectividad con motivo de la determinación que dio por compurgada su condena, con la consecuente obtención de la libertad “bajo protesta por compurgamiento de la pena” de prisión; de ahí que, la sola existencia del acto reclamado no resiente un perjuicio real y actual en su esfera jurídica.

Sirve de apoyo la Jurisprudencia 2a./J.51/2019 (10a.), sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 1598, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época,

Mérida del Pto. Superior, Hernández
 20/06/2021 14:09:50
 03040211409580



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

Libro 64, Tomo II, marzo de 2019, Materia Común, del rubro y texto siguiente:

“INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El citado precepto establece que el juicio de amparo indirecto se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, ‘teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo’, con lo que atribuye consecuencias de derecho, desde el punto de vista de la legitimación del promovente, tanto al interés jurídico en sentido estricto, como al legítimo, pues en ambos supuestos a la persona que se ubique dentro de ellos se le otorga legitimación para instar la acción de amparo. En tal virtud, atento a la naturaleza del acto reclamado y a la de la autoridad que lo emite, el quejoso en el juicio de amparo debe acreditar fehacientemente el interés, jurídico o legítimo, que le asiste para ello y no inferirse con base en presunciones. Así, los elementos constitutivos del interés jurídico consisten en demostrar: a) la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado; y, b) que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente. Por su parte, para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que: a) exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada; b) el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y, c) el promovente pertenezca a esa colectividad. Lo anterior, porque si el interés legítimo supone una afectación jurídica al quejoso, éste debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo. Sobre el particular es dable indicar que los elementos constitutivos destacados son concurrentes, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para que el medio de defensa intentado sea improcedente.”

Reafirma lo anterior, la circunstancia de que el representante de la parte actora no hizo manifestación alguna respecto de la información proporcionada por la autoridad penitenciaria referente a ***** *****, no obstante estar debida y legalmente notificado del proveído de veintisiete de noviembre de dos mil veinte, en el cual se ordenó darle vista por el plazo de tres días, con dicha documental, como consta en autos.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

Por consiguiente, se **sobresee** en el juicio de amparo respecto del acto reclamado que ha sido precisado, **únicamente por cuanto hace a la quejosa ******* ***** **, pues al haberse actualizado la causal de improcedencia antes citada, es lo procedente en términos del artículo 63, fracción V, de la Ley de Amparo, que establece que el sobreseimiento en el juicio de amparo procede cuando se advierta o sobrevenga alguna de esas causales.

Resulta aplicable la tesis jurisprudencial II.3o. J/58, consultable en la página 57, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 70, octubre de 1993, Materia Común, del rubro y texto siguiente:

“SOBRESEIMIENTO. IMPIDE ENTRAR A ANALIZAR EL ESTUDIO DE LAS CUESTIONES DE FONDO. Cuando se acredita en el juicio de garantías cualquier causal de improcedencia y se decreta el sobreseimiento, no causa ningún agravio la sentencia que deja de ocuparse de los argumentos tendientes a demostrar la violación de garantías por los actos reclamados de las autoridades responsables, lo que constituye el problema de fondo, porque aquella cuestión es de estudio preferente.”

SÉPTIMO. CONSIDERACIONES DE LA RESOLUCIÓN Y CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. No se transcribirá la resolución reclamada agregada al testimonio del toca penal **/****, del índice del Primer Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito, ni los conceptos de violación expresados por la parte quejosa, en razón a que no existe disposición legal que obligue a que obren formalmente en la sentencia, incluso, el artículo 76 de la Ley de Amparo, no dispone nada al respecto.

Resulta aplicable al caso, la Jurisprudencia 2a./J. 58/2010, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 830,



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, Materia Común, del rubro y texto siguiente:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO ES INNECESARIA SU TRANSCRIPCIÓN. De los preceptos integrantes del capítulo X "De las sentencias", del título primero "Reglas generales", del libro primero "Del amparo en general", de la Ley de Amparo, no se advierte como obligación para el juzgador que transcriba los conceptos de violación o, en su caso, los agravios, para cumplir con los principios de congruencia y exhaustividad en las sentencias, pues tales principios se satisfacen cuando precisa los puntos sujetos a debate, derivados de la demanda de amparo o del escrito de expresión de agravios, los estudia y les da respuesta, la cual debe estar vinculada y corresponder a los planteamientos de legalidad o constitucionalidad efectivamente planteados en el pliego correspondiente, sin introducir aspectos distintos a los que conforman la litis. Sin embargo, no existe prohibición para hacer tal transcripción, quedando al prudente arbitrio del juzgador realizarla o no, atendiendo a las características especiales del caso, sin demérito de que para satisfacer los principios de exhaustividad y congruencia se estudien los planteamientos de legalidad o inconstitucionalidad que efectivamente se hayan hecho valer.”

Lo anterior, sin dejar de lado la suplencia de la deficiencia de los conceptos en favor de las mujeres privadas de la libertad, en términos del artículo 79, fracción III, inciso a), de la Ley de Amparo,³² en caso de resultar necesario.

OCTAVO. A fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, se establece que los conceptos de violación que formula la parte quejosa, en síntesis, son los siguientes:

- **PRIMER CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

Manifiesta que la resolución que combate viola los derechos consagrados en los artículos 1º, 4, 8, y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque el proceso iniciado mediante la petición administrativa el doce de mayo de

³² **Artículo 79.** La autoridad que conozca del juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, en los casos siguientes: [...]

III. En materia penal:

a) En favor del inculcado o sentenciado; y [...].”



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

dos mil veinte, no ha cumplido con las características que se espera de un procedimiento contemplado por la Ley Nacional de Ejecución Penal, ya que ha sido prolongado, vago, escaso y equívoco, sin tomar en cuenta la expresión de la voluntad de las mujeres privadas de la libertad.

Asevera que, **la resolución combatida convalida lo que ha sido una omisión por parte de los dos juzgados que han conocido del caso**, del desacuerdo de las mujeres ante la respuesta del Centro Federal de Readaptación Social Número 16, toda vez que la Jueza de Ejecución sólo realiza el análisis del artículo 116 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, calificando el procedimiento de la petición administrativa, como de su competencia al tratarse de condiciones de internamiento sobre una omisión de la autoridad penitenciaria.

Sostiene que **la Jueza de Ejecución y el Tribunal de Alzada**, de una interpretación de sus argumentos, **consideran que la omisión es la única materia de la controversia**, y que en caso de que se estime la existencia de otro acto sería materia de diversa controversia.

Indica que de la interpretación que se realiza de la Ley Nacional de Ejecución Penal, se entiende que existen dos tipos de controversias en términos de su artículo 114, que se pueden plantear ante el órgano jurisdiccional, esto es: **1. Controversias por peticiones resueltas** en sentido contrario a los intereses del peticionario, mediante el cual si los actos son continuos o permanentes la controversia podrá plantearse en cualquier momento; y, **2. Controversias por peticiones no resueltas dentro del término legal**, en las cuales el promovente demanda la omisión, en donde el juez debe de resolver en un plazo no mayor a setenta y dos horas y en caso de ser procedente requerir a la autoridad penitenciaria responda la petición formulada de fondo, y dará cuenta al inmediato superior jerárquico.

Precisa que el presente caso se encuentra en el segundo supuesto, en el cual no se ha cumplido con el termino procesal establecido y que el órgano jurisdiccional tiene una obligación adicional de pronunciarse conforme lo dispone el artículo 115, segundo párrafo, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, aplicando una interpretación amplia, no restrictiva, la más benéfica para mujeres privadas de la libertad.

Que lo considerado por la Jueza de Ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Morelos, con sede en Cuernavaca, **reiterado por la autoridad responsable, no toma en consideración lo establecido por el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Nacional de Ejecución Penal**, pues conforme al marco de protección de derechos humanos ante la emergencia sanitaria, **debió analizar los requerimientos contenidos en la petición** por la parte solicitante; esto es, **las más de veintidós acciones planteadas en el plan integral y cotejarlas con la resolución del Centro Federal de Readaptación Social.**

Mérida del Pta. Superior, Hernández
 20/10/2020 14:09:50
 03042711409:50



**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

Que sirve como antecedente el caso ***** vs ***** , en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado de ***** fue responsable por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de garantizar los derechos a la integridad personal y a la vida, reconocidos en los artículos 5.1 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, toda vez que el Estado no garantizó, ni demostró garantizar las atenciones y tratamientos que requería la Sra. ***** en el centro penitenciario en que se encontraba, por lo cual debió establecer un mecanismo o protocolo de atención ágil y efectivo para asegurar dicha supervisión.

Puntualiza que **la Jueza de Ejecución en Cuernavaca, se limitó a conocer de situaciones de forma**, cuando lo alegado por la parte peticionaria se relaciona con una situación de emergencia sanitaria y la constante situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres por las cuales se solicitó la petición administrativa, lo cual se refuerza por las propias mujeres al ser notificadas de la petición solicitada a su favor y en donde algunas manifiestan su desacuerdo con las acciones implementadas.

• **SEGUNDO CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

Argumenta que la sentencia impugnada viola los derechos consagrados en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **al no encontrarse debidamente fundada y motivada**, respecto de los hechos que dieron origen a la petición administrativa en favor de las **cincuenta y nueve** mujeres privadas de la libertad (ahora **58**) en el Centro Federal de Readaptación Social número 16.

Que la juzgadora dentro de la resolución que se combate, cae en contradicción al señalar que, la materia del procedimiento tiene como único eje de análisis, la posible omisión de la autoridad responsable de dar respuesta a la petición administrativa que le fue formulada; sin embargo, durante el desarrollo de las consideraciones que utiliza como base fundamental de su resolución, analiza la aplicación correcta y alcances de las medidas de protección emprendidas por la autoridad señalada como responsable.

Que la juzgadora reconoce que la propia petición administrativa no fue tramitada en términos de lo señalado por los artículos 123, 124 y 126 de la Ley Nacional de Ejecución Penal y convalida esta irregularidad al determinar que como la autoridad denominada Centro Federal de Readaptación Social Número 16, dio contestación a la petición administrativa formulada, no se trastocan los derechos humanos de las mujeres privadas de la libertad que se mencionan.

Que la juzgadora desestima que durante la aplicación de las presuntas medidas de seguridad sanitarias emprendidas por el



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

Centro Federal de Readaptación Social Número 16, **catorce** mujeres decidieron no firmar de conformidad respecto de las mismas y otras **cinco** manifestaron su inconformidad con la resolución de la petición administrativa; y, **la autoridad responsable**, sin analizar el fondo de esa negativa, determina, de manera subjetiva, que la manifestación de esas **diecinueve** mujeres, es decir, el 32.9%, no es un motivo suficiente para ordenar la regularización y verificación del procedimiento.

Que no existe una autoridad más allá del Centro Federal de Readaptación Social Número 16, que verifique con las propias mujeres que las supuestas acciones realizadas derivadas de la petición administrativa, realmente estaban apegadas a los estándares en materia de derechos humanos en el marco de la pandemia COVID 19.

Que **la autoridad responsable no puede realizar una valoración "a modo" respecto de la litis y pretender que la simple respuesta** (sin importar el sentido de esta o su contenido), **resulta suficiente para tener por atendida una petición administrativa**; sin antes observar, analizar y estudiar en su más amplio espectro, si la respuesta resuelve verdaderamente la problemática de las personas privadas de la libertad.

Indica que atendiendo a la emergencia sanitaria a nivel mundial que transcurría al momento de la presentación de la petición administrativa, debió regir en todo momento el principio de interpretación conforme el cual ha sido solicitado en todo momento y que representa la materialización efectiva y expansiva de los derechos fundamentales, además de la armonización entre las normas de derechos humanos con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, atendiendo siempre al principio *pro personae*, en el marco de la emergencia sanitaria por COVID 19.

Refiere que **la autoridad responsable omitió hacer un control difuso de la Constitución en materia de derechos humanos**, para así poder emitir pronunciamiento respecto de si, en el caso específico, se transgredió algún derecho humano de las mujeres privadas de su libertad, afectándose así su bienestar físico, mental, social, emocional, o cualquier otra situación que le generara peligro o lesionara sus bienes jurídicos tutelados, principalmente su derecho a la salud; mismos que se encontraban considerados en las **veintidós medidas** requeridas desde el inicio de la petición administrativa, las cuales no solo se limitan a brindar información sobre la pandemia y ejecutar supuestos protocolos, sino buscaba un control más detallado en materia de salud para aquellas mujeres que se encuentran en grupos vulnerables, evitar la exposición ante posibles agentes contagiosos, la implementación de medidas sanitarias y preventivas, tanto para las mujeres privadas de la libertad, como para el personal que labora en el Centro Federal de Readaptación Social, entre otras.

Mérida, Pta. Superior, Mérida, Yucatán, México, 20 de febrero de 2021.
 0304271140950



**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

• **TERCER CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

Sostiene que **la sentencia impugnada viola la garantía de audiencia** contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las garantías del debido proceso contenidas en el numeral 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **en perjuicio de las mujeres por las cuales se solicitó la petición administrativa**, porque la única ocasión que se les informa de la controversia derivada de la petición, es cuando se declara sin materia la *litis*, por lo cual, se infringieron las formalidades esenciales del mismo, anulándolas como parte esencial del proceso contemplado en la Ley Nacional de Ejecución Penal.

Que la única resolución notificada directamente a las mujeres privadas de la libertad, es la emitida por la Dirección del Centro Federal de Readaptación Social Número 16, ya que los órganos jurisdiccionales involucrados consideraron que la notificación para las mujeres se podría realizar de manera económica, para no poner en riesgo al personal de los juzgados; sin embargo, **esta acción infringe y limita la garantía de audiencia de las mujeres**, más aun cuando existen constancias de **dieciocho** mujeres que decidieron no firmar la mencionada notificación por estar en desacuerdo y otras **seis** incluyeron la leyenda "*no se me ha atendido en todas las áreas*" o algún similar a este; es decir, se entiende que varias mujeres sostienen a través de esa afirmación, que lo comunicado por el Centro Federal de Readaptación Social es falso o no es del todo cierto.

Que frente a esa afirmación, no hubo pronunciamiento por parte de ningún Juzgado de Ejecución de los que conocieron del asunto y, **el Tribunal Unitario**, sostuvo que: **a)** no hay fundamento jurídico para sostener que se le debió dar trámite a las manifestaciones de las mujeres privadas de la libertad; **b)** no es trascendente que las mujeres hayan manifestado su inconformidad con una resolución que no viola sus derechos humanos, porque la autoridad penitenciaria tomó diversas medidas de prevención frente al COVID-19 y; **c)** pretender tomar en cuenta las manifestaciones de las mujeres y darles un efecto implica variar la *litis* fijada.

Que contrario a lo que sostiene el Tribunal de apelación, la expresión de la voluntad de las mujeres privadas de la libertad tiene su fundamento en los artículos 8 y 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales establecen los derechos de petición y garantía con el numeral 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

Arguye que el artículo 4, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, establece el derecho al debido proceso y que se puede observar en el cuerpo de la Ley, la pretensión de que las personas a las que le aplica sean sujetos centrales en sus propios procesos. Cita un fragmento de la resolución de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

contradicción de tesis **57/2018**, resuelta en marzo de dos mil diecinueve, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para establecer que las mujeres manifestaron su voluntad y ésta se vio plasmada en la exteriorización de su conformidad o no con la resolución del Centro Federal de Readaptación Social Número 16, lo cual fue demeritado por la autoridad responsable quien considero que no existían fundamentos jurídicos para dar trámite a las manifestaciones vertidas.

Indica que **el Tribunal de apelación debió advertir y ordenar a la Jueza de Ejecución que se cerciorara de las razones por las cuales había un evidente desacuerdo e impugnación de dicha resolución y, consecuentemente, hacer uso de los mecanismos existentes para dar trámite**, pues contrario a lo expresado por el Tribunal Unitario, estas manifestaciones sí son trascendentes porque contradicen el dicho de la autoridad penitenciaria.

Señala que en la sentencia se hace un juicio de valoración en el que se estima que las medidas preventivas para la pandemia de COVID-19 fueron suficientes y toma eso por válido frente al dicho de las mujeres; sin mayor argumentación, decide que lo sostenido por la autoridad es cierto y que lo dicho por las mujeres no, sin realizar algún ejercicio de supervisión ni emplear algún otro mecanismo.

Que la decisión de obviar las manifestaciones y dejarlas sin consecuencias jurídicas implica que el proceso donde aparentemente se les toma en cuenta como las notificaciones, carezcan de utilidad. Es decir, no hay variación de la *litis* puesto que, como se desprende de los antecedentes, la respuesta de las mujeres se dio durante el proceso de la controversia, por lo que no podía haber sido tomada en cuenta sino hasta la resolución de la Jueza de Ejecución en Morelos, misma que fue convalidada por el Tribunal Unitario.

Que **el criterio del Tribunal Unitario parece un poco rígido** si se traslada al terreno de la ejecución penal y los recursos que generalmente se activan, con situaciones que frecuentemente van variando con la situación de reclusión, considerando que la figura de la petición administrativa es naturalmente dinámica y las condiciones de las mujeres privadas de la libertad puede ir evolucionando en el contexto de la emergencia sanitaria en la que se solicitó.

• **CUARTO CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

Afirma que la **autoridad responsable vulnera el derecho a un recurso efectivo** contenido en el numeral 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el 8.1 del mismo tratado, **al desechar la posibilidad de establecer un mecanismo novedoso que permita asegurar la garantía de audiencia de las mujeres privadas de la libertad.**

Mérida del Pta. Superior, Hernández
 20/10/2020 14:09:50
 03042711409:50



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

Manifiesta que **la autoridad responsable** señaló que los argumentos en torno a un mecanismo de supervisión son ineficaces porque no debaten los razonamientos de la Jueza de Ejecución y que es un argumento novedoso no materia de la *litis*, pues ésta únicamente consiste en que no se dio contestación a la solicitud de la petición; sin embargo, a lo largo de su sentencia se pronuncia sobre el fondo del asunto y valora las medidas de prevención frente a la pandemia de COVID-19, es decir, **no es congruente dentro de su propia sentencia**, ni mucho menos con lo establecido en la Ley Nacional de Ejecución Penal y el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Expone que la necesidad de establecer un **mecanismo de supervisión** para atender la controversia surge de las mujeres que no estuvieron de acuerdo con la resolución, manifestaron su inconformidad o incluso queda la duda de si pudieron expresarse por posible temor de represalias, es decir, el Juzgado de Ejecución no se allegó de mayores elementos para tomar una decisión por cuanto al presente asunto.

Que **no se trata de un argumento novedoso**, dado que, no podía fácticamente ser incluido en el escrito inicial de la petición administrativa ni en la controversia, pues las respuestas de las mujeres privadas de la libertad se originaron en respuesta a la notificación de la resolución por parte del Centro Federal de Readaptación Social Número 16, es decir, después de los escritos antes mencionados; de ahí que, **la Jueza de Ejecución debió dar respuesta sobre esas manifestaciones**, al no hacerlo se incluyó la necesidad de que este mecanismo fuera considerado.

Aduce que la materia de ejecución penal no puede ser rígida como para obviar el hecho de que mecanismos de este tipo son útiles y que pueden coadyuvar con los procesos, para verificar las manifestaciones de las mujeres que igualen su oportunidad "*de armas*" frente a la respuesta del Centro Federal de Readaptación Social, en concordancia con el principio de igualdad entre las partes, incluso, por parte del Poder Judicial Federal pueden servir de ejemplo para otras problemáticas que requieran una supervisión temporalmente sostenida.

Solicita que se considere como parte del escrito la sección "**Tercero. Necesidad de un mecanismo de supervisión para atender la controversia**" contenida en el escrito de apelación por ser pertinente en la promoción de este juicio, pues obtiene relevancia, ya que indagar sobre las acciones emitidas por el Centro Federal de Readaptación Social, a través de las mujeres permitirá tener un panorama más amplio, de la aplicación de las medidas solicitadas, para establecer si estas son objetivas y razonables; de la existencia de acciones diferenciadas de acuerdo a los padecimientos crónicos de cada una, del acceso e incremento de productos sanitizantes, de las implicaciones psicológicas que la pandemia ocasionó en sus vidas, entre otras, las cuales deberían de formar parte de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

informes periódicos por parte del Centro Federal de Readaptación Social Número 16.

Finalmente, pide que se realice la interpretación constitucional y convencional respecto los alcances de petición administrativa contemplada en la Ley Nacional de Ejecución Penal, específicamente que responda las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los alcances reales de la figura de la petición administrativa como un recurso sencillo, rápido y eficaz sin mayores formalidades a la luz del caso concreto, como una situación de emergencia?, ¿Cuáles son los estándares y su interpretación con relación a casos que conozcan los juzgados de ejecución por controversias presentadas por peticiones administrativas?, ¿Cuál es el trabajo del juzgador al conocer una controversia ante la omisión de la autoridad penitenciaria y los alcances de fondo y de forma en su determinación?, ¿Qué lugar ocupa la persona privada de la libertad en el proceso administrativo que inicia con una petición administrativa?, ¿Qué consecuencias tiene la explícita manifestación de su inconformidad respecto de la resolución de una petición administrativa? y ¿Cuáles son las obligaciones de las autoridades judiciales frente a este tipo de manifestaciones, es decir cómo deben actuar y qué trámite deben accionar al advertir una inconformidad expresa con carácter de impugnación?.

NOVENO. ANTECEDENTES DEL ACTO RECLAMADO. Los siguientes antecedentes del acto reclamado emergen tanto del testimonio autorizado de la controversia ***/****, del índice del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, como del testimonio certificado del toca penal ***/****, que se remitieron como anexo del informe justificado.

1. El **doce de mayo de dos mil veinte**,³³ se presentó petición administrativa dirigida a la Directora del Centro Federal de Readaptación Social Femenil Número 16, ubicado en el municipio de Coatlán del Río, en el Estado de Morelos, **promovida** por ******* ***** ***, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, **a favor de cincuenta y nueve mujeres privadas de la libertad**, quienes –refirió–, en su mayoría tienen más de cuarenta

³³ Fojas 49 a 67, del testimonio autorizado de la controversia ***/****.



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

años de edad y presentan enfermedades como ***** ,
***** , ***** ***** , ***** *****
***** ***** y **** .

En dicha petición, se solicitó la realización de un “**Plan Integral**” de acuerdo con los estándares internacionales emitidos por diversos mecanismos de protección a los derechos humanos, en el cual, el Centro Federal de Readaptación Social Número 16, desarrollará al menos veintidós medidas de prevención, atención y tratamiento en favor de las mujeres, mismas que engloban: **a)** los servicios básicos, de higiene personal, colectiva y de espacios comunes, alimentos y proporción de medicamentos; **b)** las relacionadas con el contacto con el exterior; **c)** información sobre COVID-19, en sus diversos aspectos como sintomatología, efectos, procesos de prevención, atención y tratamiento al interior del centro penitenciario, así como el desarrollo de la pandemia en el país y **d)** información sobre la aplicación o no de beneficios preliberacionales.

2. Por oficio **SSPC/PRS/CFRS16/DG/****/2020**, de **doce de mayo de dos mil veinte**,³⁴ notificado el catorce del mes y año en cita, la Directora General del Centro Federal de Readaptación Social Número 16 “CPS-Femenil Morelos”, **admitió** la petición administrativa y señaló que se daría inicio al procedimiento administrativo, de conformidad con la Ley Nacional de Ejecución Penal.

3. Mediante escrito de **veintiséis de mayo de dos mil veinte**,³⁵ suscrito por ***** ***** **, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, a través del cual

³⁴ Fojas 23, ibídem.

³⁵ Fojas 22, ibídem.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

hace del conocimiento del Juzgado Quinto de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, por encontrarse de guardia, que había transcurrido el término señalado por el artículo 114 de la Ley Nacional de Ejecución Penal; por lo cual, solicitó que se requiriera la respuesta a la autoridad penitenciaria de referencia.

4. Por recurso de **cuatro de junio de dos mil veinte**,³⁶ signado por ***** *****, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, dirigido al Juzgado Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, por medio del cual manifestó que personal del Juzgado Quinto de Distrito Especializado en Ejecución de Penas de esa localidad, refirió a la persona autorizada (***** ***** *****), que si bien el juzgado federal se encontraba de guardia, no había asumido competencia para conocer de la controversia planteada y que se canalizó tal petición a la Oficina de Correspondencia Común, misma que le había sido turnada, por ello, reiteró que la referida controversia busca proteger a un grupo específico de mujeres privadas de la libertad e incorporó el acuse de los anexos que el Juzgado Quinto de Distrito Especializado en Ejecución de Penas, adujo no contar. Además, insistió al órgano jurisdiccional que requiriera al Centro Federal de Readaptación Social Número 16, la respuesta a la petición administrativa.

5. En proveído de **veintinueve de junio de dos mil veinte**,³⁷ el Juez Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, declinó competencia en favor del Juez de Distrito Especializado en el

³⁶ Fojas 90 a 103, ibídem.

³⁷ Fojas 68 a 89, ibídem.



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

Sistema Penal Acusatorio con competencia en Ejecución de Morelos, respecto de la controversia pendiente de resolver en el expediente ***** */****.

Lo anterior, con base en la jurisdicción territorial que este último órgano ejerce sobre el Centro Federal de Readaptación Social Número 16 y sus funciones de supervisar la ejecución penal.

6. Por auto de **veintidós de julio de dos mil veinte**,³⁸ la Jueza de Ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Morelos, con sede en esta ciudad, radicó el expediente ***** */**** remitido, con el número de controversia ***/****; ordenó formar los expedientes físico y electrónico; **aceptó la competencia** por tratarse de cuestiones de internamiento que se reclaman precisamente en centro carcelario federal situado dentro del territorio en el que ejerce jurisdicción y se avocó a su conocimiento, en términos de la ejecutoria pronunciada el veinte de mayo de dos mil veinte, en el conflicto competencial **3/2020**, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Adicionalmente, designó como representante común de las internas a ***** ***** *****; ordenó correr traslado a las demás partes, con el escrito signado por el Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública; dio la intervención que le corresponde al agente del Ministerio Público de la Federación y **declaró sin materia la solicitud de controversia**, en los términos que a continuación se transcriben:

³⁸ Fojas 5 a 14, del testimonio autorizado del toca penal **/****.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

“Esta juzgadora **declara sin materia la solicitud de la presente controversia** promovida a favor de las personas privadas de la libertad, contra el acto reclamado y la autoridad responsable señalada en párrafos que anteceden; en virtud de que obran las constancias necesarias para efecto de realizar el pronunciamiento respecto a la prosecución del presente asunto.

Es así, porque la parte accionante señaló como acto reclamado la **omisión** de la autoridad penitenciaria de **dar contestación** a su petición administrativa presentada el **doce de mayo de dos mil veinte**; sin embargo, de los registros que obran en el expediente de ******* */****** –que fue remitido por el homólogo federal declinante–, se advierte que la autoridad penitenciaria superó la omisión que hace valer el accionante al **emitir la respuesta correspondiente** a la petición administrativa referida, además de que informó los protocolos de actuación y gestiones que realiza en torno a la pandemia que actualmente afecta al país.

En efecto, la autoridad carcelaria mediante oficio con terminación ******/****** de **dieciséis de junio de dos mil veinte** –enviado a la autoridad declinante–, remitió el acuerdo de resolución emitido el **diez de junio de dos mil veinte con el cual da respuesta** a la petición administrativa que registró como ****/***/******, en la que detalla diversas medidas sanitarias que ha implementado al interior de ese establecimiento carcelario, de entre las que destacan las siguientes:

1) Jabón antibacterial, de manera mensual proporciona un kit de higiene a cada persona privada de la libertad que incluye dos (2) jabones ******** para aseo personal y quinientos (500) gramos de detergente en polvo, entre otros productos de higiene.

2) Cada mes proporciona un kit de limpieza para aseo de los pabellones, el cual incluye cuatro (4) bolsas de quinientos (500) gramos de detergente en polvo, dos (2) litros de aromatizante, cuatro (4) fibras verdes, cuatro (4) fibras blancas, cuatro (4) franelas blancas, dos (2) cepillos para W.C., seis (6) bolsas plásticas, cuatro (4) jergas; y a cambio escoba, trapeador, jalador, recogedor, cubeta y jícara, **en caso de que se encuentren dañadas**, además de que en la ‘tienda’ de ese centro carcelario venden jabones para baño de la marca ********, ******** y *********, así como jabón para lavado de ropa marca ******** y ********.

3) Es colocado gel antibacterial en los accesos de cada área común (gimnasio y aulas de sectores compartidos) y también cuentan con jabón de baño y detergente en polvo para realizar el lavado constante de manos, actividades de baño y limpieza o lavado de su estancia (habitación).

Medi del Pta. Sistema Nacional de
 2016/06/20 14:09:50
 03042211409:50



Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

4) Con relación a los **espacios comunes y de recreación**, desde el uno de abril de dos mil veinte, el personal del Departamento de Recursos Materiales y Servicios Generales y el Servicio de Limpieza, **acuden diariamente a los módulos para llevar a cabo el suministro de solución desinfectante y aromatizante** para que las personas privadas de la libertad realicen una limpieza exhaustiva en sus estancias.

5) Se lleva a cabo el '**programa de sanitización**' en ese centro carcelario el cual consiste en la **aplicación de solución desinfectante** en lugares donde transita el personal, es decir, desde los accesos a las instalaciones hasta los módulos donde se ubican las privadas de la libertad, incluyendo exteriores de cada edificio, módulos, pabellones y hogares, solución que es aplicada con un aspersor de mochila y la solución desinfectante es **hipoclorito y sanitizante** a base de **ácido paracético y peróxido de hidrógeno** diluido al trece por ciento (13%) de agua, de acuerdo a una calendarización programando rutinas diarias, semanales, quincenales y mensuales dependiendo del área.

6) En todos los puntos de acceso **se colocaron charolas con solución desinfectante de agua con cloro**, en proporción diez (10) mililitros de cloro por cada litro de agua, para la desinfección del calzado de todo el personal que ingresa, iniciando en el acceso principal, hasta el acceso a cada módulo y pabellón.

7) Se realiza la **toma de temperatura y oxigenación a todo el personal que ingresa**, si alguno rebasa los límites normales se prohíbe su acceso a las instalaciones.

8) Se realiza la **sanitización en los productos que venden en la tienda** para las personas privadas de la libertad.

9) Se colocaron **anuncios informativos sobre medidas de prevención ante el covid-19** en todas las áreas de esa unidad administrativa.

10) Se realiza **limpieza minuciosa** varias veces al día en cada lugar del centro.

11) El servicio de alimentos toma las medidas pertinentes con relación al personal que manipula los alimentos, instalaciones, equipo de cocina y utensilios con apego a la 'Norma Oficial Mexicana **NOM-251-SSA1-2009**', 'Prácticas de Higiene para el Proceso de Alimentos, Bebidas o Suplementos Alimenticios'.

12) Las personas que padecen diabetes llevan un régimen de forma permanente cuyo objetivo es controlar los niveles de azúcar en la sangre mediante una alimentación balanceada con las restricciones correspondientes.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

13) Respecto a la **atención médica**, se realiza a las privadas de la libertad una supervisión de síntomas asociados al covid-19, aplicación de 'Triage Respiratorio', además de valoraciones medicas recientes aunado a la entrega de medicamento de acuerdo al padecimiento diagnosticado, destacando que hasta la emisión de esa respuesta administrativa **no se cuenta con registro de casos positivos de Covid-19** al interior de ese centro penitenciario.

14) Se realizó la programación de algunas actividades como biblioteca itinerante, proyección de películas, rockola móvil, juegos recreativos y karaoke bajo los protocolos de higiene ante el Covid-19 (sana distancia, gel antibacterial, lavado frecuente de manos y uso de cubrebocas).

15) Respecto a las **visitas**, se informó a los familiares que como medida sanitaria se suspendió el ingreso de visitantes al centro penitenciario hasta nuevo aviso, con la finalidad de salvaguardar la salud de la población penitenciaria, por lo que se **implementó un programa piloto de videollamadas a través de la aplicación **** de acuerdo al rol de visita semanal.**

Sumado a lo anterior, la autoridad responsable en aras de acreditar la implementación del plan de emergencia de prevención ante el Covid-19, mediante oficio con terminación ****/**** –remitido también al homólogo federal declinante–, adjuntó diversas documentales de las que se advierten memorandos dirigidos a los directores de área y encargados de departamentos de esa institución carcelaria, constancias de conformidad respecto a la práctica de videollamadas por parte de las personas privadas de la libertad, folletos y anuncios que contiene información preventiva en torno al virus Covid-19, constancias de 'trriage respiratorio en atención primaria' practicado a las internas con el fin de identificar pacientes con signos y síntomas de enfermedad respiratoria, así como evidencias fotográficas de la implementación de diversos protocolos sanitarios, como se observa a continuación: [...]

Como puede apreciarse, de los informes remitidos por la autoridad responsable se hace evidente que **ha quedado superado** el acto fijado en la presente controversia – **omisión por parte de la autoridad penitenciaria de dar contestación a la petición administrativa presentada el doce de mayo de dos mil veinte**–, en virtud de que emitió la respuesta correspondiente a la petición administrativa que le fue planteada, además de que hizo patente las diversas gestiones con el fin de salvaguardar la integridad física de las personas privadas de la libertad que integran la población de ese centro carcelario, medidas que aduce la autoridad penitenciaria han logrado evitar la propagación del virus denominado Covid-19, ya que **no se cuenta con registro de casos positivos al interior.**

Mérida, P. de Yucatán, Secretaría de Gobernación
 20 de mayo de 2021, 14:09:50
 03042711409580

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

De ahí que **la parte promovente de no estar conforme con la manera en que la autoridad penitenciaria emitió la respuesta correspondiente**, deberá promover diverso asunto judicial en atención a que en la Ley Nacional de Ejecución Penal **no existe la figura de la ampliación de la controversia**.

Además, respecto a la reclusa ******* ***** *******, es de destacar que la autoridad penitenciaria al momento de que dio respuesta a la petición administrativa planteada por la promovente, hizo del conocimiento que **ella no se encontraba dentro de la población penitenciaria**, en virtud de que la misma 'causó baja' porque se le concedió el beneficio de la suspensión condicional de la pena.

Por tanto, es inconcuso que **no existe materia que estudiar en el presente asunto**, por lo que, de continuar con el trámite de la controversia no sería posible analizar el fondo porque en virtud de lo anteriormente expuesto, se advierte que la omisión por parte de la autoridad penitenciaria ha sido superada.

En consecuencia, **se declara sin materia la solicitud de la presente controversia, al no existir elementos que estudiar...**"

7. Inconforme, ******* ***** ******, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, con escrito que presentó –vía correo electrónico– en el Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Morelos, con sede en Cuernavaca, el cinco de agosto de dos mil veinte,³⁹ **interpuso recurso de apelación y formuló los agravios correspondientes**.

8. Mediante proveído de **diez de agosto de dos mil veinte**,⁴⁰ dictado por el entonces Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio, Administrador del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, con residencia en esta ciudad, dio trámite el recurso de apelación interpuesto en contra del auto de veintidós de julio del año en cita; para esto, ordenó correr traslado a las

³⁹ Fojas 22 a 40, ibídem.

⁴⁰ Foja 123, ibídem.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

demás partes para que dentro del plazo de tres días manifestaran lo que a su interés conviniera, o en su caso, ejercitaran su derecho de adhesión.

9. Por auto de **dieciocho de agosto de dos mil veinte**,⁴¹ pronunciado por indicado el Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio, Administrador del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, con residencia en esta ciudad, en el que establece que ninguna de las partes emitió manifestación alguna con respecto de lo ordenado en el acuerdo de diez de agosto último; por consiguiente, dispuso la remisión de los registros correspondientes, al Tribunal Unitario de Alzada del Decimotavo Circuito, para la sustanciación del recurso de apelación.

10. En proveído de **veinte de agosto de dos mil veinte**,⁴² emitido por el Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, radicó el toca penal ****/**** y admitió de plano el recurso hecho valer.

11. El **veintiocho de agosto de dos mil veinte**,⁴³ el Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, resolvió el toca penal *********, en los términos siguientes:

“ÚNICO. Con las aclaraciones apuntadas en el último considerando de esta resolución, se **confirma** el auto apelado dictado por la Jueza de Distrito asignada para fungir como jueza de ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, dentro de la controversia *********, promovida por ******* ***** ****, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, en favor de cincuenta y ocho mujeres privadas de su libertad.”

⁴¹ Foja 123, ibídem.

⁴² Fojas 133 a 142, ibídem.

⁴³ Fojas 169 a 194, ibídem.



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

Resolución que constituye el acto reclamado en este juicio de amparo indirecto.

DÉCIMO. ESTUDIO DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. Son **esencialmente fundados** los conceptos de violación formulados por la parte quejosa; y por tanto, suficientes para **otorgar la protección constitucional solicitada para efectos**, por las razones que a continuación se exponen.

Conceptos de violación que, como dato introductorio, serán contestados de forma **conjunta**, dada la íntima relación impugnativa que en ellos se establece.

Acotado lo anterior, lo procedente es justificar la calificación otorgada a los conceptos de violación precisados; para ello, es menester pormenorizar en diversos tópicos que matizan la presente determinación.

El primero de estos, lo constituye el **debido proceso** contenido en el artículo 14 de la Constitución Federal;⁴⁴ derecho fundamental que conforme a la interpretación constante y progresiva en la doctrina constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizada entre otros, en el **amparo en revisión 119/2018**, precisó que el mismo constituye el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, con la finalidad de que los justiciables estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto de autoridad que pueda afectarlos.

⁴⁴ **Artículo 14.** A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata [...].”



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

De esa manera, la Primera Sala de ese Más Alto Tribunal de País al resolver el **amparo en revisión 352/2012**, destacó que, dentro de las garantías del debido proceso, existe un “**núcleo duro**”, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, identificadas como las formalidades esenciales del procedimiento –también llamadas “garantía de audiencia”–; las cuales, permiten que los gobernados desplieguen sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica.

Formalidades esenciales del procedimiento, cuyo cumplimiento permite concluir que se ha respetado la garantía de audiencia de los gobernados, y que son:

- (i) la notificación del inicio del procedimiento;
- (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;
- (iii) la oportunidad de alegar; y,
- (iv) la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas⁴⁵.

En este contexto, el debido proceso constituye uno de los presupuestos para garantizar la efectividad de los derechos humanos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que “...abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos y obligaciones están bajo

⁴⁵ Jurisprudencia del Pleno del Alto Tribunal del país, consultable en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011, Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte -SCJN Décima Segunda Sección- Debido proceso; Materias Constitucional, Común, página 1156, de rubro: “**FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO**”.



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

consideración judicial...”.⁴⁶ Y, su aplicación: “...no se limita a los recursos judiciales en un sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos...”⁴⁷

De igual forma, en el **amparo directo en revisión 3758/2012**, esa Primera Sala consideró que el derecho al debido proceso se matiza en **dos perspectivas**; la primera, que es propia del ciudadano que es sometido a un proceso jurisdiccional al ser destinatario del ejercicio de una acción, la cual, de resultar procedente y fundada, llevaría a la autoridad judicial a emitir un acto privativo en su contra, en cuyo caso la autoridad debe verificar que se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento, a fin de otorgar al sujeto pasivo de la relación procesal la posibilidad de una defensa efectiva, por lo cual se debe garantizar que se le notifique del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, se le dé el derecho de alegar y ofrecer pruebas y se le asegure la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

En tanto que la **segunda perspectiva**, debía entenderse de quien insta la actividad jurisdiccional del Estado para **lograr reivindicar un derecho** y no tanto defenderse del mismo, en cuyo caso se ubica en una posición al interior de un juicio, de cuya suerte depende el ejercicio de un derecho, **el cual en caso de no dirimirse adecuadamente, podría tornar a su derecho nugatorio.**

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, presentada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, respecto de Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Párrafo 28.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso ***** Vs. *****, sentencia de 6 de febrero de 2001. Párrafo 28.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-65

**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

Es este segundo enfoque, en el que se centrará el estudio del presente juicio de amparo; no sin antes abundar que, ésta segunda perspectiva, explica la citada Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se liga con el derecho de acceso a la justicia, en cuanto que su cumplimiento conlleva garantizar que la realización de este derecho satisfaga sus notas distintivas, de prontitud, completitud, imparcialidad y efectividad, en congruencia con los artículos 17 de la Constitución Federal, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sirve de apoyo, la jurisprudencia sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, observable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, página 396, de título y contenido:

“DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.

Dentro de las garantías del debido proceso existe un ‘núcleo duro’, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al ‘núcleo duro’, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la ‘garantía de audiencia’, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: ‘FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.’, sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se

Mérida del Pta. Superior, Hernández,
 2014-02-20, Est. Suprem. 10/2020, 38/2020,
 03/04/21, 14/09/20



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.”

Ahora bien, puesto de manifiesto la condicionante esencial en que se centra el presente controvertido constitucional, es necesario pormenorizar en el procedimiento de ejecución penal génesis del acto reclamado al tribunal unitario responsable y que fue materia de pronunciamiento en la decisión combatida por esta vía constitucional; contradictorio que, conforme al escrutinio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectuado en la **contradicción de tesis 57/2018**, tiene las siguientes notas distintivas.

En efecto, en la ejecutoria de origen, el Más Alto Tribunal del País, precisó la naturaleza jurídica del procedimiento al que deben sujetarse las peticiones administrativas de las personas privadas de la libertad y las



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

fases procedimentales que deben imperar en su trámite conforme a la Ley Nacional de Ejecución Penal.

En ese sentido, se puso de manifiesto que el procedimiento administrativo previsto en los artículos 107 al 115 de la ley nacional en cita, constituye un **mecanismo de control** mediante el cual una persona privada de su libertad – procesada o sentenciada–, tiene el derecho de reclamar las omisiones inherentes a sus condiciones de internamiento; esto es, cualquier desatención que impida que la persona interna tenga una vida digna y segura dentro del centro de reinserción social; mecanismo que, debe regirse por los principios de dignidad, igualdad, **legalidad**, **debido proceso**, transparencia, confidencialidad, publicidad, proporcionalidad, y reinserción social.

Procedimiento en el que se faculta a la persona privada de su libertad a formular peticiones denominadas *administrativas* ante la autoridad penitenciaria o el Juez respectivo, de manera que explica ese Alto Tribunal, el mismo inicia con la presentación de una petición ante la autoridad correspondiente.

Así mismo, refirió que el citado mecanismo de control ofrece una asistencia continua y personalizada al interno, pues en ciertos supuestos podrá acudir de manera directa a la autoridad penitenciaria a explicarle la misma, la razón de ésta y podrá presentar las pruebas que estime conducentes para apoyarla.

De esa manera, expuso el Alto Tribunal, que ese mecanismo de control constituye un **verdadero procedimiento conformado de diversas etapas**, a través



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

de las cuales los internos, pueden ofrecer pruebas y la autoridad recabarlas de oficio para responder de manera óptima la petición; que el acto de ser urgente sea suspendido de oficio y de inmediato por un Juez, o bien, que éste ordene las acciones positivas necesarias para que el mismo cese, en caso de constituir una omisión; **asimismo, establece la posibilidad de que la respuesta a la petición sea impugnada a través de los recursos correspondientes, en caso de que considere que vulnera sus derechos.**

Al referirse a las **peticiones administrativas**, destacó la citada Sala, éstas tienen por objeto que la autoridad penitenciaria declare si ha existido o no, una afectación en las condiciones de vida digna y segura del interno, o bien, si existió afectación a los derechos de terceras personas y, en caso de existir “lograr la subsanación de dicha afectación”.

Así, se destacó que las peticiones administrativas cumplen con todas las características de un **medio de defensa** sencillo, rápido y eficaz, a través del cual, los internos se encuentran facultados para reclamar sin mayores formalismos, ante la autoridad penitenciaria o el Juez respectivo, las omisiones inherentes a sus condiciones de internamiento.

En perspectiva de la mencionada Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la ley especial en comento establece dos modalidades de peticiones administrativas, las peticiones **no urgentes** y las **urgentes**, cuyo trámite dependerá del carácter apremiante de la petición realizada; las primeras, se formularán por escrito, sin formalidad alguna, ante el director del centro en donde se encuentren recluida la persona.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

En el escrito de petición se podrá aportar información que se considere pertinente con el objeto de atender las condiciones de vida y seguridad en reclusión. Cuando el interno lo solicite, la autoridad administrativa del centro lo auxiliará para que formule el escrito correspondiente.

Peticiones administrativas de las que ese Máximo Intérprete del País sostuvo, al interpretar los preceptos legales concernientes al título cuarto denominado “Del procedimiento de ejecución”, en la parte correspondiente a su capítulo III, relativo al “Procedimiento administrativo”, determinó debían **substanciarse inexorablemente** de la forma siguiente:

(i) Recibida la petición, la autoridad penitenciaria dentro de las veinticuatro horas siguientes, la admitirá por escrito e iniciará el trámite del procedimiento, o bien, prevendrá en caso de ser confusa; determinación que deberá notificarse de forma personal al promovente.

(ii) En caso de prevención, el peticionario tendrá un plazo de setenta y dos horas a partir de su notificación para subsanarla. De no hacerlo, la autoridad citará al promovente para que de manera personal y verbal aclare su petición. Hecho esto, se emitirá la resolución sobre el fondo de la cuestión planteada. En caso de no acudir a la citación, se desechará la petición formulada.

(iii) Si la petición se admite, el director del centro tendrá la obligación de allegarse, para mejor proveer, por cualquier medio de la información necesaria, dentro del plazo de cinco días. A fin de atender de manera óptima la petición, la autoridad deberá considerar la información aportada por el

Mérida del Pto. Sentencia: 14/09/2021
 03/04/21 14:09:50



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

petionario, siempre que ésta sea procedente. La obligación del director de allegarse de información deberá acompañarse de acciones tendientes a no retrasar la respuesta a la petición.

(iv) Si existe más de una petición con un mismo objeto, sea parcial o total, éstas serán **acumulables** y se resolverán en un solo acto conjunto; en el entendido que, la parte de la petición que no fue objeto de acumulación, continuará sustanciándose por separado.

(v) Si la petición no se resuelve en el plazo previsto en la ley, los peticionarios podrán acudir ante el Juez correspondiente a demandar la omisión; el cual, resolverá en un plazo no mayor a setenta y dos horas; en caso de ser procedente la acción, requerirá a la autoridad para que responda la petición; dando cuenta al superior jerárquico inmediato de ésta.

(vi) Si la persona que formuló la petición fue el interno, la autoridad penitenciaria le hará saber que tiene derecho a la interposición del recurso ante el Juez de Control o Ejecución según corresponda. La autoridad penitenciaria debe dejar constancia por escrito que le hizo saber al interno de ese derecho.

(vii) La impugnación con el Juez se realizará dentro de los diez días siguientes a la fecha de notificación de la resolución respectiva, pero si los actos son continuos o permanentes, la controversia ante el Juez podrá plantearse en cualquier momento.

(viii) Controversia que se sustanciará conforme a un sistema adversarial y oral y que se regirá por los



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

principios de contradicción, concentración, continuidad, intermediación y publicidad, en la cual, el interno deberá contar con un defensor que lo represente y asista en las audiencias correspondientes. La autoridad administrativa – como parte– podrá intervenir por conducto del titular de la dirección del centro o la persona que designe.

(ix) En esa controversia, existirá la posibilidad de que el interno interponga recurso de revocación contra las determinaciones de mero trámite que emita el Juez, a fin de que éste examine de nueva cuenta su determinación y dicte la resolución que corresponda.

(x) **En contra de la resolución final emitida por el Juez de Control o de Ejecución en dicha controversia, procederá el recurso de apelación**, el cual se interpondrá dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución o auto que se impugne. De este recurso conocerá la alzada y su objetivo será que se revise la legalidad de la determinación impugnada, a fin de confirmarla, modificarla o revocarla.

Para el caso de las peticiones administrativas que recaigan sobre casos urgentes, siendo éstas, las omisiones relativas a condiciones de internamiento que por su carácter apremiante deban ser atendidas de inmediato, pues de lo contrario quedarían sin materia, detalló esa Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que el trámite de esa petición se substanciará de la siguiente forma:

(i) El promovente de la petición acudirá directamente ante el Juez para plantearle su petición.



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

(ii) Hasta en tanto se resuelva la misma en definitiva, el Juez de oficio y de inmediato, si se trata de un acto positivo, suspenderá el hecho o acto que motivó la petición, así como los efectos que tuviere. Tratándose de actos omisivos, el Juez determinará las acciones a realizar por la autoridad penitenciaria en aras de lograr que dicha omisión cese. De ser procedente la petición presentada el Juez reparará la afectación.

(iii) Si el Juez determina que por la naturaleza de la promoción, ésta no constituye un caso urgente, redirigirá la petición al centro de reinserción correspondiente para su tramitación y la petición se seguirá conforme a lo establecido en párrafos que anteceden. El Juez deberá recabar registro de la entrega al centro de reinserción.

En esa tónica, de los artículos 120 a 127 de la indicada Ley Nacional de Ejecución Penal, que regulan el procedimiento jurisdiccional de las controversias, se desprende que su substanciación consta de dos etapas: (i) **escrita** y (ii) **oral**.

La **primera**, se integra con el escrito inicial de la controversia en el que el promovente debe expresar datos de localización, el relato de su inconformidad, los medios de prueba en caso de contar con ellos, la solicitud de suspensión del acto cuando considere que se trata de caso urgente y la firma o huella digital; al igual que, con el escrito de contestación de la acción, en el que se ofrecerán los medios de prueba que se estimen pertinentes y el informe de la autoridad penitenciaria; después de correr traslado a las partes con el informe y contestación de la acción, el Juez de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

Ejecución, señalará hora y fecha para la celebración de la audiencia.

La **segunda etapa**, en la que se ubica el desahogo de la audiencia de ejecución, es de carácter oral y la cual se desarrolla bajo los principios de inmediación, continuidad, concentración y contradicción, entre otros; en dicha diligencia, el Juez de Ejecución verificará la asistencia de los intervinientes, la declarará abierta y dará una breve explicación de los motivos de la misma; concederá el uso de la palabra al promovente y con posterioridad a las demás partes; las partes discutirán sobre la admisión de los medios de prueba y podrán apelar el desechamiento; enseguida, el juzgador dictará auto de admisión de pruebas y procederá a su recepción. Las partes formularán sus alegatos finales y de ser procedente, el juzgador, observará el derecho de réplica y dúplica cuando el debate así lo requiera; declarará cerrado el debate y dictará su resolución en la misma audiencia, que explicará brevemente.

Concluido la citada diligencia, el Juez de Ejecución tendrá un término de cinco días para redactar, notificar y entregar copia a las partes de la resolución final, en la que deberá pronunciarse, incluso de oficio, sobre cualquier violación a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

A partir de lo destacado con antelación, es que esta potestad de amparo sostiene que los conceptos de violación hechos valer son **esencialmente fundados** y suficientes para conceder la protección constitucional solicitada, para los efectos que adelante se precisarán.

Mérida, Pta. Sur, Yucatán, México
 20 de febrero de 2021
 03:04:21.14:09:50



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

En efecto, tal como lo señala el promovente del amparo (**primer concepto de violación**), de conformidad con el artículo 114 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, las **controversias** que se pueden plantear ante el juez de ejecución, pueden surgir de dos supuestos, a saber:

a) **Por peticiones resueltas en sentido contrario a los intereses del peticionario**; mediante el cual, si los actos son continuos o permanentes, la controversia podrá plantearse en cualquier momento; y,

b) **Por peticiones no resueltas dentro del término legal**, en las cuales el promovente podrá demandar la omisión, en cuyo caso el juez debe resolver en un plazo no mayor a setenta y dos horas; **y en caso de ser procedente, requerir a la autoridad penitenciaria a fin de que responda la petición formulada de fondo**, y a la par, dar cuenta al inmediato superior jerárquico para los efectos legales correspondientes.

En el caso, se surte el segundo de los supuestos, precisamente porque la controversia jurisdiccional en el expediente de origen, cuyo conocimiento correspondió inicialmente al Juzgado Quinto de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, **derivó de la omisión** atribuida a la Directora General del Centro Federal de Readaptación Federal Social Número 16, de dar respuesta a la **petición administrativa** promovida por *****
, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico de Derechos Humanos del Instituto de la Defensoría Pública, a favor de entonces cincuenta y nueve mujeres privadas de la libertad, quienes refirió, en su mayoría tienen más de **
** ***** y presentan enfermedades como ***** ,



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

***** , ***** ***** , ***** *****

***** ***** y ****

En dicha petición administrativa, **se solicitó la realización** de un “Plan Integral” de acuerdo con los estándares internacionales emitidos por diversos mecanismos de protección a los derechos humanos, en el cual el Centro Federal de Readaptación Social Número 16, desarrollará al menos veintidós medidas de prevención, atención y tratamiento en favor de las mujeres, mismas que engloban: **a)** los servicios básicos, de higiene personal, colectiva y de espacios comunes, alimentos y proporción de medicamentos; **b)** las relacionadas con el contacto con el exterior; **c)** información sobre Covid-19, en sus diversos aspectos como sintomatología, efectos, procesos de prevención, atención y tratamiento al interior del centro penitenciario, así como el desarrollo de la pandemia en el país y **d)** información sobre la aplicación o no de beneficios preliberacionales; ello con la finalidad **de accionar los mecanismos disponibles que permitieran a las mujeres a favor de quien se promovió, alcanzar un óptimo estado de salud y bienestar**, por tratarse –de acuerdo a la referencia del promovente–, de un grupo de personas vulnerables frente a la pandemia provocada por el virus denominado Covid-19; petición administrativa que mediante el oficio **SSPC/PRS/CFRS16/DG/****/2020** fue admitida por la citada autoridad penitenciaria el doce de mayo de dos mil veinte, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 111, 112 y 114 de la mencionada ley nacional.

Sin embargo, al no ser resuelta la petición planteada dentro del plazo legal de cinco días, el promovente de la misma, mediante escrito de veintiséis de mayo del año en

Metá del Pta. Sistema Nacional de
2014/05/20 14:09:50
0304221140950



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

cita, demandó dicha omisión con el Juzgado Quinto de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, y con apoyo en lo dispuesto en el artículo 114 de esa normatividad especializada, solicitó a dicho juzgador que requiriera la respuesta correspondiente.

No obstante, dicho Juzgado de Distrito en proveído de veintinueve de mayo, remitió el asunto a la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito de esa misma especialización, a fin de que el referido curso fuera canalizado al Juzgado de Distrito Especializado en Ejecución de Penas que, por turno correspondiera; asimismo, giró oficio a la autoridad penitenciaria de referencia **exhortándola** para que proporcionara y realizara todas las diligencias necesarias para la protección de las internas respecto a la pandemia de salud, derivada del virus COVID-19.

Posteriormente, el cinco de junio de la referida anualidad, el Juez Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, a quien fue turnado el asunto, se avocó al conocimiento de la controversia planteada, la cual registró con el número de expediente VARIOS ***** , y con fundamento en los artículos 114, 115 y 116 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, **requirió** a la Directora General del centro penitenciario en cuestión, para que sin excederse de cinco días hábiles, **respondiera de fondo la petición administrativa**; determinación que fue notificada de manera personal a las mujeres privadas de la libertad, por conducto de la autoridad penitenciaria.

En cumplimiento de la determinación judicial aludida, la citada Directora General por oficios con terminación



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

****/**** y ****/****, de seis y dieciséis de junio de dos mil veinte, respectivamente, remitió al citado juzgador copia certificada de las constancias de notificación del acuerdo de cinco del mes y año en cita; del oficio con terminación ****/****, al que anexó copia certificada de la **resolución de diez de junio de dos mil veinte** y las constancias de negativa de firma⁴⁸.

Ante diverso requerimiento del juzgador federal, la Directora del penal en comento, con oficio con terminación ****/****, de diecinueve de junio de dos mil veinte, remitió copia certificada de las constancias que a su juicio acreditaban la implementación del plan de emergencia de prevención (COVID-19) y las constancias de notificación del oficio ****, de cinco de junio de dos mil veinte, a las personas privadas de la libertad relacionadas con la controversia.

En ese sentido, por proveído de veintinueve de junio, el Juez Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, determinó que no era legalmente competente para resolver la controversia sino el juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio con competencia en Ejecución del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos y por tanto, remitió los autos de la citada controversia⁴⁹.

En esas condiciones, por proveído de **veintidós de julio de dos mil veinte**, la Jueza de Distrito asignada para fungir como Jueza de Ejecución en el Centro de Justicia

⁴⁸ Además, informó que **** causó baja administrativa al haber obtenido su libertad mediante beneficio de condena condicional.

⁴⁹ Constancias que por error fueron recibidas en el Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Morelos, cuyo titular mediante oficio **** de veintiuno de julio de dos mil veinte, ordenó su remisión a la Jueza de Distrito asignada para fungir como Jueza de Ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal.



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

Penal Federal del Estado de Morelos, a quien correspondió conocer del asunto, en lo que resulta de interés, determinó:

- Dar trámite a la controversia planteada por tratarse de un caso catalogado como **urgente** en el Acuerdo General 13/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.
- Radicar la controversia con el número *****/****.
- Aceptar la competencia y avocarse al conocimiento del asunto, al tratarse de cuestiones de internamiento que se reclaman precisamente a un centro carcelario federal situado dentro del territorio donde ejerce jurisdicción.
- Destacar que en la Ley Nacional de Ejecución Penal **no existe la figura de la ampliación de la controversia**; por tanto, si la parte promovente o las privadas de la libertad de estimar posteriormente que se duelen de otro acto y diverso al que indicó deberían promover otra controversia.
- Ordenar correr traslado a las partes con el escrito inicial signado por Rafael Robles Roa, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto de Defensoría Pública; a la autoridad penitenciaria, al agente del ministerio público de la federación y al defensor público federal, éste último por conducto del Delegado del Instituto de la Defensoría Pública Federal del Estado de Morelos, para los efectos legales conducentes.
- **Declarar sin materia “la solicitud de la controversia”**, por estimar que de los registros que constan en el expediente de ******* */****, se advertía que **la autoridad penitenciaria “superó” la omisión que hace valer el accionante al emitir la respuesta correspondiente a la petición administrativa referida**, además de que informó



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

los protocolos de actuación y gestiones que realiza en torno a la pandemia que actualmente afecta al país. Indicó que la autoridad carcelaria mediante oficio con terminación ****/**** de dieciséis de junio de dos mil veinte –enviado a la autoridad declinante–, remitió el acuerdo de resolución emitido el diez de junio de dos mil veinte **con el cual da respuesta** a la petición administrativa que registró como **/**/****, en la que detalla diversas medidas sanitarias que ha implementado al interior de ese establecimiento carcelario y destacó las que consideró pertinentes; a lo que sumó, lo informado por la autoridad penitenciaria mediante oficio con terminación ****/****.

- Reiterar a la autoridad penitenciaria que dentro de sus funciones se encontraban las previstas en el artículo 157 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, de ahí que, estaba obligada a garantizar el respeto al derecho humano de la salud a través de los servicios médicos, cuyo objeto es la atención médica de las personas privadas de la libertad desde su ingreso y durante su permanencia en el centro penitenciario de acuerdo a lo establecido en los diversos numerales 74 y 76 *ibidem*; por ende, **al margen de que admitiera o no a trámite la controversia**, era obligación de la autoridad penitenciaria cumplir con lo antes indicado. Sin soslayar que la omisión de inobservar tales preceptos legales, pudiera constituir una responsabilidad administrativa y penal ante su incumplimiento.
- En atención a las diversas normatividades emitidas por el Consejo de la Judicatura Federal y las autoridades sanitarias, con fundamento en los artículos 82, fracción I, inciso b), y 83 del Código Nacional de Procedimientos Penales de aplicación supletoria, ordenar notificar a las partes por los medios electrónicos autorizados con los que cuenta el centro de justicia, **sin que sea viable notificar personalmente en el centro de reclusión a las**

Mérida, Yucatán, México, 20 de junio de 2020.
 03042711409580



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

personas privadas de la libertad en este periodo de contingencia sanitaria, ya que, **bastaba con notificar a su patrocinador jurídico que sería designado por la defensoría pública federal**; en aras de guardar las medidas sanitarias correspondientes y la salud del personal adscrito a este órgano jurisdiccional.

De los antecedentes narrados, es factible advertir, que asiste la razón a la parte quejosa al referir que el acto reclamado al tribunal unitario responsable conculca lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Federal (**primer, segundo y tercer concepto de violación**), en el sentido de que se violentó en perjuicio de las personas privadas de la libertad el **debido proceso**, al no haberse tramitado la controversia promovida conforme al procedimiento establecido en la referida ley especial.

Ciertamente, como se estableció al inicio del presente considerando, uno de los enfoques del **debido proceso** que ha matizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reside en el hecho de que su vigencia garantiza que el gobernado inste la actividad jurisdiccional del Estado para lograr reivindicar un derecho; en este caso, las adecuadas condiciones de internamiento a las que están sujetas las personas privadas de la libertad relacionadas en el centro de reclusión de referencia; de manera que, al promover la controversia en su faceta de origen omisiva, fue a efecto de que a través de dicho medio de defensa judicializado, les permitiera obtener un pronunciamiento judicial que les restituyera el derecho vulnerado, lo cual se truncó por el simple hecho de que dicho juicio no se llevó a cabo; y con ello, que no se dirimiera con completitud la petición hecha a



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

la autoridad penitenciaria, lo que derivó en que sus derechos fúndamelas fueran trastocados.

Lo anterior es de esa forma, pues no puede soslayarse que el promovente de la controversia judicial, acudió con el Juez de Ejecución de Penas con la finalidad de solicitar **la realización de un “Plan Integral”** comprendido por al menos **veintidós medidas de prevención, atención y tratamiento en favor de las mujeres**, que se engloban en: **a)** los servicios básicos, de higiene personal, colectiva y de espacios comunes, alimentos y proporción de medicamentos; **b)** las relacionadas con el contacto con el exterior; **c)** información sobre Covid-19, en sus diversos aspectos como sintomatología, efectos, procesos de prevención, atención y tratamiento al interior del centro penitenciario, así como el desarrollo de la pandemia en el país y **d)** información sobre la aplicación o no de beneficios preliberacionales, **que permitiera accionar mecanismos** que permitieran a las mujeres a favor de quien se promovió, alcanzar un óptimo estado de salud y bienestar.

Y en esa medida, no debe soslayarse que fue el Juez Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México –con independencia de que a la postre fuera otro juzgador quien la resolvería, al declararla sin materia–, quien con fundamento en los artículos 114, 115 y 116 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, requirió al Directora General del ya conocido centro carcelario para que **respondiera de fondo** la petición administrativa en cuestión; autoridad que diera contestación a la controversia; y respecto de la cual, la Jueza de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio con competencia en Ejecución del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, al

Mérida, Yucatán, México, 14 de febrero de 2021.
 03:04:21.14:09:50



**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

avocarse a su conocimiento de forma definitiva, derivado de la respuesta efectuada, la declaró sin materia.

Decisión esta última que fue **confirmada** con la emisión del acto reclamado, al estimar la autoridad responsable que de las constancias allegadas se advertía que la autoridad penitenciaria “efectivamente había dado cumplimiento a las omisiones de las que se duele el apelante”, al emitir la respuesta correspondiente a la petición administrativa; lo que a juicio de esta potestad de amparo no fue apegado a derecho, habida cuenta que el tribunal unitario de alzada perdió de vista que si bien el Juez Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas de la Ciudad de México, había requerido a la Directora General de referencia para que **respondiera de fondo** la petición administrativa; también lo es que, esa sola circunstancia no releva al Jueza de Ejecución adscrita al Centro de Justicia Penal Federal en esta ciudad, a la que en definitiva le correspondió conocer de dicha controversia, a justipreciar y corroborar si efectivamente, se había dado respuesta en su totalidad a la petición administrativa, pues en caso de no acontecer ello, debía obligarse a la autoridad penitenciaria se ocupara de tal pronunciamiento, como correspondiere; lo que naturalmente se deducía de la adecuada substanciación del procedimiento inherente al citado medio de defensa judicializado (**primer concepto de violación**).

De manera que, la simple respuesta a la controversia resulta **insuficiente** para tener por atendida la pretensión administrativa elevada (**segundo concepto de violación**) y declararla sin materia; pues con esa decisión, el tribunal unitario responsable soslayó observar, analizar y estudiar en



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

su más amplio aspecto si la contestación efectuada, respondía verdadera la petición planteada.

Lo que sin lugar a dudas, trastocó el **núcleo duro** del derecho fundamental de debido proceso constituido por las formalidades esenciales del procedimiento; que al no permitir que la controversia aperturada por la omisión en que incurrió la autoridad administraba, fuera resuelta en completitud, limitó el derecho de audiencia de las aquí quejas, pues no puede olvidarse, que conforme a las fases procedimentales expuestas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en párrafos precedentes, ese medio de defensa judicializado tiene su origen en un mecanismo de control que tiene por finalidad la resolución de los problemas acontecidos en el internamiento de las personas privadas de la libertad; y que, conforme a la norma que les da vigencia, deberá substanciar conforme a un sistema adversarial y oral, regido esencialmente por los principios de contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

De manera que, al haberse prescindido de entre otras etapas, la concerniente al ofrecimiento y desahogo probatorio se restringieron los derechos de las promoventes de origen, al impedir se constatará si la respuesta de la autoridad administrativa había abarcado enteramente lo solicitado y con ello, se proscribió que el curso del proceso contara con mayores elementos para determinar el fondo del asunto.

Sin que la anterior determinación variara la *litis* de la controversia (**tercer concepto de violación**); pues es verdad que el artículo 114, segundo párrafo, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, establece que si la petición fue resuelta **en sentido contrario a los intereses del peticionario**, éste



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

podrá formular controversia ante el Juez de Ejecución dentro de los diez días siguientes a la fecha de notificación de la referida resolución pero si dicha controversia recayera sobre actos cuyos efectos son continuos o permanentes, la misma podrá plantearse en cualquier momento; sin embargo, la disposición contenida en la norma legal en comento, **no debe confundirse con el trato que debe darse cuando el promovente de la controversia judicial, lo que alega es la omisión que atribuye a la autoridad penitenciaria de dar respuesta a una petición administrativa**, pues en tal caso, la labor del Juez de Ejecución es verificar si efectivamente dicha autoridad penitenciaria incurrió o no, en dicha omisión y para ello, debe centrar su análisis en el contenido de la petición y en la respuesta que al efecto dio la autoridad correspondiente, para de esta manera verificar si la omisión atribuida se actualiza o no, pues solo de esa manera, se garantizaría el acceso efectivo a la justicia, del que el Más Alto Tribunal del País acotó, se relacionada con el debido proceso.

Lo anterior tiene su razón de ser porque el propio artículo 114, tercer párrafo, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, establece el mecanismo de actuación del Juez de Ejecución, cuando en la controversia lo que se plantea es **la omisión de respuesta** a la petición administrativa y no la respuesta que se dio a la misma, pues al efecto dispone que **“si la petición no fuere resuelta dentro del término legal, el promovente podrá acudir ante el Juez de Ejecución competente y demandar tal omisión”**. Y en el caso, como se dijo, ese supuesto fue el que se actualizó, porque conforme a los antecedentes narrados, se puede advertir que el promovente de la controversia acudió con el Juez de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-65

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

Ejecución que consideró legalmente competente a fin de que éste se pronunciara al respecto y en su caso, obligara a la autoridad penitenciaria a dar respuesta a la petición administrativa, lo cual aconteció pues el Juez Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, al conocer del asunto y advertir la naturaleza de lo demandado, requirió a la Directora General del antedicho penal para que **respondiera de fondo** la petición administrativa, aunque después, estimó carecer de competencia para continuar el trámite en dicha controversia y declinó la misma al Jueza de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio con competencia en Ejecución del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos.

De esta manera, si derivado del requerimiento que el citado Juez Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México hizo a la autoridad penitenciaria de dar respuesta a la petición administrativa presentada en favor, ésta informó a dicho juzgador sobre la respuesta que emitió al respecto; entonces, correspondía a la **Jueza de Distrito del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, en funciones de juez de Ejecución**, verificar si efectivamente la autoridad penitenciaria se había ocupado de dar respuesta a la citada petición administrativa; condición, que fue soslayada por el tribunal unitario responsable.

Pues en ese sentido, vale la pena destacar el contenido del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, que dispone:

“[...] Si la petición no fuere resuelta dentro del término legal, el promovente podrá acudir ante el Juez de Ejecución competente y demandar esta omisión. Hecho lo anterior, el

Mérida del Pta. Sistema Nacional de
 2016/03/20 14:09:50
 03040211409580



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

juez resolverá en un plazo no mayor a setenta y dos horas. En caso de ser procedente la acción, el juez requerirá a la Autoridad Penitenciaria que responda la petición formulada de fondo y en el plazo previsto en esta Ley y dará cuenta al inmediato superior jerárquico de la Autoridad Penitenciaria [...]”.

Disposición legal trascrita, de la cual se advierte, el supuesto de actuación del juez de ejecución, cuando la controversia judicial, se plantea por omisión de respuesta a una petición administrativa realizada a la autoridad penitenciaria, en cuyo caso se prevé que ante su actualización, **el juez resolverá en un plazo no mayor a setenta y dos horas, lo que significa que, en dicho plazo, de ser procedente el reclamo (o acción intentada), el juez requerirá a la autoridad penitenciaria que responda de fondo la petición formulada;** lo que desde luego, no significa en todos los casos, que con la emisión de esa respuesta, la controversia deba quedar sin materia; pues como se dijo, corresponderá al juez de ejecución verificar que efectivamente se hubiese dado respuesta a la petición administrativa de manera congruente a lo solicitado, lo cual en el caso no aconteció pues inmediatamente que la Jueza de Distrito **del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, en funciones de juez de Ejecución,** recibió los autos que le remitió el Juez Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penal en la Ciudad de México, además de otros pronunciamientos vinculados a la competencia asumida y reglas del procedimiento a observar, incorrectamente la declaró sin materia.

Pues a estima de esta Juzgadora de Amparo lo procedente era que continuara con la tramitación de dicha controversia en observancia a las formalidades contenidas en el Capítulo V, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, en cuyo



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

artículo 120, establece que las acciones y recursos judiciales se sustentarán conforme a un sistema adversarial y oral y se regirán por los principios de contradicción, concentración, continuidad, inmediación y publicidad, donde la persona privada de la libertad deberá contar con un defensor, mientras que la autoridad penitenciaria podrá intervenir por conducto de la persona titular de la dirección del Centro o de la persona que ésta designe; lo que se insiste, fue inadvertido por el tribunal de alzada al confirmar dicha determinación.

Además, destaca por su importancia, el contenido del artículo 124 de la citada ley de ejecución, ya que en dicho numeral se prevén las reglas de sustanciación del procedimiento, pues al respecto dispone, en lo que interesa, que admitida la solicitud (controversia judicial), por parte del juez de ejecución, se notificará y entregará a las partes copia de la solicitud (controversia planteada) y sus anexos (si los hubiera), aspecto que incluso ordenó llevar a cabo la Jueza de Distrito **del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, en funciones de juez de Ejecución**, en el auto de veintidós de julio de dos mil veinte, lo que revela que continuaría con el trámite correspondiente a fin de dar oportunidad a las partes procesales a manifestar lo que a su derecho conviniera en ejercicio del derecho de audiencia; sin embargo ello no aconteció, pues en ese propio auto, declaró sin materia dicha controversia, lo que se insiste, no fue acertado, pues dada la naturaleza de la petición administrativa que dio lugar a dicha controversia, resultaba necesario que substanciara el procedimiento como correspondiera, allegándose de los elementos que en su caso, las partes pudieran ofrecer en las diligencias correspondientes, pues no debe olvidarse que dicha

Mérida del Pta. Superior, Hernández,
 20/10/2020, Est. Amparo Indirecto, 10/2020,
 03/04/21, 14:09:50

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

controversia tuvo su origen en la omisión de atender la petición administrativa donde se abordaron aspectos que involucran situaciones específicas de internamiento de mujeres privadas de su libertad, que a decir del promovente de la controversia, son consideradas con alto riesgo de infectarse con el virus SARS-COVID2 y desarrollar la enfermedad covid-19.

Petición, de la que se desprende, su atención no se limita con el hecho de brindar la atención médica respectiva, sino que, se hizo valer a través de medidas necesarias, suficientes y especializadas, comprendidas en un plan integral que preserve la integridad personal, la salud y la vida de dichas peticionarias.

Es por ello, que a través de dicha petición administrativa se planteó la urgencia de implementación de una serie de lineamientos indicados por diversos organismos internacionales, para salvaguardar la salud de aquellas, aspectos respecto de los cuales debía pronunciarse la jueza de distrito y no supeditar la interposición de una diversa controversia, pues aunque ello es factible, ello lo único que generaría sería un retardo innecesario en la solución del asunto, poniéndose en riesgo la propia situación particular de las personas privadas de la libertad mencionadas, si efectivamente durante el procedimiento se demostrara que alguna o algunas de ellas, requiriera el seguimiento de protocolos especiales derivados de su situación particular, pues es notorio que la propagación del virus Covid-19, ha representado una problemática que ha alcanzado niveles alarmantes, que requiere de la intervención de todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas facultades a fin de tomar acciones concretas para minimizar los impactos



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

negativos en la salud de la población, incluidas las personas privadas de la libertad en algún centro de reclusión.

De ahí, la importancia de que se diera continuidad al procedimiento correspondiente, a fin de que las partes procesales estuvieran en aptitud de presentar los elementos a su alcance y de esta manera, la Jueza de Ejecución contara con elementos objetivos y suficientes para pronunciarse al respecto y determinar si efectivamente la autoridad penitenciaria atendió la petición administrativa, en los términos propuestos.

Adicionalmente, porque no puede perderse de vista la naturaleza jurídica de la petición administrativa, que si bien se rige por el procedimiento ampliamente detallado; también lo es que, en ésta yacen los elementos indispensables del derecho de petición, cuya función primordial implica que cualquier gobernado, en este caso, uno que se encuentre privado de su libertad corporal, presente una petición ante una autoridad, en la especie, al Directora General del centro de reclusión conocido, a la cual, se tiene derecho a recibir una respuesta; pero no una simple respuesta (**segundo concepto de violación**), sino una que deberá ser **congruente** en relación a las peticiones formuladas.

De manera que, la única forma de desentrañar la ambigüedad o la congruencia del derecho de petición que se regula en la ley especial de referencia, lo es a través de la consecución efectiva de las fases procedimentales de la controversia sustanciada ante el juez de ejecución, que como se dijo, al constituir un medio de defensa judicializado, debe tramitarse y resolverse a partir de las máximas y principios que lo rigen; en el caso, conforme a un sistema adversarial y



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

oral, regido esencialmente por los principios de contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Considerar lo contrario, esto es que, con la respuesta otorgada se satisface la omisión en la preservación de las condiciones adecuadas de internamiento; desnaturaliza el derecho de petición preservado por el legislador en la norma nacional en cita, al quitarle su sentido y finalidad jurídica, convirtiéndola en una mera norma hueca e inoperante; pero además, irrumpe con el espíritu de la norma, pues si la solicitud no cuenta con el beneplácito de la autoridad, o bien dicha petición se tenga por contestada incongruentemente, con respuestas evasivas, o ambiguas e imprecisas, lejos de satisfacer la intención elevada; como en el caso aconteció, deja al peticionario en situación de indefensión, violándose con ello el **debido proceso** al que se ha referido.

En ese sentido, en estimación de esta juzgadora, en ningún caso, la autoridad responsable no debió dar por sentado al confirmar el estado de sin materia decretado por el juzgador primario, que la respuesta dada por la autoridad penitenciaria había satisfecho la petición que le fue elevada; sino que, debió ordenar la reposición del procedimiento a fin de que, ante la juez de distrito, con los medios de convicción y en su caso, con los acuerdos probatorios a los que arriben las partes en la audiencia correspondiente, se constate la congruencia de la respuesta en relación a lo pedido.

Así, y como punto de referencia, sin que constituya un asomo a aspectos de fondo, pues esos son propios del juez especializado y en su caso del tribunal de alzada, este Tribunal de Amparo advierte esencialmente –más no



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

limitativa—, que entre la petición y la respuesta ya conocidas, los autos revelan lo siguiente.

PETICIÓN ADMINISTRATIVA		RESPUESTA DE LA AUTORIDAD PENITENCIARIA
En el presente apartado se describirán los hechos, actos y omisiones que constituyen afectaciones a la vida digna y a la salud de conformidad con la información a la que el IFDP ha tenido acceso por medio del contrato directo con las mujeres privadas de la libertad.		Por lo que respecta al JABÓN ANTIBACTERIAL se informa que cada mes se proporciona un kit de higiene a cada persona privada de la libertad el cual incluye 2 jabones **** para aseo personal y 500 gramos de detergente en polvo , entre otros productos de higiene. Cada mes se proporciona un kit de limpieza para aseo de los pabellones , el cual incluye diversos productos como son; 4 bolsas de 500 gramos de detergente en polvo, 2 litros de aromatizante, 4 fibras verdes, 4 fibras blancas, 4 franelas blancas, 2 cepillos para W.C., 6 bolsas plásticas, 4 jergas y a cambio lo siguiente: escoba, trapeador, jalador, recogedor, cubeta y jicara , en caso que se encuentren dañadas.
PREVENCIÓN		
Servicios básicos	Motivo de preocupación que pone en riesgo a la salud.	
Jabón antibacterial	No se cuenta con disponibilidad de jabón para el lavado de manos con la frecuencia que se requiere.	En tienda, también se venden jabones para baño marcas ****, **** y ****, así como jabón para lavado de ropa marcas **** y ****
Gel antibacterial	No se cuenta a la entrada de espacios comunes o en los espacios compartidos por las mujeres privadas de la libertad. La venta en la tienda del CEFERESO rebasa un precio adecuado.	Respecto al GEL ANTIBACTERIAL , es colocado en los accesos de cada área común (gimnasio y aulas de sectores compartidos, también cuentan con jabón de baño y detergente en polvo para realizar el lavado constante de manos, actividad de baño y limpieza y/o lavado de su estancia (habitación).
Espacios comunes y de recreación	No existe sanitización constante, por lo cual las mujeres privadas de la libertad se encuentran encerradas generando en todo momento episodios de ansiedad, insomnio, estrés, depresión sin que se conozcan estrategias reales para la disminución de estos síntomas.	En relación a ESPACIOS COMUNES Y DE RECREACIÓN , desde el primero de abril del año en curso, personal de Servicios Generales y de limpieza, acuden diariamente a los módulos para llevar a cabo el suministro de solución desinfectante y aromatizante para que las personas privadas de la libertad realicen una limpieza exhaustiva en sus estancias. Se lleva a cabo un "programa de sanitización" , que consiste en la aplicación de solución desinfectante en el acceso a las instalaciones del centro, los módulos, exteriores de cada edificio, pabellones y hogares. Esto se realiza con un aspersor de mochila y la solución desinfectante es hipoclorito y sanitizante a base de ácido paracético y peróxido de hidrógeno diluido el 13% en agua. De acuerdo a una calendarización, programando rutinas diarias, semanales, quincenales y mensuales, dependiendo del área. En todos los puntos de acceso se colocaron charolas con solución desinfectante de agua con cloro , en proporción 10 ml de cloro por cada litro de agua, para la desinfección del calzado de todo el personal que ingresa; iniciando en el acceso principal, hasta el acceso a cada módulo y a cada pabellón. Se realiza toma de temperatura a todo el personal que ingresa , si alguno rebasa los límites normales se prohíbe su acceso a las instalaciones. Se realiza toma de oxigenación a todo el personal que ingresa , si alguno rebasa los límites normales se prohíbe su acceso a las instalaciones. Todo el personal que ingresa porta cubreboca en todo momento , desde su ingreso en Pre-Garita y hasta donde sea su lugar de trabajo. Se realiza la sanitización en los productos que se venden en la tienda para las personas privadas de la libertad . Se colocaron anuncios informativos sobre medidas de prevención ante el COVID-19 , en todas las áreas de esta Unidad Administrativa, incluyendo los pabellones, lugar donde se ubica la población privada de su libertad. Se realiza limpieza minuciosa varias veces al día, en cada lugar del Centro.
Alimentación inadecuada	Se tiene conocimiento que dentro de la alimentación que se proporciona en el CEFERESO 16, en los casos de mujeres diagnosticadas con diabetes e hipertensión los alimentos que se proporcionan no son los adecuados, mucho menos en el marco de la cuarentena que se enfrenta.	Con lo que respecta a la ALIMENTACIÓN INADECUADA a la que hacen referencia, esta Unidad Administrativa ante la pandemia, el servicio de alimentos tomaron las medidas pertinentes en relación al personal que manipula alimentos, instalaciones, equipo de cocina y utensilios todo esto en estricto apego a la Norma Oficial Mexicana NOM-251-SSAT-2009, prácticas de higiene para el proceso de alimentos, bebidas o suplementos alimenticios , misma que avalan los procesos en cuidado de los equipos y alimentos que se procesan en el Centro Federal; así mismo se ha exhortado y supervisado de manera constante al personal en los procesos y recomendaciones como lavado de manos correcto y uso de geles desinfectantes y finalmente el lavado de utensilios en los módulos en el equipo llamado lava loza, a una temperatura de 80°C. Finalmente se realizan tomas diarias de temperatura a todo el personal encargado del servicio de alimentos en los 3 servicios (desayuno, comida y cena) esto como parte de las medidas preventivas ante la contingencia ya conocida. No omito manifestar que a las personas privadas de la libertad se les proporciona una alimentación de conformidad con el artículo 63 del Reglamento de Centros Federales que a la letra dice: "Los alimentos deberán ser nutritivos, balanceados, higiénicos, en buen estado y en cantidad suficiente" alimentación que se le ha proporcionado en 3 servicios (desayuno, comida y cena) con un aporte calórico promedio diario de 2586 kcal . Mismas que cubren las necesidades nutricionales de la población con un menú balanceado, variado, suficiente, completo e inocuo; estos son entregados en horarios establecidos en el desayuno de (07:00 a 9:00 hrs.) comida de (3:00 a 15:00 hrs.) y la cena de

Mesa del P.J.F. - Sentencia - 14/09/2021
 03/04/21 14:09:50

PODER J



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 6

1278

**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

		(19:00 a 21:00 hrs.). Las personas que padecen de diabetes llevan un régimen de forma permanente en el cual el objetivo de la misma es (sic) controlar los niveles los niveles de azúcar en sangre mediante una alimentación balanceada, con las restricciones correspondientes de los alimentos ricos en azúcares simples, así como la inclusión de colaciones matutinas y vespertinas las cuales tienen como objetivo un adecuado control glicémico y evitar una posible descompensación metabólica. Las personas que cuentan con una dieta hiposódica, el objetivo de este régimen es negatividad el balance de sodio (sal) hasta equilibrarlo mediante una reducción de sal como tratamiento de los edemas (retención de líquido en el cuerpo que provoca inflamación) y control de la presión arterial; por lo anterior, es que su dieta conlleva una restricción importante de alimentos ricos en sodio y sustitución de sal se usa un sustituto de sal de potasio para sazonar sus alimentos para reducir las posibilidades de desarrollo de enfermedades cardiovascular.
Escasez de servicios médicos y medicamentos	Falta de servicios médicos, incluso antes de la pandemia y lo difícil de acceder a medicamentos para sobrellevar sus enfermedades congénitas, en el menor de los casos son sus familiares quienes envían el medicamento, cambio de zapatos especiales o lentes, artículos que entregados por las familias y mismos que tardan en entregarse, derivado de los filtros de seguridad.	Por cuanto hace a la atención médica , se les realizó supervisión de síntomas asociados al Covid-19, aplicación de Triage Respiratorio, asimismo se cuenta con valoraciones medicas recientes aunado a la entrega de medicamento de acuerdo al padecimiento diagnosticado; cabe destacar que hasta el día de la fecha, no se cuenta con registro de casos positivos de Covid-19.
Contacto con el menor exterior	Motivo de preocupación que pone en riesgo la salud	
Llamadas	No son con frecuencia necesaria, atendiendo ante la situación de emergencia sanitaria, se encuentran en la incertidumbre de no poder tener enlaces con sus contactos registrados.	Sobre el punto en donde refieren las mujeres privadas de la libertad se encuentran encerradas generando en todo momento episodios de ansiedad, insomnio, estrés o depresión, sin que conozcan de estrategias reales para la disminución de estos síntomas, se informa que ante dicha necesidad, las personas privadas de la libertad no se encuentran encerradas en sus estancias, ya que se ha continuado con la programación de algunas actividades como biblioteca itinerante, proyección de películas, rockola móvil, juegos recreativos, karaoke, entre, las cuales se realizan bajo los protocolos de higiene ante Covid-19 (sana distancia, uso de gel antibacterial, lavado frecuente de manos, uso de cubre bocas). A través del personal de criminología de esta Unidad Administrativa se colocaron en todos los módulos carteles con contenido del virus COVID-19, información y medidas de higiene. Se realizó distribución de juegos lúdicos, así como material para uso dentro de los pabellones, en horario abierto.
Visitas	Se restringió la totalidad de visitas sin prever que algunas mujeres se encuentran en mayor incertidumbre sobre lo que le puede pasar a su familia.	Los medicamentos, artículos de higiene, prendas ortopédicas, calzado, lentes, etc. Que traen los familiares y entregan a la oficina de trabajo social, son recibidos, contabilizados e ingresados a la brevedad posible con las medidas de seguridad necesarias; sin que al día de la fecha se cuente con registro de artículos no entregados a las mujeres privadas de su libertad. Con respecto a las LLAMADAS NO SON CON LA FRECUENCIA NECESARIA , actualmente la población privada de la libertad está realizando tres llamadas de manera semanal a los números de familiares con los que es su deseo comunicarse y que se encuentran registrados en sus propuestas de números telefónicos.
Información sobre COVID-19	Motivo de preocupación que pone en riesgo a la salud.	En relación a las VISITAS Se informó a los familiares que como medida sanitaria se suspendió el ingreso de familiares y/o visitantes al Centro Penitenciario hasta nuevo aviso, con la finalidad de salvaguardar la salud de la población penitenciaria, por lo que se implementó el proyecto piloto de video llamadas a través de la aplicación SKYPE de acuerdo al rol de visita semanal. Cabe mencionar que dicha programación se realiza con las medidas de higiene establecidas y se ofrece a toda la población penitenciaria de este Centro Federal.
Trámites para tener contacto con familiares	No han proporcionado información clara sobre el sistema de visitas y medidas adicionales	Por cuanto hace a que no se ha proporcionado información clara sobre el sistema de visitas y medidas adicionales , se informó a familiares y personas privadas de la libertad, que se implementó como proyecto piloto la realización de video llamadas a través de la aplicación SKYPE de acuerdo al rol de visita semanal. Así mismo, se explicó a familiares vía telefónica y a la población penitenciaria, sobre el servicio de "Tele visita", para aquellos familiares y/o defensores que se presentaran en las instalaciones de esta Unidad Administrativa y que derivado de la medida sanitaria adoptada, no podrían ingresar con la población. Se proyectó en la sala de visita familiar, videos sobre medidas de higiene ante el COVID-19 para todas aquellas personas que se presentaran del exterior.
Información actualizada y al día sobre la pandemia	No transmiten información sobre la situación fuera del CEFERESO.	
ATENCION Y TRATAMIENTO		
Información sobre COVID-19	Motivo de preocupación que pone en riesgo a la salud	
Sintomatología de la enfermedad	No han proporcionado información sobre el protocolo a seguir si presentan algunos síntomas	
Otros padecimientos	No se sabe cuál es el protocolo cuando presentan algún otro padecimiento	En tanto de que no hay posibilidad de atención psiquiátrica , Actualmente, no se cuenta con la especialidad de psiquiatría; sin embargo, al inicio de la contingencia por COVID-19, se realizaron estrategias por parte de la Oficina de Psicología para brindar atención ante situaciones de ansiedad por la pandemia. Asimismo, se implementó una línea de atención específica para reportes de estrés y/o ansiedad derivados de la contingencia por COVID-19, la cual es atendida por personal de psicología en horarios establecidos para todos los módulos de este Centro Federal.
Infecciones	No se sabe si hay mujeres internas o enfermas, ni qué seguimiento se ha dado a las mujeres que entran a la categoría de sospechosas	

María del Pilar Serrano Hernández
 20/12/2021 14:09:50
 030402711409:50



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

**Segundo Tribunal Unitario del Decimoctavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

		Se elaboraron y entregaron folletos sobre el COVID-19; a través del cual se informó sobre las medidas preventivas para evitar el contagio del virus (sana distancia, lavado frecuente de manos, evitar contacto con sus homologas); así como información para detectar sus niveles de ansiedad ante dicha contingencia, los cuales fueron entregados a toda la población privada de la libertad. Se brindó a toda la población, plática informativa sobre COVID-19.
Espacios de aislamiento	No se sabe si hay un lugar específico donde las mujeres sean llevadas cuando se ha detectado la infección, dentro del CEFERESO o si serán trasladadas a qué hospital	Se realizó la aplicación y evaluación del "Cuestionario de Ansiedad de Burns" a todas las mujeres privadas de la libertad, con la finalidad de detectar aquellos casos que se encontraran niveles altos de ansiedad para seguimiento y atención del personal psicología (sic).
Espacios psicosociales	No hay servicios que coadyuven a que las mujeres puedan procesar lo que está ocurriendo, para muchas de ellas la situación de la pandemia les ha denotado algunas otras problemáticas	Así mismo se informa que las personas privadas de la libertad tienen programas actividades (sic) de televisión, pasando diversos programas, entre ellos los noticieros matutinos y vespertinos, por lo que se encuentran debidamente informadas de la situación actual.
Atención psiquiátrica	No hay posibilidad de atención psiquiátrica	
Información sobre situación jurídica	Motivo de preocupación que pone en riesgo a la salud	
Amnistía	No se cuenta con información de cómo acceder o si son candidatas, no cuentan con información clara sobre la relación Ley de Amnistía – COVID-19	Por cuanto hace a los puntos de Amnistía y beneficios preliberacionales, le informo que se propuso a la población que cumplió con los requisitos legales para obtener dichos beneficios, pero ninguna de las personas privadas de la libertad que representa, cuenta con el perfil señalado por las Autoridades.
Beneficios preliberaciones	No se cuenta con información de cómo acceder o si son candidatas, no cuentan con información clara sobre la relación beneficios preliberaciones (Ley Nacional de Ejecución Penal) COVID – 19	
<p>Es importante reiterar que de las 59 mujeres, 13 de ellas tienen asma, 16 manifestaron tener diabetes, la mayoría cuenta con más de 40 años de edad, lo cual se encuentra vinculado con otras enfermedades crónicas; 28 manifestaron tener hipertensión; 1 tienen enfermedad respiratoria y otra más tiene enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC).</p> <p>En tal sentido, con base en la información específica del CEFERESO 16 y de su población, así como del personal y de las visitas regulares, es posible realizar el plan de contingencia que se adecue a sus características y a las necesidades que se han ido presentando.</p> <p>Dicho plan de contingencia debería nutrirse de las recomendaciones hechas por las instancias internacionales antes descritas y las cuales puntuamos de manera enunciativa e no limitativa.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Inversión de recursos humanos • Inversión en recursos materiales como artículos de higiene para las mujeres privadas de la libertad y para el personal en general, así como para visitas o proveedores, guantes, tapaboca, jabón antibacterial, geles antibacteriales, entre otros y garantizar un suministro adecuado de productos de higiene menstrual (para las primeras mencionadas) • Garantizar el agua potable para uso de limpieza personal • Información sobre la COVID- 19 • Sobre restricciones en el CEFERESO, las razones del por qué se está llegando a esta decisión, la información clara puede propiciar una mayor y mejor percepción de la situación y mayor concientización del cuidado propio y con las demás • Sobre la naturaleza temporal de las relaciones. • Contención, sensibilidad y asertividad para informar en los casos de infecciones o de enfermedades, así como en casos de fallecimiento. • La proporción de comunicación con otras dependencias relacionadas con información de COVID-19. • Las medidas de acceso al aire libre • El cuidado y concientización de la no estigmatización hacia las mujeres que lleguen a infectarse o sufrir la enfermedad • Medidas de especial atención a personas adultas mayores o con algún padecimiento. • Medidas de especial atención a mujeres embarazadas, a bebes, a niños y a niñas. • Tomar en cuenta la posibilidad de ocupar más espacio de las instalaciones del CEFERESO para generar más distancia entre las mujeres o entre cada grupo de mujeres que comparten estancia, atendiendo a que el CEFERESO no se encuentra a su máxima capacidad de población. • Garantizar la atención medica ante síntomas, ante la necesidad de aislamiento y durante el traslado de ser este necesario, estableciendo códigos para el manejo de los mismos. • La revisión de condiciones en las que ingresa el personal de todos los departamentos. • La sanitización constante y estratégica de los espacios 		

Madrid, 14 de Septiembre de 2020.
 20:42:20 EST. Sesión Remota de Audiencia.
 03:04:22 14-09-20

PODER J



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

<p>y de los procesos en la preparación de alimentos y su distribución.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Atención psiquiátrica • Atención psicológica • Atención Psicosocial • Jornada de Información respecto de la Ley de Amnistía y de Beneficios preliberacionales. • Garantizar el acceso a familiares y amigos a través de llamadas telefónicas gratuitas o videoconferencias • Si derivado de las restricciones que se pueden realizar con relación a las visitas se garantice el suministro adecuado de medicamentos necesarios para las enfermedades congénitas que las mujeres presentan. 	
--	--

Los anteriores aspectos son los que deben ser materia de análisis, pues justamente, el procedimiento que se lleve a cabo ante la Jueza de Distrito Especializada en el Sistema Penal Acusatorio con competencia en Ejecución del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Morelos, le permitirá verificar si con la respuesta que dio la autoridad penitenciaria se atendieron las pretensiones contenidas en la petición administrativa.

En ese sentido, se estima desacertado que el tribunal unitario responsable al **contestar los agravios formulados**; estimara que la autoridad administrativa cumplió “cada una de la medidas preventivas solicitadas por las internas”; pues como se ha hecho patente a lo largo de esta resolución de amparo, la materia de la petición administrativa no se limitaba a los aspectos destacados por el tribunal responsable; sino que incluía **la realización de un “Plan Integral”** de acuerdo con los estándares internacionales emitidos por diversos mecanismos de protección a los derechos humanos, en el cual la autoridad penitenciaria desarrollará al menos veintidós medidas de prevención, atención y tratamiento en favor de las mujeres, mismas que engloban: **a)** los servicios básicos, de higiene personal, colectiva y de espacios comunes, alimentos y proporción de medicamentos; **b)** las relacionadas con el contacto con el exterior; **c)** información sobre Covid-19, en sus diversos aspectos como sintomatología, efectos, procesos de prevención, atención y tratamiento al interior del



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

centro penitenciario, así como el desarrollo de la pandemia en el país y **d)** información sobre la aplicación o no de beneficios preliberacionales; ello con la finalidad **de accionar los mecanismos disponibles que permitieran a las mujeres a favor de quien se promovió, alcanzar un óptimo estado de salud y bienestar.**

Condición que, ineludiblemente conllevó al hecho de que se conculcaran los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad; pues no debe pasarse por alto que a través del debido proceso se trata de lograr un proceso justo, capaz de permitir una tutela judicial efectiva; para tal efecto se establecen formalidades procesales para garantizar la audiencia, legalidad, alegación, contradicción, la obtención de la verdad mediante la presentación de pruebas y una sentencia fundada, motivada y ejecutable; y correlativamente, el derecho de acceso a la justicia, en cuanto que su cumplimiento conlleva garantizar que la realización de este derecho satisfaga sus notas distintivas, de prontitud, completitud, imparcialidad y efectividad, en congruencia con el artículo 17 de la Constitución Federal.

De ahí que, merced que el medio de defensa judicializado (controversia), por el que se solicitó se requiriera la contestación a la petición administrativa efectuada tienen por objeto que la autoridad penitenciaria declare si ha existido o no, una afectación en las condiciones de vida digna y segura del interno y en caso de existir “lograr la subsanación de dicha afectación”; justamente, este último aspecto es al que debe ceñirse la intervención en primera instancia por la juez de ejecución.

Mérida del Pta. Sentencia No. 6 de 2021
 03/04/21 14:09:50



**Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.**

Por lo que, el no haberse seguido el procedimiento en los términos precisados, daba lugar a que el tribunal de alzada revocara el pronunciamiento controvertido y ordenar al juez continuara con el trámite previsto para dicho medio de defensa en la ley nacional invocada; y de esa forma, el juzgador respectivo, estuviera en condiciones de establecer si la solicitud planteada realmente estaba cumplida o no, en relación con los derechos que las mujeres privadas de la libertad, dicen les fueron violados.

En esta tesitura, se considera que, a fin de respetar el núcleo duro del debido proceso, con relación a la garantía de audiencia, resultaba necesario que las quejas, en particular, aquellas que se inconformaron, estuvieran en aptitud de controvertir y alegar lo conducente ante la Jueza de Ejecución, sobre las gestiones realizadas por la autoridad penitenciaria, garante de los individuos que se encuentran bajo su custodia; y por ello, el tribunal de alzada debió considerar que la controversia no había quedado sin materia con la simple emisión de la respuesta por parte de la autoridad penitenciaria; y consecuentemente, ordenar que la misma fuera tramitada en los términos previstos por la Ley Nacional de Ejecución Penal.

DECIMO PRIMERO. ALEGATOS. En relación con el pedimento *****/**/******, signado por el Agente del Ministerio Público de la Federación, a través del cual formula alegatos; mismo que se mandó agregar en proveído de catorce de diciembre de dos mil veinte, y se relacionó en la audiencia constitucional; indíquesele que deberá estarse a lo resuelto en esta ejecutoria.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-65

Segundo Tribunal Unitario del Decimosexto Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

DECIMO SEGUNDO. DECISIÓN. En esta tesis, al

advertirse violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dado lo esencialmente fundado de los conceptos de violación planteados, procede **conceder** el amparo solicitado a las quejasas (1) ***** ; (2) ***** ; (3) ***** ; (4) ***** ; (5) ***** ; (6) ***** ; (7) ***** ; (8) ***** ; (9) ***** ; (10) ***** ; (11) ***** ; (12) ***** ; (13) ***** ; (14) ***** ; (15) ***** ; (16) ***** ; (17) ***** ; (18) ***** ; (19) ***** ; (20) ***** ; (21) ***** ; (22) ***** ; (23) ***** ; (24) ***** ; (25) ***** ; (26) ***** ; (27) ***** ; (28) ***** ; (29) ***** ; (30) ***** ; (31) ***** ; (32) ***** ; (33) ***** ; (34) ***** ; (35) ***** ; (36) ***** ; (37) ***** ; (38) ***** ; (39) ***** ; (40) ***** ; (41) ***** ; (42) ***** ; (43) ***** ; (44) ***** ; (45) ***** ; (46) *****

Mérida de Pro. Sistema Nacional de
2016/02/23 14:09:50
03042211409580

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

***** o ***** *****; (47) *****
*****; (48) ***** *****; (49) *****
*****; (50) ***** *****; (51) *****
***** *****; (52) ***** *****; (53) *****
***** *****; (54) ***** *****; (55)
***** *****; (56) ***** *****; y, (57)
***** ***** ***** , representadas por *****
***** **, Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en
Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría
Pública.

DECIMO TERCERO. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO. En términos de lo dispuesto el artículo 77, de la Ley de Amparo, lo procedente es conceder a las quejas el amparo y protección de la Justicia de la Unión para el efecto de que la autoridad responsable Primer Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito:

1. Deje insubsistente la resolución que constituyó el acto reclamado, es decir, la pronunciada el **veintiocho de agosto de dos mil veinte**, dentro del toca penal ****/******, de su índice; y,

2. Acorde a los razonamientos expuestos en la presente sentencia, emita otra, en la que revoque el proveído de **veintidós de junio de dos mil veinte**, emitido en la controversia ****/******, por la Jueza de Distrito asignada para fungir como Jueza de Ejecución en el Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Morelos, a quien deberá instruir para que reponga el procedimiento y de trámite a la mencionada controversia conforme lo dispone la Ley Nacional de Ejecución Penal, a fin de que con plenitud de jurisdicción, en su

Mérida del Pta. Sentencia No. 6 de 2021
20/12/2021 14:09:50



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
 Amparo indirecto 10/2020.
 Toca penal 38/2020.
 Controversia 271/2020.

Háganse las anotaciones de rigor en el Libro de Gobierno y en la estadística de conformidad con los artículos 187 y 188 del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el quince de enero de dos mil quince, que establece las disposiciones en materia de actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales. También **agreguese a estos autos la constancia de captura de sentencias del Sistema Integral de Seguimiento de Sentencias** y, en su oportunidad, archívese el expediente como asunto concluido.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como en los numerales 1, 3, 11, fracción VI, 16, 68, 110, 113 y 118 todos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en relación con los diversos preceptos 1, 3, fracciones IX y X del decreto por el que se expide la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, publicados en el Diario Oficial de la Federación el nueve de mayo de dos mil dieciséis y el veintiséis de enero de dos mil diecisiete, respectivamente, y los puntos Tercero y Cuarto del Acuerdo 11/2017, de cinco de septiembre de dos mil diecisiete, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regulan los alcances de la protección del nombre de personas físicas o morales contenido en los distintos instrumentos jurisdiccionales, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete, se hace del conocimiento de las partes que este órgano jurisdiccional con el objeto de respetar el derecho humano de acceso a la información elaborará la versión

Mérida del Pta. Superior, Hernández
 2018/02/20 14:09:50
 03040211409580

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito
Amparo indirecto 10/2020.
Toca penal 38/2020.
Controversia 271/2020.

pública protegiendo los datos considerados sensibles, confidenciales o reservados y que los efectos de la oposición a la publicación de los datos personales realizada por las partes estarán sujetos al análisis del caso, atendiendo a lo previsto en el citado Acuerdo General, por parte de la Secretaría de este órgano jurisdiccional; **por tanto remítase la información correspondiente al referido Sistema Integral debiendo guardar el protocolo para las versiones públicas.**

Así lo resolvió y firma electrónicamente **Silvia Carrasco Corona**, Magistrada del Segundo Tribunal Unitario del Decimotavo Circuito, ante **Maria del Pilar Samario Hernández**, Secretaria con quien actúa y da fe.

SCC/Mpsh/sosol.

En esta fecha se giraron los oficios 63, 64, 65 y 66.

Maria del Pilar Samario Hernández
20/12/2020 14:09:50
0304221140950



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 6

1289


 PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

EVIDENCIA CRIPTOGRÁFICA - TRANSACCIÓN

Archivo Firmado:

6251247_1563000027300164013.p7m

Autoridad Certificadora:

Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal

Firmante(s): 2

FIRMANTE				
Nombre:	María del Pilar Samario Hernández	Validez:	BIEN	Vigente
FIRMA				
No. serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.91.41	Revocación:	Bien	No revocado
Fecha: (UTC/ CDMX)	30/01/21 05:59:43 - 29/01/21 23:59:43	Status:	Bien	Valida
Algoritmo:	RSA - SHA256			
Cadena de firma:	4f a5 45 e4 c4 5c 39 cb 20 fb 0f b6 54 18 bf e0 f8 d5 1e 2b fa 19 a7 c9 8a b4 fc eb 77 4f b6 e5 17 e5 f8 a7 ee 09 10 3d e5 22 7d 82 6b 38 0f a2 32 09 43 dd 48 42 de 94 20 4b 84 d1 08 0c f4 3f 16 9a 54 09 f9 7f 08 7f 94 cf 8e 9a db 33 90 0e a2 b3 b2 2b 5c a0 c3 67 22 c7 01 f2 0e 9c 65 33 47 0c 12 69 58 a7 24 bc 0d 35 b3 0a 9d 77 91 c2 48 ef bb 0d 96 20 9c 51 7a e2 e5 20 9b 61 be 28 94 59 47 18 66 d6 68 ce 12 f3 8f 79 4d ad 0b 01 22 02 72 2a e6 97 18 43 62 cd 5a f5 4d 57 63 ab 86 52 d9 9f 24 5e 41 78 de 6a 41 03 b9 aa e5 46 80 85 61 63 41 30 99 dc ed 7c 46 3c b2 59 42 99 15 1c 47 27 04 37 06 83 a5 6d c4 1e c5 f4 10 a4 4d 4e d9 77 8c 6d 5f de 1c df 72 b6 ee 85 39 ef 8a 58 1b 3c 38 5a 6f 64 fc 80 9c 6f a5 20 34 97 23 50 3b 6a 72 4b 57 9f 6b 4f aa 31 02 d0 11 ef			
OCSP				
Fecha: (UTC / CDMX)	30/01/21 05:59:44 - 29/01/21 23:59:44			
Nombre del respondedor:	OCSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02			
TSP				
Fecha : (UTC / CDMX)	30/01/21 05:59:44 - 29/01/21 23:59:44			
Nombre del emisor de la respuesta TSP:	Autoridad Emisora de Sellos de Tiempo del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del certificado TSP:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Identificador de la respuesta TSP:	35700576			
Datos estampillados:	VNkey9pGv4pwfBHfub7nAnHiFM=			



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 6

1290

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FIRMANTE				
Nombre:	SILVIA CARRASCO CORONA	Validez:	BIEN	Vigente
FIRMA				
No. serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.8a.0f	Revocación:	Bien	No revocado
Fecha: (UTC/ CDMX)	30/01/21 06:01:00 - 30/01/21 00:01:00	Status:	Bien	Valida
Algoritmo:	RSA - SHA256			
Cadena de firma:	01 a4 60 93 76 1e 19 c9 1b fb 9c 3d df 2e f9 c1 44 23 35 9b 9b 4d e3 d4 68 14 7b 59 93 d1 3e 17 a9 cb df 67 6e 7c 8d fd 9d 8c ef f6 d9 f5 1f 8d 1d a1 83 c6 c5 5c df 9c 7d 47 4c 8b ce 52 34 2a 14 2e de 8c c3 6e 71 3b f7 b1 fc 4b 74 ec 42 2e 5f 16 eb 2c 83 61 93 be 8b 39 73 06 da a8 51 91 aa 24 0e ff 88 06 76 fc 68 b4 f3 51 88 f4 6f 66 b5 ec 36 94 86 80 6a 6c 7f 0b 21 c3 ac c0 8b 08 cf e3 25 a0 45 28 15 12 64 e7 e1 f7 1a 53 34 dc 9b 60 55 ea 1c 15 5a 1d e9 7d d0 e8 12 1e fe 59 59 cf 99 58 71 28 53 03 1a 1e 55 72 19 1c 03 68 1d 9f ab 3c b1 17 5d 94 ed b0 55 61 02 17 bf fc f8 bf e8 34 12 ff 26 c9 46 aa 23 30 ec fa dd 18 9c 8a 6b 96 50 6a 75 f3 90 80 24 27 56 f9 29 89 b7 2a 28 e2 80 da fa 53 08 38 8b 13 dc ff 72 95 2a 01 56 0a 52 10 53 27 19 99 e8 12 8f 40 fb 9f			
OCSP				
Fecha: (UTC / CDMX)	30/01/21 06:01:01 - 30/01/21 00:01:01			
Nombre del respondedor:	OCSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del respondedor:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Número de serie:	70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02			
TSP				
Fecha : (UTC / CDMX)	30/01/21 06:01:01 - 30/01/21 00:01:01			
Nombre del emisor de la respuesta TSP:	Autoridad Emisora de Sellos de Tiempo del Consejo de la Judicatura Federal			
Emisor del certificado TSP:	Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal			
Identificador de la respuesta TSP:	35700627			
Datos estampillados:	Hf4Opn21zpUGAZbW8YFejbU7gsQ=			

**AMPARO EN REVISIÓN: 123/2020****QUEJOSA:**

RECURRENTE:**SALVADOR LEYVA MORELOS
ZARAGOZA DEFENSOR PÚBLICO DE
LA QUEJOSA****MAGISTRADO PONENTE:****RUBÉN ARTURO SÁNCHEZ VALENCIA****SECRETARIO:****SAÚL ARMANDO PATIÑO LARA.**

Toluca, Estado de México. Acuerdo del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, correspondiente a la sesión de **catorce de enero de dos mil veintiuno**.

V I S T O S para resolver los autos del amparo en revisión **123/2020**, relativo al juicio de amparo indirecto **227/2020** del índice del **Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez**; y,

R E S U L T A N D O:**I. DATOS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO:**

A) Mediante escrito presentado el **veintiséis de febrero de dos mil veinte** en la Oficina de Correspondencia



Amparo en Revisión:
123/2020

Común de los Juzgados de Distrito en el Estado de México con residencia en Naucalpan de Juárez, ***** *****
***** , por conducto del Salvador Leyva Morelos Zaragoza, en su carácter de Titular de la Secretaría Técnica de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, demandó el amparo y protección de la Justicia Federal contra la autoridad y acto siguientes:

“III. AUTORIDADES RESPONSABLES

a) Autoridades ejecutoras

1. José Ángel Ávila Pérez, Comisionado del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social [...].

2. Gabriela Cerón Ramírez, Directora del Centro Federal de Readaptación Social No. 16, [...].

b. Autoridades ordenadoras

1. Miguel Ángel Burguete García, Juez Octavo de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan, [...]

IV. ACTOS Y OMISIONES RECLAMADAS:

Respecto a la autoridad ordenadora, se reclama la omisión de realizar, conforme a las normas y estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, una revisión periódica y oficiosa de la medida cautelar de prisión preventiva impuesta. La omisión reclamada adquiere matices graves y diferenciados al considerar el género de las aquí representadas y el hecho de que, en todos los casos, la medida cautelar ha excedido, por mucho, el límite de 2 años constitucionalmente fijado.

[...] ***** ***** ***** , lleva 7 años 5 meses privada de libertad [...]. Ninguna de estas mujeres tiene sentencia, todas se han mantenido durante este tiempo bajo



Amparo en Revisión:
123/2020

la medida cautelar de prisión preventiva. Además, no existen registros oficiales que den cuenta de revisiones periódicas y oficiosas de sus medidas cautelares por parte del órgano jurisdiccional competente.

La omisión en todos estos casos ha derivado en la prolongación casi automática de la prisión preventiva, sin mediar control judicial alguno en el que se evalúen, de acuerdo con los estándares nacionales e internacionales en la materia, la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida cautelar en cada caso concreto.

*Respecto de las autoridades ejecutoras, se reclama el mantener privadas de libertas (sic) y bajo su control y supervisión a [...] ***** [..] en el Centro Federal de Readaptación Social No. 16, ubicado en Coatlán del Río, Morelos.”*

Actos que consideró infringen en su perjuicio los derechos fundamentales contenidos en los artículos 1, 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹

B) La demanda fue recibida por el Juzgado Decimoprimer de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez, quien en acuerdo de veinticinco de febrero de dos mil veinte, decretó la separación de autos y remitió copia certificada de la demanda al Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez, para que conociera del juicio, sólo respecto de la quejosa ***.**

¹ Fojas 2 a 6 del juicio de amparo indirecto.



Amparo en Revisión:
123/2020

C) Mediante proveído de **veintiocho de febrero de dos mil veinte**, el titular del **Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez**, a quien fue remitido uno de los juicios separados, **admitió** la demanda sólo respecto de ******* *******, radicó el juicio con el número **227/2020**, dio intervención al Agente del Ministerio Público Federal de su adscripción, señaló día y hora para la celebración de la audiencia constitucional y, finalmente, solicitó los informes justificados de las autoridades responsables.²

D) En auto de **cinco de marzo de la misma anualidad**, se tuvo por recibido el informe justificado de la autoridad responsable **Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez**, por el que **negó** el acto reclamado.³

E) El **cuatro de junio del año en curso**, se celebró la audiencia constitucional, el Juez de Distrito consideró procedente **sobrescribir el juicio de amparo**, al determinar que los actos reclamados eran inexistentes.⁴

Determinación que es la impugnada en el presente recurso de revisión.

² *Idem*. Fojas 46 a 48.

³ *Idem*. Fojas 59 a 62 y 63.

⁴ *Idem*. Fojas 94 a 97.



Amparo en Revisión:
123/2020

II. DATOS DEL EXPEDIENTE DE REVISIÓN.

(A) Inconforme con dicha sentencia, *****
***** ***** , por conducto del Salvador Leyva
Morelos Zaragoza, en su carácter de Titular de la Secretaría
Técnica de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del
Instituto Federal de Defensoría Pública, interpuso **recurso de
revisión** que por razón de turno correspondió conocer a este
Tribunal Colegiado, cuya Presidenta, mediante acuerdo de **nueve
de octubre de dos mil veinte**, ordenó su registro en el libro de
gobierno con el número **123/2019**, por lo que previo cumplimiento
del requerimiento relativo, el **cuatro de noviembre siguiente**, lo
admitió a trámite, dispuso notificar a las partes y dar intervención
a la Agente del Ministerio Público de la Federación adscrita a este
órgano jurisdiccional.

(B) Mediante proveído de **diecinueve de noviembre
de dos mil veinte**, por una parte, se advirtió que había
transcurrido el plazo para que la parte que obtuvo sentencia
favorable se adhiriera al recurso de revisión, en otra, con
fundamento en el artículo 92 de la Ley de Amparo, se ordenó
turnar los autos al Magistrado **Rubén Arturo Sánchez Valencia**
para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente.

CONSIDERANDO:



*Amparo en Revisión:
123/2020*

PRIMERO. COMPETENCIA. Este tribunal es legalmente competente para resolver el presente recurso de revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103, fracción I, y 107, fracción VIII, último párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 81, fracción I, inciso e) y 84 de la Ley de Amparo 37, fracción IV y 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en virtud de que se hizo valer contra una sentencia dictada en audiencia constitucional en un juicio de amparo indirecto en materia penal, tramitado ante un **Juez de Distrito en el Estado de México con residencia en Naucalpan de Juárez**, ámbito territorial donde tiene competencia este órgano colegiado en términos de los numerales Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, todos en su fracción II, del Acuerdo General **3/2013** del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

SEGUNDO. LEGITIMACIÓN. *****

***** , está legitimada para oponer el recurso de revisión, pues le asiste el carácter de quejosa en el juicio de amparo del que deriva este recurso, por su parte, Salvador Leyva Morelos Zaragoza, tiene el carácter de defensor de la amparista, conforme a lo dispuesto en los artículos 5, fracción I, primer párrafo, 6, párrafo segundo de la Ley de Amparo, además, en la sentencia recurrida se **sobreseyó** en el juicio de amparo, por lo que dicha determinación, al ser adversa a los intereses de la solicitante del amparo, incide directamente en su esfera jurídica.



Amparo en Revisión:
123/2020

TERCERO. OPORTUNIDAD EN LA PRESENTACIÓN DEL

RECURSO. El recurso de revisión se interpuso dentro del plazo de **diez días** que establece el artículo 86 de la Ley de Amparo, en virtud de que la sentencia recurrida se notificó de manera electrónica a la parte quejosa el **dieciocho de agosto de dos mil veinte**, dicha notificación surtió efectos el mismo día, acorde a lo previsto en la fracción II del artículo 30 de la ley de la materia; en consecuencia el término para impugnarla transcurrió del **diecinueve de agosto al uno de septiembre de este año**, con exclusión de los días veintidós, veintitrés, veintinueve y treinta de agosto del año en curso, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de Amparo; por lo que si el escrito de **interposición del recurso** fue presentado en el repositorio del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE) de dicho Juzgado de Distrito, a través del sub módulo de promociones electrónicas, el **veintiséis de agosto de esta anualidad**, es evidente que su promoción fue oportuna.

CUARTO. REFERENCIA A LA SENTENCIA RECURRIDA Y A

LOS AGRAVIOS HECHOS VALER.

En la presente resolución no se transcribirá la sentencia impugnada, ni los agravios formulados, pues el artículo 74 de la Ley de Amparo que dispone los requisitos que deben contener las sentencias, no lo prevé así, ni existe precepto en esa



*Amparo en Revisión:
123/2020*

norma que lo exija para cumplir con los principios de congruencia y exhaustividad en las sentencias que se dicten en los juicios de amparo.

Estimamos aplicable en este aspecto, la Jurisprudencia 2a./J. 58/2010, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro y texto:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO ES INNECESARIA SU TRANSCRIPCIÓN.”⁵

QUINTO. ESTUDIO DE FONDO.

En el presente asunto, al tener la quejosa la calidad de interna en un centro de reclusión por la comisión de delitos en los que tienen la calidad de **imputada**, este asunto se examinará bajo la figura de la suplencia de la deficiencia de su queja, aun ante la ausencia de conceptos de violación, en términos del artículo 79, fracción III, inciso a) de la Ley de Amparo, los cuales se estiman **esencialmente fundados**, para **revocar** la sentencia recurrida y **conceder la protección constitucional**.

Para explicar las razones que justifican la anterior afirmación, debemos precisar que la metodología que seguirá el

⁵ Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Mayo de 2010, página 830, registro 164618.



Amparo en Revisión:
123/2020

estudio del asunto, consistirá en desarrollar los siguientes apartados: **(i)** consideraciones efectuadas en la sentencia de amparo para sobreseer en el juicio, **(ii)** agravios planteados, **(iii)** motivos para levantar el sobreseimiento, **(iv)** duración de la prisión preventiva en el sistema penal tradicional y el vigente, para establecer la norma fundamental aplicable, **(v)** examen sobre la imposición de la prisión preventiva conforme al sistema penal tradicional y su modificación acorde con el régimen de justicia vigente, **(vi)** parámetros que deben observarse para evaluar oficiosamente la legalidad de la prolongación de la prisión preventiva de una mujer, **(vii)** aplicación de los anteriores apartados para resolver el asunto, y **(viii)** decisión.

I. CONSIDERACIONES EFECTUADAS EN LA SENTENCIA DE AMPARO PARA SOBRESEER EN EL JUICIO.

En la sentencia recurrida se destacó que la quejosa a través de su defensor público federal designado, reclamó del **Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de México con residencia en Naucalpan, como autoridad ordenadora, Comisionado del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social y Directora del Centro Federal de Readaptación Social No. 16, en Coatlán del Río, Morelos, señaladas como ejecutoras**, la omisión de realizar una revisión periódica y oficiosa de la medida cautelar de prisión



Amparo en Revisión:
123/2020

preventiva impuesta a la quejosa *****

***** , dentro de la causa penal **21/2014**, conforme a las normas y estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, pues se ha rebasado el plazo de **dos años** para su juzgamiento que prevé al respecto el artículo 20, apartado B, fracción IX, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A continuación, emitió los siguientes razonamientos:

~~~ Que para comprobar la existencia de un acto omisivo, era preciso establecer **si, por disposición legal, la autoridad responsable está obligada a proceder de una determinada forma, sin que lo hubiera hecho.**

~~~ Conforme al Artículo Quinto Transitorio de la reforma de diecisiete de junio de dos mil dieciséis al Código Nacional de Procedimientos Penales, **es posible realizar la revisión de las medidas cautelares impuestas en el sistema tradicional**, siempre que reúnan las exigencias legales contenidas en los preceptos 153 a 171 del citado ordenamiento legal.

~~~ En ese sentido, determinó que tal beneficio no es irrestricto, pues **dicha revisión no tiene el alcance de**



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

**resolver de inmediato la sustitución o cese de la medida cautelar**, dado que ello queda sujeto a la revisión que al respecto se realice conforme a los parámetros previstos en los numerales invocados.

~~~ Advirtió que los delitos de **delincuencia organizada** y **secuestro** por los que se sigue instrucción a la quejosa dentro de la citada causa penal **21/2014**, se encuentran contemplados en los artículos 19, párrafo segundo de la Constitución Federal<sup>6</sup> y 167, párrafos tercero a quinto del Código Nacional de Procedimientos Penales,<sup>7</sup> dentro de un **régimen de excepción al derecho a la libertad provisional y otras medidas cautelares**, por lo que la **prisión preventiva**, en esos supuestos resulta **inmutable**.

⁶ **Artículo 19.** [...]

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

⁷ **Artículo 167.** Causas de procedencia. [...]

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa. [...]



Amparo en Revisión:
123/2020

~~~ Lo anterior, porque tales ilícitos afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad que por su naturaleza son considerados como graves, por lo **que están considerados dentro de una categoría de restricción justificada de la libertad** conforme a los preceptos 1 y 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> **Artículo 1.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

**Artículo 29.** En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y



Amparo en Revisión:  
123/2020

~~~ Acorde con lo indicado, que es **improcedente el cese de la medida de prisión preventiva impuesta y su sustitución por una distinta**, aun cuando su duración excediera de **dos años**, sin que se haya dictado sentencia definitiva.

~~~ A partir de todo lo asentado, concluyó que **la autoridad judicial no se encontraba compelida legal ni constitucionalmente a verificar de manera oficiosa el tiempo que ha transcurrido la quejosa en detención**, por lo que **desvirtuó la existencia del acto reclamado**, sin que la impetrante hubiere aportado elementos para considerar lo contrario y **sobreseyó** en el juicio con apoyo en el dispositivo 63, fracción IV de la Ley de Amparo,<sup>9</sup> **lo cual hizo extensivo** a los actos reclamados a las autoridades ejecutoras que no fueron impugnados por vicios propios.

## II. AGRAVIOS PLANTEADOS.

El revisionista considera, en síntesis, lo siguiente:

---

garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

<sup>9</sup> **Artículo 63.** El sobreseimiento en el juicio de amparo procede cuando: [...]

**IV.** De las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe el acto reclamado, o cuando no se probare su existencia en la audiencia constitucional; y [...]



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

>>> Que en la sentencia recurrida **no se tomó en cuenta la obligación que tienen los juzgadores de revisar las medidas privativas de libertad a una mujer dentro de un procedimiento penal** conforme al contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, diversos tratados internacionales suscritos por México, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como lo resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

>>> No comparte el hecho de que en la sentencia de amparo se afirme que existe un **régimen de excepción al derecho a la libertad personal** respecto de los delitos atribuidos a la quejosa, pues ello no tiene cabida en la Constitución Federal, ya que se soslaya que esa afirmación afecta el **derecho a ser juzgado en un plazo razonable**, además, porque la imposición de la prisión preventiva no tiene el propósito de inhibir la posibilidad de ejercer la defensa de derechos para hacerla cesar, además, al afirmar que la responsable no estaba obligada a revisar la medida, no verificó una visión progresiva de sus derechos para garantizar su protección más amplia.

>>> El Juez de Distrito debió realizar una interpretación distinta de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Nacional de Procedimientos Penales para no afectar su derecho de acceso a la justicia, pues



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

no considera que **la prisión preventiva no es la única medida que puede adoptar un juez para asegurar la continuidad del procedimiento penal cuando se ha rebasado el plazo constitucional para resolver el asunto.**

>>> No es justificado que, para determinar que no se tiene la obligación judicial de revisar la aplicación de la prisión preventiva, hace la falta de una disposición normativa, puesto que **este deber se origina en diversos dispositivos y jurisprudencia de corte convencional.**

>>> Reitera que, conforme a diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de documentos emitidos por Comisiones de las Naciones Unidas y precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia de amparo no se atendió que las autoridades judiciales tienen la obligación periódica de revisar la medida de prisión preventiva impuesta y, por ello, **la omisión que reclamó es existente.**

>>> Es equivocado afirmar que el artículo 19 de la Constitución Federal y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los cuales prevén el catálogo de delitos que ameritan **prisión preventiva oficiosa**, dispongan que esa medida es inmutable, sobre todo cuando ha transcurrido un plazo irrazonable, es decir que **el Juez de Distrito establece**



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

**una limitación a sus derechos que el cuerpo fundamental y la norma secundaria aplicable no regulan.**

>>> Que **no se atendió correctamente a su demanda**, pues no reclama las condiciones en que se decretó la prisión preventiva a la quejosa, seguramente en su momento fueron relevantes, lo que impugnó fue la falta de revisión de esa medida que ha generado un plazo irrazonable de su duración, por lo que, después de ocho años de instrucción, deben revisarse sus condiciones actuales para verificar si la misma debe continuar.

>>> También arguye que **la gravedad de los delitos no puede ser, por sí sola, una razón suficiente para justificar una prolongación indebida de la prisión preventiva**, pues así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera que no es un motivo para estimar que la autoridad judicial no se encuentra obligada a revisar periódicamente si la medida decretada debe o no persistir.

>>> Por lo demás, vierte algunas consideraciones que son una reiteración del contenido de la demanda de amparo respecto del análisis de fondo del asunto y que reorienta como agravios en su escrito de interposición del recurso de revisión.

### III. MOTIVOS PARA LEVANTAR EL SOBRESEIMIENTO



Amparo en Revisión:  
123/2020

**DECRETADO EN EL JUICIO DE AMPARO.**

Como señalamos en un principio, **esencialmente asiste razón al revisionista.**

Para corroborar lo anterior, debemos reiterar que en la sentencia recurrida se afirmó que **la autoridad judicial responsable no tenía obligación** de realizar una revisión periódica a la **prisión preventiva** decretada a la quejosa

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* dentro de la causa penal

**21/2014**, en esencia, porque debido a la gravedad y naturaleza de los delitos que se le atribuyen están previstos en la Constitución Federal y el Código Nacional de Procedimientos Penales dentro de un régimen de excepción al derecho a la libertad personal de quien está sujeto a un proceso penal y que no regulan la aplicación de una medida distinta o su cese, por lo tanto, **no existió la omisión que se atribuyó a dicha autoridad de efectuar tal revisión.**

Sin embargo, la **libertad personal** es un **derecho humano** que asiste a las personas privadas de la libertad con motivo de la instauración de un proceso penal en su contra, asimismo, las **obligaciones** de las autoridades jurisdiccionales del país de observar los parámetros de su **protección** no sólo derivan de las disposiciones previstas en la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, sino en los



Amparo en Revisión:  
123/2020

**tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano,** de conformidad con el artículo 1, párrafos segundo y tercero del ordenamiento fundamental,<sup>10</sup> atendiendo a los principios de **universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad,** siempre que brinden una protección más amplia a sus derechos, o bien, una restricción menor tratándose de prohibiciones —*principio pro persona*—.

Esta **obligación general** no es exclusiva de los juzgadores ordinarios o de instancia, también de los órganos de control constitucional concentrado, es decir, de los **tribunales de amparo pertenecientes al Poder Judicial de la Federación.**

Asimismo, el parámetro de regularidad constitucional como bloque de protección de los derechos humanos ha sido ampliado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer que tiene observancia obligatoria para los órganos jurisdiccionales del país, **la jurisprudencia que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos,** aun cuando México no haya sido parte en la controversia.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> **Artículo 1.** [...]

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

<sup>11</sup> Jurisprudencia P./J. 21/2014, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, registrada en la página 204 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Décima Época, registro 2006225, de



Amparo en Revisión:  
123/2020

La aplicación de la jurisprudencia interamericana debe referirse a un **derecho humano** en específico que brinde una **mayor protección**, acorde con el principio **pro persona**, para determinar que es procedente su aplicación.<sup>12</sup>

El límite a la aplicación de la jurisprudencia interamericana o disposiciones de orden internacional relacionadas con la protección de derechos humanos lo constituyen las **restricciones constitucionales**,<sup>13</sup> pues en esos casos, la prohibición contenida en nuestro ordenamiento fundamental deriva de condiciones nacionales, generalmente

---

contenido: **"JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.** Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos."

<sup>12</sup> Jurisprudencia 1a./J. 107/2012, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 799 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, Décima Época, registro 2002000, de texto: **PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.** De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté



Amparo en Revisión:  
123/2020

sustentadas en situaciones históricas que justifican su previsión y que propugnan por la prevalencia de la **soberanía nacional**, lo que debe incluirse dentro del **margen nacional de apreciación**<sup>14</sup> reconocido por distintas cortes internacionales, especialmente la **interamericana**, como aquel con que cuentan los Estados integrantes de tratados multinacionales, para regular en su régimen interno la protección de los derechos humanos, atendiendo a las condiciones especiales del país relativo.

En ese sentido, los preceptos 9.3 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**<sup>15</sup> y 7.5 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**,<sup>16</sup> que son

---

*reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable - en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.”*

<sup>13</sup> Jurisprudencia P./J. 20/2014, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 202 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Décima Época, registro 2006224, que señala: **“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.** El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya



Amparo en Revisión:  
123/2020

ordenamientos multilaterales suscritos por el Estado mexicano y, por ello, **vinculantes para las autoridades jurisdiccionales del país**, en términos del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los numerales 6.2 de las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad —Reglas de Tokio—**<sup>17</sup> y el principio III, punto 2, párrafo segundo de los **Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] de la Organización de Estados Americanos [OEA]**,<sup>18</sup> que son

*que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”*

<sup>14</sup> Así lo ha asimilado como propio en su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos partir de estándares reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie C No. 107. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 161.

<sup>15</sup> **Artículo 9.**

**3.** Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

<sup>16</sup> **Artículo 7.** Derecho a la Libertad Personal. [...]



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

**instrumentos orientadores** para las autoridades de nuestro país, los cuales regulan la detención de las personas relacionadas con la comisión de delitos, quienes **tienen derecho a ser juzgadas en un plazo razonable o a ser puestas en libertad**, mientras que la detención debe estar subordinada a las garantías que aseguren la comparecencia del imputado al juicio.

En la misma línea argumentativa, en su robusta **jurisprudencia** vinculante a las autoridades mexicanas, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en los Casos **Norín Catrimán y otros contra Chile, Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco contra México y Jenkins contra Argentina**,<sup>19</sup> ha determinado que una de las características que debe tener **una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención es estar sujeta a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando**

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. [...]

<sup>17</sup> **6. La prisión preventiva como último recurso.** [...]

**6.2** Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano. [...]

<sup>18</sup> **2.** Excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad. [...]

En el marco de un proceso penal, deberán existir elementos de prueba suficientes que vinculen al imputado con el hecho investigado, a fin de justificar una orden de privación de libertad preventiva. Ello configura una exigencia o condición sine qua non a la hora de imponer cualquier medida cautelar; no obstante, transcurrido cierto lapso, ello ya no es suficiente. [...]"

<sup>19</sup> Serie C No. 279. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 311, Serie C No. 379. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrafo 255 y Serie C No. 397. Caso Jenkins Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019, párrafo 83.



Amparo en Revisión:  
123/2020

**no subsistan las razones que motivaron su adopción.**

Asimismo, al resolver los Casos *Chaparro Álvarez y otro contra Ecuador, Amrhein y otros contra Costa Rica y Jenkins contra Argentina*,<sup>20</sup> proclamó que **el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón**, por lo tanto, en cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.

Igualmente, en los Casos *Argüelles y otros contra Argentina, Amrhein y otros contra Costa Rica, Bayarri contra Argentina y Jenkins contra Argentina*,<sup>21</sup> resolvió que el artículo 7.5 de la Convención impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida

<sup>20</sup> Serie C No. 170. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 117, Serie C No. 354. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. *Op. Cit.*, párrafo 362 y Serie C No. 397. Caso Jenkins Vs. Argentina. *Op. Cit.*, *idem*.

<sup>21</sup> Serie C No. 288. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 129, Serie C No. 354. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. *Op. Cit.*, párrafo 362, Serie C No. 187. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párrafo 74 y Serie C No. 397. Caso Jenkins Vs. Argentina. *Op. Cit.*, párrafo 84.



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

cautelar, así, **cuando el plazo de la detención preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad,** es decir, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquélla sea liberada **si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable.**

Ante ello, es posible advertir que la **jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha establecido como estándar de protección al derecho de la libertad personal de toda persona privada de libertad es que **la autoridad realice una revisión periódica, oficiosa o no, de la prisión impuesta preventivamente durante la instauración de un proceso penal, para verificar si subsisten las causas que le dieron origen, sobre todo cuando ha transcurrido un plazo razonable para su duración** y, de ser el caso, decretar una medida distinta que permita su libertad, pero que garantice su comparecencia al juicio.

Dicho **estándar progresivo de protección** a los derechos de las personas que se ubiquen en los supuestos indicados, como es el caso de la quejosa \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* , quien lleva en **prisión preventiva** más de **dos**



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

años que como máximo de duración prevé el párrafo segundo de la fracción IX del apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>22</sup> —*cuya aplicación justificaremos en párrafos posteriores*—, **es vinculante al órgano de amparo cuya sentencia se revisa como autoridad jurisdiccional integrante del Estado mexicano**, sin que se advierta que exista **restricción constitucional** alguna que genere su inobservancia.

En efecto, pues **adverso a lo que se indica en la sentencia de amparo**, no se desprende del contenido de los preceptos 19, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 167, párrafo tercero del Código Nacional de Procedimientos Penales que establezcan un régimen especial de privación de la libertad personal que sea irrestricto o inmutable, de manera que no es posible afirmar que constituyan una **restricción constitucional** que imposibilite la aplicación de las normas internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la autoridad judicial señalada como responsable, respecto de la revisión oficiosa de las condiciones que permitan mantener vigente o no la

<sup>22</sup> **Artículo 20.** El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. [...]

**B.** De los derechos de toda persona imputada: [...]

**IX.** [...]

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. [...]



Amparo en Revisión:  
123/2020

**prisión preventiva** de la quejosa \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, por ello, tampoco pueden servir de fundamento para afirmar que **no existe la obligación de la autoridad judicial responsable** para efectuar esa revisión oficiosa con apoyo en dicho contenido internacional, que por su materia y nivel de protección, es vinculante para todas las autoridades jurisdiccionales del país.

Por lo demás, las consideraciones que se realizan en la sentencia recurrida sobre la imposibilidad de establecer una medida distinta a la **prisión preventiva** a la quejosa, en torno la naturaleza y gravedad de los delitos que se le atribuyen, o bien, dada su prevención normativa, **en realidad se trata de elementos que la autoridad judicial señalada como responsable**, en su caso y conforme a su criterio y facultades, **deberá determinar al pronunciarse sobre la continuidad o no de esa medida cautelar privativa de libertad impuesta a la quejosa.**

Bajo esta lógica, debe agregarse que la autoridad judicial señalada como responsable ordenadora **Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez**, al rendir su informe justificado —*fojas 59 a 62 del expediente del juicio de amparo*—, **aceptó la existencia de la omisión reclamada**, pues indicó que la solicitante del amparo fue privada de la libertad desde el **veintitrés de octubre**



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

de **dos mil doce**, así como que el proceso que se le instruye continúa vigente y no comunica que se haya pronunciado sobre la revisión de la medida de **prisión preventiva** que actualmente rige en la situación jurídica de la procesada, de modo que frente el **estándar internacional de protección indicado**, es claro que dicha potestad **ha sido omisa en proceder conforme a su contenido**, consecuentemente, en contravención a lo que se indica en la sentencia recurrida, **no era procedente desvirtuar la aceptación de la existencia de la omisión reclamada que realizó la autoridad judicial responsable ordenadora.**

Todo lo cual permite afirmar que la **omisión** atribuida al **Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez**, por parte de la quejosa \*\*\*\*\* de pronunciarse **oficiosamente** sobre la continuidad de la medida de **prisión preventiva** que le fue impuesta en la causa penal **21/2014**, cuya duración ha excedido de **dos años** que como máximo contempla la actual redacción del artículo 20, apartado B, fracción XI, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es **existente**, ante ello, **respetuosamente no se comparte** que se tuviera por actualizada la causa prevista en la fracción IV del artículo 63 de la Ley de Amparo y se decretara el **sobreseimiento** del juicio constitucional.



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

Debido lo anterior, lo procedente es **levantar el sobreseimiento** decretado en la sentencia de amparo y que este Tribunal Colegiado de Circuito, como órgano revisor de la constitucionalidad, **reasuma jurisdicción** al no existir la figura del reenvío en el recurso de revisión y, con apoyo en el artículo 93, fracciones I y V de la Ley de Amparo,<sup>23</sup> repare lo anterior y dicte la sentencia que proceda.

#### IV. DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL TRADICIONAL Y EL VIGENTE, NORMA FUNDAMENTAL APLICABLE.

En el ámbito de los **derechos humanos** de toda persona sometida a un procedimiento penal, el artículo 20, apartado A, fracciones VIII y X, párrafos segundo y tercero de la Constitución Federal, aplicable al **sistema tradicional**, así como en su apartado B, fracciones VII y IX, párrafo segundo, reformado y correspondiente al **régimen de justicia vigente**, se prevé el plazo legal para que una persona pueda ser procesada y la duración de su **prisión preventiva**, del siguiente modo:

<sup>23</sup> **Artículo 93.** Al conocer de los asuntos en revisión, el órgano jurisdiccional observará las reglas siguientes:

I. Si quien recurre es el quejoso, examinará, en primer término, los agravios hechos valer en contra del sobreseimiento decretado en la resolución recurrida.

Si los agravios son fundados, examinará las causales de sobreseimiento invocadas y no estudiadas por el órgano jurisdiccional de amparo de primera instancia, o surgidas con posterioridad a la resolución impugnada; [...]

V. Si quien recurre es el quejoso, examinará los demás agravios; si estima que son fundados, revocará la sentencia recurrida y dictará la que corresponda; [...]



Amparo en Revisión:  
123/2020

Texto anterior, aplicable sistema penal tradicional:

**“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:**

**A. Del inculpado:**

[...]

**VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa. [...]**

**X. [...]**

**Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.**

[...]”

La norma fundamental vigente que corresponde al sistema adversarial y oral, dispone lo siguiente:

**“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.**

[...]

**B. De los derechos de toda persona imputada:**

[...]

**VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa; [...]**

**IX. [...]**

**La prisión preventiva no podrá exceder del**



Amparo en Revisión:  
123/2020

*tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.*

[...]"

Del dispositivo fundamental transcrito y su reforma, aplicables respectivamente al **sistema tradicional** y al **vigente**, se infiere el establecimiento de un **derecho humano** cuyo núcleo esencial consiste en **tener acceso a un proceso sin dilaciones indebidas**, así como a la fijación de una medida de **prisión preventiva**, cuya **razonabilidad** en su duración no puede hacerse de manera genérica, pues las mismas deben estar en concordancia con el respeto a otras garantías adjetivas, las que deben ser armonizadas en torno a las distintas vertientes del **derecho de acceso a la impartición de justicia** y a la **tutela jurisdiccional efectiva**, así como a los principios que rigen el artículo 17 de la Constitución Federal, pero que **tienen como excepción legislativa justificada para prolongarlas, el ejercicio a la adecuada defensa.**

Bajo esa comprensión, es posible concluir que la disposición constitucional en estudio incorpora tres **derechos fundamentales** integrantes del **debido proceso**: (1) establece un



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

**plazo máximo razonable para juzgar sin demora, (2)** precisa un plazo máximo de duración de la **prisión preventiva** como medida cautelar a la persona procesada, y **(3)** da la posibilidad de ampliar ambas figuras para **garantizar una defensa adecuada**.

Ahora bien, un **análisis comparativo** entre el texto anterior y el vigente, permite advertir que la norma aplicable al **sistema tradicional** contempla como duración de la **prisión preventiva**, sin intermediaciones, hasta aquella correspondiente a **la pena máxima que establezca el delito materia del proceso**, siempre que se deba al ejercicio de la **defensa adecuada** de la persona procesada.

Por su parte, el **régimen de justicia penal vigente**, establece un límite **razonable** al plazo de la **prisión preventiva**, al señalar que **no podrá exceder de dos años**, salvo para tutelar el ejercicio del **derecho de defensa** del imputado y que sólo en ese supuesto podrá prolongarse hasta la **pena máxima del delito establecido en la acusación**.

A partir de lo anterior, es posible concluir que la prevención máxima de **dos años** de duración de la **prisión preventiva** contemplada en la norma vigente, ofrece una mejoría en la tutela al **derecho humano de toda persona sometida a una medida privativa de libertad de que esta tenga la menor**



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

**duración posible**, pues refleja un primer momento en que es posible visualizar un **plazo razonable de duración de esa medida**, el cual puede ser fácilmente apreciable por el juzgador penal, si la substanciación de un proceso ha rebasado ese periodo y la persona encausada se mantiene sometida a prisión cautelar, de tal forma que esta variación en el **ejercicio legislativo en la norma fundamental cumple con el principio de progresividad en materia de derechos humanos**, que deriva del artículo 1, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **pues contempla condiciones temporales que permiten garantizar una mayor protección del derecho fundamental en comento**, el cual debe ser aplicado a la quejosa, aun cuando se trata de un sistema penal distinto, en virtud de que tutela una figura jurídica, relacionada con el mismo **derecho humano** asociado con las garantías esenciales que asisten a las personas inculpadas de la comisión de un delito y que opera de manera similar en ambos sistemas.

Conforme a lo indicado, concluimos que el texto constitucional vigente, aun cuando corresponde al **sistema penal adversarial y oral**, ofrece una **protección mayor** que la norma constitucional aplicable al **régimen mixto**, pues contempla un plazo **menor** de duración de la **prisión preventiva a dos años**, que en caso de verse superado, prevé **ordenar la libertad o imponer medidas no privativas de libertad que garanticen la**



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

**comparecencia del imputado al juicio**, o bien, su **prolongación justificada**, sólo para garantizar el ejercicio de la **debida defensa** de la persona imputada, hasta por el máximo que al respecto establece la pena privativa de libertad aplicable al delito.

Así, es cierto que el diseño constitucional para cada uno de los sistemas penales que actualmente son aplicables en el país, dependiendo de la fecha en que iniciaron los respectivos procedimientos, disponen de reglas fundamentales específicas para cada uno de esos regímenes, precisamente porque las directrices procesales que los regulan son claramente distintas, ese es el propósito del cambio en cualquier modelo de justicia penal.

Conforme a ese método, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente ofrece **derechos fundamentales** de corte procedimental a observar en el **nuevo sistema** que **no son aplicables al régimen tradicional**, como lo son los principios de **publicidad, intermediación, concentración, continuidad** y **contradicción**, contenidos en el párrafo primero del artículo 20 de la norma fundamental.

Sin embargo, por la naturaleza de la materia penal a la que están dirigidos, existen aspectos **sustantivos** que se relacionan con los **derechos humanos** de las partes en el proceso que aplican a uno y otro sistema, en los que las reglas



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

estrictamente procesales no tienen prevalencia, es el caso de la **libertad personal** que debe respetarse tratándose de la imposición de la **prisión preventiva**, la cual tiene que apreciarse conforme a los principios de **universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad**, así como al diverso **pro persona** que garantice una **mayor protección** de ese tipo de derechos, todo ello, acorde con el citado método obligatorio previsto en el artículo 1, párrafo tercero del máximo ordenamiento de nuestro país.

Es precisamente a través un análisis estricto al principio de **progresividad** en la protección del **derecho humano** a la **libertad personal** de quienes se encuentran sujetos a un proceso penal, que llegamos al convencimiento de que el texto previsto en el **apartado B, fracción IX, párrafo segundo del artículo 20 de la Constitución Federal vigente**, que establece el parámetro máximo de duración de **dos años** de la medida de **prisión preventiva, constituye la norma fundamental aplicable para resolver la litis constitucional en este asunto.**

Esta conclusión además guarda sincronía con el criterio que sustentó la Primera Sala del Alto Tribunal, al resolver el **Amparo Directo en Revisión 2384/2013**, en el que concluyó que cuando se ejerce el control constitucional directo o concentrado —*como es el caso*—, el órgano jurisdiccional debe atender a la norma constitucional vigente al momento de resolver



Amparo en Revisión:  
123/2020

el juicio de amparo, si es que el **derecho humano** incorporado al cuerpo fundamental genera el reconocimiento de una **mayor protección**, con lo que se logra avanzar en su ejercicio y tutela, por lo que, como estándar mínimo exigible, atendiendo al principio de **progresividad**, no debe disminuirse el nivel alcanzado, sino progresar gradualmente en su cumplimiento y observancia.

Esa ejecutoria originó la tesis 1a. CCLXXIV/2015, emitida por la Primera Sala del Alto Tribunal, que indica:

**“CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS PENALES. DEBE REALIZARSE CON LAS DIRECTRICES CONSTITUCIONALES VIGENTES AL RESOLVERSE EL JUICIO DE AMPARO. El análisis sobre la constitucionalidad de una norma debe realizarse a partir del texto constitucional vigente al momento en que se resuelve el juicio de amparo, en virtud de que en el contexto de derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no es posible realizar el control concentrado de constitucionalidad de una norma jurídica apartándose del texto vigente, derivada del momento en que se cometió una conducta delictiva o acontezca la situación fáctica concreta que debe analizarse bajo los parámetros definidos en la Constitución Federal, pues asumir como válida esta práctica conduciría al extremo de reconocer que en nuestro ámbito jurídico coexisten diversos sistemas constitucionales, identificados por el contenido de las normas constitucionales que se definan por las reformas o modificaciones que se le hayan realizado; cuya vigencia y aplicación estarán condicionadas al momento en que haya tenido lugar el hecho que actualice el**



Amparo en Revisión:  
123/2020

*supuesto de aplicación de la norma constitucional en concreto. Interpretación constitucional que es inaceptable, porque el único sistema constitucional que puede emplearse para realizar el control de constitucionalidad concentrado al resolverse el juicio de amparo es el que constituye derecho positivo y se encuentra vigente; pues no existe otro, porque precisamente la reforma o modificación del texto de una norma constitucional, a partir de que entre en vigor, genera que deje de ser eje rector de aplicación y observancia el contenido anterior, porque ha sido sustituido. Es importante resaltar que el criterio de aplicación del texto o contenido del sistema constitucional vigente al momento en que se ejerce el control constitucional concentrado en el juicio de amparo, evidencia su trascendencia e importancia tratándose de la obligación de todas las autoridades del país de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con el principio de progresividad, como lo dispone el artículo 1o., párrafo tercero, de la Norma Fundamental. Lo cual implica que una vez incorporado el reconocimiento de un derecho a la Constitución, con lo que se logra avanzar en el ejercicio y tutela del derecho, como estándar mínimo exigible, no debe disminuirse el nivel alcanzado, sino progresarse gradualmente en su cumplimiento.*"<sup>24</sup>

**V. EXAMEN SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME AL SISTEMA PENAL TRADICIONAL Y SU MODIFICACIÓN ACORDE CON LAS DISPOSICIONES LEGALES DEL ACTUAL RÉGIMEN DE JUSTICIA ADVERSARIAL Y ORAL.**

Como precisamos, el proceso penal del cual deriva

<sup>24</sup> Publicada en la página 302 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, Décima Época, registro 2009923.



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

el acto reclamado se sustancia bajo las directrices adjetivas del **sistema penal tradicional**, conforme al cual, la **prisión preventiva** es la regla general, salvo que acorde con el catálogo de delitos contenido en las disposiciones sustantivas aplicables, sea permisible a la persona procesada obtener su **libertad provisional bajo caución**.

En el caso, acorde al artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución Federal,<sup>25</sup> aplicable al **sistema tradicional**, en relación con los diversos 194, fracciones II y XVIII y 399, fracción IV del Código Federal de Procedimientos Penales,<sup>26</sup> los delitos de **delincuencia organizada** y **privación ilegal de la libertad en la modalidad de secuestro**, en las hipótesis por las que se sigue proceso penal a la quejosa **\*\*\*\*\***,<sup>27</sup> no le permiten acceder a

<sup>25</sup> **Artículo 20.** En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

**A.** Del inculpado:

**I.** Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad

del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

<sup>26</sup> **Artículo 194.** Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes: [...]

**II.** De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2; [...]  
**XVIII.** De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18. [...]

**Artículo 399.** Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

**IV.** Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194. [...]

<sup>27</sup> Como explicaremos más adelante, el ilícito de **delincuencia organizada** que se



Amparo en Revisión:  
123/2020

ese derecho.

Por su parte, el **sistema de justicia penal adversarial y oral** generado a partir de la reforma de dieciocho de junio de dos mil ocho, no regula a la **prisión preventiva** como una fórmula generalizada, sino como una medida excepcional que conforme al precepto 19, párrafo segundo del propio cuerpo fundamental vigente,<sup>28</sup> vinculado con el diverso 167, párrafos tercero a quinto del Código Nacional de Procedimientos Penales,<sup>29</sup> sólo es aplicable a cierto tipo de delitos que se regulan por sus ordenamientos especiales, en el caso en estudio, por la ley general en materia de **secuestro** y la norma federal relativa a la **delincuencia organizada**.

---

tribuye a la impetrante está contemplado en el precepto 2 de la norma especial y el de **privación ilegal de la libertad en la modalidad de secuestro** en los diversos 9, 10 y 11 del ordenamiento de la materia.

<sup>28</sup> **Artículo 19.** [...]

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

<sup>29</sup> **Artículo 167.** Causas de procedencia. [...]

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa. [...]



Amparo en Revisión:  
123/2020

Ahora bien, el Artículo Quinto Transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, correspondiente a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diecisiete de junio de dos mil dieciséis, dispone reglas de aplicación horizontales entre ambos sistemas, de la forma siguiente:

***“Quinto. Tratándose de aquellas medidas privativas de la libertad personal o de prisión preventiva que hubieren sido decretadas por mandamiento de autoridad judicial durante los procedimientos iniciados con base en la legislación procesal penal vigente con anterioridad a la entrada en vigor del sistema de justicia penal acusatorio adversarial, el inculpado o imputado podrá solicitar al órgano jurisdiccional competente la revisión de dichas medidas, para efecto de que, el juez de la causa, en los términos de los artículos 153 a 171 del Código Nacional de Procedimientos Penales, habiéndose dado vista a las partes, para que el Ministerio Público investigue y acredite lo conducente, y efectuada la audiencia correspondiente, el órgano jurisdiccional, tomando en consideración la evaluación del riesgo, resuelva sobre la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese, en términos de las reglas de prisión preventiva del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como del Código Nacional de Procedimientos Penales. En caso de sustituir la medida cautelar, aplicará en lo conducente la vigilancia de la misma en términos de los artículos 176 a 182 del citado Código.”***

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de



Amparo en Revisión:  
123/2020

Justicia de la Nación, al emitir la jurisprudencia 1a./J. 74/2017, determinó que la aludida porción normativa transitoria contempla el derecho de que la medida de **prisión preventiva** impuesta conforme a las reglas del **sistema penal tradicional**, pueda ser revisada de acuerdo con las directrices que al respecto contempla el **sistema penal vigente**, pues ofrece condiciones que resultan **más favorables** para sus derechos, de forma que es posible que se evalúe su **prolongación, sustitución, modificación** o **cese**, de conformidad con las directrices contenidas en los preceptos 153 a 171, o en su caso, 176 a 182 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Dicho criterio obligatorio para este Tribunal Colegiado de Circuito, en términos del artículo 217, párrafo primero de la Ley de Amparo,<sup>30</sup> literalmente establece:

**“PRISIÓN PREVENTIVA. PROCEDE QUE LOS INculpADOS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL MIXTO SOLICITEN LA REVISIÓN DE DICHA MEDIDA, DE CONFORMIDAD CON EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO QUINTO TRANSITORIO DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 17 DE JUNIO DE 2016. El análisis de la revisión, modificación y sustitución de la prisión preventiva que contempla el artículo 19 de la Constitución Política**

<sup>30</sup> **Artículo 217.** La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. [...]



Amparo en Revisión:  
123/2020

*de los Estados Unidos Mexicanos, puede realizarse de conformidad con el contenido del artículo Quinto Transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio de 2016, que establece que tratándose de aquellas medidas privativas de la libertad personal o de prisión preventiva que hubieren sido decretadas por mandamiento de autoridad judicial durante los procedimientos iniciados con base en la legislación procesal penal vigente con anterioridad a la entrada en vigor del sistema de justicia penal acusatorio adversarial, el inculpado o imputado podrá solicitar al órgano jurisdiccional competente la revisión de dichas medidas. La razón del artículo quinto transitorio refiere al entendimiento del artículo 1o. constitucional, según el cual no debe haber un trato desigual de los sujetos procesados en ambos sistemas, por lo que apunta al esfuerzo de homologar las medidas que el mismo legislador consideró pertinentes en la reforma a la que pertenece ese artículo quinto transitorio, de esta manera se entiende la naturaleza más favorable de la norma del nuevo sistema en relación a la prisión preventiva. En el entendido de que la procedencia y análisis sobre la revisión de la medida no tiene el alcance de que el juzgador declare procedente, de facto o en automático, la sustitución, modificación o cese de la misma, sino que ello está sujeto a los parámetros normativos aplicables del Código Nacional de Procedimientos Penales (como la evaluación del riesgo que representa el imputado o inculpado) y el debate que sostengan las partes durante el desarrollo de la audiencia respectiva, en los términos que establecen los artículos 153 a 171 de dicho ordenamiento procesal. Además de que, en caso de sustituir la medida cautelar, el juez deberá aplicar las medidas de vigilancia o supervisión a que se refieren los artículos 176 a 182 del Código Nacional en cita.”<sup>31</sup>*

<sup>31</sup> Registrada en la página 453 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,  
~41~



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

Lo que supone que la **prisión preventiva** establecida en el **sistema tradicional**, pueda ser **revalorada** conforme a los requisitos que ahora establece el **Código Nacional de Procedimientos Penales**, para efecto de determinar su **cese, sustitución, modificación**, o bien, **prolongación justificada**, según determine el juzgador del proceso al que corresponda la revisión de esa medida.

**VI. PARÁMETROS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA EVALUAR OFICIOSAMENTE LA LEGALIDAD DE LA PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DE UNA MUJER, CUANDO SU DURACIÓN HA EXCEDIDO UN PLAZO RAZONABLE.**

Reiteramos que aun cuando a una persona se le instruye un proceso acorde con el **sistema penal tradicional**, la evaluación de la **prolongación** de su **prisión preventiva** con motivo del ejercicio de su **defensa**, no debe realizarse hasta en tanto se rebase la pena máxima prevista para el delito por el que se le instruye el proceso, en todo caso, para efectuar una revisión **racional y proporcionada** de esa medida debe atenderse al **apartado B, fracción IX, párrafo segundo del artículo 20 de la Constitución Federal vigente**, que constituye la **norma fundamental aplicable**, al ofrecer un periodo máximo su



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

duración de **dos años**, con lo que **progresivamente** establece una **mayor protección** al **derecho humano a la libertad personal**.

De esa manera, con sustento en los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos anteriormente citados, el juzgador no puede mantenerse como un simple espectador de la duración del proceso mientras una persona está sometida a la **prisión preventiva**, con posterioridad a que se cumpla el plazo **razonable** de **dos años** continuos en la imposición de esa medida, pues tiene la **obligación** de velar por el respeto a su **derecho humano a la libertad personal** y realizar una **revisión oficiosa** sobre su **subsistencia, cese**, o bien, **modificación o sustitución** por una **no privativa de libertad**, que garantice su comparecencia al proceso, de conformidad con los requisitos que establecen los preceptos 153 a 171, en su caso, 176 a 182 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en relación con su Artículo Quinto Transitorio, correspondiente a la mencionada reforma de diecisiete de junio de dos mil dieciséis.

Para ello, el juzgador debe realizar un ejercicio holístico sobre las circunstancias que generaron la imposición de esa medida de **prisión preventiva**, en relación con aquellas que han ocurrido durante el procedimiento, así como aspectos



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

procesales, de riesgo, personales y paraprocesales que se relacionan con la persona sometida a la medida privativa de libertad, en vinculación con las **circunstancias que rigen actualmente en el proceso**, para determinar sobre la **racionalidad y proporcionalidad** en su prolongación, cese, sustitución o modificación, de conformidad con las reglas normativas aplicables, criterios del Alto Tribunal y estándares internacionales en la materia, que explicaremos enseguida.

Como en su oportunidad lo ha establecido este cuerpo colegiado al resolver los **Amparos en Revisión 24/2019 y 309/2019**<sup>32</sup> —*con distinta integración*—, en la evaluación de la medida de **prisión preventiva** impuesta que ha rebasado un **plazo razonable**, se debe concluir si es justificada o no, atendiendo al **ejercicio de defensa** o alguna razón distinta de especial peso en el asunto, o por el contrario, para determinar si es procedente o no su **cesación, modificación o sustitución** por una medida no privativa de libertad que garantice su asistencia al proceso, conforme a los preceptos 153 a 171, o bien, 176 a 183 del Código Nacional de Procedimientos Penales, para lo cual, se deben considerar en forma **proporcional y razonada**, los siguientes factores:

~1~ Probabilidad de que la persona acusada

<sup>32</sup> Aprobados por unanimidad de votos en sesiones de junio y diciembre de 2019, respectivamente.



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

cometió un delito merecedor de pena carcelaria, en donde, en su caso, el juzgador podría estimar que la medida cautelar decretada **ya no es imperiosa**, situación que de ninguna forma prejuzga sobre lo resuelto en el auto de formal prisión —o *vinculación a proceso*—;

**~2~ Peligro de fuga o evasión de la acción de la justicia**, donde debe tenerse en cuenta la gravedad del delito y la eventual severidad de la pena, elementos que por sí solos son insuficientes para concluir que no ha transcurrido un plazo razonable de duración de la **prisión preventiva**;

**~3~ Riesgo de comisión de nuevos delitos**, en donde el peligro debe ser real;

**~4~ Necesidad de investigar y posibilidad de colusión**, circunstancias que deben evaluarse en asuntos donde el acusado puede impedir el curso normal del proceso judicial, tal necesidad debe fundarse en un peligro efectivo;

**~5~ Viabilidad de presión sobre los testigos**, caso en que debe examinarse si existe un riesgo legítimo para éstos u otras personas;

**~6~ Preservación del orden público**, en donde por



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

circunstancias excepcionales, la gravedad especial de un hecho delictivo y la reacción del público ante el mismo, pueden justificar la aplicación de la medida cautelar por cierto periodo;

~7~ **Debida diligencia** en la sustanciación del procedimiento, donde debe justipreciarse si las autoridades la han empleado;

~8~ En su caso, los motivos expuestos por las autoridades judiciales para **justificar la imposición de la medida**, donde la información se analiza caso por caso para determinar la relevancia y suficiencia de las justificativas tendentes a decretar la **prisión preventiva** a la persona procesada;

~9~ Lapso constitucional de **duración del juicio**, donde debe constatarse si en el **sistema tradicional** han transcurrido cuatro meses en caso de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión o un año si la pena excede de ese tiempo;

~10~ Ejercicio efectivo del **derecho de defensa**, el cual no debe ser un pretexto para que la autoridad alargue el proceso de manera injustificada; y

~11~ Eventualidad apoyada en **datos de riesgo para el ofendido o la sociedad**, donde el potencial peligro debe



Amparo en Revisión:  
123/2020

justipreciarse con elementos de convicción aportados por la Representación Social.

Lo anterior, puesto que dicho estándar fue diseñado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir la tesis aislada 1a. CXXXVIII/2012, que es de rubro siguiente: **“PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN.”**<sup>33</sup>

De igual forma, debe efectuar un **test de dilaciones indebidas** reconocido convencionalmente,<sup>34</sup> que se compone del estudio adicional de los siguientes elementos:

~a~ La **complejidad del caso** —*cantidad de procesados, delitos, hechos relacionados y pruebas*—;

~b~ La **actividad procesal del procesado y su representante jurídico** —*pruebas ofrecidas y medios de impugnación presentados en ejercicio de su derecho a la adecuada defensa*—; y

~c~ La **conducta de la autoridad judicial y de otras que incidan en el proceso** —*si se ha dejado de actuar por*

<sup>33</sup> Registrada en la página 492 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, Décima Época, registro 2011430.

<sup>34</sup> Sentencia de 7 de junio de 2003, Caso Juan Humberto Sánchez Vs Honduras, párrafos 129 al 132, Sentencia de 21 de junio de 2002, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, párrafo 72, entre otros precedentes.



Amparo en Revisión:  
123/2020

*un tiempo, el retraso o no en la resolución de recursos pendientes, etcétera—.*

Esto, con apoyo en el contenido de la tesis aislada 1a. XL/2017, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala:

**“PRISIÓN PREVENTIVA. FACTORES A CONSIDERAR PARA EL ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD PARA LA PROLONGACIÓN DEL PLAZO PREVISTO EN LA FRACCIÓN VIII, DEL APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.** En el juicio de amparo en revisión 27/2012, que dio lugar a la tesis 1a. CXXXVII/2012 (10a.) de rubro: ‘PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN.’, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó la temática del plazo razonable para justificar la prolongación de la prisión preventiva. Sin embargo, con motivo de lo resuelto por el Tribunal Pleno en la contradicción de tesis 293/2011, toda vez que existe una interrelación material entre las normas constitucionales y las de los tratados internacionales ratificados por México que reconocen derechos humanos y dado que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para esta Suprema Corte, siempre y cuando sea más favorable para la persona, criterio que se refleja en la tesis P./J. 21/2014 (10a.), de rubro: ‘JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.’, resulta necesario hacer algunas acotaciones y diferenciaciones al criterio resultante de tal amparo en revisión a la luz de los nuevos lineamientos interamericanos. Por lo tanto, cuando en el transcurso de un



Amparo en Revisión:  
123/2020

*proceso penal una persona solicite su libertad al estimar que se ha actualizado un plazo irrazonable para ser juzgada y, por ende, no se justifica la prolongación de su prisión preventiva, con fundamento en los artículos 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el juzgador competente deberá de tomar en cuenta y valorar lo siguiente: a) el artículo 20, Apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el texto vigente antes de su modificación el 18 de junio de 2008, no establece un plazo perentorio para la prisión preventiva, sino que señala un rango de tiempo máximo del proceso penal cuyo cumplimiento dependerá de las circunstancias del caso y del respeto y protección del derecho de defensa del inculpado; y b) consecuentemente, para determinar si se ha transgredido un plazo razonable para que una persona sea juzgada y, con ello, sea viable o no prolongar la prisión preventiva, el juzgador tendrá que analizar la: i) complejidad del caso; ii) la actividad procesal del interesado; y, iii) la conducta de la autoridad judicial y de otras que incidan en el proceso. Aunado a lo anterior, para no pasar por alto la preocupación que refleja el Poder Constituyente al establecer en la fracción I del apartado A, del citado artículo 20 constitucional, ciertos requisitos para que se pueda interrumpir la prisión preventiva durante el proceso del orden penal, el juzgador tiene la facultad para analizar excepcional y sucesivamente los elementos recién citados de complejidad y actividad procesal; si es necesaria la prolongación de la prisión preventiva con el fin de que el inculpado no eluda la acción de la justicia y se desarrolle de manera eficiente la investigación y, en su caso, si se encuentra acreditada o hay indicios suficientes sobre la existencia de causas externas que trasciendan en el proceso, tales como el peligro o la viabilidad de presión a testigos o víctimas o la sujeción del inculpado a otro proceso penal. Para ello, el juez correspondiente deberá hacer un*



Amparo en Revisión:  
123/2020

*análisis holístico de las circunstancias jurídicas y fácticas que rodean al proceso, aludiendo a criterios de necesidad y proporcionalidad y pudiendo tomar en cuenta la naturaleza del delito que se imputa, pero sin que ese único factor y sólo por ese elemento se decida prolongar la prisión preventiva.”<sup>35</sup>*

Lo cual también es acorde con el criterio sustentado por este Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, emitido en forma previa al apenas citado del Alto Tribunal, en la tesis II.1o. P.2. P, que señala:

**“PRISIÓN PREVENTIVA PROLONGADA. CASOS EN LOS QUE CONFORME A UN ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO NO ES PROCEDENTE DECRETAR LA LIBERTAD CONTEMPLADA EN LOS ARTÍCULOS 9 NUMERAL 3 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y 7 NUMERAL 5 Y 8 NUMERAL 1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.** El artículo 20, apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, establece un término para ser juzgado de cuatro meses si la pena máxima del delito no excede de dos años de prisión, y de un año cuando la sanción sea mayor, salvo que el procesado solicite mayor plazo para su defensa; postulado que se vincula con el artículo 17 constitucional, en torno al derecho fundamental de ministrar justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, como vertiente del debido proceso y tutela jurisdiccional, que se funda en los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita.

<sup>35</sup> Publicada en la página 450 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, Décima Época, registro 2014015.



Amparo en Revisión:  
123/2020

*Asimismo, los artículos 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7 numeral 5 y 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -de los que México es parte-, prevén el derecho humano a un juzgamiento dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad mediante las garantías que aseguren su comparecencia al juicio y la continuación del proceso; por ello, en los casos en que un proceso penal hubiere excedido de los términos contemplados en el citado artículo 20 constitucional, acorde con un correcto control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos (previstos en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Federal), deberá determinarse si dicha ampliación está justificada con base en los criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (organismo internacional que junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen los máximos intérpretes en el sistema regional de protección de los derechos humanos) en los que México haya sido parte -criterios vinculantes-, o bien, en los que éste no hubiera intervenido -resoluciones orientadoras-, en cuyo caso, deben verificarse los test de dilaciones indebidas fijadas por dicho tribunal en diversas sentencias, a saber: a) la complejidad del asunto -cantidad de procesados, delitos, hechos relacionados y pruebas-, b) la actividad procesal de los interesados -pruebas ofrecidas y medios de impugnación presentados en ejercicio de su derecho a la adecuada defensa- y, c) la conducta de las autoridades judiciales -si se ha dejado de actuar por un tiempo, el retraso o no en la resolución de recursos pendientes, etcétera- lo que se vinculará al plazo transcurrido de la prisión preventiva en relación con la penalidad prevista para el delito, las que no deben ser desproporcionadas entre sí, aspectos que de no violentarse, justifican la prolongación de la prisión preventiva; por tanto, la negativa a conceder la libertad con base en las citadas normas*



Amparo en Revisión:  
123/2020

*internacionales no viola el derecho humano de que se habla.”<sup>36</sup>*

Adicionalmente a lo indicado en los citados precedentes de este órgano jurisdiccional, es preciso establecer en esta ejecutoria que, tratándose de la **prisión preventiva** decretada especialmente una **mujer**, de manera orientadora como nivel de protección al derecho humano de toda persona sometida a un proceso y que se encuentra interna, a gozar de libertad personal, el punto III, regla 57 de las **Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes** —Reglas de Bangkok—, establece lo siguiente:

**“III. Medidas no privativas de libertad.**

**Regla 57. Las disposiciones de las Reglas de Tokio servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas.”**

Por lo tanto, desde un punto de vista **progresivo en la protección del citado derecho humano**, también constituyen otros parámetros que deben observarse de manera adicional a

<sup>36</sup> Visible en la página 1932 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Décima Época, registro 2001433.



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

los previamente citados para resolver sobre la evaluación de la **prisión preventiva** impuesta a una **mujer**:

~i~ El análisis del historial de victimización de las mujeres privadas de la libertad, y

~ii~ Sus responsabilidades de cuidado respecto de otras personas.

Factores que serán explicados globalmente en los puntos siguientes.

#### **VII. APLICACIÓN DE LAS CONCLUSIONES ALCANZADAS EN LOS ANTERIORES APARTADOS PARA RESOLVER EL ASUNTO.**

Pues bien, en el presente asunto el **veintitrés de octubre de dos mil doce** fue cumplimentada la **orden de aprehensión** emitida contra la quejosa \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* , quien fue puesta a disposición del **Juez Tercero de Distrito en Materia de Proceso Penales Federales en el Estado de México**, dentro de la causa penal **69/2012** de su índice, desde entonces quedó en **prisión preventiva**, sujeta a ese proceso penal, seguidamente, en la resolución de plazo constitucional de **veintisiete de octubre de dos mil doce**, se resolvió decretar **auto de formal prisión en su contra** por su probable responsabilidad en la comisión de los delitos siguientes:



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

**(A) Delincuencia organizada**, previsto en el artículo 2, fracción VII y sancionado en el diverso 4, fracción II, inciso b) de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;

**(B) Privación ilegal de la libertad en la modalidad de secuestro**, previsto y sancionado en los numerales 9, fracción I, inciso a) y 10, fracción I, inciso b) de la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en Materia de Secuestro, cometido en agravio de una víctima de nombre \*\*\*\*\* [...];

**(c) Tentativa de privación ilegal de la libertad en la modalidad de secuestro**, previsto y sancionado en los preceptos 12 y 63 del Código Penal Federal, en relación con los distintos 9, fracción I, inciso a) y 10, fracción I, incisos b), c) y d) de la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en Materia de Secuestro, cometido en agravio de una víctima de nombre \*\*\*\*\* [...].

**(d) Privación ilegal de la libertad en la modalidad de secuestro**, previsto y sancionado en los numerales 9, fracción I, inciso a) y 10, fracción I, incisos b), c) y d), así como 11 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en Materia de Secuestro, cometido en agravio la víctima mortal de nombre \*\*\*\*\* [...].



Amparo en Revisión:  
123/2020

El asunto fue remitido al **Juez Octavo de Distrito en el Estado de México con residencia en Naucalpan de Juárez**, que lo radicó como causa penal **21/2014**, asimismo, sustanciada la impugnación ordinaria contra la citada resolución de plazo constitucional y agotado el juicio de amparo relativo hecho valer, la última resolución de **treinta de junio de dos mil dieciséis**, determinó **reiterar la formal prisión** decretada contra la impetrante por los ilícitos previstos en los incisos **(a)**, **(b)** y **(d)** antes señalados.

En ese sentido, existe una circunstancia legal diferenciada respecto de las condiciones originales en que se produjo el inicio de la medida privativa de libertad de la impetrante, puesto que se decretó **auto de libertad por falta de elementos para procesar** en favor de la quejosa \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* por la comisión del delito contenido en el punto **(c)**, esto es, el de **tentativa de privación ilegal de la libertad en la modalidad de secuestro**, previsto y sancionado en los preceptos 12 y 63 del Código Penal Federal, en relación con los distintos 9, fracción I, inciso a) y 10, fracción I, incisos b), c) y d) de la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en Materia de Secuestro, cometido en agravio de la víctima de nombre \*\*\*\*\* [...].

Asimismo, que al **veintiséis de febrero de dos mil**



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

**veinte**, en que se presentó la demanda de amparo que dio origen al presente recurso —*siete años, cuatro meses*—, es claro que **la quejosa lleva en prisión preventiva más de dos años**, que como máximo para su duración contempla el párrafo segundo de la fracción IX del apartado B del artículo 20 de la Constitución Federal vigente.

De igual forma, la autoridad responsable ordenadora **Juez Octavo de Distrito en el Estado de México con residencia en Naucalpan de Juárez**, al rendir su informe justificado **aceptó la existencia de la omisión reclamada**, consistente en que **no ha realizado una revisión oficiosa de la medida privativa de libertad que pesa contra la solicitante del amparo y confirma el plazo que lleva en prisión preventiva.**

A partir de lo anterior y en aplicación al **estándar internacional** que deriva de los preceptos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad —*Reglas de Tokio*— y el principio III, punto 2, párrafo segundo de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

al resolver los Casos Norín Catrimán y otros contra Chile, Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco contra México, Jenkins contra Argentina, Chaparro Álvarez y otro contra Ecuador, Amrhein y otros contra Costa Rica, Argüelles y otros contra Argentina y Bayarri contra Argentina, es posible advertir que **el Estado a través de sus autoridades tiene la obligación de realizar una revisión periódica y oficiosa de la medida privativa de libertad que pesa contra una persona inculpada cuando ha transcurrido un plazo razonable de duración para determinar sobre su continuidad**, revisión que además guarda relación con el objetivo perseguido en la parte final del segundo párrafo de la fracción IX del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>37</sup>

Entonces, es válido concluir que la autoridad responsable ordenadora **Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de México con residencia en Naucalpan de Juárez**, ha incumplido con la **obligación** de revisar de manera **oficiosa** la **prisión preventiva** que pesa contra la procesada \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* en los autos de la causa penal **21/2014** de su índice, aun cuando han transcurrido más de **dos años** a partir de que esa **medida privativa de libertad** inició, sin que se haya resuelto el proceso, aunado a que **las condiciones que generaron la aplicación de esa medida no son exactamente las mismas que actualmente rigen la situación**

<sup>37</sup> [...] Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. [...]



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

**jurídica de la quejosa**, todo ello, conforme a los parámetros necesarios para determinar en forma **proporcional y razonada**, si ésta debe **cesar, prolongarse, sustituirse o modificarse**, en términos de lo dispuesto en los numerales 153 a 171, o bien, 176 a 183 del Código Nacional de Procedimientos Penales, aplicables con apoyo en el Artículo Quinto Transitorio de la reforma hecha a dicho ordenamiento el diecisiete de junio de dos mil dieciséis, con lo que violentó en perjuicio de la solicitante del amparo, el contenido del segundo párrafo de la fracción IX del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el estándar jurisprudencial y los ordinales relativos de las disposiciones internacionales apenas referidas, **lo que amerita decretar la protección constitucional que solicita, para el efecto de que dicha omisión sea reparada.**

Es aplicable al respecto y en lo conducente, la tesis aislada 1a. XXXIX/2017, emitida por la Primera Sala del Alto Tribunal, que indica:

**“PRISIÓN PREVENTIVA. DIFERENCIAS ENTRE SU JUSTIFICACIÓN INICIAL Y LA AUTORIZACIÓN DE SEGUIR EL PROCESO EN LIBERTAD POR LA IRRAZONABILIDAD DEL TIEMPO TRANSCURRIDO EN EL JUICIO SIN QUE SE HUBIERE DICTADO SENTENCIA DEFINITIVA.** Los artículos 16, 18, 19 y 20, Apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el texto vigente antes de



Amparo en Revisión:  
123/2020

*su modificación el 18 de junio de 2008, prevén que una vez que una persona es puesta a disposición ante la autoridad judicial como consecuencia de una orden de aprehensión, el juez deberá dictar auto de plazo constitucional en el que decrete la libertad del inculpado, la sujeción a proceso o bien, la formal prisión. Ante tal situación, se establece que un inculpado 'será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.' En ese contexto, ante la interrelación material de las normas constitucionales y convencionales, los citados preceptos deben analizarse armónicamente con los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De la interpretación sistemática de estas normas, se desprende que si bien el ordenamiento constitucional autoriza la prisión preventiva en ciertos supuestos, también mandata que el proceso penal en contra de una persona a la que se sometió a esta medida cautelar se lleve a cabo en un plazo razonable pues, si ello no se cumple, en realidad se estaría imponiendo una pena anticipada en franca vulneración al principio de presunción de inocencia. Así, aunque son conceptos interrelacionados, no debe confundirse la prisión preventiva y su justificación, con el alcance del derecho a la libertad personal consistente en que se autorice a una persona a seguir el proceso en libertad por la irrazonabilidad del tiempo transcurrido en su juicio sin dictársele sentencia definitiva, que equivaldría a la justificación de su prolongación. Mientras que en la justificación inicial de la prisión preventiva, el juez no tiene mayores elementos que los aportados por el Ministerio Público; en la justificación de la prolongación de la prisión preventiva por la actualización de un plazo razonable en el juicio, el juzgador cuenta con otros elementos que le permiten*



Amparo en Revisión:  
123/2020

valorar si es necesario o no continuar con dicha medida cautelar.”<sup>38</sup>

#### VIII. DECISIÓN.

Ante tal panorama, al resultar **ESENCIALMENTE FUNDADOS** los agravios hechos valer por la parte recurrente, dado que no se actualiza la **CAUSA DE SOBRESEIMIENTO DEL JUICIO** establecida por el Juez de Distrito, lo procedente es **REVOCAR** la sentencia recurrida, por lo que al **levantar el sobreseimiento y reasumir jurisdicción** para emitir la sentencia que corresponde, este Tribunal Colegiado considera que debe **CONCEDERSE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL** solicitada, cuyos efectos, en términos del artículo 77, fracción II de la Ley de Amparo,<sup>39</sup> son los siguientes:

(1) La autoridad responsable ordenadora **Juez Octavo de Distrito en el Estado de México con residencia en Naucalpan de Juárez, con libertad de jurisdicción**, deberá realizar una **revisión oficiosa** de la medida de **prisión preventiva** decretada a la quejosa \*\*\*\*\* desde el **veintitrés de octubre de dos mil doce** dentro de la causa penal **21/2014** del índice de su estadística;

<sup>38</sup> Registro 2014013, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, página 448.

<sup>39</sup> **Artículo 77.** Los efectos de la concesión del amparo serán: [...]

II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija. [...]



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

(2) En esa evaluación deberá determinar de manera **proporcional** y **razonada**, si se justifica o no la **prolongación** de la medida impuesta a la quejosa, al haber rebasado el **plazo razonable** para que una persona sea juzgada o si ello se debe al **ejercicio de defensa**; y

(3) Atendiendo al contenido de esta ejecutoria provea sobre la **prolongación**, o bien, el **cese**, **sustitución** o **modificación** de la **prisión preventiva** decretada a la quejosa  
\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , conforme a los preceptos

153 a 171, o en su caso, 176 a 183 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

**Con lo cual se tendrá por cumplido el amparo.**

Protección constitucional que debe hacerse extensiva a los actos de ejecución que se atribuyeron a las autoridades señaladas como ejecutoras **Comisionado del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social** y **Directora del Centro Federal de Readaptación Social No. 16, en Coatlán del Río, Morelos**, por no haberse reclamado sus omisiones por vicios propios.

Lo anterior, con apoyo en la tesis II.3o. J/12, que si bien interpreta la Ley de Amparo anterior a la reforma de dos de



*Amparo en Revisión:  
123/2020*

abril de dos mil trece, su contenido es aplicable a la norma vigente al existir identidad con su actual contenido, en términos de su Artículo Sexto Transitorio, criterio que a la letra proclama:

**“AUTORIDADES EJECUTORAS, ACTOS DE LAS, NO RECLAMADOS POR VICIOS PROPIOS.** *Cuando el amparo y protección de la Justicia Federal se concede en contra de actos atribuidos a las autoridades ordenadoras, tal concesión debe hacerse extensiva a las ejecutoras al no existir impugnación por vicios propios.*”<sup>40</sup>

Por lo anteriormente expuesto y fundado se,

#### RESUELVE:

**PRIMERO.** Se **REVOCA** la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.** La Justicia de la Unión **AMPARA Y PROTEGE** a \*\*\*\*\* contra los actos, autoridades y para los efectos precisados en la parte **FINAL** del **ÚLTIMO** considerando de este veredicto constitucional.

**NOTIFÍQUESE;** con testimonio de esta resolución, devuélvase los autos al lugar de su procedencia; háganse las anotaciones correspondientes en el libro de gobierno, así como en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE); y,

<sup>40</sup> Consultable en la página 41, Tomo 55, Julio de 1992, correspondiente a la Octava Época, del Semanario Judicial de la Federación, Materia Común.



*Amparo en Revisión:*  
123/2020

en su oportunidad, archívese el presente expediente como asunto concluido.

Así, lo sentenció el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, por unanimidad de votos de los Magistrados Presidente **Jorge Arturo Sánchez Jiménez**, **Rubén Arturo Sánchez Valencia** y **Olga Estrever Escamilla**, siendo ponente el segundo de los nombrados.

Firman los Magistrados y la Secretaria de Acuerdos Rosalva Carranza Peña, que autoriza y da fe.

FIRMADOS.- EL PRESIDENTE.- JORGE ARTURO SÁNCHEZ JIMÉNEZ.- EL MAGISTRADO.- RUBÉN ARTURO SÁNCHEZ VALENCIA.- LA MAGISTRADA.- OLGA ESTREVER ESCAMILLA.- ASÍ COMO LA SECRETARIA DE ACUERDOS.- ROSALVA CARRANZA PEÑA.-



ME > Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 7

1354

El dieciocho de febrero de dos mil veintiuno, la licenciada Sujey Azucena Villar Godínez, Secretario de Tribunal, con adscripción en el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, hago constar y certifico que en esta versión pública no existe información clasificada como confidencial o reservada en términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Conste.

PJF - Versión Pública



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMAA-55

RP. 27/2021

**QUEJOSO:** \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , en su carácter de Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública.

**RECURRENTES:**

**Salvador Leyva Morales Zaragoza**, en su carácter de Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública y **Martha Araceli Arguello Zepeda** agente del Ministerio Público de la Federación Adscrita al Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México.

Relacionado con las QP. 195/2019, QP. 196/2019, \*\*\* \*\*\*\*\*; QP. 206/2019, QP. 207/2019, QP. 208/2019; QP.209/2019, QP.210/2019, QP. 211/2019; QP.212/2019, QP. 213/2019, QP. 214/2019, QP. 215/2019, QP 1/2020 QP. 44/2020; QP. 45/2020; QP. 51/2020, QP. 53/2020 y Q.P. 46/2020 QP. 76/2020, Q.P. 74/2020, Q.P. 81/2020 y Q.P. 84/2020 (ya resueltas). RP. 10/2021 y RP. 12/2021 (pendientes de resolver) RP. 19/2021 (para verse en la misma sesión).

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**EMMA MEZA FONSECA.**

**SECRETARIO DE ESTUDIO:**  
**MARTÍN MUÑOZ ORTIZ.**

Ciudad de México, Acuerdo del Noveno Tribunal



**RP. 27/2021**

**-2-**

Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, correspondiente a la **sesión ordinaria virtual** de veinticinco de marzo de dos mil veintiuno.

**VISTOS**, para resolver los autos del **R.P. 27/2021**, relativo al juicio de amparo indirecto **\*\*\*\*\***; del índice del Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, y,

**RESULTANDO:**

I. **\*\*\*\*\*** en su carácter de Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública, mediante escrito presentado vía electrónica el doce de noviembre de dos mil diecinueve, turnado el **trece siguiente** al Juez Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal contra actos atribuidos al Agente del Ministerio Público de la Federación, Titular de la Mesa 11-A de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, Wenceslao Salvador Alejo y otras autoridades, consistentes en:

**“a) Del Agente del Ministerio Público de la Federación:**

*La omisión de realizar con la debida diligencia una investigación por graves violaciones a derechos humanos, correspondiente a la **averiguación previa** **\*\*\*\*\*** de la Fiscalía General de la República, que se encuentra en la Mesa 11-A de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, en la cual se tiene como víctima a **\*\*\*\* \*\*\*\*\*** **\*\*\*\*\* \*\*\*\*\***. Misma que se traduce en la excesiva e injustificada dilación en la integración y consecuente judicialización de la averiguación previa, toda vez que han*

MAJIA/CONS/2021-08-28 17:38:04  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-3-

FORMAA-55

*transcurrido nueve años desde que sucedió el probable hecho delictivo, y por lo menos cuatro años desde que se tuvo conocimiento de la denuncia de la Unidad Especializada para la Investigación del Delito de Tortura, sin que hasta la fecha se haya investigado, procesado y sancionado a los presuntos responsables, ni reparado a la víctima.*

**b) Del Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura de la Fiscalía General de la República:**

*La omisión de supervisar de manera diligente y efectiva que el Agente del Ministerio Público de la Federación Titular de la Mesa 11-A de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, investigue los delitos con la debida diligencia en la averiguación* *previa*

\*\*\*\*\*

**c) De la Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos:**

*La omisión de supervisar que el Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, investigue los delitos con la debida diligencia en la averiguación previa*

\*\*\*\*\*

**d) Del Titular de la Fiscalía General de la República:**

*De acuerdo con el ejercicio de la autoridad jerárquica sobre todo el personal de la Fiscalía General de la República, las omisiones en la coordinación y supervisión de la actuación de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos y la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, en las que ha delegado su función investigadora. Particularmente esta última, ante la que se encuentra activamente la investigación de los hechos, por su flagrante omisión de actuar con la debida diligencia, dentro de un plazo razonable.”*

II. En auto de catorce de noviembre de dos mil diecinueve el Juez de Distrito desechó la demanda de amparo al considerar



## RP. 27/2021

-4-

actualizada la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XII, en relación con el diverso 113, ambos de la Ley de Amparo.

III. Inconforme con dicho proveído \*\*\*\*\* \*\* interpuso recurso de queja, la que por razón de turno correspondió conocer a este tribunal colegiado; la admitió, registró con el número \*\*\* \*\*\*\*\* y en sesión de **quince de enero de dos mil veinte** resolvió por **unanimidad** de votos declararla parcialmente fundada.

IV. El veintitrés de enero de dos mil veinte en cumplimiento a la ejecutoria dictada por este tribunal colegiado, el juez de Amparo requirió a la parte quejosa para que precisara los actos que pretendía reclamar y las autoridades a las que se los atribuía; señalara si era su deseo tener como acto reclamado la omisión de dar trámite a la denuncia formulada el once de octubre de dos mil diecinueve; señalara si era su deseo tener como acto reclamado la omisión de pronunciarse sobre las solicitudes de asistencia médica, psicológica, jurídica, ingreso al Registro Nacional de Víctimas y otras diligencias; aclarara y acreditara la personalidad con que se ostenta y manifestara bajo protesta de decir verdad los hechos o abstenciones que constituyen los antecedentes del acto reclamado o que sirven de fundamento a los conceptos de violación.

V. Por acuerdo de veintinueve de enero de dos mil veinte el Juez de Amparo tuvo por recibido el escrito de \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* sin que tuviera por desahogado el requerimiento anterior, toda vez que no anexó documento alguno emitido por el Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, en el que se expresaran las facultades con que se ostentaba.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-5-

FORMA-55

**VI.** En proveído de treinta y uno de enero de dos mil veinte, el Juez de Amparo tuvo por recibido el escrito de \*\*\*\*\* mediante el cual pretendió desahogar los requerimientos de veintitrés y veintinueve de enero del mismo año, sin que se tuviera por desahogado, toda vez que no presentó la designación del Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, ni exhibió otro documento que acreditara ese carácter.

**VII.** En proveído de seis de febrero de dos mil veinte, el Juez de Amparo tuvo por recibido el escrito de \*\*\*\*\* mediante el cual pretendió desahogar los requerimientos de veintitrés, veintinueve y treinta y uno de enero del mismo año, sin que fuera posible, toda vez que no presentó la designación del Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, pues con los documentos que exhibió no cumplió con lo ordenado por este tribunal colegiado.

**VIII.** El once de febrero de dos mil veinte, el Juez de Amparo al analizar la personalidad del promovente determinó que a pesar de no existir un nombramiento específico relativo a la Titularidad de la Secretaría Técnica de Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos, de la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública, existen elementos para afirmar fundadamente que la personalidad está acreditada, por lo que, **admitió** la demanda de amparo; no tramitó incidente de suspensión al no haber sido solicitado, solicitó informe justificado a las autoridades responsables, señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia constitucional y reservó proveer lo conducente respecto a los terceros interesados; el diecinueve y veinte de febrero siguientes, tuvo por recibidos diversos informes justificados, que puso a la vista de las partes en términos del



RP. 27/2021

-6-

artículo 117 de la Ley de Amparo.

**IX.** Inconforme con la anterior determinación Juan Diego Chávez Aguirre agente del Ministerio Público de la Federación, en Auxilio de la Mesa 11, de la Coordinación "A", Perteneiente a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura de la Fiscalía General de la República interpuso recurso de queja, que por turno correspondió conocer a este tribunal colegiado; la admitió y registró con el número **QP. 44/2020**; en sesión ordinaria virtual de **cuatro de junio de dos mil veinte** resolvió por **unanimidad** de votos declarar **infundado** el recurso de queja.

**X.** Así, el diecinueve de junio de dos mil veinte el juez de Amparo reanudó el procedimiento, señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia constitucional; agregó el informe justificado de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura de la Fiscalía General de la República y solicitó informe justificado al agente del Ministerio de la Federación en Auxilio de la Mesa 11, de la Coordinación A, perteneciente a la Fiscalía General de la República; el seis de julio siguiente tuvo por recibido un informe justificado, que puso a la vista de las partes en términos del artículo 117 de la Ley de Amparo.

**XI.** Seguida la secuela procesal, el quejoso presentó un escrito vía electrónica el uno de agosto del dos mil veinte, el cual por auto de **cuatro siguiente** el juez de Distrito tuvo por ampliada la demanda de amparo contra actos del **Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura; Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos; Titular de la Fiscalía General de la República**, de quienes reclamó los siguientes actos:

*"...a. La omisión de establecer y coordinar el Registro*



RP. 27/2021  
-7-

FORMAA-55

*Nacional del Delito de Tortura, en el plazo establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y,*

*b. La falta de registro de la víctima de tortura o malos tratos por quien se presentó formal denuncia en el mismo...”*

**XII.** Inconforme con dicho proveído **Rodolfo A. Dillanes Ramírez** Director de Amparo en suplencia del Director General de Control de Juicio de Amparo del Fiscal General de la República; **Sara Irene Herrerías Guerra**, Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos y **Javier Pérez Durón** Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura, todos dependientes de la **Fiscalía General de la República**, interpusieron recurso de queja, lo que acordó el trece de agosto de dos mil veinte. Medios de impugnación que por turno correspondió conocer a este tribunal colegiado; la admitió y registró con el número **QP. 76/2020**; en sesión de **ocho de octubre de dos mil veinte** resolvió por **unanimidad** de votos declarar **infundados** los recursos de queja.

**XIII.** En auto veintinueve de octubre y cuatro de noviembre de dos mil veinte, el juez de Amparo tuvo por recibidos diversos informes justificados, que puso a la vista de las partes en términos del artículo 117 de la Ley de Amparo.

**XIV.** El diecinueve de noviembre de dos mil veinte, previos diferimientos tuvo verificativo la audiencia constitucional, y en sentencia terminada de engrosar el **treinta de noviembre siguiente**, el Juez de Amparo resolvió sobreseer en el juicio, negar y conceder el amparo y protección de la justicia federal solicitada, por los motivos y consideraciones precisados en los considerandos correspondientes.

**RP. 27/2021****-8-**

**XV.** Inconforme con la anterior resolución, \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* en su carácter de Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública y Martha Araceli Arguello Zepeda agente del Ministerio Público de la Federación adscrita al Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México interpusieron recurso de revisión, los cuales fueron admitidos por el Magistrado Presidente de este tribunal colegiado en auto de veinticinco de febrero de dos mil veintiuno.

**XVI.** El dieciséis de marzo de dos mil veintiuno, con fundamento en los artículos 41 fracción II y III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, 60 y 61 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, se turnaron los autos a la Magistrada Emma Meza Fonseca, para que en términos del numeral 92 de la ley de la materia formulará el proyecto de resolución.

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO.** Este Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, es competente para conocer del recurso de revisión de conformidad con lo dispuesto por los artículos 107, fracción VIII, párrafo último, de la Constitución General de la República, 80, 81 fracción I inciso e), 84, 86 y 91 de la Ley de Amparo y 37, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como por los Acuerdos Generales 84/2001 y 3/2013, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativos, el primero, a las denominaciones y fechas de inicio de funcionamiento de, entre otros órganos jurisdiccionales, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito; el segundo, a la determinación del número y



RP. 27/2021

FORMA-55

-9-

límites territoriales de los circuitos en que se divide la República Mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito, en atención a que fueron interpuestos contra una resolución dictada por un Juez de Amparo.

**SEGUNDO.** La resolución recurrida es del tenor literal siguiente:

“**VISTOS**, Para resolver, los autos del juicio de amparo indirecto \*\*\*\*\*; y, --- **RESULTANDO S. PRIMERO.**

**Presentación de la demanda.** Por ocurso presentado a través de portal del servicio en línea del Poder Judicial de la Federación el doce de noviembre dos mil diecinueve, \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* en su carácter de Secretario

Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de la Defensoría Pública, demando el amparo y protección de la Justicia Federal contra actos y autoridades que se precisan más adelante. - - -

**SEGUNDO. Tramite de juicio de amparo.** Por razón de turno, correspondió conocer de la demanda a este Juzgado **Décimo Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México**, se radico con el consecutivo \*\*\*\*\*; previos trámites procesales **once de febrero de dos mil veinte se admitió** la demanda; solicito a las autoridades responsables informe justificado; dio intervención al Agente Ministerio Publico de la adscripción; y señaló hora para la fecha para la audiencia constitucional. --- En proveído de **cuatro de agosto del dos mil veinte** se tuvo por **ampliada la demanda por nuevos autos reclamados.** - - - Previos diferimientos, la audiencia constitucional tuvo lugar en términos del acta que antecede; y **CONSIDERANDO: --- PRIMERO. --- Competencia Este**



**RP. 27/2021**  
**-10-**

Juzgado Tercero de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, es competente para resolver este juicio de amparo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 94,103, fracción I, y 107, de la Constitución Federal con los diversos 35, 37 y 107 Fracción V<sup>1</sup> la Ley de Amparo; y, 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, habida cuenta que el acto reclamado es de naturaleza penal y las autoridades responsables tienen la residencia en el territorio donde juzgado ejerce jurisdicción. - - - **SEGUNDO. Fijación de los actos reclamados.** - - - De las constancias del expediente se obtiene que los actos reclamados son; - - - **1) La omisión de realizar con la debida diligencia una investigación** por graves violaciones a derechos humanos, correspondiente a la **averiguación previa** \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* y sus acumuladas, en la cual se tiene como víctimas a \*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , lo que traduce en la excesiva e injustificada dilación en la integración y consecuente judicialización de la averiguación previa. Acto que atribuye al **Agente del Ministerio Público de la Federación.** - - - **2) La omisión de supervisar** de manera diligente y efectiva que el **Agente Ministerio Público de la Federación investigue los delitos** con la debida diligencia en la **averiguación previa** \*\*\*\*\* y sus acumuladas. - - - Acto que atribuye al Titular de la Fiscalía Especial en Investigación de Delitos de Tortura. --- **3) la omisión de supervisar** que el **Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del delito de Tortura investigue los delitos** con la debida diligencia en la averiguación previa y **copiar** acumuladas \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* - - - Acto que atribuye al **Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos.** - - - **4) Las omisiones en la coordinación y supervisión de la actuación**

SEMAIA MEXICO CONSUELO  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04



RP. 27/2021  
-11-

FORMAA-55

de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos y la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, en las que se ha delegado su función investigadora; particularmente está última ante la que se encuentran activamente de la investigación de los hechos, por su fragante omisión de actuar con la debida diligencia, dentro de un plazo razonable. - - - Acto que atribuye al Titular de la Fiscalía General de la República. - - - En ampliación de la demanda, reclamó: - - - 5) La omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura, en el plazo Establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 6) La falta de registro de la víctima de tortura o malos tratos por quien se presentó formal denuncia - \*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*- Actos que atribuyó a los Titulares de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura y de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, así como al Fiscal General, todos ellos de la Fiscalía General de la República. - - - TERCERO. Inexistencia de los actos reclamados. La Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, al rendir sus informes justificados, negó la existencia de los actos reclamados 3), 5), y 6), sin que la parte quejosa controvierta con la prueba alguna esas negativas. - - - El Titular de la Fiscalía General de la República, al rendir informe justificado negó el acto reclamado 4), referente a coordinar y supervisar la Investigadora de los Titulares de las dos Fiscalías en mención, respecto a los hechos materia de una investigación; sin que el quejoso desvirtuara tal negativa. - - - De igual manera, el Titular de la Fiscalía General de la República, al rendir informe justificado, negó el acto 6), relativo a llevar a cabo el registro de la víctima de tortura o malos tratos en el Registro Nacional del Delito Tortura, puesto





RP. 27/2021  
-13-

FORMA-55

**Existencia del acto reclamado. El Agente Ministerio Público de la Federación adscrito a la Coordinación 'A' de la Fiscalía Especial en Investigación de Delitos de Tortura, al rendir informe justificado (fojas 248 a 250), negó la existencia del acto reclamado, consistente en la omisión de realizar la debida investigación en la averiguación previa**

\*\*\*\*\*;

excediendo injustificadamente la dilación en su integración, así como su conclusión; sin embargo, tal negativa debe desvirtuarse, en virtud de lo expuso varias razones por las que, hasta el momento de la Presentación de la demanda de amparo, continúa realizando diversas diligencias de investigación tendientes al esclarecimiento de los hechos e incluso con posterioridad a ello; por tanto no lo ha concluido.- - - Cobra aplicación al caso de tesis sustentado por el Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, visible en el seminario Judicial de la Federación, 181-186, Sexta Parte, Correspondiente a la Séptima Época, visible en la página 15, cuyo rubro y texto son: '**ACTO RECLAMADO,. EXISTENCIA DEL, AUNQUE LAS RESPONBLES LO NIEGUEN, SI DE LA LECTURA DEL INFORME CON JUSTIFICACIÓN SE DESPRENDE SU CERTEZA.** Si las responsables niegan en sus informes con justificación la existencia de los actos reclamados, pero de la lectura de dichos informes se desprenden datos que desvirtúan tal negativa, aun cuando no existan pruebas a ese respecto necesariamente deben tenerse como ciertos los actos reclamados, ya que procesalmente el reconocimiento que hacen las partes dentro de un juicio, surte efectos de confesión; en consecuencia, al equiparse las autoridades responsables a la parte de la demanda constitucional, resulta lógico y jurídico concluir que el reconocimiento que hagan sobre algún punto de la Litis que en sí lo perjudiquen, surte efectos de una confesión, y por ende, dicho punto no está en debate y si plenamente



RP. 27/2021  
-14-

reconocido'. - - - Además la certeza del acto se acredita con las copias certificada de la **averiguación previa**

\*\*\*\*\*.

que remitió la autoridad Investigadora responsable en apoyo a su informe justificado, en las cuales consta las omisiones reclamadas -dilación y falta de determinación-. - - - Para sustentar se afirmación, solicitó **se le tuvieran presentadas las mismas constancias que remitió al rendir su informe justificado** en el diverso juicio \*\*\*\*\* del índice de este juzgado. - - - Constancias que adquieren valor probatorio pleno de conformidad con los normativos 129 y 202, del Código Federal de Procedimientos Civiles, de su aplicación supletoria a la Ley de Amparo según su artículo. - - - Por su parte, el **Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura**, al rendir informe justificado respecto al acto 2), relativo a la omisión de supervisar que el **Agente Ministerio Público de la Federación Investigue los Delitos** con la debida diligencia en

la **averiguación previa** \*\*\*\*\* y sus acumuladas, **lo negó**; exponiendo que el **doce de febrero de dos mil veinte**, giró el oficio \*\*\*\*\* lo anexa (fija 186) -a ese Ministerio Público instruyendo le para

que continuará investigando y en el menor plazo posible determinara esa indagatoria. - - - Al respecto, esa negativa se desvirtúa ya que en su introducción que refiere la realizó con posterioridad al momento en que se presentó la demanda, esto es, el **doce se noviembre de dos mil diecinueve**; entonces para esa fecha existía la omisión que se le reclama y, por ello, el acto que aquí se le atribuye es **cierto**. Asimismo, el **Titular de la Fiscalía General de la República y el Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura**, al rendir sus informes justificados, **negaron** la existencia de los actos 5) y 6) , que corresponde a la **omisión de establecer y**

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04  
MAJIA MEXICO CONSUELA



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-15-

FORMAA-55

coordinar el **Registro Nacional del Delito de Tortura**, en el **plazo establecido** por el artículo **Quinto Transitorio** de la **Ley General Pará Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**, y la **falta de registro de la víctima** de tortura o malos tratos por quien se presentó formal denuncia, que respectivamente se les atribuye. - - - Sin embargo, sus negativas se desvirtúan ya que por lo que hace a la primera autoridad, conforme lo dispuesto por el artículo **Quinto Transitorio de la Ley General Para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**, al **Titular de la Fiscalía General de la República** le corresponde implementar la **infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura**, responsabilidad que se confirma con lo dispuesto con por el ordinal **85** de la referida legislación; en tanto que, a la segunda autoridad corresponde realizar el **registro de la víctima** de tortura o malos tratos en el **registro Nacional del Delito de Tortura**; obligación que se precisa con lo dispuesto con el artículo **35**, fracción **III**, de la **Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes**; por ello, resultan ciertos los actos que en el apartado se les atribuye. - - -

**CUARTO.** - - - **Causa de Improcedencia.** El **Titular de la Fiscalía General de la República** y el **Titular de la Fiscalía Especial en Investigación de Delito de Tortura**, refiere que se actualiza la causal prevista en la fracción **XII**, del artículo 61, en relación con el 5 y 6, de la Ley de Amparo, ya que el promovente del Amparo **\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\***, en su carácter

de **Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del Instituto Federal de la Defensoría Pública**, carece de interés legítimo para promover el juicio, ya que **\*\*\*\*\* \*\*\*\*\*** no acredita dicho interés, aunando a que para promover la demanda, no se ostenta como defensor o





RP. 27/2021  
-17-

FORMA-55

**Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de la Defensoría Pública,** cuyas funciones jurídicas que le han sido encomendadas se constriñen a combatir actos vinculados con la tortura; aspecto que está inmerso en los derechos fundamentales que consagra la Carta Magna en favor de las personas, en este caso quien dice ser víctima de tortura \*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* . - - Si bien por el acto que reclama en atención a su naturaleza -tortura ejercida en una persona-, \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* no resiente de manera directa a una afectación en su esfera jurídica puesto que no tiene carácter de víctima; sin embargo, no debe perderse de vista con el carácter que acredita demuestra tener un vínculo entre la pretensión que persigue -por sus funciones legales- y la afectación que recae en la víctima referida, lo que se traduce en un interés real que lo legitima para acudir en Amparo. - - - Ciertamente, el **Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de la Defensoría Pública** adquiere una categoría jurídica diferenciada de los demás grupos de la colectividad, por naturaleza legal de su encomienda, ya que persigue un beneficio legítimo para la persona que representa en aras de obtener una resolución favorable a sus intereses, pue a través del amparo del amparo que promueve pretende que determine la averiguación previa que se inició con motivo de los hechos de la tortura que denunció la víctima y de esa manera se le restituya plenamente los derechos que le hubiesen vulnerado y resarcirle el daño ocasionado. - - -En conclusión, \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* en su carácter de **Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de la Defensoría Pública** acredita tener interés legítimo para promover el amparo. - - - Sirve de apoyo en lo anterior la jurisprudencia sustentada por el





RP. 27/2021  
-19-

FORMAA-55

**continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable al momento del inicio de los mismos”.**

(el subrayado no es de origen). - - - Este orden de ideas, si se toma en consideración que el **veinte de abril de mil quince, se inició la averiguación previa**

\*\*\*\*\*

en la que se investigan posibles actos de tortura ejercidos contra  
\*\*\*\* \*\*\*\*\*

**veintiocho de septiembre dos mil diez; es inconcuso que ello sucedió durante la vigencia de la abroga Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura;**

entonces, el procedimiento debe ceñirse a las disposiciones de la ley vigente en la época que inició la indagatoria. De ese modo, si la **Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura** no contemplaba la instauración del Registro Nacional del Delito de Tortura, como tampoco exigía que la víctima de tortura se registraba en ese control, resulta incuestionable que los actos precisados en este apartado, no se les puede reclamar a las autoridades responsables, Titular de la Fiscalía General de la República y Fiscal Especial en Investigación de Delitos de Tortura, respectivamente, por que existían esas obligaciones legales. - -

- Por tanto, lo que procede es **negar el amparo** solicitado por lo que hace a ambas responsables y por los actos que se les atribuyen. - - - **SEXTO. Estudio de la constitucionalidad del acto reclamado.** En este apartado se analiza el acto 1), atribuido al Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Coordinación 'A' de la Fiscalía Especial en Investigación de Delitos de Tortura, consistente en la omisión de realizar la debida investigación en la averiguación previa \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* y sus acumuladas; excediendo injustificadamente la **dilación en su integración,** así como **su conclusión.** - - - En este sentido, se impone destacar que la litis materia de estudio se suscribe a los

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04



RP. 27/2021  
-20-

tópicos de la dilación excesiva de la integración de la citada averiguación, como la falta de su determinación en perjuicio de las víctimas \*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*;

por tanto, en estricto apego a lo anterior, sólo se destacan los antecedentes procesales relacionados con ello. - - Así tiene que

1) El veinte de abril de dos mil quince, el Agente del Ministerio Público de la Federación Titular de la Mesa de Averiguación previas derivadas de Recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Número Uno adscrito a la Dirección General de Atención y Seguimiento a Recomendaciones y Conciliaciones en Materia de Derechos Humanos de la entonces Procuraduría General de la República, inició la averiguación previa

\*\*\*\*\*

y sus acumuladas. - - - El inicio de esa averiguación se sustenta en el expediente de recomendación \*\*\*\*\* , emitida por

la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en la que se destaca la denuncia formulada por Gabriela Herrera Salas, en su carácter de apoderada legal de la Comisión en cita, con motivo de las quejas que se recibieron por conducto de \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , los días

catorce de marzo y veintiocho de mayo de dos mil doce, así como veintisiete de abril de este año, respectivamente, en relación con los hechos ocurridos el veintiocho de septiembre de dos mil diez, consistente en la detención que se llevó a cabo en el Ciudad de Matamoros, en el Estado de Tamaulipas, por parte de los elementos de la Secretaría de Marina: \*\*\*\*\*

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

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

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

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

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

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

70.64.68.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04  
CONSEJO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA EN MÉXICO



RP. 27/2021  
-21-

FORMAA-55

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* . - - Elementos castrenses que  
**pusieron a disposición** del Agente Ministerio público de la  
Federación a \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

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

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

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

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

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

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

\*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , con motivo de que lo

detuvieron en flagrancia por la comisión los hechos delictivos; sin embargo, las personas detenidas denunciaron haber sido torturados desde su aprehensión y durante el traslado a la Ciudad de México en las instalaciones del entonces Procuraduría General de la República (foja 1 a 28 del Tomo I). - - - **2.** El Agente del Ministerio Público a cargo de esa indagatoria, el **veinte de abril de dos mil quince**, solicitó la presencia de Gabriela Herrera Salas, para que ratificara la denuncia que dio origen a dicha averiguación (foja 826 del tomo I).

**3) El diez de junio del dos mil quince**, el Agente Ministerio Público de la Federación a cargo dicha indagatoria, la entregó a su homologada encargada de la coordinación de las Mesas de Averiguaciones Previas de la Dirección General de Atención y Seguimiento a Recomendaciones y Conciliaciones en Materia de Derechos Humanos (foja 828 del Tomo I).

- - - **4)** La Agente Ministerio público a cargo de la indagatoria el **veintiséis de febrero de dos mil dieciséis**, giró un oficio recordatorio al Titular de la Policía Federal Ministerial, para que ordenará que los elementos a cargo se avocaran a **investigar los hechos denunciados a las víctimas**; el **cuatro de noviembre de ese año**, y el **treinta y uno de mayo del dos mil diecisiete**, reiteró esas solicitudes (fojas 848, 865 y 870 del Tomo I).

**5)** El **siete de agosto de dos mil diecisiete** de nueva cuenta **se entregó la averiguación**

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04



## RP. 27/2021

-22-

previa a distinta autoridad Investigadora (foja 883 del tomo I).

**6) El siete de agosto de dos mil diecisiete**, el representante social investigador solicitó al Comisionado del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social, informaron los centros de reclusión en los que se encontraban internos algunos de los denunciados (foja 886 del tomo I); el catorce siguiente recibió esa información (foja 888 del tomo I). - - - **7) El veintiocho de agosto de dos mil diecisiete**, una vez más se entregó la averiguación previa para que otro Ministerio Público continuará con su integración (foja 889 del Tomo I), - - - **8) El ocho de noviembre de dos mil diecisiete**, la agente del Ministerio Público a cargo de la indagatoria solicitó información a su homologado adscrito al **Juzgado Primero de Distrito de Procesos Penales Federales con residencia en Matamoros, en el Estado de Tamaulipas**, para que le informara el estado procesal en que se encontraba la causa penal que se instruía en ese juzgado contra algunos sujetos que denunciaron

(foja 900 del Tomo I). - - - **9) El veinte de febrero del dos mil dieciocho**, se dictó un acuerdo para recabar constancias en la indagatoria, consistente en los **dictámenes** médicos de lesiones practicados por el personal de la **Secretaría de Marina Armada de México y de la Procuraduría General de la República**, **respectos de los sujetos que fueron detenidos y puestos a disposición del Ministerio Público de la Federación**; además solicitó las constancias de declaración preparatoria de aquellas rendidas ante el **Juzgado Primero de Distrito de Procesos Penales Federales con residencia en Matamoros, en el Estado de Tamaulipas**, en la causa penal 142/2010-II de su índice (foja 928 del Tomo I). - - - **10) El uno de marzo del dos mil dieciocho**, recibió la información que solicitó al Juzgado de Procesos Penales (foja 933 del Tomo I). - - - **11) El veintitrés de Marzo de dos mil dieciocho**, hizo constar que recibió por conducto del Supervisor de la Unidad de Atención Inmediata en



RP. 27/2021  
-23-

FORMA-55

Matamoros, Tamaulipas, las originales de la **averiguación previa \*\*\*\*\***, para que se acumulara a la indagatoria a su cargo por tener relación con los hechos que ahí se investigan, entre las documentales que se glosaron se incluyó el informe que elaboró la Secretaría de Marina Armada de México, en relación con la queja denunciada por **\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\***, y otros (fojas 941 a 1077 del tomo II).

**12) El veintisiete de abril de dos mil dieciocho**, solicitó a la autoridad penitenciaria federal se permitiera el acceso del personal médico oficial a los Centros de reclusión, en donde se encontraban internos los sujetos que denunciaron los actos de tortura cometidos en su contra, con el propósito de realizarles la pericial médica referente al Protocolo de Estambul (foja 1088 del tomo II), llevándose a cabo algunas de ellas en los meses siguientes, en atención a las posibilidades y dificultades que se presentaron para su realización. - - - **13) El veinticinco de**

**octubre de dos mil dieciocho**, se declinó competencia en favor del Agente Investigador por conducto de su homólogo que tenía a su cargo la indagatoria **\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\***, para que se acumulara a la **averiguación previa \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*** por tener relación con los hechos que en ella se investigan (fojas 2714 a 2718 del Tomo III). - - - **14) El veintiuno**

**de noviembre de dos mil dieciocho**, se hizo constar que se creaba la **Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura**, de la Fiscalía General de la República, por lo que en esa indagatoria se llevaría a cabo la **consulta de incompetencia por especialidad de la materia**, en la que se **propuso declinar seguir conociendo de la indagatoria** (fojas 2745 a 2769 del Tomo IV). - - - **15) El veintidós de noviembre siguiente**, se autorizó la incompetencia planteada y se ordenó que la averiguación previa en comento se remitiera a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, para la

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04



RP. 27/2021  
-24-

continuación de su integración (foja 2774 del Tomo IV). - - - 16)

El treinta de noviembre de dos mil dieciocho, se radicó la indagatoria en esa Fiscalía especializada, se continuó recabando diversa información hasta que el veintiuno de octubre de dos mil diecinueve, el Agente del Ministerio Público Federal en funciones de Fiscal Supervisor de la Unidad de Atención y Determinación Inmediata, de la Fiscalía General de la República, comunicó al Ministerio Público Investigador a cargo de dicha indagatoria, que el Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del Instituto Federal de la Defensoría Pública, presentó una denuncia por los probables actos de tortura cometidos en agravio de \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* (sic), \*\*\*\*\* y \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* y \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* y \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* y \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* y \*\*\*\*\*

EMMA MIER FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04

\*\*\*\*\* , al momento de su detención por parte de elementos de la Secretaría de Marina Armada de México (fojas 3466 a 3502 del Tomo IV). - - - 17) El veintidós de octubre de dos mil diecinueve, el agente del Ministerio Público investigador informó al Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del Instituto Federal de la Defensoría Pública, que continuaba integrando la averiguación previa de referencia en la que tenían el carácter de agraviados \*\*\*\*

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* y \*\*\*\*\* ; en igual sentido respondió

el veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve, respecto



RP. 27/2021  
-25-

FORMAA-55

a \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , \*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* ,  
\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* y \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* (fojas

3503 y 3520 del Tomo IV). - - - En ese orden de ideas, el demandante de la protección constitucional aduce sustancialmente que la autoridad responsable ha vulnerado el derecho fundamental contenido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque ha transcurrido un plazo excesivamente razonable para que emita la determinación que en derecho corresponda. - - - Es sustancialmente **fundado** el concepto de violación que se examina, atento a las consideraciones que enseguida se expresan. - - - El párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé: **“Artículo 17. (...) - - - Toda Persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales (...).”** - - - Tal artículo constitucional contempla el derecho fundamental de tutela jurisdiccional o acceso a la justicia, la cual puede definirse como le derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita, esto es, sin obstáculos, a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Tal postulado descansa a su vez en los siguientes principios: **1. Justicia pronta:** Conforme a la cual las autoridades se encuentran constreñidas a dirimir los conflictos sometidos bajo su potestad, dentro de los términos y plazos que para tal efecto prevean las leyes; **2. Justicia completa:** La autoridad que



## RP. 27/2021

-26-

conoce del asunto, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, resuelve si asiste razón al gobernado sobre los derechos en disputa, analizando todos y cada uno de los puntos debatidos; - - - **3. Justicia imparcial.** Descansa en brindar certeza y seguridad jurídica al gobernado de que el fallo que se emita en la controversia de la cual forma parte, esté apegado a derecho y no exista inclinación hacia alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, - - - **4) Justicia gratuita:** Radica en que los órganos del Estado y los funcionarios encargados de su impartición no cobrarán a las partes en contienda contribución alguna. - - - Al respecto, tiene aplicación la jurisprudencia 197/2007, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 209, Tomo XXVI, octubre de dos mil siete, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, de rubro y texto: - - - **“ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.”** (se transcribe texto). - - - Por tanto, la autoridad, para emitir una determinación en ejercicio de sus funciones, debe ajustar su proceder a los plazos que el legislador instituyó en la ley. - - - Aspecto que debe observarse en todo procedimiento, incluso en actos de averiguación del delito y delincuente, donde el Fiscal investigador está constreñido a actuar con la diligencia necesaria para la pronta, expedita y debida procuración de justicia, proceder que permitirá que su actividad se desarrolle dentro de un marco normativo que brinde certeza y seguridad jurídica al justiciable. Bajo ese marco, es inconcuso que la autoridad investigadora responsable ha incurrido en la omisión que se le atribuye, ya que en la integración



RP. 27/2021  
-27-

FORMAA-55

de la **averiguación** **previa** \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* y sus

acumuladas, han existido diversos periodos injustificados de inactividad procesal. - - - Se afirma lo anterior, porque desde el

**inicio de la averiguación (veinte de abril de dos mil quince -**

foja 1 del Tomo I de pruebas-), se advierten un sin número de dilación para la debida integración de esa indagatoria, pues no

sólo han variado los agentes del Ministerio Público encargados de su integración, sino también la Fiscalía especializada para dicho fin; circunstancias que han influido de manera

determinante para su debida continuidad; máxime, por la naturaleza jurídica de los hechos investigados, como es los actos

de tortura ejercidos contra los denunciantes, para su acreditamiento se requiere usualmente la intervención de peritos en materia de medicina que elaboren su dictamen (Protocolo de

Estambul), aunado a que los denunciantes se encuentran internos en distintos centros penitenciarios de la República Mexicana, lo que dificulta la realización de esas pruebas; por

tanto, se requiere que la autoridad investigadora, en el ámbito de su competencia, determine oportunamente las acciones pertinentes para la adecuada integración de la indagatoria y la

concluya en el sentido que decida. Destacando que hasta la presentación de la demanda de amparo ha prevalecido esa dilación en la indagatoria e incluso con posterioridad, pues hasta

el **veintidós de junio de dos mil veinte**, el Ministerio Público responsable no ha determinado (foja 1330 del Tomo V). - - -

Circunstancias que evidencian un retardo y, sobre todo, omisiones en sus actuaciones a las que ineludiblemente está constreñida de conformidad con lo exigido por el ordinal 21 de la Carta Magna. - - - Aspectos que denotan una conducta displicente en la autoridad investigadora responsable, ya que desde el **veinte de abril de dos mil quince, cuando la inició, y hasta el veintidós de junio de dos mil veinte, continúa sin**

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



**RP. 27/2021**  
**-28-**

**determinarla, sin que se justifique tal dilación; lo que así se advierte** de las constancias que en vía de informe remitió, por lo que se insiste, hasta el momento en que se resuelve este amparo, la multicitada responsable investigadora, **no ha terminado de integrar y determinar la averiguación en cita.**

En ese orden de ideas, se concluye que existe un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la averiguación previa, dada la inactividad de la autoridad investigadora. - - - En las relatadas consideraciones, al ser suficientemente **fundados** los conceptos de violación analizados procede **conceder** el amparo y protección de la Justicia Federal solicitada para que el **Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Coordinación “A” de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura,** haga lo siguiente: - - - 1. Dentro del término de tres días contados a partir de que cause estado esta sentencia, emita un acuerdo en el que

precise detalladamente cuáles son las diligencias pendientes de desahogar, así como las pruebas pendientes de recabar. - - - 2. En caso de que no existan, determine la **averiguación previa**

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

y sus acumuladas. - - - 3. En el supuesto de que existan diligencias pendientes de desahogar o pruebas a cabo en el término de veinte días hábiles siguientes, contando a partir de la emisión de aquél proveído; una vez obtenidas y desahogadas, determine la averiguación previa en cita; y notifique personalmente al quejoso. **SÉPTIMO. Captura del fallo en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes.** En cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 180, fracción III, 191 y 192 del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que establece las disposiciones en materia de actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales, que determinan el uso obligatorio del módulo de captura del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, relativo a las sentencias dictadas

MAIA MENDOZA  
CONSUELO  
70.64.62.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04



RP. 27/2021  
-29-

FORMAA-55

en los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, se ordena al Secretario supervise que la analista jurídico encargada del aludido sistema capture la presente resolución y, a fin de corroborar que se llevó a cabo lo anterior, agregue la constancia que así lo acredite al expediente en que se actúa. - - - Por lo expuesto, fundado y con apoyo además en los artículos 73, 74, 75 y 124 de la Ley de Amparo, se: - - - **RESUELVE: PRIMERO. Se sobresee en el juicio de amparo promovido por Salvador Leyva Morales Zaragoza, contra las autoridades y actos precisados en los Considerandos Segundo y Tercero de esta sentencia, por las razones ahí expuestas. - - - SEGUNDO. Se niega el amparo solicitado por el quejoso Salvador Leyva Morales Zaragoza, en su carácter de Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de la Defensoría Pública, respecto a la omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura y el registro de la víctima en ese control; actos atribuidos a las autoridades mencionadas en el considerando Quinto de esta sentencia y por las razones ahí expresadas. - - - TERCERO. La Justicia de la Unión ampara y protege a Salvador Leyva Morales Zaragoza, en su carácter de Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de la Defensoría Pública, contra el acto consistente en la dilación de la adecuada integración y determinación de la averiguación previa \*\*\*\*\***

\*\*\*\*\* y sus acumulados, acto atribuido a la autoridad mencionada en el considerando Sexto de esta sentencia, por las razones como para los efectos expuestos en dicho considerando. --- **CUARTO.** De conformidad con lo expuesto en el último considerativo, se ordena al secretario supervise la captura de esta resolución en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes y agregue la

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



RP. 27/2021  
-30-

constancia que así lo acredite. - - - **Notifíquese personalmente...**"

**TERCERO.** Los agravios expresados por \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , en su carácter de Secretario Técnico de  
Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la  
Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública,  
son del tenor:

"...IV. AGRAVIOS. - - - **PRIMERO. SOBRESEIMIENTO POR LAS OMISIONES DE SUPERVISAR LAS ACTUACIONES DE SUS SUBALTERNOS.** - - - De acuerdo a la autoridad jurisdiccional, no es posible tener como ciertas las omisiones reclamadas al Fiscal General de la República y la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos en virtud de las negativas proferidas en sus informes injustificados. Sin embargo, este planteamiento resulta erróneo atendiendo a la naturaleza de mi reclamo y las diversas normas que lo fundan. - - - Al existir diversos criterios que pueden ser analizados y relacionados en el presente caso para verificar la certeza de las omisiones reclamadas, a pesar de la negativa de las autoridades responsables el A quo optó por no motivar ni fundamenta debidamente para llegar a la conclusión de sobreseer el presente juicio de amparo. - - - Conforme a la jurisprudencia de rubro: **"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE."**, el deber de fundar y motivar previsto en el artículo 16 de la Constitución Federal tiene una amplia relación con el principio de legalidad y debido proceso legal consagrado en el numeral 14 de la misma, este último interpretado a la luz del artículo 133 de la misma Ley Suprema. Esto es así, en virtud de que la fundamentación y motivación son



RP. 27/2021  
-31-

FORMAA-55

parte de las formalidades esenciales del procedimiento, en tanto permiten conocer las razones de derecho y los motivos de hecho que soportan una decisión jurisdiccional, derivado de un análisis exhaustivo del asunto donde no sólo sean estudiadas circunstancias especiales o hipótesis, sino que existe una adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso en concreto. - - - Tratándose de resoluciones jurisdiccionales, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que la expresión de los fundamentos específicos que apoyan un fallo es excepcionalmente prescindible cuando los razonamientos de la determinación conducen a la norma aplicada o disposición en que se basa. En esa tesitura, la motivación siempre será una condición necesaria y esencial en las determinaciones realizadas por juezas y jueces. Por ello, cuando se carece de motivación y también de fundamentación o incluso, del cumplimiento debido de ambos requisitos, podrá reclamarse su transgresión. Sin embargo, ambos casos son supuestos diferentes; pues en el primero, se incurrirá en una violación material y en el segundo, en una violación de fondo. Apoya esta noción. La tesis jurisprudencia subsecuente: **“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA DIFERENCIA ENTRE LA FALTA Y LA INDEBIDA SATISFACCIÓN DE AMBOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES TRASCIENDE AL ORDEN EN QUE DEBEN ESTUDIARSE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y A LOS EFECTOS DEL FALLO PROTECTOR.”** (se transcribe texto). Atendiendo a este razonamiento, puede dilucidarse que se estará ante una ausencia de fundamentación y/o motivación cuando no se mencionen las normas y/o argumentos para soportar un fallo; mientras que una indebida fundamentación y/o motivación se dará cuando aun expresándose en la determinación, no se ajusten las normas y/o los argumentos utilizados al caso concreto. - - - En el presente asunto, se aduce

RP. 27/2021  
-32-

que el órgano jurisdiccional no ha cumplido con brindar una motivación adecuada ni completa fundamentación. Por un lado, ha brindado razones que no soportan la causal de sobreseimiento apreciada (inexistencia del acto reclamado), en tanto expone motivos que no rigen la carga de la prueba en actos cuyo carácter es omisivo y prescinde de brindar sustento legal para apoyar dicho juicio. - - - Además, la sentencia recurrida omite señalar diversas disposiciones normativas que, si resultan aplicables al caso, como la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República; evitando con ello también la realización de un análisis exhaustivo de su contenido o de otros instrumentos relevantes en la materia, imposibilitando la formulación de conclusiones que demuestran la existencia de facultades y obligaciones claras que fundan las omisiones reclamadas. - - - Es por estas cuestiones que a continuación se procede a hacer un debido estudio de todas las normas y estándares procedentes en el presente asunto de cara a los discernimientos pasados por alto que, si se ajustan a las omisiones reclamadas, las violaciones alegadas y los hechos conocidos durante la tramitación del juicio de amparo. En relación a la verificación de certeza de las omisiones reclamadas, el órgano jurisdiccional aceptó la llana negativa de las autoridades responsables y trasladó la carga de la prueba al suscrito, contraviniendo los razonamientos que abundan en diversas tesis sobre la materia. Es decir, omitiendo brindar fundamentación e incurriendo en una falta de adecuada motivación. - - - Sobre los actos omisivos y el deber que subsiste para las autoridades de probar la falsedad del reclamo, son relevantes los siguientes criterios jurisdiccionales: **“ACTOS OMISIVOS ATRIBUIDOS A UNA AUTORIDAD. PRESUPUESTOS DE SU EXISTENCIA.”** y **“ACTO**

RP. 27/2021  
-33-

FORMA-55

**RECLAMADO. SI CONSISTE EN LA FALTA DE EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE LA AUTORIDAD, SE GENERA UNA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE ÉSTA DEBE DESVIRTUAR.**” (se transcribe texto). Con base en lo

anterior, puede advertirse que las autoridades responsables, por regla general, tendrán la carga de la prueba. Por ello, la negativa de la existencia del acto reclamado elaborada por la o las autoridades, no es suficiente para desvirtuar la certeza del reclamado o trasladar la responsabilidad de demostrar su existencia a la parte quejosa, especialmente cuando los actos se encuentran basados en presupuestos normativos que rigen su actuación, pues incluso, ante esta situación, lo dable era basarse en la presunción de inconstitucionalidad de los actos y esperar que las autoridades desvirtuaran lo afirmado por la quejosa, esto, atendiendo necesariamente los criterios ya elaborados por nuestros máximos tribunales. Ante lo anteriormente abordado, en un caso como el de la especie las y los agentes competentes deben conocer de este acto y darle el tratamiento que la ley ha definido mediante el despliegue de sus facultades, pues esta afirmación es parte esencial del fondo de los planteamientos demandados en el escrito inicial de amparo solicitado ante el Juez de Distrito. - - - Bajo esta tesitura, la negativa de las responsables a reconocer sus omisiones termina en un segundo plano, pues, derivado de la multicitada presunción de inconstitucionalidad que se genera en actos de esta naturaleza, se puede afirmar válidamente que las autoridades señaladas como responsables fallaron en su deber de desvirtuar las afirmaciones hechas en los instrumentos que el suscrito presente ante el Juzgado recurrido, ya que de las constancias que integran el juicio de amparo origen del presente, se desprende que es claro e incuestionable que las responsables omiten comprobar las acciones que han realizado para supervisar que sus subalternos cumplieran con la labor de vigilancia de sus



## RP. 27/2021

-34-

respectivos subordinados en relación con el deber de investigar actos de tortura, con lo que entonces no podría arribarse al extremo de violentar los derechos humanos de persona alguna. Por el contrario, fallando a su obligación de realizar actos protectores de derechos humanos, las autoridades estatales incluso manifestaron desconocer sus deberes y buscaron atribuir toda la carga de la responsabilidad a uno de los servidores públicos de la propia institución, con una posición inferior dentro de la relación jerárquica entre la FEMDH y la FGR, situación convalidada por el órgano jurisdiccional con la emisión de la resolución que por esta vía se combate. - - - Por tanto, no puede compartirse la determinación aquí recurrida respecto a que, ante una negación de las omisiones reclamadas, deba ser el suscrito quien compruebe que la y los servidores adscritos a la FGR no han cumplimentado a cabalidad sus deberes en materia de investigación. Tampoco es posible considerar un análisis que carece del estudio de las disposiciones legales que determinan los deberes de coordinar y supervisar, puesto que como se evidenció en los escritos presentados por el suscrito, mismos que se enfatizan a continuación, existen varias normas que los prevén. - - - Partiendo de la responsabilidad del Fiscal General de la República, como titular de la FGR, órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, debe advertirse el último párrafo del artículo 102, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece que “[el] Fiscal General de la República y sus agentes, serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley en que incurran con motivo de sus funciones”. Es decir, todos los integrantes de la FGR pueden ser responsables por falta y omisiones. - - - Sobre el Fiscal, lo Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República también expone que: “*Artículo 19. Facultades de la persona titular de la Fiscalía General de la República: - - - La persona titular de la Fiscalía General de la*



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-35-

FORMA-55

*República intervendrá por si o por Conducto de los Fiscales y demás órganos de la Fiscalía en el ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente Ley y las demás disposiciones aplicables y tendrá las siguientes facultades: - - - I. Dirigir y coordinar lo política general de la Fiscalía General de la República, **así como vigilar y evaluar la operación de las unidades administrativas que la integran**; - - - [...]. - - - VIII. Nombrar y remover a las personas titulares de las Fiscalías Especializadas en los términos señalados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a los demás Fiscales que considere pertinente, así como otros servidores públicos adscritos a la Fiscalía; - - - [...].”* Del precepto citado se desprenden dos cuestiones fundamentales: i) el FGR es responsable de la vigilancia y la evaluación de las unidades administrativas que integran la institución de la cual es titular, y mi el FGR nombra y remueve a los liudares de las fiscalías especializadas, lo que demuestra una relación de subordinación. De ahí que resulta extraño que el A quo haya señalado que de su contenido no se evidenciaba ninguna facultad relacionada con las omisiones reclamadas. - - - Ahora bien, el término “unidades administrativas” se utiliza únicamente en este precepto, en la totalidad de la Ley Orgánica, sin embargo, si se lee en conjunto con el artículo 14 del mismo ordenamiento, que dispone la Integración de la FGR, se entiende que las unidades administrativas pertenecen, entre otras, a las fiscalías especializadas de la FGR y, por tanto, éstas quedan también sujetas a la vigilancia y supervisión del FGR. - - - Asimismo, el artículo 3º del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (aún vigente), señala que las fiscalías y unidades especializadas se encuentran comprendidas dentro de las unidades administrativas. Así, se entiende que la FEMDH también es considerada unidad administrativa y, por tanto, queda





RP. 27/2021  
-37-

FORMAA-55

las omisiones o faltas en que incurra aquella, acarrearán también responsabilidad de su superior jerárquica, esto es, la FEMDH. Particularmente si se toma en cuenta el artículo 27 de la ley orgánica mencionada, que señala como funciones de la FEMDH. “[...] *la conducción legal de la investigación de delitos y el ejercicio de la acción penal en casos de violaciones a los derechos humanos, en el ámbito de sus competencias, independientemente de la clasificación jurídica de los hechos, que afecten la vida, la integridad, el patrimonio y la libertad de las personas; cuando afecten gravemente a la sociedad o por motivo de la condición de vulnerabilidad de las víctimas, o cuando existan falta de garantías para el ejercicio independiente de la investigación en las entidades federativas o cuando la participación de funcionarios o servidores públicos obstaculice la investigación. También conocerá este tipo de hechos cometidos por particulares cuando así lo determine una ley especial.*” Además, conforme al referido Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General, las y los titulares de las unidades administrativas cuentan con ciertas obligaciones para con sus subordinados: “**Artículo 12. Son facultades genéricas de los titulares de las unidades administrativas y de los órganos desconcentrados previstos en el artículo 3 del presente Reglamento, las siguientes: --- I. Planear, programar, ejecutar, administrar, dirigir, dar seguimiento y controlar las labores a su cargo; establecer mecanismos de integración e interrelación que propicien el óptimo desarrollo de las responsabilidades que son competencia de la Procuraduría, así como formular los anteproyectos de programas y de presupuesto que, en su caso, les correspondan; [...]** - - - IV. **Ejercer y supervisar las facultades que correspondan a las unidades administrativas y Órganos desconcentrados que le estén adscritos, sin perjuicio de que sean desempeñadas por sus respectivos titulares: --- V. Acordar con su superior jerárquico**



RP. 27/2021  
-38-

*el despacho de los asuntos de las unidades administrativas y órganos desconcentrados que le estén adscritos y del personal a su cargo, así como desempeñar las funciones y comisiones que le sean encomendadas o delegadas por aquél, e informarle sobre su cumplimiento [...] - - - VII. **Supervisar, vigilar e inspeccionar que las unidades administrativas y personal a su cargo ajusten su actuación a las disposiciones jurídicas aplicables**, y se sujeten al marco estratégico de gestión de la Procuraduría, así como que, en los asuntos de su competencia se dé cumplimiento a los programas y políticas institucionales aplicables; [...].”* Con ello, se advierte que efectivamente existe una relación de subordinación entre la FEMDH con la FEIDT y la FGR con la FEMDH, cuestión que implica el seguimiento y supervisión entre unos y otros. Por ejemplo, la titular de la FEMDH debe inspeccionar una unidad administrativa a su cargo (FEIDT), por lo que esta última comete una falla y la titular de la FEMDH no corrige su actuación, será responsable por esta ausencia de supervisión. A su vez, si la titular FEMDH debe informar del cumplimiento de sus labores al superior jerárquico (FGR), pero no lo realiza y no es reprendida por el titular de la FGR mediante su seguimiento, éste también tiene responsabilidad por las violaciones que dicha omisión generen. Al ser las autoridades responsables (FGR y FEMDH) omisas en sus respectivas atribuciones, los perjuicios se materializaron sin justificación y en agravio del sano desarrollo de la indagatoria a causa de las omisiones del agente ministerial pero también del Titular de la FEIDT y a su vez, de los superiores jerárquicos de este último, derivado del entramado institucional que les une, es evidente que los superiores jerárquicos tienen una responsabilidad subsidiaria en el presente caso, puesto que éstos permitieron y avalaron el incumplimiento del deber de los agentes ministeriales y la FEIDT entorno a la ejecución de diligencias prontas para determinar la verdad y los responsables



RP. 27/2021

FORMAA-55

-39-

de los hechos denunciados, entre las que no sólo pueden incluirse tareas de investigación comunes sino también la operación del RENADET. Si se obtuvieron pruebas claras de la negligencia total con la que habla sido conducida la investigación por parte del agente ministerial, así como la falta de vigilancia efectiva del titular de la FEIDT sobre éste último y el resto de los superiores jerárquicos no brindaron prueba alguna de cómo es que reprendieron al titular de la FEIDT o de la FEMDH ni se iniciaron procedimientos administrativos y/o disciplinarios en contra de los mismos por la omisión de llevar a cabo la supervisión de una investigación sería, exhaustiva y pronta (lo cual se insiste, incluye el establecimiento y operación del RENADET al ser una herramienta de investigación), es dable concluir en que también son responsables de las transgresiones generadas ya que se abstuvieron de realizar actos efectivos, dentro del ámbito de sus competencias, para prevenir y detener dichas violaciones particularmente graves, por tratarse de omisiones que indirectamente obstaculizaron el cumplimiento del mandato constitucional y convencional de prohibición absoluta de la tortura. Es de destacar que, el propósito de la concesión de las facultades de coordinación y supervisión tiene el objeto de dar un debido seguimiento a las y los subalternos, evitando que los errores que cometan continúen o se traduzcan una afectación grave contra las víctimas. Por ello, aceptar la determinación del órgano jurisdiccional sobre el presente asunto y las respuestas de las autoridades estatales, implica convalidar que la FEMDH y la FGR son organismos aislados e independientes, que no forman parte de una estructura institucional y que, además, impunemente, se liberan de la responsabilidad colateral que tienen por la negligencia e inacción en la investigación de delitos llevada a cabo por miembros pertenecientes a la misma institución bajo su cargo. - - - En atención a todo lo anteriormente expuesto, es claro que los actos omisivos reclamados a las



**RP. 27/2021**  
**-40-**

autoridades responsables se encuentran estrechamente ligados a atribuciones y obligaciones previstas de forma clara en distintos instrumentos legales que generaban una presunción de inconstitucionalidad en su contra y el deber de desvirtuarlos. Al omitir analizar los criterios legales y jurisdiccionales aplicables, y, por ende, exponer razonamientos incorrectos para el caso específico, es claro que incurrió en una falta de debida fundamentación y ausencia de motivación que lo condujeron a sobreseer el juicio de amparo por lo que hace a las omisiones reclamadas a la FGR y la FEMDH. - - - **SEGUNDO. El deber de inscribir a las víctimas e instalar el Registro Nacional del Delito de Tortura.** El juzgador señala que la omisión de establecer y registrar un hecho de tortura en el Registro Nacional del Delito de Tortura (RENADET) no puede reclamarse a las autoridades responsables con base en el artículo segundo transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes. Dicho numeral dispone lo siguiente: *“Segundo. Se abroga la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la tortura publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1991. - - - Los procedimientos iniciados por hechos que ocurran a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se seguirán conforme a lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en la presente Ley. - - - Los procedimientos iniciados antes de la vigencia de la presente ley continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos. - - - Las personas sentenciadas continuarán cumpliendo la pena de conformidad con lo establecido en la legislación vigente en el momento en que la misma haya quedado firme. - - - Aquellas personas, sentenciadas o procesadas, cuyas pruebas presentadas en su contra, carezcan de valor probatorio, por haber sido obtenidas directamente a través de tortura y de*



RP. 27/2021  
-41-

FORMAA-55

*cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales, así como las pruebas obtenidas por medios legales pero derivadas de dichos actos, podrán interponer los recursos e incidentes correspondientes.* Sin embargo, omite advertir que las autoridades responsables tenían el deber de crear el RENADET desde el 27 de junio de 2020 y hasta el 27 diciembre siguiente, como fecha máxima. Ello, en virtud que la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles estableció en el artículo quinto transitorio un plazo de 180 días a la entrada en vigor de la norma (27 de junio de 2017) para cumplir con dicha obligación: *“Quinto. La Procuraduría General de la República contará con un plazo de ciento ochenta días siguientes a la fecha en que el presente Decreto entre en vigor, para expedir el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y contar con la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura. - - - Dentro de los noventa días posteriores al cumplimiento del plazo señalado en el párrafo anterior, las procuradurías y fiscalías de las entidades federativas deberán poner en marcha sus registros correspondientes.”* En ese sentido, Carece de relevancia conocer cuándo inicio la averiguación previa del presente caso, sino si la misma continuaba abierta al momento de entrar en vigor la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, pues desde ese momento se generaba también el deber de registrar el asunto en el RENADET. --- Así, aun cuando es cierto que el deber de crear el RENADET e inscribir a las víctimas en el mismo no existía para el 20 de abril de 2015 (fecha de apertura de la investigación), también lo es que ésta cobro vida y obligatoriedad a partir del 27 de junio de 2017 para todos los casos de tortura o malos tratos conocidos por las fiscalías especiales, sin que exista una



**RP. 27/2021**  
**-42-**

distinción por parte de la ley respecto a los asuntos que por su temporalidad, se incluirían o no en esta herramienta. - - - Desde el vencimiento del plazo otorgado a las autoridades (27 de diciembre de 2017) y hasta la fecha de la interposición de este recurso, no existe el RENADET y, por tanto, las víctimas no pueden ser registradas en el mismo. Estas omisiones generan una violación clara y continua en el tiempo al derecho de acceso a la justicia en relación con la prohibición absoluta de la tortura, por lo que no pueden reducirse a una mera omisión administrativa. - - - Por el contrario, el impacto que tienen la inexistencia del RENADET y la consecuente inscripción de los casos en el mismo afecta la forma en que se investigan los delitos de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, ya que además de ser una herramienta de información estadística, de forma primaria buscar contribuir como herramienta de investigación para el esclarecimiento de los hechos delictivos que se conozcan. De ahí que se considere dentro del catálogo de diligencias mínimas en el artículo 35, fracción III de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: *“III, Realizar el registro del hecho en el Registro Nacional (del Delito de Tortura); [...].”* - - - Asimismo, su importancia en la investigación de estos delitos se refuerza con los numerales 59, fracciones IX y X, 83 y 84 de la misma Ley General: *“Artículo 59.- Las Fiscalías Especiales tendrán en el ámbito de su competencia, las obligaciones y facultades siguientes: [...] - - - IX. Colaborar con otras autoridades competentes a efecto de sistematizar la información obtenida durante la investigación y promover su Intercambio con otras Fiscalías Especiales con el fin de fortalecer el seguimiento y control de las conductas delictivas previstas en esta Ley y mantener actualizado el Registro Nacional; X. Llevar a cabo análisis de contextos y patrones sobre la comisión del delito de tortura, con base en los datos del Registro Nacional y*



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-43-

FORMA-55

otra información disponible [...] - - - Artículo 83.- El Registro Nacional es la herramienta de investigación y de información estadística que incluye los datos sobre todos los casos en los que se denuncie y se investigue los casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; incluido el número de Víctimas de los mismos, el cual estará integrado por las bases de datos de las Instituciones de Procuración de Justicia, de la Comisión Nacional, de los Organismos de Protección de los Derechos Humanos, la Comisión Ejecutiva y las Comisiones de Atención a Víctimas; así como de los casos que se tramiten ante organismos internacionales. de protección de los derechos humanos. - - - Artículo 84.- El Registro Nacional incluirá entre otros datos, el lugar, fecha, circunstancias, técnicas utilizadas como actos de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, las autoridades señaladas como posibles responsables; el estatus de las investigaciones: y, en su caso, la información referente a la Víctima, como su situación jurídica, edad, sexo, o cualquier otra condición relevante para los efectos estadísticos.” Como puede observarse, el RENADET es un sistema tecnológico que busca recopilar la información más relevante de un caso para poder permitir estudios más profundos y exhaustivos de los delitos, incluidos sus patrones y contextos, lo cual genera beneficios directos para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de responsabilidades. - - - Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la investigación de hechos que configuran violaciones de derechos humanos enmarcadas en patrones sistemáticos tiene especial gravedad, por lo que es reforzado el deber de investigar. Asimismo, dicho Tribunal Regional ha establecido que cuando se investigan violaciones graves a derechos humanos como la tortura, las autoridades deben tomar todas las medidas que sean razonables, recolectar y asegurar las pruebas, así como explorar todos los medios prácticos y legales disponibles para descubrir

**RP. 27/2021****-44-**

la verdad y revertir la impunidad. - - - En ese sentido, el cumplimiento de la instalación del RENADET y su operación mediante la inscripción de las víctimas de tortura es indispensable para garantizar una investigación exhaustiva y diligente con el uso de todos los medios posibles y al alcance de las autoridades, puesto que la intención de este sistema es contribuir a las indagatorias abiertas mediante el desarrollo de tácticas de investigación más complejas que permitan develar los patrones, estructuras y similitudes que existen entre los casos que se denuncian. - - - La necesidad del RENADET se vio impulsada por el fracaso de las instituciones de procuración de justicia para llevar a cabo investigaciones prontas, pero también efectivas y profundas sobre hechos delictivos que laceran de forma generalizada a miles de personas en el país. En la especie, esto es especialmente relevante por el tiempo injustificado y excesivo que ha transcurrido desde la comisión de los delitos (septiembre 2010), la primera noticia sobre los mismos (octubre 2010) y el inicio de una investigación formal (2015), sin que a la fecha las autoridades ministeriales hayan demostrado encabezar acciones suficientes, prontas y efectivas. - - - Al ser una herramienta novedosa y que debió estar disponible desde hace 3 años para facilitar el esclarecimiento de los hechos delictivos y sus responsables, todas las víctimas de tortura y malos tratos (como la del presente caso) tienen derecho a que se instaure el RENADET, se realice su inscripción en él y se comience la operación del sistema en beneficio de la investigación que se sigue por la comisión de actos de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. - - - Desde el fenecimiento del plazo y hasta en tanto esta obligación no sea cumplida, continuará perpetrándose la violación a esta obligación en perjuicio directo de las víctimas de estas atrocidades, derivado de la imposibilidad de las autoridades responsables a satisfacer las atribuciones y deberes otorgados en un plazo razonable. - - - Es por lo



RP. 27/2021  
-45-

FORMAA-55

anteriormente expuesto que se solicita de forma respetuosa a este H. Tribunal que se ordene la creación del RENADET y la inscripción de las víctimas en el mismo, a objeto de garantizar la implementación y uso de todos los medios necesarios para perseguir e investigar de forma efectiva los delitos de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes...”.

**CUARTO.** Los agravios expresados por **Martha Araceli Arguello Zepeda** agente del Ministerio Público de la Federación adscrita al juzgado de amparo son los siguientes:

“...**AGRAVIOS. A). FUENTE DEL AGRAVIO.** El Considerando Sexto, en relación con el resolutivo Tercero de la sentencia de treinta de noviembre de dos mil veinte, dictada por el C. Juez Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, en el juicio de amparo \*\*\*\*\* . - - - **B).**

**CONCEPTO DEL AGRAVIO.** El Juez de Amparo con su resolución que se impugna, causa agravio al determinar entre otros argumentos que: (transcribe considerando de la sentencia recurrida). **C) CONSIDERACIÓN MINISTERIAL.** - - - Esta

Representación Social de la Federación considera que causa agravio el considerando transcrito en la parte que agravia, por la inexacta aplicación de lo dispuesto por los artículos 74 en relación con el 75 de la Ley de Amparo. - - - En efecto, se estima que es inexacta la actuación del A quo, toda vez que el artículo 74 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo ordena: - - -

“*Artículo 74. La sentencia debe contener: - I. La fijación clara y precisa del acto reclamado; - - - II. El análisis sistemático de todos los conceptos de violación o en su caso de todos los agravios; III. La valoración de las pruebas admitidas y desahogadas en el juicio; Las consideraciones y fundamentos legales en que se apoye para conceder, negar o sobreseer; - - - IV. Los efectos o medidas en que se traduce la concesión del amparo, y en caso*



**RP. 27/2021**  
**-46-**

*de amparos directos, el pronunciamiento respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas que, cuando proceda, el órgano jurisdiccional advierta en suplencia de la queja, además de los términos precisos en que deba pronunciarse la nueva resolución; y - - - V. Los puntos resolutivos en los que se exprese el acto, norma u omisión por el que se conceda, niegue o sobresea el amparo y, cuando sea el caso, los efectos de la concesión en congruencia con la parte considerativa. - - - El órgano jurisdiccional, de oficio podrá aclarar la sentencia ejecutoriada, solamente para corregir los posibles errores del documento a fin de que concuerde con la sentencia, acto jurídico decisorio, sin alterar las consideraciones esenciales de la misma..."* Mientras que el Órgano de Control

Constitucional, resuelve de forma, imprecisa, y carente de fundamentación y motivación, con lo que contraviene lo dispuesto por el numeral 76 de la Ley de Amparo, en razón de lo que a continuación se expone: **PRIMERO:** La sentencia

Constitucional, causa agravio a esta representación Social de la Federación, debido a que el Juez de Distrito de manera incorrecta consideró que, ha transcurrido un plazo razonable para que la autoridad ministerial responsable determine la averiguación previa

\*\*\*\*\* y

sus acumuladas. Y que la autoridad investigadora responsable ha incurrido en la omisión que se le atribuye, ya que en la integración de la averiguación previa

\*\*\*\*\* y

sus acumuladas, han existido diversos periodos injustificados de inactividad procesal. - - - Se afirma lo anterior, en virtud que el Juez A quo, consideró que desde el inicio de la averiguación veinte de abril de dos mil quince, se advierten un sin número de dilaciones para la debida integración de esa indagatoria hasta el veintidós de junio de dos mil veinte, el Ministerio Público

ANAYA MENDOZA CONSUELO  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04



RP. 27/2021  
-47-

FORMA-55

*responsable no ha determinado lo que evidencia un retardo y, sobre todo, omisiones en sus actuaciones.* Lo cual resulta desacertado, pues no hay que soslayar que fue hasta el treinta de noviembre de dos mil dieciocho en que la autoridad responsable tuvo conocimiento de la indagatoria en cuestión; es decir, ha transcurrido dos años. Y si bien es cierto que el Ministerio Público, se rige por el principio de indivisibilidad; también es claro que los diversos integradores, desde el inicio de la averiguación previa hasta la fecha de presentación de la demanda de amparo, han realizado actos tendientes a las investigaciones necesarias para determinar si se reúnen o no los elementos suficientes para determinar la investigación y sigue averiguando pero hasta este momento, no cuenta con los medios probatorios que le permitan fundada y motivadamente resolver el ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal o reserva en la averiguación previa

\*\*\*\*\* y

acumuladas, pues la averiguación previa se encuentra en integración, lo anterior se comprueba con las diligencias que obran en el juicio en estudio. Asociado a que no obstante de que el propio juzgador acepta que ha habido durante la secuela varios Agentes del Ministerio Publico en su integración e incluso ha variado la Fiscalía encargada de su investigación; de que el delito, por el que se está integrando (tortura), en sí, es complejo porque para su acreditamiento se requiere usualmente la intervención de peritos en materia de medicina que elaboren su dictámenes (Protocolo de Estambul), aunado a que los denunciante se encuentran internos en distintos centros penitenciarios de la República Mexicana, lo que dificulta la realización de esas pruebas; por tanto, se requiere que la autoridad investigadora, en el ámbito de su competencia, determine oportunamente las acciones pertinentes para la adecuada integración de la indagatoria. No obstante, ello, el

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



## RP. 27/2021

-48-

protector afirma que la responsable ordenadora ha incurrido en diversas dilaciones para la debida integración de esa indagatoria; así como en la omisión de determinarla. - - - En efecto, la sentencia constitucional causa agravio a esta. Representación Social de la Federación, debido a que el juez de Distrito de manera incorrecta consideró que han transcurrido periodos injustificados de inactividad procesal. Cuando que, como ya quedó detallado, las causas no han sido atribuibles, a la responsable ordenadora, sino a los distintos cambios de titular de la indagatoria, de Fiscalía incluso, de que el delito de tortura es complejo para su integración, de que los denunciados se encuentran internos en distintos centros penitenciarios de la República Mexicana, lo que dificulta la realización de pruebas periciales. Asociado a que el protector no expone el por qué todas estas cuestiones no son factores que influyen en el retardo en la integración; sin que ello propiamente sea atribuible a la autoridad responsable. No obstante, el órgano de Control Constitucional atribuye una conducta displicente a la autoridad responsable, porque a su juicio, *existe un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la averiguación previa, dada la inactividad de la autoridad investigadora.* - - - Además el protector soslayó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria dictada en la contradicción de tesis 35/99, consideró que la facultad al juzgador de amparo para apreciar que ha transcurrido un plazo razonable para que el representante social dicte resolución, debe atender a cada caso en concreto, con base en las manifestaciones del quejoso y de la autoridad responsable en su informe justificado, directriz, que no fue observada por el juez constitucional. - - - **SEGUNDO:** - - - La sentencia constitucional causa agravio a la Representación Social de la Federación, debido a que el Juez de Distrito de manera incorrecta consideró que; *existe un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la*



RP. 27/2021  
-49-

FORMA-55

*averiguación previa, dada la inactividad de la autoridad investigadora.* - - - Ello es así, pues el juez a quo, dejó de advertir que los hechos delictivos investigados, en específico, **Tortura, revisten de complejidad**, lo cual se ve corroborado con los diversos actos de investigación que ha realizado la autoridad ministerial, mismos que se encuentra acreditados en autos. - - - En efecto, la recolección de elementos útiles para investigar y perseguir el delito en mención, constituye una labor compleja, asimismo, se debe tomar en cuenta, como se dijo, que los actos de tortura ejercidos contra los denunciante, para su acreditamiento se requiere usualmente la intervención de peritos en materia de medicina que elaboren sus dictámenes (Protocolo de Estambul), aunado a que los denunciante se encuentran internos en distintos centros penitenciarios de la República Mexicana, lo que dificulta la realización de esas pruebas; por tanto, se requiere que la autoridad investigadora, en el ámbito de su competencia, determine oportunamente las acciones pertinentes para la adecuada integración de la indagatoria; lo que conlleva tiempo y diversas diligencias. - - - En ese sentido, el lapso que ha empleado la autoridad ministerial para investigar los hechos delictivos materia de la averiguación previa

\*\*\*\*\* y acumuladas, en modo alguno resulta excesivo, ni ha derivado en una conducta displicente de la autoridad responsable, e inactividad procesal; pues se insiste, el tipo penal en comento resulta de naturaleza compleja, de ahí que no le asista la razón al Juez A quo, al considerar que existe un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la averiguación previa. **TERCERO.** - La sentencia constitucional causa agravio a esta Representación Social de la Federación, debido a que el Juez de Distrito de manera incorrecta soslaya que la autoridad responsable ha desahogado diversas diligencias tendientes a la investigación de los hechos que dieron origen a la averiguación

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04





RP. 27/2021  
-51-

FORMA-55

resolver respecto de la procedencia o improcedencia de la acción penal de la averiguación previa

\*\*\*\*\* y

acumuladas. Máxime que de autos se advierte que la responsable ordenadora, Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Coordinación "A" de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura de la Fiscalía General de la República, señala que la averiguación previa continua en curso no ha concluido, por lo mismo no es dable establecer si de determina el ejercicio de la acción o se decreta el no ejercicio de la misma. En el particular se aprecia que si bien, la responsable no ha resuelto la indagatoria de mérito, también es que ello no es ilegal, porque la Representación Social ha venido actuando de manera continua; y de las constancias remitidas por ella, se advierte que se encuentra realizando las diligencias necesarias tendientes a integrar y resolver la averiguación previa y acumuladas, materia del juicio de garantías en que se actúa. De modo que resulta inconcuso a juicio de esta Representación Social, que dada la naturaleza de los hechos a investigar la responsable se encuentra investigando de manera justificada, pues existe imposibilidad material para la integración inmediata de la indagatoria, por encontrarse integrando y desahogando diligencias, sumado a las diligencias que se desprendan de las declaraciones e información que se obtenga. Así, contrario a lo argumentado por el protector, es el Representante Social del conocimiento de una indagatoria quien debe de determinar, en base a los medios de convicción obrante en autos, el ejercicio o no de la acción penal; así como la reserva y, de no convenir a los intereses de las partes, expedito su derecho para impugnar dicha resolución por la vía respectiva, aceptar lo contrario, sería permitir que el Juez de Amparo se sustituya en el criterio de la autoridad responsable y apreciar directamente las pruebas aportadas en las indagatorias; mientras que el juicio de amparo

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04

RP. 27/2021  
-52-

es un medio extraordinario de defensa a través del cual el órgano judicial Federal controla la constitucionalidad de los actos de las autoridades estatales. En tal virtud, únicamente puede resolver si la autoridad responsable transgredió o no las normas que regulan la recepción, desahogo y valoración de los elementos de prueba ofrecidos por las partes en la indagatoria. Es decir, como Órgano de Control Constitucional, vía conceptos de violación el juzgador Federal de amparo sólo debe examinar si en el caso que se somete a su consideración, la autoridad responsable violó o no las leyes reguladoras de las pruebas o bien si existió o no alteración de los hechos, más en forma alguna substituirse a la autoridad en la valoración de los multicitados elementos de prueba. - - - De ahí que corresponde al Ministerio Público de la Federación, en base a la valoración de éstos, si procede o no el ejercicio de la acción penal o la reserva. Y en el caso, el que no se haya determinado aún la indagatoria, no transgrede la garantía de seguridad jurídica, al dejarlo en estado de incertidumbre sobre su situación jurídica respecto de la investigación de los hechos denunciados; puesto que existe la figura jurídica de la **prescripción de la acción penal**, la que salvaguarda el derecho fundamental de seguridad jurídica, pues tiene como fin que no quede expedita **indefinidamente la acción persecutoria del Estado**; lo que de ninguna manera se traduce en una *conducta displicente en la autoridad investigadora responsable*. **CUARTO**. Causa agravio a esta representación Social de la Federación, la sentencia en estudio, por la inobservancia de los artículos 74 y 75, de la Ley de Amparo, por no apreciar debidamente el acto reclamado y los medios de prueba, al argumentar el protector que con el acto reclamado se lesionaron los derechos de la parte quejosa contenidos en el artículo 17 de la Constitución Federal. Contra ello cabe afirmar que, como se puede constatar, si bien el derecho fundamental contenido en el segundo párrafo del



RP. 27/2021  
-54-

desahogar, ya que la resolución que en un momento determinado se dicte, está supeditada a los resultados que arrojen las investigaciones, en cuyo caso el ministerio público, podrá emitir tres resoluciones, las cuales se encuentran contempladas en los artículos 131, 134 y 137 del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que de acuerdo dichos numerales el Ministerio Público podrá emitir los acuerdos de Ejercicio de la Acción Penal, y/o consignación ante la autoridad judicial, No ejercicio de la acción penal y Reserva, lo anterior se advierte del contenido de los citados artículos los cuales en la parte conducente establecen: **“Artículo 131.- Si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entretanto se ordenará a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos”**. - - - **“Artículo 134.- En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.”** - - - **“Artículo 137.- El Ministerio Público no ejercitará la acción penal.”** - - - De tal suerte que resulta incorrecta la manifestación del Juez de amparo al señalar que es procedente conceder el amparo porque existe un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la averiguación previa, dada la inactividad de la autoridad investigadora. Cuando en la especie la averiguación previa continua en curso no ha concluido, por lo mismo no es dable establecer si se determina



RP. 27/2021  
-55-

FORMAA-55

el ejercicio de la acción, se decreta el no ejercicio de la acción o se reserva la misma, tal y como lo indica la autoridad responsable, de tal manera que si se determina la averiguación previa, sin haber obtenido los indicios necesarios, es claro que se violentaría derechos fundamentales a la parte quejosa, ya que en buena medida de la integración y resolución de la averiguación previa, depende del resultado que arroje las investigaciones practicadas, estando a si el Ministerio Público de la Federación en aptitud de determinar cualquiera de la resoluciones que contempla el Código Federal de Procedimientos Penales pudiendo ser: el ejercicio de la acción penal, el no ejercicio de la acción penal, o la reserva, en cuyo caso cualquiera de las determinaciones antes señaladas, deberán de ser emitidas de acuerdo a la investigación de los hechos, pues el principal deber que tiene la autoridad responsable, es el **ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS**. - - -

**SEXTO:** Causa agravio a esta representación Social de la Federación por la inobservancia de los artículos 74 y 75, de la Ley de Amparo, ello en virtud de que el Juez Concede el amparo **a la parte quejosa, para que:** En el supuesto de que existan diligencias pendientes de desahogar o pruebas por recabar, ordene su obtención y las lleve a cabo en el término de veinte días hábiles siguientes, contado a partir de la emisión de aquél proveído: una vez obtenidas y desahogadas, determine la averiguación previa en cita. El hecho de que se dé un tiempo determinado tan corto, como el que se establece en la sentencia de amparo, a la autoridad investigadora, trastoca las funciones de dicha autoridad y los derechos del hoy quejoso, pues se estaría obligando a la misma, a determinar la averiguación previa en forma apresurada, en la que le faltan realizar diligencias, lo que sin lugar a duda si vulneraría garantías, al respecto es aplicable la tesis consultable en: (se transcriben datos de localización y texto). “**ACCIÓN PENAL, NO EXISTE RENUNCIA**



RP. 27/2021

-56-

**A EJERCITARLA SI SE HAN PRACTICADO DILIGENCIAS  
RECIENTES EN LA INDAGATORIA.” - - -**

De tal manera que la apreciación del Juez de amparo en el sentido de que la actitud dilatoria del Ministerio Público responsable, transgrede las garantías de la parte quejosa, tal aseveración resulta incorrecta, pues mayores perjuicios se traería a los intereses que representa la parte quejosa, que se omitiera realizar las diligencias que en un momento dado resulten pertinentes, lo que, afectaría los intereses de la sociedad y, por ende, los propios intereses del probable responsable y/o de la víctima u ofendido, de tal suerte que es responsabilidad y prioridad para el Ministerio Público, la debida integración de las averiguaciones previas, las cuales en la etapa de investigación no pueden faltar diligencias que nos lleven a la verdad buscada, pues dicha omisión generaría un estado de incertidumbre para los sujetos interesados en la persecución del delito, de tal suerte que nuestra legislación le da mayor importancia a la debida integración de las averiguaciones previas pues de ello depende, que no se violen garantías en perjuicio de ninguna de las partes, por tanto, la víctima como el imputando gozan de garantías, asegurándoles de manera concreta una serie de derechos, entre los que destacan el derecho a una impartición de justicia, la cual podría perderse en aras de que la misma sea presurosa, pues en todo caso el Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal, así como la de los inculcados, estando con ello obligado a agotar todas las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. - - - Así pues, a juicio de la suscrita se estima que en el expediente no obra constancia alguna que demuestre que se hayan transgredido las normas Constitucionales en perjuicio de la parte quejosa. - - - De ahí que, se estime que el acto tildado de inconstitucional, por el cual fue desafortunadamente concedido el amparo, se encuentra ajustado a derecho y, por



RP. 27/2021

FORMAA-55

-57-

tanto, no existe violación de garantía o derecho humano alguno: por lo que, lo procedente era negar el amparo y la protección de la Justicia Federal a la parte quejosa...”

**QUINTO.** En principio, en relación al recurso de revisión hecho valer por el quejoso en contra de la resolución, por cuanto hace al sobreseimiento en el juicio amparo y a la negativa del amparo, por razón de mandato constitucional, de manera preliminar conviene señalar que, acorde con lo dispuesto por el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, vigente a partir del once siguiente; en términos de su tercer párrafo, corresponde a este órgano de control de constitucionalidad, en el ámbito de su competencia, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En ese tenor, debe decirse que este tribunal colegiado verificará la necesidad de ejercer el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, cuando se advierta que una norma es sospechosa o dudosa, de cara a los parámetros de control de los derechos humanos, para lo cual determinará si es indispensable una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación, atendiendo a lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1ª. /J. 4/2016 (10ª), visible en la página 430, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 27, Febrero 2016, Tomo I, Décima Época de rubro: “**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CONDICIONES GENERALES PARA SU EJERCICIO**”.

Ahora bien, los motivos de inconformidad que hace valer el quejoso en contra del sobreseimiento por inexistencia de los actos reclamados, al haber negado la existencia de los mismos



**RP. 27/2021**

**-58-**

las autoridades responsables Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos; consistentes en la omisión de supervisar que el Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura investigue los delitos con la debida diligencia en la averiguación previa

\*\*\*\*\* y sus acumuladas; la omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura, en el plazo establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y, la falta de registro de la víctima de tortura o malos tratos por quien se presentó formal denuncia \*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*; del Titular de la Fiscalía General de la República, relativos a las omisiones de coordinar y supervisar la actuación de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos y la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, respecto de los hechos materia de una investigación; y, llevar a cabo el registro de la víctima de tortura o malos tratos en el Registro Nacional del Delito de Tortura; y, del Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, consistente en la omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura, en el plazo establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; son **fundados**, en atención a las consideraciones siguientes.

En efecto, en el presente apartado, nos ocuparemos de analizar los **sobreseimientos** decretados por el Juez de Distrito, en el **Considerando Tercero** de la resolución recurrida. Lo anterior, en términos de lo dispuesto por el artículo 93, fracción I,

ANNA MEXICO CONSEJO  
70.64.62.03.64.65.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04



RP. 27/2021  
-59-

FORMAA-55

de la Ley de Amparo.<sup>1</sup>

En ese sentido, el recurrente estima que, el juez de amparo erróneamente señaló que no es posible tener como ciertas las omisiones reclamadas al **Fiscal General de la República y a la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos**, ya que inadvirtió la naturaleza de su reclamo y a diversas normas que lo fundan, en atención a que:

a. No fundó ni motivó debidamente la causal de sobreseimiento apreciada (inexistencia del acto reclamado), pues expone motivos que no rigen la carga de la prueba en actos omisivos y prescinde de señalar el sustento legal para apoyar su dicho; además omite señalar diversas disposiciones normativas que resultan aplicables (Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República); no realiza un análisis exhaustivo de su contenido, ni de otros instrumentos relevantes, imposibilitando la formulación de conclusiones que demuestran la existencia de facultades y obligaciones claras que fundan las omisiones reclamadas.

Cita en apoyo las jurisprudencias de rubros: **“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE.”** y **“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA DIFERENCIA ENTRE LA FALTA Y LA INDEBIDA SATISFACCIÓN DE AMBOS REQUISITOS**

<sup>1</sup> **Artículo 93.** Al conocer de los asuntos en revisión, el órgano jurisdiccional observará las reglas siguientes:

I. Si quien recurre es el quejoso, examinará, en primer término, los agravios hechos valer en contra del sobreseimiento decretado en la resolución recurrida.

Si los agravios son fundados, examinará las causales de sobreseimiento invocadas y no estudiadas por el órgano jurisdiccional de amparo de primera instancia, o surgidas con posterioridad a la resolución impugnada; (...).”



RP. 27/2021

-60-

**CONSTITUCIONALES TRASCIENDE AL ORDEN EN QUE DEBEN ESTUDIARSE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN YA LOS EFECTOS DEL FALLO PROTECTOR.”**

b. Aceptó la negativa de las autoridades responsables y le trasladó la carga de la prueba, contraviniendo los razonamientos de diversas tesis en la materia, es decir, omitió una adecuada fundamentación y motivación sobre los actos omisivos y el deber que subsiste para las autoridades de probar la falsedad del reclamo, por regla general, tendrán la carga de la prueba, por tanto, la negativa del acto reclamado no es suficiente para desvirtuar su certeza o trasladar la responsabilidad de demostrar su existencia a la parte quejosa, especialmente cuando los actos se encuentran basados en presupuestos normativos que rigen su actuación, pues ante esta situación, lo dable era basarse en la presunción de inconstitucionalidad de los actos y esperar que desvirtuaran lo afirmado por él.

En apoyo a lo anterior citó las tesis de rubros: “**ACTOS OMISIVOS ATRIBUIDOS A UNA AUTORIDAD. PRESUPUESTOS DE SU EXISTENCIA.**” y “**ACTO RECLAMADO. SI CONSISTE EN LA FALTA DE EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE LA AUTORIDAD, SE GENERA UNA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE ÉSTA DEBE DESVIRTUAR.**”

c. No se comparte la determinación en cuanto a que ante una negación de las omisiones reclamadas, deba ser él quien compruebe que los servidores adscritos a la Fiscalía General de la República no han cumplido sus deberes en materia de investigación; además, no es posible considerar un análisis en el que no se hizo un estudio de disposiciones legales que determinan los deberes de coordinación y supervisión; respecto

RP. 27/2021  
-61-

FORMAA-55

del Fiscal General de la República debe advertirse el último párrafo del artículo 102, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 19 de la Ley Orgánica de dicha Fiscalía y precepto 3º del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (aún vigente); en cuanto al Fiscal Especializado en Materia de Derechos Humanos, el titular es designado y puede ser removida por el Fiscal General de la República de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica de dicha Fiscalía, lo que se refuerza con el artículo 1º y el Transitorio Segundo del ACUERDO A/013/19, precepto 12, del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, por lo que, el órgano jurisdiccional no analizó correctamente tales disposiciones, pues concluyó erradamente que no existían deberes y atribuciones asociados con las omisiones reclamadas, pues es claro que se advierte una relación de subordinación entre las Fiscalía Especiales de Derechos Humanos y de Tortura, con la Fiscalía General, lo que implica el seguimiento y supervisión entre todos.

d. Es evidente que los superiores jerárquicos tienen una responsabilidad subsidiaria, ya que permitieron y avalaron el incumplimiento del deber de los agentes ministeriales y la Fiscalía Especial de Investigación del Delito de Tortura en torno a la ejecución de diligencias para determinar la verdad y los responsables de los hechos denunciados, no sólo tareas de investigación, sino la operación del RENADET; por lo que, también los Fiscales Especiales son responsables de las transgresiones generadas, ya que se abstuvieron de realizar actos efectivos, dentro del ámbito de sus competencias, para prevenir y detener dichas violaciones graves, por tratarse de omisiones que obstaculizaron el cumplimiento del mandato constitucional y convencional de prohibición absoluta de la tortura; de ahí que, es claro que los actos omisivos reclamados



RP. 27/2021  
-62-

se encuentran estrechamente ligados a atribuciones y obligaciones previstas de forma clara en distintos instrumentos legales que generaban una presunción de inconstitucionalidad en su contra y el deber de desvirtuarlos; por tanto, al omitir analizar los criterios legales y jurisdiccionales aplicables, así como exponer razonamientos incorrectos, es claro que el juez de amparo incurrió en una falta de debida fundamentación y motivación que lo condujeron a sobreseer el juicio de amparo.

Como primer aspecto, es necesario precisar que en las líneas subsecuentes se emitirá un pronunciamiento relacionado con los actos que le fueron atribuidos a la **Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos**.

Con el objetivo de seguir la misma estructura llevada a cabo por el juez de Amparo, al fijar la Litis constitucional, en la sentencia recurrida, se hará referencia a los actos reclamados, de conformidad con lo establecido en el Considerando Tercero de la sentencia analizada. Para una pronta referencia, los precisamos en la tabla subsecuente:

EMANEZFI-FISCIA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04

| Autoridad responsable                                                                            | Acto reclamado y sentido del fallo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, Sara Irene Herreras Guerra. | <p><b>3) La omisión de supervisar</b> que el Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura investigue los delitos con debida diligencia en la averiguación previa ***** y sus acumuladas.</p> <p><b>5) Omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura</b>, en el plazo establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.</p> |

RP. 27/2021  
-63-

FORMA-55

|  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p><b>6) Falta</b> de registro de la víctima de tortura o malos tratos por quien se presentó formal denuncia (en este caso, Santiago Garza Garza).</p> <p>En la sentencia analizada, el Juez de Amparo <b>sobreseyó</b>, ante la negativa de la autoridad responsable, aduciendo que no fue desvirtuada durante la tramitación del juicio.</p> |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

En efecto, **se comparte el resultado** al que arribó el Juzgador Federal; sin embargo, es necesario **complementar y** precisar que, en el caso, la mera negativa aducida por la señalada como responsable **no es suficiente** para sobreseer en el juicio de amparo, aduciendo una inexistencia del acto reclamado.

Por el contrario, como se verá más adelante, era necesario que el Juez de Amparo analizara las normas que establecen las facultades de la autoridad, para determinar la existencia o no del acto reclamado, en la medida que, tratándose de la omisión de ejercer las facultades que le son conferidas, existe una presunción de *inconstitucionalidad*.

Así, tratándose del planteamiento analizado en el presente apartado se **concluye** que **fue adecuada** la decisión analizada porque:

- En relación con el acto identificado con el número **5)**, de la lectura del artículo Quinto Transitorio de la legislación especial analizada,<sup>2</sup> se concluye que corresponde al **Titular de la Fiscalía General de la República** implementar la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura.

<sup>2</sup> *Quinto. La Procuraduría General de la República contará con un plazo de ciento ochenta días siguientes a la fecha en que el presente Decreto entre en vigor, para expedir el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y contar con la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura. (...).*



## RP. 27/2021

-64-

- De manera similar, por lo que hace al acto precisado con el ordinal **6)**, de conformidad con lo previsto en el artículo 35, fracción III, de la ley invocada,<sup>3</sup> se advierte que corresponde a diversa autoridad (en el caso, al **Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura**) llevar a cabo el registro de la víctima en el sistema referido.

Por tal motivo, **fue legal** que se tuvieran por **inexistentes** los actos precisados, al no contemplarse en el ámbito de las facultades de la Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, llevar a cabo tales acciones. Se insiste, no por la simple negativa alegada por la autoridad precisada.

Con la precisión que, de la lectura integral de los escritos de agravio, no se advierte que el quejoso recurrente pretenda combatir el sobreseimiento decretado en los términos señalados en las líneas que anteceden.

De ahí que este aspecto deba **quedar firme**, por lo que hace a los actos identificados como **5) y 6)** que quedaron precisados en la tabla que antecede.

Es aplicable la jurisprudencia 1a./J. 62/2006, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, con registro 174177, de rubro siguiente: **“REVISIÓN EN AMPARO. LAS CONSIDERACIONES NO IMPUGNADAS DE LA SENTENCIA DEBEN DECLARARSE FIRMES.”**

**SEXTO.** Ahora, en el presente apartado, nos ocuparemos de emitir un pronunciamiento en relación con el acto reclamado identificado con el número **3)**, consistente en la **omisión de**

<sup>3</sup> **“Artículo 35.-** Las Fiscalías Especiales, además de lo dispuesto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, una vez que tengan conocimiento de la probable comisión del delito de tortura, deberán llevar a cabo, entre otras, las siguientes acciones: (...) III. Realizar el registro del hecho en el Registro Nacional; (...).”



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-65-

FORMA-55

**supervisar** que el Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura investigue los delitos con debida diligencia en la averiguación previa y sus acumuladas.

En efecto, de la lectura del escrito presentado por el quejoso recurrente se advierte que formuló diversos argumentos por lo que hace a los actos relacionados con las *omisiones de supervisar las actuaciones de sus subalternos* -como lo precisa al título del Agravio Primero del medio de impugnación analizado, lo que se corrobora con la lectura de la propia sección-.

El quejoso recurrente sostiene que la resolución sometida a revisión **no** está debidamente **fundada ni motivada**, para sobreseer en el juicio constitucional, por los actos de la naturaleza indicada.

De manera puntual, el quejoso recurrente adujo que el Juez de Distrito no brindó razones suficientes para justificar la causal de sobreseimiento decretada (inexistencia del acto reclamado, derivado de la negativa no desvirtuada).

Para contextualizar su argumentación, precisó que, tratándose de actos reclamados de carácter omisivo, existe una re-distribución de las cargas probatorias y una presunción de inconstitucionalidad del acto reclamado que, en atención a lo precisado, corre a cargo de las autoridades responsables.

Citó aplicable la tesis 1a. CLXXV/2015 (10a.) y la jurisprudencia (V Región) 2o. J/2 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Segundo Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Quinta Región –respectivamente–, visibles en el Semanario Judicial de

RP. 27/2021  
-66-

la Federación, con registros 2009181 y 2017654, de rubro siguientes: **“ACTO RECLAMADO. SI CONSISTE EN LA FALTA DE EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE LA AUTORIDAD, SE GENERA UNA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE ÉSTA DEBE DESVIRTUAR.”<sup>4</sup>** Y **“ACTOS OMISIVOS ATRIBUIDOS A UNA AUTORIDAD. PRESUPUESTOS DE SU EXISTENCIA.”<sup>5</sup>**

Aspecto que, desde su posicionamiento, pasó desatendido en el juicio constitucional analizado.

Continuando con este argumento, el quejoso recurrente sostiene que, además, sus reclamos se sustentan en normas que obligaban a actuar a las autoridades en el sentido solicitado (vigilar y/o supervisar la debida integración y culminación de la

70.64.62.20.63.64.65.66.67.68.69.70.71.72.73.74.75.76.77.78.79.80.81.82.83.84.85.86.87.88.89.90.91.92.93.94.95.96.97.98.99.100.101.102.103.104.105.106.107.108.109.110.111.112.113.114.115.116.117.118.119.120.121.122.123.124.125.126.127.128.129.130.131.132.133.134.135.136.137.138.139.140.141.142.143.144.145.146.147.148.149.150.151.152.153.154.155.156.157.158.159.160.161.162.163.164.165.166.167.168.169.170.171.172.173.174.175.176.177.178.179.180.181.182.183.184.185.186.187.188.189.190.191.192.193.194.195.196.197.198.199.200.201.202.203.204.205.206.207.208.209.210.211.212.213.214.215.216.217.218.219.220.221.222.223.224.225.226.227.228.229.230.231.232.233.234.235.236.237.238.239.240.241.242.243.244.245.246.247.248.249.250.251.252.253.254.255.256.257.258.259.260.261.262.263.264.265.266.267.268.269.270.271.272.273.274.275.276.277.278.279.280.281.282.283.284.285.286.287.288.289.290.291.292.293.294.295.296.297.298.299.300.301.302.303.304.305.306.307.308.309.310.311.312.313.314.315.316.317.318.319.320.321.322.323.324.325.326.327.328.329.330.331.332.333.334.335.336.337.338.339.340.341.342.343.344.345.346.347.348.349.350.351.352.353.354.355.356.357.358.359.360.361.362.363.364.365.366.367.368.369.370.371.372.373.374.375.376.377.378.379.380.381.382.383.384.385.386.387.388.389.390.391.392.393.394.395.396.397.398.399.400.401.402.403.404.405.406.407.408.409.410.411.412.413.414.415.416.417.418.419.420.421.422.423.424.425.426.427.428.429.430.431.432.433.434.435.436.437.438.439.440.441.442.443.444.445.446.447.448.449.450.451.452.453.454.455.456.457.458.459.460.461.462.463.464.465.466.467.468.469.470.471.472.473.474.475.476.477.478.479.480.481.482.483.484.485.486.487.488.489.490.491.492.493.494.495.496.497.498.499.500.501.502.503.504.505.506.507.508.509.510.511.512.513.514.515.516.517.518.519.520.521.522.523.524.525.526.527.528.529.530.531.532.533.534.535.536.537.538.539.540.541.542.543.544.545.546.547.548.549.550.551.552.553.554.555.556.557.558.559.560.561.562.563.564.565.566.567.568.569.570.571.572.573.574.575.576.577.578.579.580.581.582.583.584.585.586.587.588.589.590.591.592.593.594.595.596.597.598.599.600.601.602.603.604.605.606.607.608.609.610.611.612.613.614.615.616.617.618.619.620.621.622.623.624.625.626.627.628.629.630.631.632.633.634.635.636.637.638.639.640.641.642.643.644.645.646.647.648.649.650.651.652.653.654.655.656.657.658.659.660.661.662.663.664.665.666.667.668.669.670.671.672.673.674.675.676.677.678.679.680.681.682.683.684.685.686.687.688.689.690.691.692.693.694.695.696.697.698.699.700.701.702.703.704.705.706.707.708.709.710.711.712.713.714.715.716.717.718.719.720.721.722.723.724.725.726.727.728.729.730.731.732.733.734.735.736.737.738.739.740.741.742.743.744.745.746.747.748.749.750.751.752.753.754.755.756.757.758.759.760.761.762.763.764.765.766.767.768.769.770.771.772.773.774.775.776.777.778.779.780.781.782.783.784.785.786.787.788.789.790.791.792.793.794.795.796.797.798.799.800.801.802.803.804.805.806.807.808.809.810.811.812.813.814.815.816.817.818.819.820.821.822.823.824.825.826.827.828.829.830.831.832.833.834.835.836.837.838.839.840.841.842.843.844.845.846.847.848.849.850.851.852.853.854.855.856.857.858.859.860.861.862.863.864.865.866.867.868.869.870.871.872.873.874.875.876.877.878.879.880.881.882.883.884.885.886.887.888.889.890.891.892.893.894.895.896.897.898.899.900.901.902.903.904.905.906.907.908.909.910.911.912.913.914.915.916.917.918.919.920.921.922.923.924.925.926.927.928.929.930.931.932.933.934.935.936.937.938.939.940.941.942.943.944.945.946.947.948.949.950.951.952.953.954.955.956.957.958.959.960.961.962.963.964.965.966.967.968.969.970.971.972.973.974.975.976.977.978.979.980.981.982.983.984.985.986.987.988.989.990.991.992.993.994.995.996.997.998.999.1000.

<sup>4</sup> De texto siguiente: “El artículo 149 de la Ley de Amparo abrogada prevé que cuando la autoridad responsable no rinda su informe con justificación, se presumirá cierto el acto reclamado, salvo prueba en contrario, quedando a cargo del quejoso demostrar la inconstitucionalidad de dicho acto, salvo que sea violatorio de garantías en sí mismo, pues en ese caso la carga de la prueba se revierte a las autoridades para demostrar su constitucionalidad. En esas condiciones, cuando en el juicio de amparo se reclama que la autoridad no ha desplegado sus facultades, se genera una presunción de inconstitucionalidad que ésta debe desvirtuar. Así, dicho acto tiene el carácter de omisivo, lo cual implica un hecho negativo, es decir, que la autoridad no ha realizado algo, por lo que debe acompañar las pruebas necesarias que acrediten el debido ejercicio de su facultad, esto, en concordancia con el artículo 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria, en atención al artículo 2o. de la Ley de Amparo, en el que se precisa que el que niega sólo está obligado a probar, cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho, por lo que en este tipo de actos, si el quejoso reclama un hecho negativo consistente en la falta de ejercicio de sus facultades, es la autoridad quien debe probar lo contrario.”

<sup>5</sup> De texto subsecuente: “La omisión jurídica es un estado pasivo y permanente, parcial o absoluto, cuyo cambio se exige en proporción a un deber derivado de una facultad que habilita o da competencia a la autoridad. En este sentido, si se trata de actos omisivos, la carga de la prueba recae, por regla general, en las autoridades, pero esto aplica cuando, teniendo conocimiento, están obligadas a actuar y no lo hacen, lo que se traduce en una abstención de actuar con base en sus atribuciones. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada 1a. XXIV/98, señaló que para la existencia de la omisión debe considerarse si existe una condición de actualización que coloque a la autoridad en la obligación de proceder que exige el gobernado; en estos casos, su deber es en proporción al supuesto normativo incumplido, es decir, el presupuesto de la omisión es la facultad normativa que habilita a las autoridades y las constriñe a actuar en vía de consecuencia de un acto jurídico previo que lo origine, ya que sólo pueden omitirse conductas, fáctica y legalmente probables, donde el Estado teniendo conocimiento de un acto o hecho no acata la facultad normativa. Luego entonces, el conocimiento de la autoridad que la constriñe a actuar se divide en tres hipótesis: 1) que ésta sea consecuencia de un acto previo que la origine, es decir, la autoridad lo conoce directamente y sólo espera ejecución por ya existir el presupuesto que fáctica y legalmente la habilitan y constriñen, por ejemplo ante la existencia de un fallo o determinación judicial la omisión de ejecutar, entregar, pagar o liberar; 2) los casos donde no tenga como presupuesto una condición, por ejemplo ante una falta o accidente de tránsito, un delito flagrante, una contingencia ambiental son hechos que la autoridad conoce o debe conocer por razones notorias, en estos, la obligación se especifica en proporción al hecho y a la consecuencia normativa prevista; y, 3) los actos que requieren de una solicitud, petición o condición, siendo aquellos que prevén la existencia de requisitos previos de impulso del gobernado, para actualizar las facultades y el conocimiento directo de la autoridad, por ejemplo cuando ésta requiere algún tipo de formulario, pago o bien una solicitud, que son requisitos o condiciones para que el Estado actúe. En este tenor, en la medida que va dependiendo de la omisión y sus presupuestos como facultad normativa y conocimiento de la autoridad, podrá establecerse su existencia.”



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-67-

FORMA-55

indagatoria analizada, en sentido amplio, en atención al contexto del juicio de amparo).

Posicionamiento que este Tribunal Colegiado considera que es **fundado y suficiente** para **modificar** la sentencia revisada y **levantar el sobreseimiento** decretado por el Juez de Amparo.

Como se precisó líneas atrás, el quejoso recurrente reclama que las autoridades responsables no han llevado a cabo las facultades que las leyes le asignan, de conformidad con su respectivo encargo.

Lo que significa que, en el presente apartado se reclama un acto de naturaleza negativa, en la medida que las autoridades responsables no han demostrado haber llevado a cabo sus facultades de *supervisión*, a determinado sub-alterno.

Para analizar los planteamientos que hace valer el recurrente, tomando en cuenta la ejecutoria que sustenta el criterio que citó en su escrito de agravios, no debemos perder de vista que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo en Revisión **323/2014**,<sup>6</sup> sostuvo que la Ley de Amparo establece que *corresponde al quejoso demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado, salvo en aquellos casos en los que el acto sea violatorio de garantías en sí mismo, pues en ese caso, la carga de la prueba se revierte a las autoridades para demostrar que dicho acto es constitucional.*

Aspecto que fue retomado, recientemente, por la referida Primera Sala, en el Amparo en Revisión **635/2019**,<sup>7</sup> donde especificó que la afirmación referida proviene del contenido del

<sup>6</sup> Fallado el once de marzo de dos mil quince.

<sup>7</sup> De la resolución del asunto invocado, se emitió la tesis 1a. IV/2021 (10a.), visible en el Semanario Judicial de la Federación, con registro 2022760, de rubro siguiente: "**ACTOS OMISIVOS. DETERMINACIÓN DE SU CERTEZA CUANDO SE RECLAMA EN AMPARO INDIRECTO EL NO EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE UNA AUTORIDAD.**"



RP. 27/2021  
-68-

párrafo cuarto, del artículo 117 de la Ley Reglamentaria.<sup>8</sup>

Sin embargo, cuando el acto reclamado consista en la falta de ejercicio de las facultades de la autoridad, precisó la Primera Sala (en ambos precedentes citados), se *genera una presunción de inconstitucionalidad que debe desvirtuarse*, en todo caso, por las autoridades que fueron señaladas como responsables.

Posicionamiento que se traduce, en otras palabras, que tratándose de hechos negativos -como el analizado, al ser una omisión- debe desvirtuarse con las pruebas necesarias que acrediten el debido ejercicio de la facultad o, en su caso, probar que la señalada como responsable no tiene capacidad legal para actuar en los términos planteados por promovente del amparo; última hipótesis precisada por este tribunal colegiado.

Un planteamiento como el indicado, refirió la Primera Sala, es congruente con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles,<sup>9</sup> de aplicación supletoria como lo dispone el artículo 2 de la Ley de Amparo. Disposición complementaria que dispone que el que niega no está obligado a probar, salvo que el hecho envuelva una afirmación expresa de un hecho.

Entonces, para evaluar si, en la especie, se configuró –o no– una omisión atribuible a las autoridades señaladas como responsables, en los términos planteados por el quejoso recurrente, en primer lugar, es necesario atender al contenido de los informes con justificación, a fin de tener un contexto completo

<sup>8</sup> “**Artículo 117.** (...) Los informes rendidos fuera de los plazos establecidos en el párrafo primero podrán ser tomados en cuenta si el quejoso estuvo en posibilidad de conocerlos. Si no se rindió informe justificado, se presumirá cierto el acto reclamado, salvo prueba en contrario, quedando a cargo del quejoso acreditar su inconstitucionalidad cuando dicho acto no sea en sí mismo violatorio de los derechos humanos y garantías a que se refiere el artículo 1o de esta Ley. (...).”

<sup>9</sup> “**Artículo 82.**- El que niega sólo está obligado a probar:  
I.- Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;  
II.- Cuando se desconozca la presunción legal que tenga a su favor el colitigante, y  
III.- Cuando se desconozca la capacidad.”



RP. 27/2021  
-69-

FORMAA-55

para poder emitir un pronunciamiento, sobre el planteamiento formulado.

En función de lo anterior, para seguir una metodología que permita mejorar la comprensión del pronunciamiento que se llevará a cabo en las líneas subsecuentes, para comenzar, nos enfocaremos en atender los planteamientos formulados por la Fiscal Especializada en Materia de Derechos Humanos relacionados con la *omisión de supervisar que el Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura investigue los delitos con la debida diligencia, en la averiguación previa*

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* y sus acumuladas.

Al rendir su informe justificado, para pretender desvirtuar la aludida presunción de inconstitucionalidad, en síntesis, la autoridad indicada expuso los argumentos subsecuentes:

1. Negó la existencia del acto que le fue reclamado y citó aplicable la tesis de rubro siguiente: *"INFORME JUSTIFICADO. NEGATIVA DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A LAS AUTORIDADES Y NO DESVIRTUADOS."*

Asimismo, invoca la tesis *"EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS"*, sin precisar sus alcances o aplicabilidad al caso analizado.

2. Afirmó que de ella depende la unidad administrativa Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura y las Agencias Ministeriales que conducen la investigación de donde emanan los actos reclamados.



RP. 27/2021  
-70-

3. Indicó que goza de autonomía técnica y de gestión, puntualizando que entre sus funciones se encuentra la conducción legal de la *investigación de delitos y el ejercicio de la acción penal en casos de violaciones a los derechos humanos, independientemente de la clasificación jurídica de los hechos, que afecten la vida, la integridad, el patrimonio o la libertad de las personas, atribuciones que **ejercerá por conducto***, entre otras, de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura.

4. Por otra parte, sostiene que el Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura ejerce sus funciones con independencia y autonomía. De ahí que no está en condiciones de responder por los actos u omisiones en que incurran sus subalternos. Invoca la tesis *“AUTORIDAD RESPONSABLE. TIENE ESE CARÁCTER LA QUE EMITE EL ACTO RECLAMADO Y NO SU SUPERIOR JERÁRQUICO.”*

En el mismo apartado transcribe dos criterios judiciales, con los datos de identificación incorrectos y sin precisar, de modo alguno, su aplicabilidad en el caso analizado.

En contraposición a lo anterior, por lo que hace a la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, el quejoso recurrente refiere que su obligación está comprendida en los artículos 12 y 14 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, así como en lo dispuesto por los diversos numerales Primero y Segundo, fracción VII, Transitorios del Acuerdo A/013/19, de la misma institución, publicado en el Diario Oficial de la Federación el quince de julio de dos mil diecinueve.

De ahí que, a su juicio, la autoridad señalada como responsable (indicada en el presente apartado) fue omisa en su actuar, tomando en cuenta que está facultada y obligada para hacerlo, en funciones de supervisión de la investigación



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-71-

FORMA-55

correspondiente.

Entonces, para estar en condiciones de atender el planteamiento expuesto por el quejoso recurrente, lo procedente será analizar si la autoridad indicada tiene –o no– la obligación de actuar en el sentido que indica el quejoso, a partir de las normas legales que delimitan su ámbito competencial.

Lo anterior, de conformidad con lo previsto en la tesis 1a. XXIV/98, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, con registro 196080, de rubro siguiente: **“ACTOS DE NATURALEZA OMISIVA. PARA ESTAR EN APTITUD DE PRECISAR SU CERTEZA O FALSEDAD, DEBE ACUDIRSE EN PRINCIPIO A LAS NORMAS LEGALES QUE PREVÉN LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD PARA DETERMINAR SI EXISTE O NO LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR EN EL SENTIDO QUE INDICA EL QUEJOSO.”**

Tomando en cuenta el contexto expuesto, ahora, lo subsecuente será atender la interrogante siguiente:

*En el caso analizado, ¿la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos tenía la obligación de supervisar que el Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, investigue los delitos con la debida diligencia en la averiguación*

*previa*  
\*\*\*\*\*  
*y sus acumuladas?*

La respuesta es: sí. Se explica.

Para arribar al resultado precisado, es necesario llevar a cabo una lectura integral y, en consecuencia, una interpretación armónica y funcional de la Ley Orgánica de la Fiscalía General

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.64.65.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04

RP. 27/2021  
-72-

de la República.

Los preceptos que son necesarios tomar en consideración, en lo que atañe a este apartado, son los subsecuentes:

**“Artículo 2. Fines institucionales.** *La Fiscalía General de la República tendrá como fines la investigación de los delitos y el esclarecimiento de los hechos; otorgar una procuración de justicia eficaz, efectiva, apegada a derecho, que contribuya a combatir la inseguridad y disminuirla; la prevención del delito; fortalecer el Estado de derecho en México; procurar que el culpable no quede impune; así como promover, proteger, respetar y garantizar los derechos de verdad, reparación integral y de no repetición de las víctimas, ofendidos en particular y de la sociedad en general.*”

**“Artículo 3. Principios Rectores.** *La Fiscalía General de la República regirá su actuación por los principios de autonomía, legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, respeto a los derechos humanos, perspectiva de género, interculturalidad, perspectiva de niñez y adolescencia, accesibilidad, debida diligencia e imparcialidad.*

**“Artículo 5. Funciones de la Fiscalía General de la República.** *Corresponde a la Fiscalía General de la República:*

- I. Investigar y perseguir los delitos;*
- II. Ejercer la acción penal;*
- III. Procurar la reparación del daño de las víctimas; (...).”*

**“Artículo 9. Facultades de los órganos fiscales.** *Los órganos que ejercen la función fiscal tendrán las siguientes facultades:*



RP. 27/2021  
-73-

FORMAA-55

I. *La persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal;*

II. *Solicitar las medidas cautelares contra los imputados;*

III. *Buscar y presentar los medios de prueba que acrediten la participación de éstos en hechos que las leyes señalen como delito;*

IV. *Procurar que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita; (...)*

VIII. *Conducir legalmente la investigación de los delitos, ejercer la acción penal y abstenerse o desistirse de ésta, de acuerdo con las leyes aplicables; (...).”*

**“Artículo 12. Independencia Técnica de las y los Fiscales.**

*Las y los Fiscales ejercerán sus funciones con independencia y autonomía, libres de cualquier tipo de coacción o interferencia en su actuar. En el ejercicio de sus funciones, se conducirán conforme al criterio de objetividad, con base en el cual dirigirán la investigación de los hechos y circunstancias que prueben, eximan o atenúen la responsabilidad de las personas imputadas, de conformidad con lo previsto en la legislación aplicable y el Plan de Persecución Penal.”*

**“Artículo 14. De la Estructura de la Fiscalía General de la República**

*La Fiscalía General de la República tendrá la siguiente estructura: (...)*

III. *Fiscalía Especializada en Materia de Derechos*

RP. 27/2021  
-74-

*Humanos; (...)*

*La Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos tendrá a su cargo las Fiscalías de protección de los derechos humanos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; de trata de personas; de desaparición forzada y desaparición cometida por particulares; de periodistas y personas defensoras de derechos humanos; de migrantes; de investigación de tortura, y todas aquellas Fiscalías, órganos o unidades que determine la persona titular de la Fiscalía General de la República. (...).*

**“Artículo 27. Funciones de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos. La Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos estará a cargo de la conducción legal de la investigación de delitos y el ejercicio de la acción penal en casos de violaciones a los derechos humanos, en el ámbito de sus competencias, independientemente de la clasificación jurídica de los hechos, que afecten la vida, la integridad, el patrimonio y la libertad de las personas; cuando afecten gravemente a la sociedad o por motivo de la condición de vulnerabilidad de las víctimas, o cuando existan falta de garantías para el ejercicio independiente de la investigación en las entidades federativas o cuando la participación de funcionarios o servidores públicos obstaculice la investigación.**

*También conocerá este tipo de hechos cometidos por particulares cuando así lo determine una ley especial. La Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos conocerá, por atracción, casos del fuero común o por derivación de otras unidades fiscales al interior de la Fiscalía General de la República, en los términos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las leyes generales y especiales.”*



RP. 27/2021  
-75-

FORMAA-55

De manera correlativa a lo precisado por la legislación invocada, es necesario tener en cuenta el contenido del Acuerdo A/013/19, del Fiscal General de la República que, en lo que interesa, prevé lo siguiente:

*“PRIMERO. El presente instrumento tiene por objeto instalar la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos que tendrá a su cargo las unidades administrativas previstas en el artículo 14, párrafo tercero, de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República. (...)*

#### **TRANSITORIOS**

*SEGUNDO. Hasta en tanto se expida el Reglamento de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, se entenderá que las unidades administrativas que se enlistan a continuación son aquellas a las que se refiere el artículo primero del presente Acuerdo, lo anterior, con fundamento en los artículos tercero y décimo segundo transitorios del Decreto por el que se expide la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República: (...)*

*VII. **Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura; (...).**”*

De los preceptos transcritos, analizados en su conjunto, este Tribunal Colegiado estima importante destacar los aspectos siguientes -para facilitar la comprensión de la postura sustentada-:

Entre otros, **los fines** que persigue la Fiscalía General de la República (como institución, lo que incluye a la Especializada en Derechos Humanos) son:

**Investigar los delitos** y esclarecer los hechos.



RP. 27/2021

-76-

Otorgar una **procuración de justicia eficaz y efectiva**.

Procurar que el culpable no quede impune.

Promover, proteger, respetar y garantizar los derechos de **verdad, reparación integral** y de no repetición, en favor de las víctimas.

De manera similar, **los principios rectores** de su actuación, entre otros, son los subsecuentes:

**Eficiencia.**

**Profesionalismo.**

**Debida diligencia.**

Objetividad.

Honradez.

Respeto a los derechos humanos.

Las funciones de la Fiscalía General de la República (como institución, en la que se comprende a la Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos), entre otras, están las subsecuentes:

**Investigar** y perseguir los delitos.

Ejercer la acción penal.

**Procurar la reparación del daño de las víctimas.**

De manera similar, las facultades que corresponden a todos los órganos fiscales es llevar a cabo funciones que se relacionen con la **búsqueda y presentación de los medios de prueba** que acrediten la participación de los imputados en los



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-77-

FORMAA-55

hechos que las leyes señalen como delito.

Y, asimismo, asegurarse de conducir legalmente la investigación para estar en condiciones de resolverla, en atención a los principios y objetivos institucionales referidos con antelación.

Se precisa que la **Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos** tendrá a su cargo las **Fiscalías**, entre otras, la de **Investigación de Tortura**.

En diverso precepto, la legislación invocada precisa que la referida Fiscalía estará a cargo de la conducción legal de investigación de delitos y ejercicio de la acción penal en casos de violaciones de derechos humanos..., independientemente de la clasificación jurídica de los hechos, que afecten la vida, la integridad, entre otros.

Última hipótesis que, sin lugar a dudas, contempla a los delitos en materia de Tortura (que implican posibles afectaciones al derecho a la vida y, por su puesto, a la integridad personal).

El acuerdo emitido por el Fiscal General de la República, con el que instala la Fiscalía Especializada indicada retoma las puntualizaciones que contiene la Ley Orgánica correspondiente y precisa que ésta **tendrá a su cargo**, entre otras, a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura.

De la lectura de los puntos que anteceden -que comprenden un análisis integral y funcional de diversas normas- es posible concluir que la locución **“a cargo” comprende funciones de vigilancia** que corresponde desempeñar a la **Titular Especializada en Materia de Derechos Humanos**, frente al diverso **Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura**.



RP. 27/2021  
-78-

Lo anterior, en la medida que la legislación orgánica analizada prevé que los servicios que brinda la citada institución estatal, relacionados con la investigación de los delitos y procuración de justicia, debe atender a criterios de **eficacia, efectividad, profesionalismo y debida diligencia.**

Mandatos que están dirigidos **a todos los integrantes** de la Fiscalía General de la República, en virtud que dichos elementos se encuentran en Título Primero (Disposiciones Generales), Capítulo I (Marco General de Operación), de la analizada ley orgánica. Esto es, no están dirigidos a un determinado órgano, sino que su aplicación y obligatoriedad está dirigida a todos los servidores públicos que conforman -o se encuentran adscritos a- la institución mencionada.

En efecto, cuando la legislación indicada, en sus artículos 14 tercer párrafo y 27; así como el diverso Primero del Acuerdo A/019/19, expedido por el titular de la institución precisada, se refieren a que la Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos "*tendrá a su cargo*", entre otras, a la Fiscalía de Investigación de Tortura, esta locución lingüística comprende actividades de **vigilancia, como acertadamente** lo refirió el quejoso recurrente.

Para sustentar este posicionamiento, es necesario precisar los alcances de la frase destacada. Como un primer aspecto, en su Diccionario, la Real Academia de la Lengua Española refiere que la palabra *cargo*, entre otros, tiene las connotaciones siguientes:<sup>10</sup>

Obligación de hacer o cumplir algo.

Falta que se imputa a alguien en su comportamiento.

<sup>10</sup> Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta].



RP. 27/2021  
-79-

FORMAA-55

Asimismo, desde una concepción amplia, la palabra precisada ha sido definida, en el ámbito jurídico, como: *“Un imperativo que el sujeto afectado ejecuta en su beneficio directo (obligación) o indirecto (deber). Su incumplimiento puede derivar en la ‘imposición de una sanción y/o exigencia coactiva de la conducta omitida’. Conlleva la necesidad jurídica de observar voluntariamente una conducta prevista en ley (deber), o cumplir voluntariamente con una prestación en favor de otro (obligación).”*<sup>11</sup>

Por otra parte, la misma academia lingüista sostiene que la **locución preposicional a cargo** puede comprender -al menos- los significados siguientes:

[Usada] para indicar que algo está confiado al cuidado de una persona.

A expensas, a costa o a cuenta de.

En sentido similar, en el Diccionario Jurídico Elemental, elaborado por la Universidad Autónoma de Encarnación, instalada en Uruguay,<sup>12</sup> la locución analizada, entre otros significados, comprende los subsecuentes: Obligación de hacer o cumplir y Dirección, gobierno.

A partir del contexto que antecede es posible concluir que, **efectivamente**, las normas previstas en el párrafo tercero, del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, así como el diverso Primero del Acuerdo A/019/19, emitido por el Titular de dicha institución contienen una **genuina obligación** de vigilancia, a cargo de la **Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos**, frente a la sub–alterna de

<sup>11</sup> Contreras Bustamante, R., & de la Fuente Rodríguez, J. (2019). *Diccionario Jurídico*. Ciudad de México: Tiran Lo Blanch

<sup>12</sup> Disponible en la liga siguiente: <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>



RP. 27/2021  
-80-

Investigación de Tortura.

En suma, es necesario precisar que el diverso artículo 27 de la legislación analizada prevé que la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos humanos será el órgano que **estará a cargo de la conducción legal de la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal** en casos de violaciones a los derechos humanos, en el ámbito de sus competencias [las cuales están reguladas, en lo que interesa al tema analizado, en los preceptos reseñados con antelación], *independientemente de la clasificación jurídica de los hechos*, [entre otros], *que afecten la vida y la integridad* [como sucede con el delito de Tortura].

Así, de ser el caso que la **integración material** de la investigación correspondiente **quedara a cargo de diverso fiscal que estuviere adscrito a su estructura orgánica** -como sucede con el **Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura**-, de una lectura sistemática de las normas invocadas, resultaría claro que su labor, conforme al “*ámbito de sus competencias*”, se circunscribiría a mantener un estricto control sobre la actuación de su sub–alterno en atención a que corre a su “*cargo la conducción legal de la investigación.*”

Máxime que esta interpretación permite salvaguardar y materializar el contenido de diversas disposiciones que, como se dijo, son aplicables a nivel institucional en la Fiscalía General de la República, independientemente de la estructura a la que pertenezca o las funciones que desempeñe con motivo de su encargo.

Con la puntualización que los aspectos a que nos referimos en el párrafo que antecede son los relacionados con las finalidades institucionales y principios rectores:



RP. 27/2021  
-81-

FORMAA-55

Procurar que la impartición de justicia sea **eficaz y efectiva**.

Potencializar que la actuación desempeñada por los órganos de la Fiscalía General de la República **se adecúe a los criterios de profesionalismo y debida diligencia**.

**Abona a lo dicho** la tesis P. LXIII/2010, sostenida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, con registro 163168, de rubro y texto siguientes: **“DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONSTITUYEN UNA OBLIGACIÓN PROPIA DEL ESTADO QUE DEBE REALIZARSE DE FORMA SERIA, EFICAZ Y EFECTIVA. El derecho de acceso a la justicia previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está referido a la función jurisdiccional desarrollada por los tribunales, pero también debe entenderse vinculado, particularmente en el caso de la justicia penal, con la investigación y persecución de los delitos, función asignada al Ministerio Público conforme a los artículos 21 y 102, apartado A, constitucionales, pues tal prerrogativa tiene como presupuesto lógico, en una relación de interdependencia, la efectiva investigación de los delitos. Esta obligación de investigar y perseguir los actos delictuosos debe asumirse por el Estado como una obligación propia y no como un mero trámite, ni su avance debe quedar a la gestión de los particulares afectados o de sus familiares, sino que realmente debe tratarse de una investigación seria, imparcial y efectiva, utilizando todos los medios legales disponibles que permitan la persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, sanción a los responsables de los hechos, especialmente cuando están involucrados agentes estatales. Ello es así, porque en el respeto a los derechos fundamentales, particularmente los**



RP. 27/2021

-82-

*relativos a la vida y a la integridad física, **el Estado debe asumir una conducta activa y decidida para prevenir su vulneración**, a través de las acciones legislativas, administrativas y judiciales necesarias, además de acometer lo necesario para que, en caso de ser vulnerados, las conductas respectivas puedan ser sancionadas.” (Énfasis añadido).*

En efecto, una vez identificada la obligación a cargo de la autoridad señalada como responsable, lo subsecuente será analizar si la presunción de inconstitucionalidad del acto reclamado, por tratarse de una omisión en el ejercicio de una facultad, fue o no desvirtuada por la servidora pública indicada, al rendir su informe justificado.

Lo que tiene sustento en los criterios jurisdiccionales emitidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se citaron en párrafos precedentes.

Los razonamientos que expuso la servidora pública indicada, durante la tramitación del juicio constitucional analizado, se resumen en los puntos subsecuentes:

1. Negó la existencia del acto que le fue reclamado y citó aplicable la tesis de rubro siguiente: “**INFORME JUSTIFICADO. NEGATIVA DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A LAS AUTORIDADES Y NO DESVIRTUADOS.**”

Asimismo, invoca la tesis: “**EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**”, sin precisar sus alcances o aplicabilidad al caso analizado.

2. Afirmó que de ella depende la unidad administrativa Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura y las



RP. 27/2021  
-83-

FORMAA-55

Agencias Ministeriales que conducen la investigación de donde emanan los actos reclamados.

3. Indicó que goza de autonomía técnica y de gestión, puntualizando que entre sus funciones se encuentra la conducción legal de la *investigación de delitos y el ejercicio de la acción penal en casos de violaciones a los derechos humanos, independientemente de la clasificación jurídica de los hechos, que afecten la vida, la integridad, el patrimonio o la libertad de las personas, atribuciones que **ejercerá por conducto***, entre otras, de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura.

4. Por otra parte, sostiene que el Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura ejerce sus funciones con independencia y autonomía.

De ahí que no está en condiciones de responder por los actos u omisiones en que incurran sus sub–alternos. Invoca la tesis *“AUTORIDAD RESPONSABLE. TIENE ESE CARÁCTER LA QUE EMITE EL ACTO RECLAMADO Y NO SU SUPERIOR JERÁRQUICO.”*

En el mismo apartado transcribe dos criterios judiciales, con los datos de identificación incorrectos y sin precisar, de modo alguno, su aplicabilidad en el caso analizado.

En relación con lo anterior, tenemos que el argumento identificado con el **número 1, no es aplicable contextualmente** al asunto que se revisa en esta instancia, por este tribunal colegiado; en la medida que, tratándose de **actos omisivos**, como se precisó al inicio de este apartado, no es suficiente que la autoridad niegue el acto que se le reclama sino que, como existe una presunción de inconstitucionalidad, debe ofrecer medios que permitan acreditar que actuó conforme las



## RP. 27/2021

-84-

facultades que le son conferidas.

Por las mismas razones, la jurisprudencia 284 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro "INFORME JUSTIFICADO NEGATIVA DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A LAS AUTORIDADES" invocada por el Juez de Distrito, en el Considerando Tercero de la sentencia recurrida, **no es aplicable** para sustentar la inexistencia del acto analizado en el presente apartado, por las razones que han quedado puntualizadas líneas atrás.

El argumento identificado con el **punto 2**, lejos de poder asumir que se trata de un aspecto que beneficia a la responsable, este órgano colegiado considera que confirma la configuración de la omisión reclamada, en la medida que afirma que, efectivamente, la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura está **a su cargo**; lo que debe entenderse en los términos que se explicó en párrafos anteriores.

Misma situación que ocurre con lo alegado en el **arábigo 3** ya que, si la misma autoridad reconoce que dentro de sus funciones se encuentra la conducción legal de la investigación de los delitos (haciendo referencia implícita al contenido del artículo 27 de la Ley orgánica invocada), por conducto de la diversa Fiscalía Especializada, es **claro y contundente** que debe ejercer un control de su sub-alterna.

Lo anterior, en la medida que a la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos es a quien corresponde supervisar que esa actuación se ajuste a los criterios de profesionalismo, debida diligencia, eficiencia y eficacia, en las tareas que le son encomendadas.

Finalmente, en el **razonamiento 4** sostiene que el Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura desempeña sus



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-85-

FORMAA-55

actividades, de manera independiente y autónoma.

Argumento que **no se comparte** y, por tanto, no es plausible estimarlo adecuado para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad del acto que se le reclamó.

Lo anterior porque, como se sostuvo en líneas que anteceden, se advierte que la **Fiscal Especializada en Materia de Derechos Humanos tiene una función de supervisión**, frente al diverso titular en la investigación del Delito de Tortura.

De manera que, su actuar debe constreñirse a **asegurar** que el desempeño en las actividades de investigación se siga con base en los **principios y fines institucionales** que se prevén en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.

Esto es, para garantizar que las tareas de investigación se desempeñen, entre otras características, **con eficiencia, eficacia, profesionalismo y debida diligencia**.

Lo anterior, con el objetivo de lograr un adecuado esclarecimiento de los hechos analizados, procurar que el culpable no quede impune, así como promover, proteger, respetar y garantizar los derechos de verdad, reparación integral y de no repetición, que se reconocen en favor de las víctimas.

Más aún, este tribunal colegiado destaca que del análisis de los actos reclamados y de la *litis* que se fijó en el juicio de amparo se advierte que, en ningún momento, se le está atribuyendo un acto -u omisión- que hubiere llevado a cabo alguno de sus sub-alternos.

Por el contrario, es claro que el acto que se le reclamó (como se advierte en el auto que admitió la demanda y en la fijación de los actos reclamados que delimitó el Juez de Distrito, en el Considerando Segundo de la resolución recurrida), **la**



RP. 27/2021  
-86-

**omisión que se le reclama es a título propio** (esto es, a título de sus funciones como Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos); para ser enfáticos, no se le reclama algún acto u omisión que hubiere llevado a cabo sus sub–alternos.

Por lo expuesto, los argumentos contenidos en el informe justificado analizado **no son idóneos ni suficientes** para **desvirtuar** la *presunción de inconstitucionalidad* del acto reclamado, atendiendo a su naturaleza.

En efecto, por las consideraciones expuestas, se considera que el argumento expuesto por el quejoso recurrente **es fundado y suficiente** para **levantar el sobreseimiento** decretado por el Juez de Amparo, en lo que hace al acto y autoridad analizados en el presente apartado.

Lo anterior, por **existir una obligación** a cargo de la titular de la **Fiscalía en Materia de Derechos Humanos no ejercida (acto omisivo alegado)**, sin que ofreciera medios de convicción para desvirtuarla, ni le asista razón en los argumentos que expresó en su informe justificado.

Ante tal situación, lo procedente será **modificar** la resolución recurrida y **conceder** el amparo y protección de la Justicia de la Unión al quejoso recurrente, para que la **Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos**, lleve a cabo lo subsecuente:

**Supervise** la actuación del Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, **que se encuentra a su cargo**, para que con la **debida diligencia, profesionalismo, eficacia y eficiencia** se integre y se determine la averiguación previa

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* y sus acumuladas.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-87-

FORMA-55

Tarea que deberá llevar a cabo, **de manera inmediata y continua** y hasta que se determine la investigación citada en el párrafo que antecede.

Lo anterior, con la precisión que este tribunal colegiado no pasa desatendido que, de conformidad con las constancias que se acompañaron como anexos al informe justificado rendido por el Ministerio Público integrador de la averiguación previa citada, se advierte que mediante acuerdo de veintidós de noviembre de dos mil dieciocho, el Titular de la Mesa VII, de la Unidad del Sistema Inquisitivo Mixto, de la Dirección General de Atención y Seguimiento a Recomendaciones y Conciliaciones en Materia de Derechos Humanos, de la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad de la entonces Procuraduría General de la República, **declinó competencia**, por especialidad, en la materia para seguir conociendo de la indagatoria precitada, a favor de la Fiscalía Especializada en Investigación del Delito de Tortura.<sup>13</sup>

Mediante oficio con terminación 2690/2018, de veintidós de noviembre de dos mil dieciocho, **se autorizó** la consulta de **incompetencia** planteada.<sup>14</sup>

Aspecto que se puntualiza en la medida que, con independencia que una autoridad perteneciente a la entonces Subprocuraduría de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad se hubiere declarado incompetente y se autorizada tal planteamiento, para conocer de la indagatoria correspondiente, este aspecto **no podrá ser invocado como una razón válida** para desvincularse del presente fallo protector.

Es así porque, se insiste, el acto que se relama a la Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos

<sup>13</sup> Hojas 2747 a 2769 del tomo IV –acompañado como anexo–.

<sup>14</sup> Hojas 2774 del tomo IV –acompañado como anexo–.



## RP. 27/2021

-88-

no se relaciona directamente con la integración material de la investigación indicada sino, por el contrario, se le atribuye la omisión de ejercer **sus facultades de supervisión** en torno a esa indagatoria.

Atento a lo anterior y toda vez que dada la naturaleza de la Fiscalía en Materia de Derechos Humanos, sus atribuciones se traducen entre otras, en vigilar que no se violen derechos humanos, y en el caso como ya se dijo incurrió en las omisiones ya mencionadas por las que se concede el amparo, lo que pone de manifiesto que incurrió en violación de derechos humanos del quejoso, con fundamento en lo dispuesto en las fracciones VIII y IX, del artículo 34, de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, en relación con los preceptos 9, fracción II, 10, 15, 49, fracción I, 51, 90, 91, 92 y 93, y demás aplicables de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, dese vista al Órgano de Control Interno de la Fiscalía General de la República, a efecto de que analice si las omisiones en que incurrió el Fiscal Especializado en Materia de Derechos Humanos, constituyen una responsabilidad administrativa.

En ese orden, corresponde analizar el sobreseimiento decretado por el juez recurrido en términos de la fracción IV, del artículo 63 de la Ley de Amparo, al considerar inexistente el acto reclamado consistente la **falta de registro** de la víctima de tortura o malos tratos en el Registro Nacional del delito de Tortura, atribuido al titular de la **Fiscalía General de la República**.

Al respecto, se estima legal dicho proceder, ya que del texto de dicho precepto se aprecia que la inexistencia del acto reclamado arroja como consecuencia el sobreseimiento en el juicio, de manera que, de constancias de autos apareciera demostrado que no existe el acto reclamado.

RP. 27/2021  
-89-

FORMA-55

Así, se advierte que el Titular de la Fiscalía General de la República al rendir su informe justificado, negó el acto relativo a la falta de registro de la víctima de tortura o malos tratos, ya que, con atingencia jurídica analizó la normativa que establece qué autoridad está facultada llevar a cabo tal actividad en el Registro Nacional del Delito de Tortura, en el caso, el artículo 35, fracción III, de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,<sup>15</sup> pues se advierte que realizar ese registro corresponde a la **Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura**, por tanto, resulta, evidente como lo señaló el juez recurrido no está dentro de las facultades del Titular de la Fiscalía General de la República el llevar a cabo ese registro, razón por la cual no le asiste la razón al recurrente y en consecuencia se considera legal el sobreseimiento decretado en términos de la indicada fracción IV del invocado precepto 63 del ordenamiento legal en consulta.

En esa línea argumentativa, se procede analizar el sobreseimiento que decretó el juez de amparo respecto del acto reclamado consistente en *las omisiones en la Coordinación y Supervisión de la actuación de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos y la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, en las que ha delegado su función investigadora, particularmente esta última, ante la que se encuentra activamente la investigación de los hechos, por su flagrante omisión de actuar con la debida diligencia, dentro de un plazo razonable*, atribuido al **Titular de la Fiscalía General de la República**, al actualizar el previsto en la fracción IV, del artículo

<sup>15</sup> "Artículo 35.- Las Fiscalías Especiales, además de lo dispuesto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, una vez que tengan conocimiento de la probable comisión del delito de tortura, deberán llevar a cabo, entre otras, las siguientes acciones:  
[...]

III. Realizar el registro del hecho en el Registro Nacional.



RP. 27/2021  
-90-

63 de la Ley de Amparo.

A propósito, se considera **fundado** el agravio que formula el recurrente en el que señala que el Juez de Distrito no fundó ni motivó, dicho sobreseimiento, ya que no brindó razones suficientes para justificar su proceder, toda vez al tratarse de un acto omisivo, la autoridad responsable por regla general, tendrá la carga de la prueba, de modo, que la negativa de la existencia del acto reclamado elaborada por la autoridad responsable no es suficiente para desvirtuar la certeza de lo reclamado, ello con apoyo en las tesis de rubros: “ACTOS OMISIVOS ATRIBUIDOS A UNA AUTORIDAD. PRESUPUESTOS DE SU EXISTENCIA.” y “ACTO RECLAMADO. SI CONSISTE EN LA FALTA DE EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE LA AUTORIDAD, SE GENERA UNA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE ÉSTA DEBE DESVIRTUAR.”

Además, el recurrente aduce que la negativa de la autoridad responsable a reconocer sus omisiones termina en un segundo plano, ya que derivada de la presunción de inconstitucionalidad que genera el acto de esta naturaleza, se puede afirmar válidamente que dicha autoridad responsable falló en su deber de desvirtuar las afirmaciones hechas en los instrumentos que el recurrente presentó, pues es claro que el **Fiscal General de la República** es responsable de vigilancia y evaluación de las unidades administrativas que integran la institución, tal como lo marca en el artículo 19, fracciones I, de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.

De igual forma, resalta que el término de unidades administrativas, se utiliza en el dispositivo legal antes citado, empero, si se lee en conjunto con el artículo 14 del mismo ordenamiento, se puede advertir que dispone la integración de la

RP. 27/2021  
-91-

FORMA-55

Fiscalía General de la República dentro de las cuales, las unidades administrativas pertenecen, entre otras, a las Fiscalías Especializadas de la Fiscalía General de la República, por tanto, quedan sujetas a la vigilancia y supervisión del Fiscal General de la República.

Además, señaló que en el artículo 3° del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, dispone que las fiscalías y unidades especializadas se encuentran dentro de las unidades administrativas, de modo, que la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, también es considerada una unidad administrativa, por ello, queda bajo la vigilancia y evaluación del Fiscal General de la República.

Igualmente, resaltó que el juez Federal paso por alto el Acuerdo A/013/19 por el que se instala la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos humanos, básicamente en su artículo 2° transitorio, pues dicho ordenamiento legal se establece cuáles son las unidades administrativas que forman parte de la Fiscalía General de la República, entre ellas, está la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura.

Existe una relación de subordinación entre el Fiscal General de la República con la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, cuestión que implica el seguimiento y supervisión entre unos y otros; máxime que el propósito de la concesión de las facultades de coordinación y supervisión, tienen por objeto de dar un debido seguimiento a las y los subaltemos, evitando que los errores que cometan continúen o se traduzcan una afectación grave contra las víctimas.

De ahí que, el juez de amparo no analizó las disposiciones



## RP. 27/2021

-92-

que regulan las facultades de la autoridad responsable, entre ellas, la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, pues si lo hubiera hecho, se percataría que dentro de las facultades del Titular está la de coordinar, vigilar y supervisar la **Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos y la Fiscalía Especial en Delitos de Tortura.**

Argumentos del recurrente que se consideran suficientes para **modificar** la sentencia sujeta a revisión y **levantar** el sobreseimiento.

En efecto, en la sentencia recurrida se advierte que el juez de Amparo consideró sobreseer el juicio de garantías respecto del acto y autoridad en comento, al considerar que el quejoso no desvirtuó la negativa de la autoridad responsable al rendir su informe justificado.

Sin embargo, adverso a lo alegado por el juez de amparo, en principio, debe señalarse que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión **323/2014**, señaló que el artículo 149 de la Ley de amparo abrogada, establecía que corresponde al quejoso demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado, salvo aquellos casos en los que el acto sea violatorio de garantías en sí mismo, pues en ese caso la carga de la prueba se revierte a las autoridades para demostrar que dicho acto es constitucional.

En esas condiciones, cuando en el juicio de amparo se reclamado que la autoridad no ha desplegado sus facultades se genera una presunción de inconstitucionalidad que ésta debe desvirtuar, así, dicho acto tiene el carácter de omisivo, lo cual, implica un hecho negativo, que la autoridad no ha realizado algo, por lo que debe acompañar las pruebas necesarias que acrediten



RP. 27/2021  
-93-

FORMAA-55

el debido ejercicio de su facultad, esto, en concordancia con el artículo 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria, en relación al artículo 2º de la Ley de Amparo.

Argumentos que dio origen la tesis **1a. CLXXV/2015 (10a.)**, que citó el quejoso, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 392, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: **“ACTO RECLAMADO. SI CONSISTE EN LA FALTA DE EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE LA AUTORIDAD, SE GENERA UNA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE ESTA DEBE DESVIRTUAR.”**

Asimismo, es dable señalar, que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al resolver el amparo en revisión **635/2019**, consideró que para determinar la existencia o certeza de los actos consistentes en la omisión de una autoridad de ejercer alguna de las facultades que se estime le corresponden es suficiente advertir, someramente, la coherencia o viabilidad del argumento respectivo en relación con el marco jurídico general que rija la actuación de la autoridad a la que se atribuya la referida omisión.

Acotó que cuando se trata de un acto omisivo, genera una presunción de inconstitucionalidad que debe desvirtuarse por parte de la autoridad con las pruebas necesarias que acrediten el debido ejercicio de la facultad, al tratarse de un hecho negativo. Lo que también tiene apoyo en lo previsto en el artículo 82, del Código Federal de Procedimientos Civiles<sup>16</sup> de aplicación

<sup>16</sup> **“ARTÍCULO 82.** El que niega sólo está obligado a probar:  
I.- Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;  
II.- Cuando se desconozca la presunción legal que tenga a su favor el colitigante, y  
III.- Cuando se desconozca la capacidad.”



## RP. 27/2021

-94-

supletoria, en el que se precisa que el que niega no está obligado a probar, salvo que el hecho envuelva una afirmación expresa de un hecho.

Lo anterior, dio origen a la tesis **1a. IV/2021 (10a.)**, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: **“ACTOS OMISIVOS. DETERMINACIÓN DE SU CERTEZA CUANDO SE RECLAMA EN AMPARO INDIRECTO EL NO EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE UNA AUTORIDAD.”**

Bajo ese contexto, contrario al argumento por el juez de Amparo, como lo señaló el quejoso en su agravio, al tratarse el acto reclamado de naturaleza omisiva, atribuido al **Fiscal General de la República** respecto de coordinar y supervisar al **Fiscal Especializado en Materia de Derechos Humanos y Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura**, la carga de la prueba le recae a la autoridad y no al quejoso, pues genera una presunción de inconstitucionalidad que la autoridad responsable debe desvirtuarla por medio de pruebas que acrediten el debido ejercicio de su facultad.

Por tal motivo, tal como lo planteó el quejoso, para estar en aptitud de examinar su certeza o falsedad, se debe acudir, en principio, a las normas legales que prevén la competencia de la autoridad, para verificar si la responsable está obligada o no realizar esa conducta, esto es, antes de calificar sobre una posible omisión es necesario identificar si existe obligación jurídica de actuar en el sentido como el quejoso lo indica.

Así, un acto omisivo será cierto o inexistente, independientemente de las manifestaciones de la responsable,



RP. 27/2021  
-95-

FORMAA-55

en función de las obligaciones constitucionales o legales que ineludiblemente estaba constreñida a realizar, sean éstas en vía de consecuencia de un acto jurídico previo que lo origine, o bien, en forma aislada y no simplemente por el solo hecho de incurrir en la omisión por sí misma.

En efecto, para que exista una conducta cualificada jurídicamente como omisión, no basta con una referencia al curso de una actuación humana (un no hacer), sino se requiere un elemento normativo previo, que hace previsible el actuar que no se llevó a cabo, es decir, sólo se omite algo en el contexto en que es relevante una actuación determinada porque existe una obligación que así lo indica.

En otras palabras, omitir no es un mero no actuar, sino un no actuar como se espera o como se está obligado.

Así, para que exista una omisión, se deben reunir dos elementos, a saber:

I. Uno deóntico. Una obligación de hacer, a cargo del sujeto de derecho a quien se le imputa el acto omisivo, impuesta por una norma jurídica, ya sea una ley (regla de conducta general, abstracta e impersonal), o por una resolución judicial o administrativa (regla de conducta particular, concreta y personal); y,

II. Uno óntico o fáctico. Una conducta pasiva ante esa obligación, esto es, un no hacer.

Con base en la diferencia entre omisión y no hacer, para verificar la certeza de los actos omisivos, se debe examinar si la autoridad a que se le atribuye se encuentra constreñida a actuar



RP. 27/2021  
-96-

en el sentido que pretende el quejoso, ya sea por la existencia del precepto legal que así lo disponga, o bien, una resolución judicial o administrativa que así lo ordenó.

Lo anterior, tiene sustento la tesis **1a. XXIV/98** que citó el quejoso, proveniente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 53 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, de rubro y texto: **“ACTOS DE NATURALEZA OMISIVA. PARA ESTAR EN APTITUD DE PRECISAR SU CERTEZA O FALSEDAD, DEBE ACUDIRSE EN PRINCIPIO A LAS NORMAS LEGALES QUE PREVÉN LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD PARA DETERMINAR SI EXISTE O NO LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR EN EL SENTIDO QUE INDICA EL QUEJOSO.** Para que se actualice la omisión en que incurre una autoridad debe existir previamente la obligación correlativa, conforme lo dispongan las normas legales; por tanto, un acto omisivo atribuido a la autoridad, como puede ser que el presidente de la República, no haya sancionado un acuerdo expedido por un secretario de Estado, independientemente de las afirmaciones de la quejosa y las manifestaciones de la responsable, será cierto o inexistente, en función de las obligaciones y facultades constitucionales que ineludiblemente está constreñida a realizar, sea en vía de consecuencia de un acto jurídico previo que lo origine, o bien, en forma aislada y espontánea sin que tenga como presupuesto una condición; y no simplemente por el solo hecho de incurrir en la omisión por sí misma con criterios subjetivos. En estas circunstancias, para estar en aptitud de precisar la certeza o falsedad de un acto de naturaleza omisiva cuando se le imputa a determinada autoridad, debe acudirse en principio a las normas legales que prevén su competencia para verificar si en realidad está obligada a realizar esa conducta, es decir, antes de pronunciarse sobre una posible omisión es necesario identificar



RP. 27/2021  
-97-

FORMAA-55

*si existe obligación jurídica de actuar en la forma que la quejosa indica, porque de no ser así se llegaría a la conclusión errónea de que cualquier omisión reclamada fuera cierta soslayando la exigencia objetiva de que se debe obrar en determinado sentido, que después de todo puede servir como referencia para iniciar el análisis de certeza de actos.”*

Bajo ese contexto, para determinar si la autoridad responsable fue omisa, que dentro de sus facultades está el coordinar y supervisar la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos y la Fiscalía Especial en Investigación del delito de Tortura, este tribunal colegiado procede analizar los argumentos sostenidos por la autoridad responsable en su informe justificado.

Al respecto, el Director de Amparo en suplencia de la Fiscalía General de la República, al rendir su informe justificado el diecisiete de febrero de dos mil veinte, señaló que:

- No eran ciertos los actos reclamados que se le atribuyen, toda vez que la Fiscalía General de la República para el despacho de los asuntos que le competen conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales y demás disposiciones aplicables, se auxilia entre otras de la **Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos**, unidades administrativas, siendo en el caso, en la Fiscalía Especial en investigación del Delito de Tortura, y agentes del Ministerio Público de la Federación quien conduce la investigación de la averiguación  
\*\*\*\*\* y  
sus acumuladas.

- La Fiscalía Especializada en Materia de Derechos



**RP. 27/2021**  
**-98-**

Humanos entre otras funciones tiene asignada la investigación de delitos y el ejercicio de la acción penal en casos de violaciones a los derechos humanos, independientemente de la clasificación jurídica de los hechos que afecten la vida, la integridad, el patrimonio y la libertad de las personas, atribuciones que ejerce por conducto de la Fiscalías de protección de los derechos humanos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; de trata de personas, de desaparición forzada y desaparición cometida por particulares, de periodistas y personas defensoras de derechos humanos, de migrantes, de investigación de tortura, y todas aquellas Fiscalías, órganos o unidades que determine la persona titular de la Fiscalía General de la República, según precisan los numerales 14 y 27, de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República y el acuerdo **A/013/2019** emitido por el Fiscal General de la República.

- Por cuanto hace a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura adscrita a la antes mencionada Fiscalía Especializada, por conducto de su Titular, entre otras facultades tiene asignada la de iniciar, dirigir, coordinar y supervisar las investigaciones relacionadas con los delitos señalados en la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en términos de los artículos 22 y 55 de la misma ley, así como, en el ámbito de competencia, realizar las acciones que correspondan para la obtención de la oportuna sanción de esos delitos y de las correspondiente reparación integral y atención especializada a víctimas directas e indirectas, atribuciones las cuales se ejercerán por conducto de los Agentes del Ministerio Público de la Federación en funciones de investigación y persecución de delitos, en términos de los artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.



RP. 27/2021  
-99-

FORMA-55

- Finalmente, adujo que en términos de lo que establece el artículo 21 y 102, apartado “A” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la conducción de la investigación se encuentra a cargo del Agente del Ministerio Público de la Federación de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura con adscripción actual a la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, quien conoce de la averiguación previa

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* y sus acumuladas, siendo la facultada y competente para realizar diligencias acorde a la naturaleza del asunto; recabar elementos probatorios tendentes acrediten los hechos motivo de su investigación, y en su oportunidad previo razonamiento lógico jurídico correlacionado con la evidencia probatoria, establecer si se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, para emitir la determinación que en derecho corresponda, en apego a las reglas que rigen en el Código Federal de Procedimientos Penales, en observancia a los derechos humanos que prevén los instrumentos internacionales, así como en observancia a la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura vigente en la época de los hechos.

- Citó como sustentó las tesis de rubros: “INFORME JUSTIFICADO. NEGATIVA DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A LAS AUTORIDADES Y NO DESVIRTUADOS.”, “EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”, “ADUANAS. DELEGACIÓN DE FACULTADES EN FUNCIONARIOS SUBALTERNOS (TESIS HISTÓRICA).”, “AUTORIDAD RESPONSABLE. TIENE ESE CARÁCTER LA QUE EMITE EL ACTO RECLAMADO.” y “DELEGACIÓN DE FACULTADES.”

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04



**RP. 27/2021**  
**-100-**

Ahora bien, en relación con el acto reclamado consistente en la omisión de coordinar y supervisar la actuación de la **Fiscalía Especializada en Investigación del Delito de Tortura**, contrario a lo argüido por la autoridad responsable en su informe justificado, tal como lo señaló el quejoso recurrente en su agravio, en el artículo 19, fracción I, de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, establece que dentro de las facultades del titular de la Fiscalía General de la República, está la de dirigir y coordinar la política general de la Fiscalía General de la República, así como vigilar y evaluar la operación de las unidades administrativas que la integran.

Asimismo, en la fracción III, del mismo ordenamiento legal, establece, que también está facultado el Fiscal General de la República para participar en el Sistema de Atención a las Víctimas y ofendidos por la comisión de delitos.

Además, en la fracción XIX de dicho dispositivo legal, está dentro de sus funciones del Fiscal General de la República, el coordinar a las unidades y órganos de la Fiscalía General de la República en el suministro de información y asegurar su consolidación, consistencia, oportunidad, y confiabilidad para los fines de formulación de la **Política de Persecución Penal**.

En el último párrafo de dicho numeral citado, señala que serán facultades indelegables del Fiscal General de la República, las establecidas en las fracciones I, IV, VII, VIII, XI, XV, XVII, XX y XXIV.

Por su parte, en el Acuerdo A/013/19 de la Fiscalía General de la República, por el que se instala la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, en el segundo

RP. 27/2021  
-101-

FORMA-55

transitorio, establece que en tanto se expida el Reglamento de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, se entenderá que las **unidades administrativas** que se enlistan a continuación son aquellas a las que se refiere el artículo primero del citado acuerdo, lo anterior, con fundamento en los artículos tercero y décimo segundo transitorio del Decreto por el que se expide la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, entre ellas, se encuentra en la fracción VI, la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura.

Así pues, se encuentra desvirtuada la negativa del titular de la **Fiscalía General de la República** de no aceptar que dentro de sus facultades está el de **coordinar y supervisar la actuación de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura**, ya que, si bien, adujo la autoridad responsable que la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, por conducto de su titular, entre otra de sus facultades, está la de iniciar, dirigir, coordinar y supervisar las investigaciones relacionadas con los delitos señalados por la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura; lo cierto es que en el artículo 19, fracciones I, III, XIX y párrafo último, de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, en relación con el Acuerdo A/013/19, en el segundo transitorio, se observa que dentro de las facultades del Titular de la Fiscalía General de la República, está el de coordinar y vigilar la actuación de la Fiscalía Especializada en Investigación del Delito de Tortura, lo cual, es una facultad exclusiva e indelegable de la autoridad responsable de realizarlo.

Ahora bien, por cuanto hace, al acto reclamado, consistente en la **omisión de coordinar y supervisar la actuación de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos**, opuesto a lo vertido por la autoridad

**RP. 27/2021****-102-**

responsable en su informe justificado, como acertadamente lo señaló el recurrente, en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, en su artículo 19 fracción XIX, se advierte que una de sus funciones del Fiscal General de la República, es coordinar a las unidades y órganos de la Fiscalía General de la República en el suministro de información y asegurar su consolidación, consistencia, oportunidad, y confiabilidad para los fines de formulación de la Política de Persecución Penal.

Así pues, del artículo 6° de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, se desprende que el Plan de Persecución Penal es el instrumento para que dicha ley persiga eficazmente los fenómenos macrocriminales, considerando las prioridades nacionales establecidas en la política criminal para orientar las atribuciones institucionales, las prioridades en la investigación, persecución y ejercicio de la acción penal y las funciones que deben desempeñar las personas que prestan servicios en la institución.

Además, en el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, se establece que la Fiscalía General de la República tendrá como fines, la investigación de los delitos y el esclarecimiento de los hechos, otorgar una procuración de justicia eficaz, efectiva, apegada a derecho, que contribuya a combatir la inseguridad y disminuirla, la prevención del delito, fortalecer el Estado de Derecho en México, procurar que el culpable no quede impune, así como promover, proteger y garantizar los derechos de verdad, reparación integral y de no repetición de las víctimas, ofendidos en particular y de la sociedad en general.

Por su parte, en el artículo 3 del mismo ordenamiento legal citado, establece que la Fiscalía General de la República, registrará



RP. 27/2021

FORMA-55

-103-

su actuación por los principios de autonomía, legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, respecto a los derechos humanos, perspectiva de género, interculturalidad, perspectiva de niñez y adolescencia, accesibilidad, **debida diligencia** e imparcialidad.

De igual forma, en el artículo 5, del invocado dispositivo legal, señala que las funciones de la Fiscalía General de la República, está el de investigar y perseguir los delitos; ejercer la acción penal; y procurar la reparación del daño de las víctimas.

Igualmente, en el artículo 14 de la ley citada, se observa que, dentro de la estructura de la Fiscalía General de la República, se encuentra la **Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos**.

Bajo esas premisas, se encuentra desvirtuada la negativa del titular de la **Fiscalía General de la República** de no aceptar que dentro de sus funciones está el de coordinar y supervisar la actuación de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos, pues si bien, señaló que respecto de esta, entre otras de sus funciones tiene asignada la investigación de delitos y el ejercicio de la acción penal en casos de violaciones a los derechos humanos, quien a su vez tiene el cargo la fiscalía de investigación de tortura; empero, adverso a lo alegado, en el artículo 19 fracción XIX de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, se puede advertir que una de sus funciones del Fiscal General de la República, es el de coordinar a los órganos de la Fiscalía General para cumplir los fines de la formulación de la política de persecución penal.

Tomando en cuenta, que la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, es un órgano que forma parte



**RP. 27/2021**  
**-104-**

de la Fiscalía General de la República, siendo una de las prioridades del plan de persecución penal, los fines y principios rectores, como lo son, el de investigación y persecución de los delitos, el esclarecimiento de los hechos y la debida diligencia, para cumplir con ello, la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, le dio plenas facultades para que Fiscal General de la República coordine y supervise la actuación de la **Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos**, con el objetivo de asegurar la debida diligencia dentro de un plazo razonable en la integración e investigación de la averiguación previa

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* y sus acumuladas, de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura.

Sin que sea óbice a lo anterior, que uno de los argumentos de la autoridad responsable en su informe justificado para no aceptar el acto reclamado, fue señalar que por conducto de los agentes del Ministerio Público de la Federación son los competentes para conducir la investigación de los hechos, coordinar a las policías y a los servicios periciales durante la investigación; empero, opuesto a dicha afirmación, no se está reclamando quien es el competente para llevar a cabo la investigación o integración de una averiguación previa, sino la coordinación y supervisión de la actuación de las **Fiscalías Especializada en Materia de Derechos Humanos y la Especial en Investigación de Tortura**.

De igual forma, pretendió la autoridad responsable para negar el acto reclamado, sustentarlo con la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que invocó el Juez de amparo, así como, la jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y las jurisprudencias del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-105-

FORMA-55

Circuito, que citó la autoridad responsable en su informe justificado de rubros: “INFORME JUSTIFICADO. NEGATIVA DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A LAS AUTORIDADES.”, “ADUANAS, DELEGACIÓN DE FACULTADES EN FUNCIONARIOS SUBALTERNOS.” “DELEGACIÓN DE FACULTADES.” e “INFORME JUSTIFICADO. NEGATIVA DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A LAS AUTORIDADES Y NO DESVIRTUADOS.”; mismas que no resultan aplicables, en razón de que se trata de un acto omisivo atribuido a una autoridad responsable, que por su naturaleza jurídica y su presunción de inconstitucionalidad, no es suficiente que la autoridad niegue el acto que se le reclama, sino que, debe desvirtuar con las pruebas necesarias que acrediten el debido ejercicio de la facultad, al tratarse de un hecho negativo.

Y, como se analizó, la autoridad responsable tiene dentro de las facultades que establece la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, el de coordinar y supervisar la actuación de la **Fiscalía Especializada en Derechos Humanos y Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura**, para la debida diligencia e integración de la averiguación previa correspondiente

Por lo anterior, se tiene por cierto el acto reclamado y se levanta el sobreseimiento decretado por el juez recurrido, por lo que hace al acto y autoridades responsables señaladas; en consecuencia, procede **conceder el amparo y protección** de la Justicia Federal al quejoso para que el Fiscal General de la República:

**Coordine y supervise** la actuación de las **Fiscalías, Especializada en Materia de Derechos Humanos y Especial en Investigación del Delito de Tortura**, que se encuentran a su



**RP. 27/2021  
-106-**

cargo, para que con debida diligencia, profesionalismo, eficacia y eficiencia, se integre y se determine la averiguación previa

\*\*\*\*\* y

**sus acumuladas;** lo que deberá llevar a cabo, de **manera inmediata y continua y hasta que se determine** la investigación citada.

Finalmente, en relación con el acto reclamado al **Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura**, consistente en la **omisión de establecer y coordinar** el Registro Nacional del Delito de Tortura en el plazo establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

El juez de Amparo sobreseyó en el juicio, en razón que si bien, dicha autoridad responsable manifestó que era parcialmente cierto el acto atribuido, pues aún no se ha puesto a funcionar a nivel nacional el Registro Nacional del Delito de Tortura.

Dicho acto no se le puede reclamar, ya que precisamente conforme al artículo Quinto Transitorio de dicha legislación, la **implementación de la infraestructura tecnológica** necesaria para operar dicho Registro solo corresponde Titular de la Fiscalía General de la República, responsabilidad que está prevista en el precepto 85, de dicha legislación.

En efecto, ya que tales disposiciones así lo demuestran:

**“Quinto. La Procuraduría General de la República contará con un plazo de ciento ochenta días siguientes a la fecha en que el presente Decreto entre en vigor, para expedir el**

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA EN MÉXICO  
2021-08-26 17:38:04



RP. 27/2021  
-107-

FORMAA-55

*Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y **contar con la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura.***

*“Dentro de los noventa días posteriores al cumplimiento del plazo señalado en el párrafo anterior, las procuradurías y fiscalías de las entidades federativas deberán poner en marcha sus registros correspondientes.”*

*“Artículo 85. La Procuraduría **coordinará** la operación y la **administración** del Registro Nacional.*

*El Registro Nacional se alimentará con los datos proporcionados por los registros de cada una de las entidades federativas y de la Federación en términos de los convenios que se celebren para tal efecto.*

*En el caso de las Fiscalías de las entidades federativas, éstas instrumentarán su respectivo registro considerando como mínimo lo establecido en el presente Capítulo.”*

Lo anterior, tal como lo señaló el juez de amparo, pone de manifiesto que respecto al acto reclamado (5) y autoridad mencionados, lo procedente es sobreseer en el juicio en términos de la fracción IV, del artículo 63 de la Ley de Amparo; ya que, en el caso, está plenamente demostrado que la omisión que se atribuye a dicha autoridad no existe, es decir, se advierte la imposibilidad de que se acredite, pues en la ley existe disposición expresa de que tal acto no corresponden a ella, sino a autoridad diversa.

De ahí que, resulta correcto que el juez recurrido determinara la inexistencia del acto a dicha autoridad, ya que se aprecia de la propia ley, por tanto, no hay posibilidad de que se demuestre la existencia del mismo, pues al no corresponderle



**RP. 27/2021  
-108-**

realizar esa actividad, tampoco pueden incurrir en la omisión reclamada.

Aunado a lo anterior, cabe señalar que respecto al acto reclamado consistente en la omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura al Titular de la Fiscalía General de la República, y la omisión del registro de la víctima de tortura o malos tratos en el Registro Nacional del Delito de Tortura (RENADET), atribuido al Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura, se tuvieron como ciertos, por ser a quienes corresponde la realización de los mismos.

Por tanto, tal como lo señaló el juez de Amparo no resulta cierto el acto reclamado a dicha autoridad responsable, por lo que, es legal el sobreseimiento en términos de la indicada fracción IV, del arábigo 63 del ordenamiento legal de la materia.

Lo anterior con base en la jurisprudencia 284, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 236, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 197-2000, tomo VI, materia común, sexta época, de rubro: **“INFORME JUSTIFICADO. NEGATIVA DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A LAS AUTORIDADES.”**

**SÉPTIMO.** Por cuanto hace a los diversos agravios hechos valer por el recurrente en relación a la negativa del amparo respecto a los actos reclamados a las autoridades responsables Fiscal General de la República, consistente en la omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura en el plazo establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura, consistentes en la



RP. 27/2021

-109-

FORMA-55

omisión de realizar el registro de la víctima de tortura o malos tratos en el Registro Nacional del Delito de Tortura; actos que el recurrido dijo se encuentran vinculados con la aplicación de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros tratos o Penas Cruels inhumanas o Degradantes, que entró en vigor el veintisiete de junio de dos mil dieciséis; **son esencialmente fundados**, en atención a las consideraciones siguientes.

Precisado lo anterior debe decirse primero por cuanto hace al acto atribuido al Fiscal General de la Republica, consistente en la omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura en el plazo establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, no se comparte el argumento del recurrido en el sentido de que el procedimiento debe ceñirse a las disposiciones de la Ley vigente en la época en que inició la indagatoria.

En efecto, para atender el planteamiento que hace valer el quejoso recurrente, es necesario determinar, en primer plano, en qué momento y cuándo se configura una *omisión* que puede combatirse, a partir del sistema judicial.

Se precisa, el contexto que se expondrá enseguida, **de modo alguno debe ser entendido como perfeccionar, mejorar o suplir los argumentos del aquí quejoso recurrente**; por el contrario, se expondrán a fin de determinar si, en la especie, se actualiza —o no— la omisión aludida, en atención a los criterios que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado para evaluar dichos aspectos.

Situación que, sin lugar a dudas, se encuentra justificada como un ejercicio de debida motivación del presente fallo y se lleva a cabo en atención al contenido del artículo 217 de la Ley de Amparo, pues los precedentes que han formado jurisprudencia,



**RP. 27/2021**  
**-110-**

emitidos por el órgano mencionado son de aplicación obligatoria para este órgano jurisdiccional.

En la especie, el marco general que se establecerá en las breves líneas subsecuentes será haciendo especial referencia a lo resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las Controversias Constitucionales 4/2005 y 14/2005.<sup>17</sup>

Criterios que habrán de complementarse con lo resuelto en el Amparo en Revisión 1359/2015,<sup>18</sup> emitido por la Primera Sala del órgano mencionado, al tratarse de uno de los últimos precedentes emitidos, en relación con la temática de referencia.

Para comenzar, en las resoluciones *supra indicadas*, el Pleno refirió que, en un sistema constitucional como el nuestro, atendiendo al principio de *legalidad*, las autoridades deben y pueden actuar, respectivamente, atendiendo únicamente a las atribuciones que les son conferidas por diversas normas.

A partir de lo anterior, ese órgano distinguió que el sistema competencial puede expresarse de la forma siguiente:

- Prohibiciones expresas: funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de diversas competencias concedidas.
- Competencias de ejercicio **potestativo**: el órgano estatal decide si ejerce o no la atribución conferida.
- Competencias de ejercicio **obligatorio**: el ente del Estado se encuentra **constreñido (es decir, no es optativo)** a ejercer la competencia establecida en la Constitución.

<sup>17</sup> Resueltos en sesión pública de tres y trece de octubre de dos mil cinco, respectivamente.

<sup>18</sup> Resuelto en sesión pública de quince de noviembre de dos mil diecisiete.



RP. 27/2021  
-111-

FORMAA-55

Sobre este aspecto, el Tribunal Pleno estableció, es indispensable la existencia de un mandato de ejercicio expreso, es decir, una **obligación de realizar un acto concreto en un tiempo específico**, a fin de lograr una adecuación normativa puntual.

Bajo ese esquema, es importante tomar en cuenta que las autoridades no sólo pueden afectar a los ciudadanos, a partir de *actos positivos*; por el contrario, también se puede configurar una vulneración, a través de *actos negativos u omisiones*.<sup>19</sup>

Tan es así que, actualmente, de conformidad con lo establecido en los artículos 1, fracción I, y 107, fracción II, de la Ley de Amparo, el accionante de la protección constitucional tiene la posibilidad de reclamar, vía amparo indirecto, las *omisiones* de las autoridades que, a su estima, generen una afectación en su esfera de derechos humanos. Norma que es corolario del numeral 103, fracción I, de la Constitución Federal.

A pesar de lo anterior, la Primera Sala tuvo a bien precisar que la simple inactividad no equivale a una omisión,<sup>20</sup> sino que ésta únicamente podrá actualizarse en supuestos concretos, es decir, en aquellos casos en los que exista el deber de realizar una conducta y alguien haya incumplido con esa obligación, como se precisó en el supuesto de competencias de ejercicio obligatorio.

En el entendido que, el Pleno de la Corte refirió que la competencia no implica una obligación; por el contrario, es *simplemente la posibilidad establecida en el ordenamiento*

<sup>19</sup> Vid. tesis 1a. XVII/2018 (10a.), visible en el Semanario Judicial de la Federación, con registro 2016418, de rubro siguiente: "CONCEPTO DE OMISIÓN COMO ACTOS DE AUTORIDAD."

<sup>20</sup> Sobre este tema, la Primera Sala cita al autor siguiente: Nino, Carlos S. "¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca del valor moral de los delitos por omisión)", en Gustavo Maurino (ed.), *Fundamentos de derecho penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2008, pp. 210 a 213.



RP. 27/2021  
-112-

*jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales.*

Bajo este panorama, el órgano que tiene una competencia tiene la potestad de decidir, libremente, si la ejerce o no y en qué momento habrá de hacerlo, salvo se trate de una de ejercicio obligatorio.

Tratándose de omisiones, como actos de autoridad, para fines del juicio de amparo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que son aquéllas que se atribuyen, en función del incumplimiento de un deber: omisiones administrativas omisiones judiciales y omisiones legislativas.<sup>21</sup>

En efecto, al clasificarlas –tomando en cuenta como base los actos legislativos, siendo trasladable a los provenientes de diversos poderes–, el Pleno del Máximo Tribunal ha establecido lo siguiente:

- **Omisiones absolutas** en competencias de ejercicio **obligatorio**: se actualizan cuando el órgano tiene la obligación o mandato de actuar en determinado sentido y no lo ha hecho.
- **Omisiones relativas** en competencias de ejercicio **obligatorio**: hacen referencia a cuando el órgano actúa, teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente.
- **Omisiones absolutas** en competencias de ejercicio **potestativo**: se da en los casos en que la autoridad decide no actuar, debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga.

<sup>21</sup> Vid. tesis 1a. XVIII/2018 (10a.), visible en el Semanario Judicial de la Federación, con registro 2016428, de rubro siguiente: "TIPOS DE OMISIONES COMO ACTOS DE AUTORIDAD PARA FINES DEL JUICIO DE AMPARO."



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-113-

FORMAA-55

- **Omissiones relativas** en competencias de ejercicio **potestativo**: son aquellas en las que el órgano decide hacer uso de su competencia potestativa, pero al emitir el acto, lo hace de manera incompleta o deficiente.

A partir de los criterios previamente identificados, es que se determinan los supuestos en los cuales habrá de considerarse que puede actualizarse una *omisión* atribuible como un incumplimiento de determinada autoridad, que sea trascendente para el ordenamiento jurídico y, por ende, pueda combatirse, a través del juicio de amparo.

La hipótesis a que hacemos referencia es la primera, toda vez que ésta contempla la **falta de acción, estando obligado a ello, por un mandato normativo, en el que se establezca, de manera precisa, el deber de actuar en un determinado sentido y esa obligación haya sido incumplida totalmente.**

Así, en este tipo de competencias –de ejercicio obligatorio–, **el órgano estatal no tiene la facultad de decidir si actúa o no;** por el contrario, existe un mandato o una obligación legal, a su cargo para realizar dicha tarea.

Bajo ese contexto, la Primera Sala refirió que una *omisión* –generalizando el argumento, a partir del ejercicio legislativo–<sup>22</sup> se presenta cuando una autoridad no actúa, con base en sus competencias, estando obligado a ello por una norma.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Es aplicable la jurisprudencia 2a./J. 98/2019 (10a.), sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el mismo medio de consulta, con registro 2020218, de rubro siguiente: “REVISIÓN EN AMPARO INDIRECTO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO ESTÁN FACULTADOS PARA DETERMINAR LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE UNA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN O SI TIENE EL CARÁCTER DE TEMÁTICA O GENÉRICA EN USO DE SU COMPETENCIA DELEGADA (ABANDONO DE LAS TESIS 2a. CIII/2009, 2a. CXCVI/2007 Y 2a. CLXX/2007).”

<sup>23</sup> Como referencia, citó al autor siguiente: Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 97.



**RP. 27/2021**  
**-114-**

En otras palabras, no podrá considerarse como una omisión, si el mandato no se encuentra contenido en una norma, si no se refiere a un tema concreto, si no se señaló plazo para cumplir con el deber de llevarlo a cabo y si no deriva de una facultad habilitante, para tales efectos.<sup>24</sup>

Teniendo en cuenta el contexto expuesto, ahora, es necesario atender a la interrogante siguiente:

*¿En el caso analizado, existe una omisión legal?*

La pregunta debe responderse en sentido **afirmativo**, como veremos en las líneas subsecuentes.

En efecto, **como bien lo precisó** el quejoso recurrente es necesario no perder de vista el contenido del artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. La disposición invocada prevé lo subsecuente:

**“Quinto.** *La Procuraduría General de la República contará con un plazo de ciento ochenta días siguientes a la fecha en que el presente Decreto entre en vigor, para expedir el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros Tratos o*

<sup>24</sup> Otro criterio orientador es la tesis 1a. XXIV/98, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, bajo el número de registro 196080, de rubro y texto siguientes:

**“ACTOS DE NATURALEZA OMISIVA. PARA ESTAR EN APTITUD DE PRECISAR SU CERTEZA O FALSEDAD, DEBE ACUDIRSE EN PRINCIPIO A LAS NORMAS LEGALES QUE PREVEN LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD PARA DETERMINAR SI EXISTE O NO LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR EN EL SENTIDO QUE INDICA EL QUEJOSO.**

*Para que se actualice la omisión en que incurre una autoridad debe existir previamente la obligación correlativa, conforme lo dispongan las normas legales; por tanto, un acto omisivo atribuido a la autoridad, como puede ser que el presidente de la República, no haya sancionado un acuerdo expedido por un secretario de Estado, independientemente de las afirmaciones de la quejosa y las manifestaciones de la responsable, será cierto o inexistente, en función de las obligaciones y facultades constitucionales que ineludiblemente está constreñida a realizar, sea en vía de consecuencia de un acto jurídico previo que lo origine, o bien, en forma aislada y espontánea sin que tenga como presupuesto una condición; y no simplemente por el solo hecho de incurrir en la omisión por sí misma con criterios subjetivos. En estas circunstancias, para estar en aptitud de precisar la certeza o falsedad de un acto de naturaleza omisiva cuando se le imputa a determinada autoridad, debe acudir en principio a las normas legales que prevén su competencia para verificar si en realidad está obligada a realizar esa conducta, es decir, antes de pronunciarse sobre una posible omisión es necesario identificar si existe obligación jurídica de actuar en la forma que la quejosa indica, porque de no ser así se llegaría a la conclusión errónea de que cualquier omisión reclamada fuera cierta soslayando la exigencia objetiva de que se debe obrar en determinado sentido, que después de todo puede servir como referencia para iniciar el análisis de certeza de actos.”*

RP. 27/2021  
-115-

FORMA-55

*Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y contar con la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura.*

*Dentro de los noventa días posteriores al cumplimiento del plazo señalado en el párrafo anterior, las procuradurías y fiscalías de las entidades federativas deberán poner en marcha sus registros correspondientes.”*

De la norma transcrita, es posible desprender todos los elementos que configuran una *omisión*, proveniente del Fiscal General de la República y, en vía de consecuencia, **como bien lo plantea el recurrente** del Fiscal Especial en Investigación de Delito de Tortura, dependiente de la Fiscalía General de la República.

En atención a los argumentos expuestos, este tribunal colegiado concluye que, en la especie, **se actualiza una omisión absoluta en una competencia de carácter obligatorio**, en la medida que el Registro Nacional del Delito de Tortura **no se encuentra en operación**, a pesar de haber transcurrido el plazo legal establecido en la norma, para su implementación.

Lo anterior, sin desatender que una de las autoridades responsables precisó que su implementación se llevará a cabo en tres etapas; de las cuales, la primera ya se encuentra cubierta; sin embargo, este aspecto no justifica la omisión.

De lo expuesto, se concluye que, analizando las particularidades del asunto sometido a jurisdicción, el juicio de amparo sí es un instrumento idóneo que permite combatir la negativa apuntada, pues se satisfacen los requisitos establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para tales efectos.



**RP. 27/2021**  
**-116-**

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo Quinto Transitorio en relación con el 85, ambos de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanas o Degradantes, el Fiscal General de la República, tenía la obligación para que en un plazo de ciento ochenta días siguientes a la fecha en que entrara en vigor la referida ley, expedir el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels inhumanas o Degradantes y contar con la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura.

En primer lugar se aprecia que la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels inhumanas o Degradantes, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintiséis de junio de dos mil diecisiete, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo Primero Transitorio de dicha Ley, entró en vigor el veintisiete, es decir, al día siguiente de su publicación, por lo que el plazo de los ciento ochenta días que se fueron concedidos se cumplió el veinticuatro de diciembre del propio año.

Ahora bien, de las constancias que se encuentran en el juicio de amparo, no se advierte prueba alguna de la que se aprecie que a la fecha el Fiscal General de la República, haya expedido el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanas o Degradantes y que cuente con la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura, es decir, que se encuentre funcionando a nivel nacional el registro de que se trata, y por el contrario se aprecia que el mismo no existe, ya que la autoridad responsable en su informe justificado se concretó a negar los actos que se le reclaman, sin hacer manifestación alguna en específico en relación a este acto, todo lo cual permite establecer que la responsable ha incurrido en la omisión que se le reclama, ya que

RP. 27/2021  
-117-

FORMA-55

aún no se ha puesto a funcionar a nivel Nacional el Registro Nacional del Delito de Tortura, por lo que no ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles inhumanas o Degradantes.

Sin que pase desapercibido que la autoridad responsable Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura, en su informe justificado a foja 420 del juicio de amparo expresó: *“si bien es cierto, aún no se ha puesto a funcionar a nivel Nacional el Registro Nacional del Delito de Tortura, sin embargo, a nivel institucional ya se encuentra con la página donde se pueda hacer la inscripción de las víctimas.”*, sin embargo por una parte ello no acredita que el registro exista a nivel nacional incluso ni siquiera a nivel institucional, puesto que no existe prueba que así lo demuestre, es decir, que a nivel institucional el registro ya esté funcionando, pues si bien anexa a su informe copias de unas hojas con las siglas *“FGR RENADET”*, también lo es que en la primera foja a foja 425 del juicio de amparo, se aprecia que dos registros se inscribieron con fecha de inicio el veinte y veinticinco de enero de dos mil diecisiete, lo que permite establecer que este no se instauró con motivo de lo establecido en el artículo Quinto Transitorio del ordenamiento legal preindicado, que como ya se dijo entró en vigor el veintisiete de junio de dos mil diecisiete.

Atento a lo anterior y toda vez que el Fiscal General de la República no ha dado cumplimiento a lo ordenado en el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, no obstante que ya transcurrieron en exceso los ciento ochenta días que le fueron concedidos para ello en dicho numeral, pues del veintisiete de junio de dos mil diecisiete en que entró en vigor la referida ley, a la fecha, han transcurrido más de tres años y medio, **el caso procede conceder el amparo al**



RP. 27/2021  
-118-

**quejoso para el efecto de que el Fiscal General de la República en un plazo no mayor a treinta días establezca la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura, es decir, ponga en operación el referido registro.**

**OCTAVO.** Desde diverso aspecto, en relación a la negativa del amparo por cuanto hace al acto reclamado al Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura, consistente en el registro de la víctima de tortura o malos tratos en el Registro Nacional del Delito de Tortura (RENDET), en el caso respecto de \*\*\*\* \*\*\*\*\* , tampoco se comparte el criterio del recurrido.

En efecto, contrario a lo sostenido por el recurrido, si bien el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles inhumanas o Degradantes, que entró en vigor el veintisiete de junio de dos mil dieciséis, en su artículo Segundo Transitorio establece:

*“Segundo. Se abroga la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1991.*

*Los procedimientos iniciados por hechos que ocurran a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se seguirán conforme a lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en la presente Ley.*

*Los procedimientos iniciados antes de la vigencia de la presente ley continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable al momento del inicio de los mismos.”.*

También lo es que cuando indica que los procedimientos



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-119-

FORMAA-55

iniciados antes de la vigencia de la presente ley continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable al momento del inicio de los mismos; como lo es en el caso que nos ocurre que la indagatoria se inició cuando aún no estaba vigente la referida ley, se refiere a la actuación de las autoridades en el desarrollo de las diligencias tendientes a la acreditación del delito y del probable responsable (trámite de la indagatoria), mas no respecto a la creación y funcionamiento del registro, ello tomando en cuenta que el **registro es una herramienta de investigación de información estadística, donde se incluirían los datos sobre todos los casos en los que se denuncian, incluido el número de víctimas, por lo que al ser una** herramienta de investigación de información estadística, dicho registro debe incluir los datos sobre todos los casos en los que se denuncia y se investigue dicho fenómeno, incluido el número de víctimas.

Tan es así que en el caso que nos ocupa, en un inicio en el año de dos mil quince, cuando se presentó la denuncia, conoció de la averiguación previa el agente del Ministerio Público de la Federación Titular de la Mesa de Averiguaciones Previas derivadas de Recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Número Uno, adscrito a la Dirección General de Atención y Seguimiento a Recomendaciones y Conciliaciones en Materia de Derechos Humanos de la entonces Procuraduría General de la República, y el veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, se hizo constar que se creaba la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, de la Fiscalía General de la República, ello se aprecia en cumplimiento a la entrada en vigor de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles inhumanas o Degradantes, por lo que se hizo la consulta de incompetencia por especialidad de la materia en la que se propuso declinar seguir conociendo de la indagatoria, por lo que el veintidós de



**RP. 27/2021**  
**-120-**

noviembre siguiente se autorizó la incompetencia planteada y se ordenó que la averiguación previa en comento se remitiera a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura para la continuación de su integración, atento a ello el treinta del propio mes y año, se radicó la indagatoria en esa fiscalía especializada, es decir, en la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, misma que se encuentra sustanciando el Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Coordinación "A" de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, quien también fue señalado como autoridad responsable en el presente juicio de garantías a quien se le atribuyó la omisión de realizar la debida investigación en la averiguación previa

\*\*\*\*\* y

sus acumuladas, excediendo injustificadamente la dilación en su integración, así como su conclusión.

Luego, si dicha averiguación fue enviada a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura para la continuación, misma autoridad que se creó a virtud de la entrada en vigor de la preindicada Ley General, por lo que si ella conoció de la averiguación previa a virtud de la entrada en vigor de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, a partir de ese momento debió actuar en términos de los dispuesto por el artículo 35 fracción III de la preindicada ley, pues es un Fiscal Especial en Investigación de Delito de Tortura, está conociendo de una averiguación previa en la que se investiga la posible comisión de un delito de tortura, que esa fiscalía se creó en cumplimiento a lo establecido en la preindicada ley, por lo que se está sujetando a lo ordenado en la misma y por tanto su actuar respecto a las cuestiones diversas a la investigación del delito y del probable responsable, deben sujetarse a lo establecido en la misma, pues resulta ilógico que la autoridad se creara en cumplimiento a la ley, le fuera remitida la averiguación con motivo

RP. 27/2021  
-121-

FORMA-55

de su especialidad, establecido en la ley y no realice cuestiones relacionadas con su conocimiento en términos de dicha ley.

Máxime que esos actos no son diligencias relacionadas con la integración de la averiguación, es decir, relativas a la acreditación del delito y de la probable responsabilidad, sino como ya se dijo esos actos están relacionados con el registro que se convertiría en una herramienta de investigación de información estadística, donde se incluirían los datos sobre todos los casos en los que se denuncian, incluido el número de víctimas, con cuyo actuar de realizar el registro de la víctima de tortura o malos tratos en el registro, se alimenta y actualiza de manera permanente, a efecto de abatir la cifra negra de tortura y malos tratos.

Además que actuar de forma contraria, sería tanto como sostener que las víctimas en delito de tortura respecto de quienes se dictó sentencia en procedimientos instruidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes, no tienen derecho a que ser inscritas en el indicado Registro Nacional de Víctimas, conforme al procedimiento que prevé la ley general en comento, no obstante que surge la obligación de garantizar a la víctima de violaciones graves de derechos humanos, la prerrogativa a una reparación integral del daño, conforme a los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano en diversos tratados e instrumentos internacionales, respecto de lo cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que al ser el juicio de amparo un proceso constitucional de carácter sumario que tiene como finalidad exclusiva restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación; además, que una vez dictada una sentencia de amparo en un caso concreto que determine la existencia de una violación a un derecho



RP. 27/2021

-122-

fundamental y establezca las medidas de restitución adecuadas para devolver a la víctima a la situación anterior a la violación, ésta se encuentra facultada para acudir ante las autoridades competentes y por las vías legalmente establecidas, para obtener los restantes aspectos de una reparación integral.

Orienta a lo anterior en lo substancial, la tesis número II.3o.P.93 P (10a.), sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, visible en la página 1871, del Libro 79, Octubre de 2020, Tomo III, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, que a la letra dice: ***“REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DE AMPARO DEBE INFORMAR AL QUEJOSO LA POSIBILIDAD QUE TIENE DE SOLICITARLA ANTE LA INSTANCIA COMPETENTE CUANDO TENGA DEMOSTRADA LA EXISTENCIA DE LA TORTURA ALEGADA COMO ACTO RECLAMADO AUTÓNOMO.*** Si en el juicio de amparo indirecto –y por extensión, en el recurso de revisión– el órgano jurisdiccional arriba a la convicción de que se encuentra plenamente demostrada la tortura alegada como acto reclamado autónomo y, a consecuencia de ello, otorga la protección constitucional solicitada; en principio, surge a su cargo la obligación, en el ámbito de su esfera de competencia, de garantizar a la víctima de violaciones graves de derechos humanos, la prerrogativa a una reparación integral del daño, conforme a los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano en diversos tratados e instrumentos internacionales. No obstante, tomando en consideración que en la tesis aislada 1a. LII/2017 (10a.), de título y subtítulo: ***“REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. LOS JUECES DE AMPARO NO PUEDEN DECRETAR COMPENSACIONES ECONÓMICAS PARA REPARARLAS, SALVO QUE PROCEDA EL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO.”***, la Primera Sala de la Suprema



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-123-

FORMA-55

*Corte de Justicia de la Nación estableció que al ser el juicio de amparo un proceso constitucional de carácter sumario que tiene como finalidad exclusiva restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación, su propia naturaleza jurídica lleva a la lógica de la imposibilidad de que los Jueces de amparo decreten compensaciones económicas a cargo de la autoridad responsable como medidas de reparación; además, que una vez dictada una sentencia de amparo en un caso concreto que determine la existencia de una violación a un derecho fundamental y establezca las medidas de restitución adecuadas para devolver a la víctima a la situación anterior a la violación, ésta se encuentra facultada para acudir ante las autoridades competentes y por las vías legalmente establecidas, para obtener los restantes aspectos de una reparación integral. Lo anterior conduce a estimar que el juzgador de amparo no se encuentra en posibilidad de proveer lo conducente en torno a la inscripción del quejoso ante el Registro Nacional de Víctimas, conforme a lo dispuesto por los artículos 96, 98, 99, 106 y 109 de la Ley General de Víctimas, si del sumario no se obtiene información que revele que con la tramitación del juicio de amparo, precisamente sea su intención o finalidad registrarse. De ahí que para cumplir con los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano a nivel internacional, lo procedente es poner en conocimiento del impetrante la potestad que le asiste de gestionar su inscripción de manera directa ante el indicado Registro Nacional de Víctimas, conforme al procedimiento que prevé la ley general en comento.”*

Aunado a lo anterior, no debe perderse de vista que el Registro Nacional del Delito de Tortura se ha destacado como un instrumento o herramienta indispensable para combatir la conducta típica indicada, como se desprende del análisis de diversos pronunciamientos efectuados a nivel internacional, como en el ámbito nacional.



**RP. 27/2021**  
**-124-**

Como podemos advertir, en dos mil diecinueve, el Comité Contra la Tortura de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en las Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de México, como parte de sus *principales motivos de preocupación y recomendaciones*, en lo que interesa, precisó lo subsecuente:

*“(...) Denuncias de tortura y malos tratos*

*22. El Comité lamenta no haber recibido del Estado parte información completa sobre el número de denuncias por actos de torturas y malos tratos registradas durante el periodo en examen. Según los escasos datos presentados por la delegación, en 2013 hubo 870 quejas por presuntos actos de tortura cometidos por miembros de la Policía Federal y 360 por malos tratos, mientras que en 2018 las quejas por tortura fueron 466 y 40 por malos tratos. En 2013 se registraron 42 quejas por presuntos actos de tortura cometidos por funcionarios de la Fiscalía General de la Republica (en adelante FGR) y 32 en 2018. Las quejas (sin especificar) registradas contra funcionarios del Instituto Nacional de Migración fueron 3.569 en 2013 y 1.216 en 2018. Y respecto de la Secretaría de Defensa Nacional, únicamente se indica que entre 2013 y 2018 esta institución fue objeto de 22 recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), 11 de ellas por tortura y malos tratos. Si bien la delegación defendió que los programas de capacitación para miembros de los cuerpos de seguridad del Estado habrían contribuido a reducir el número de quejas, el Comité tiene serias reservas al respecto. Más aún cuando el Estado parte no ha presentado dato alguno relativo al periodo 2014-2017, ni información estadística desglosada sobre las quejas registradas, las instancias ante las que se presentaron dichas quejas o el órgano encargado de su investigación. El Comité tampoco ha recibido la información*



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-125-

FORMA-55

solicitada sobre las medidas adoptadas por el Estado parte en respuesta a las 18 recomendaciones por violaciones graves emitidas durante el periodo objeto de examen por la CNDH en casos de tortura y malos tratos y que se dirigieron principalmente a la Comisión Nacional de Seguridad, la Secretaría de Marina y la FGR. **Por último, el Comité lamenta que aún no se haya creado el Registro Nacional del Delito de Tortura, previsto en la Ley General contra la Tortura (arts. 2 y 13).**

23. El Estado parte debe:

**a) Adoptar las medidas necesarias para garantizar que los sistemas de denuncia sean eficaces, independientes, accesibles y completamente seguros para las víctimas;**

**b) Crear y mantener actualizado el Registro Nacional del Delito de Tortura previsto en la Ley General contra la Tortura, y recopilar y publicar datos estadísticos sobre el número de denuncias por actos de tortura y malos tratos registrados en todas las instancias;**

c) Informar sobre las medidas adoptadas en aplicación de las recomendaciones emitidas por la CNDH en casos de torturas y malos tratos. (...).<sup>25</sup> (Énfasis añadido).

En sentido similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual dos mil dieciocho, en el Capítulo V, relativo al Seguimiento de Recomendaciones Formuladas por la CIDH, en sus Informes de País o Temáticos, de su Tercer Informe de Seguimiento de Recomendaciones Formuladas por la CIDH en el Informe sobre Situación de

<sup>25</sup> Comité Contra la Tortura (ONU). (2019). *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de México*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/CAT\\_C\\_MEX\\_CO\\_7\\_34944\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/CAT_C_MEX_CO_7_34944_S.pdf)



RP. 27/2021  
-126-

*Derechos Humanos en México*, insistió que, tratándose del tema relacionado con el delito de Tortura, era necesario, entre otros aspectos, no perder de vista lo siguiente:

- “Adoptar una Ley General sobre Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que tanto a nivel federal Adoptar una Ley General sobre Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que tanto a nivel federal.
- Establecer lineamientos de aplicación federal y estatal sobre la recopilación de estadísticas uniformes en graves violaciones a los derechos humanos. En particular, el Estado debe mejorar el sistema de recopilación de información de forma desagregada, con una metodología consistente y transparente.”

En efecto, tratándose del Registro que se relaciona con el presente estudio, expresamente, añadió:

*(...) 86. Por su parte, la CNDH insistió en la necesidad de establecer el Registro Nacional del Delito de Tortura, el cual sería la herramienta de investigación y estadística que incluiría los datos sobre los casos de tortura. Según la CNDH, este Registro debería impulsar que la Procuraduría General de la República y las fiscalías estatales alimenten y actualicen la base de datos de manera permanente. Ello, a fin de abatir la cifra de casos no registrados, construir indicadores y datos estadísticos para combatir su impunidad, y lograr la reparación integral a que las víctimas. En igual sentido, la organización Código DH expresó que entre las **medidas pendientes para la concreta implementación de la Ley General se encuentra el fortalecimiento de un registro de casos**. En consideración de la falta de avances en este sentido, **la CIDH entiende que la recomendación continúa pendiente de cumplimiento.***



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-127-

FORMA-55

(...).<sup>26</sup> (Énfasis añadido).

Asimismo, la citada Comisión, en su informe *Situación de Derechos Humanos en México*, elaborado a finales de dos mil quince y publicado en el año subsecuente, en lo que interesa a la temática que se estudia en la presente sentencia, refirió lo subsecuente:

*“(...) La prevalencia de la práctica de la tortura también es alarmante en México. El Estado mexicano informó que la PGR contaba, al mes de abril de 2015, con 2.420 investigaciones en trámite sobre tortura, y que existen sólo 15 sentencias condenatorias por este delito a nivel federal. La PGR reportó, según solicitudes de información, un incremento de más del doble en el número de denuncias por tortura entre 2013 y 2014: de 1.165 a 2.403. Ante este número de denuncias en 2014, la PGR reportó haber realizado 185 Dictámenes Especializados médico/psicológicos como parte de la investigación de posible tortura. Por su parte, la CNDH reportó haber recibido, entre 2006 y 2015, más de 10.200 quejas por detención arbitraria, y más de 9.200 por tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Ya en su visita al país en 2014, el Relator de Naciones Unidas sobre la tortura concluyó, luego de visitar una serie de centros penitenciarios y recabar información a nivel nacional, que la tortura y los malos tratos son generalizados en el país. Por su parte, el Subcomité para la Prevención de la Tortura determinó que durante las primeras horas de detención, las personas privadas de libertad “corren un alto riesgo de sufrir torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes”. La Comisión pudo constatar estas conclusiones durante su visita in loco, durante la visita de la Relatoría de Personas Privadas de Libertad en septiembre de 2015, y mediante la información*

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04

<sup>26</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos*. Obtenido de Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.5MX-es.pdf>



**RP. 27/2021**  
**-128-**

*recabada en el proceso de preparación del presente Informe. Y además, se recibió información que indica que los registros oficiales sobre tortura y malos tratos en todo el país reflejan un sub-registro y son inexactos, contradictorios e incompletos, lo que impide tener una panorámica certera sobre la verdadera magnitud del problema. (...).”<sup>27</sup> (Énfasis añadido).*

Preocupación similar que presentó el Relator Especial sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Juan E. Méndez, del Consejo de Derechos Humanos, perteneciente a la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) quien, en lo que interesa al tema aquí analizado, refirió lo subsecuente:

*“(...) 23. La tortura y los malos tratos son generalizados en México. El Relator Especial recibió numerosas denuncias verosímiles de víctimas, familiares, sus representantes y personas privadas de libertad y conoció varios casos ya documentados que demuestran la frecuente utilización de torturas y malos tratos en diversas partes del país por parte de policías municipales, estatales y federales, agentes ministeriales estatales y federales, y las fuerzas armadas. La mayoría de las víctimas son detenidas por presunta relación con la delincuencia organizada. Esto se potencia con el régimen de excepción constitucional y legal que afecta a estos detenidos, que incluye el arraigo, la prisión preventiva oficiosa y la posibilidad del Ministerio Público de ampliar el plazo de detención (“retención” previo a la presentación judicial.*

*24. Es difícil conocer un número real de casos de torturas. No existe actualmente un registro nacional de casos y cada entidad tiene datos propios. Asimismo, muchos casos no se*

<sup>27</sup> El informe completo está disponible para su consulta en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (31 de diciembre de 2015). *Situación de Derechos Humanos en México*. Obtenido de Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>



RP. 27/2021  
-129-

FORMAA-55

denuncian por temor a represalias o desconfianza y existe una tendencia a calificar actos de tortura o malos tratos como delitos de menor gravedad. Igualmente el número de denuncias y quejas es muy alto. La CNDH informó de 11.608 quejas por torturas y malos tratos entre 2006 y abril de 2014. La Comisión de Derechos Humanos del D.F. recibió 386 quejas de tortura entre 2011 y febrero de 2014. La sociedad civil informó de más de 500 casos documentados entre 2006 y 2014. Aunque puede haber casos repetidos, la cantidad es preocupante. (...)

58. En cumplimiento del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, México cuenta desde 2007 con un Mecanismo Nacional de Prevención (MNP) que funciona dentro de la órbita de la CNDH. El MNP cuenta con facultades para visitar, sin necesidad de notificación previa, todos los lugares del territorio nacional donde se encuentren personas privadas de libertad. Desde 2007 hasta abril de 2014, el MNP realizó 3.181 visitas y emitió 53 informes con recomendaciones dirigidas a diversas autoridades. También las comisiones estatales de derechos humanos suelen visitar y monitorear las condiciones de los centros de detención, como también lo hace la sociedad civil, aunque ésta reportó serias limitaciones.

59. El Relator Especial fue informado de que el MNP no utiliza la oportunidad de sus visitas para formar un registro de quejas individuales de torturas y malos tratos, ni da seguimiento a las mismas. Asimismo, no todas las visitas del MNP resultan en informes y conclusiones públicas y existe poca coordinación con la sociedad civil para las tareas de prevención. Al Relator Especial le preocupó la afirmación de las autoridades del Centro de Investigaciones Federales, donde están las personas arraigadas, de que para ser visitado por el MNP se requiere de autorización previa del Ministerio Público. (...).”<sup>28</sup> (Énfasis

<sup>28</sup> Méndez, J. E. (29 de diciembre de 2014). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros*





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-131-

FORMAA-55

ocupa en el presente asunto.

Aspectos que, además, no pueden pasar desatendidos, en la medida que las recomendaciones y observaciones de los órganos pre-citados se encuentran vinculadas con el cumplimiento de diversas obligaciones internacionales que deben ser atendidas por el Estado Mexicano, como un actor más en el ámbito internacional o, dicho de otro modo, como Estado parte en diversas convenciones internacionales.

En el ámbito nacional, la problemática apuntada tampoco es menor, pues existen pronunciamientos por parte de la propia Cámara de Senadores, en el que se exhortó a la Fiscalía General de la República, para informar los avances en relación con el Registro que fue analizado en el juicio de amparo en estudio.<sup>30</sup>

En el mismo sentido, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como órgano autónomo del Estado Mexicano, ha exhortado a la misma autoridad a implementar el aludido registro.<sup>31</sup>

Por lo anterior procede conceder el amparo **para que el Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura, una vez que el Fiscal General de la Republica, establezca la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro; realice el registro correspondiente respecto de la víctima \*\*\*\* \*\*\*\*\* en el aludido registro, o en su caso de la instrucción que lo haga a quien corresponda.**

**NOVENO.** En este apartado se analizará el recurso de revisión hecho valer por la Agente del Ministerio Público de la

<sup>30</sup> Cámara de Senadores. (11 de febrero de 2020). *Exhorto al Procurador General de la República*. Obtenido de Cámara de Senadores: [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-03-05-1/assets/documentos/PA\\_Morena\\_Sen\\_nestora\\_programa\\_nacional\\_tortura.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-03-05-1/assets/documentos/PA_Morena_Sen_nestora_programa_nacional_tortura.pdf)

<sup>31</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos. (16 de septiembre de 2018). *Comunicado de Prensa DGC/266/18*. Obtenido de [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2018/Com\\_2018\\_266.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2018/Com_2018_266.pdf)



RP. 27/2021  
-132-

Federación adscrita al Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, en contra de la misma resolución, en lo que respecta a la concesión del amparo al quejoso por cuanto hace al acto reclamado al Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Coordinación “A” de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, consistente en la omisión de realizar la debida investigación en la **averiguación** **previa**  
 \*\*\*\*\* y  
 sus acumuladas; excediendo injustificadamente la dilación en su integración, así como su conclusión.

Primeramente, resulta pertinente establecer que los agravios expresados por la Agente del Ministerio Público de la Federación adscrita al Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, se examinarán conforme al principio de estricto derecho que rige en materia de amparo, y que establece el artículo 107, fracción II de la Constitución General de la República, en relación con el numeral 79, fracción III de la Ley de Amparo, ya que por tratarse de un asunto en materia penal, la suplencia únicamente opera en favor del reo y del ofendido, respecto de este último atendiendo a la reforma del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, vigente a partir del once siguiente; en términos de su tercer párrafo, corresponde a este órgano de control de constitucionalidad, en el ámbito de su competencia, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; por lo que al tener los derechos de la víctima y el ofendido la misma categoría e importancia que las que se otorga al inculpado, deben tener, sin distinción, igual protección, de ahí que si la suplencia de la queja opera a favor del reo, también

EMMA 02A FONDA  
 70.64.62.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
 2021-08-26 17:38:04

RP. 27/2021  
-133-

FORMAA-55

debe aplicar para la víctima y ofendido, con lo cual se da preferencia a lo previsto en los tratados internacionales, que disponen **que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de ésta**, cumpliendo así con el mandato previsto en el artículo 1º Constitucional.

Es aplicable al caso, por similitud en las consideraciones que contiene, la tesis P. CXLVII/2000, del Pleno del Alto Tribunal del País, de rubro y texto: **"AGRAVIOS EN LA REVISIÓN. NO OPERA LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE RESPECTO DE LOS FORMULADOS POR LA AUTORIDAD RESPONSABLE EN CONTRA DE UNA SENTENCIA DE AMPARO QUE DETERMINÓ LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY, AUN CUANDO EXISTA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE DECLARE SU CONSTITUCIONALIDAD.** De la interpretación sistemática de lo dispuesto en el artículo 76 bis de la Ley de Amparo se advierte que, en ningún caso, el órgano de control constitucional que conoce de un recurso de revisión interpuesto por una autoridad responsable, en contra de una sentencia emitida en un juicio de garantías, tiene la obligación o inclusive la potestad para suplir los agravios que se hagan valer en el mismo, pues en la fracción VI del referido precepto se limita el ámbito de aplicación de la suplencia de los agravios, exclusivamente, al caso en que sea un particular el que interpone el recurso. En estas condiciones, debe decirse que, por un lado, el órgano revisor al conocer del recurso promovido por una autoridad responsable, contra una sentencia de amparo que determinó la inconstitucionalidad de una ley, debe resolver conforme al estricto análisis de los agravios planteados por aquélla, aun cuando exista jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que se haya establecido la constitucionalidad de la misma disposición y, por el otro, que la autoridad responsable no puede colocarse en ninguna de las

**RP. 27/2021**  
**-134-**

*hipótesis de hecho que dan lugar a la referida suplencia.”<sup>32</sup>*

Una vez analizados los agravios expresados por la revisionista únicamente en lo que respecta a la concesión del amparo, se estima que son **infundados** e **inoperantes** y por tanto, ineficaces para revocar la sentencia impugnada de **treinta de noviembre de dos mil veinte** dictada por el Juez Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, en el juicio de garantías **\*\*\*\*\***, en la que concedió el amparo y protección de la justicia federal, en virtud que existe un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la **\*\*\*\*\*** averiguación **\*\*\*\*\*** previa **\*\*\*\*\*** y sus acumuladas, debido a la inactividad de la autoridad responsable investigadora, por lo que, se le construyó a atender las directrices establecidas en la sentencia recurrida.

En efecto, resulta **infundado** lo expuesto por la recurrente, en la parte, donde aduce que el juez de Amparo aplicó de manera inexacta lo dispuesto por los artículos 74, 75 y 76 de la Ley de Amparo.

Al respecto debe decirse que contrario a lo que se alega, el recurrido correctamente aplicó dichos dispositivos legales, puesto que son los que establecen los requisitos que deben atenderse en el dictado de las sentencias en los juicios de amparo, es decir, los requisitos que debe contener la sentencia de amparo, y como debe apreciarse el acto reclamado en el dictado de las mismas, por lo que no se puede decir que hubo inexacta aplicación, pues contrario a ello en caso de no aplicarse o atenderse los mismos sí incurriría en una inobservancia a los lineamientos establecidos en esos numerales para el dictado de

EMMA MEZA FLORES  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04

<sup>32</sup> Novena Época. Registro: 191122. Materia(s): Constitucional y Común. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Septiembre de 2000. Página: 11.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-135-

FORMAA-55

las resoluciones de amparo.

Siendo pertinente mencionar que el Juez Federal al dictar la sentencia recurrida observó los principios de **congruencia** y exhaustividad, toda vez que de su lectura se aprecia que examinó las cuestiones controvertidas que fueron planteadas por las partes, apoyándose para ello en los preceptos legales que estimó aplicables y los medios de convicción existentes en autos, lo que le permitió concluir en la forma indicada, por lo que, se insiste es **infundado** lo alegado; pues además la sentencia recurrida está debidamente fundada y motivada; ya que el acto reclamado se fijó de forma clara y precisa, para lo cual se realizó un estudio pormenorizado del caudal probatorio que conforma el juicio de amparo, y el mismo se estimó conforme quedó probado ante la autoridad responsable; sin que además se trastocaran los derechos fundamentales previstos en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en atención a que la sentencia recurrida fue emitida por autoridad competente, cumpliendo con los principios de justicia pronta (dentro de los plazos y términos que fijan las leyes), de justicia completa (respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario y garantice al gobernado la obtención de una resolución), de justicia imparcial (resolución apegada a derecho), y de justicia gratuita (su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobraron a las partes en conflicto emolumento alguno), por lo que, no se vulneraron los derechos subjetivos públicos que dicho numeral establece a favor de todo gobernado, por lo anterior, como se indicó, se advierte una debida aplicación de los preceptos 74, 75 y 76 de la Ley de Amparo.

Sirve de apoyo a lo anterior, la tesis 1ª. X/2000 sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 191, Tomo XII, correspondiente al mes



RP. 27/2021  
-136-

de agosto de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, de rubro: "**SENTENCIAS DE AMPARO, PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS.**"

Así como la tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 605, tomo XXII, Materia Común, Quinta Época, del Semanario Judicial de la Federación de rubro: "**ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL.**"

Aunado a lo anterior, debe decirse que para conceder el amparo y protección de la justicia federal se expresaron las consideraciones necesarias que motivaron dicha determinación; y si un Juez de Distrito para conceder el amparo lo hace fundándose en la jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de expresar los datos precisos de dicha jurisprudencia, la transcribe, encontrándose ahí las consideraciones necesarias que motivan dicha concesión, y otorga la protección federal, con ello se cumple con lo dispuesto por el artículo 74, fracción I, de la Ley de Amparo, tal como aconteció en la especie, amén que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia es obligatoria para los Jueces de Distrito; además tampoco se advierte que la sentencia recurrida transgreda el contenido del precepto 2º, de la misma ley, que prevé la substanciación del juicio de amparo bi-instancial.

Sirve de apoyo a lo anterior la tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 113, del Semanario Judicial de la Federación, 109-114, Primera Parte, Séptima Época, de rubro: "**JURISPRUDENCIA, SENTENCIAS DE LOS JUECES DE DISTRITO FUNDADAS EXCLUSIVAMENTE EN LA.**"

Ahora bien, previo a los motivos que originaron la concesión del amparo y protección de la justicia federal al



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-137-

FORMAA-55

quejoso \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* en su carácter de Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de la Defensoría Pública, el juez recurrido destacó como Litis del juicio de amparo, la dilación excesiva en la integración de la averiguación previa citada, y la falta de su determinación en perjuicio de la víctima \*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* y precisó los antecedentes que forman la génesis del presente asunto.

Enseguida, señaló que era fundado un concepto de violación, ya que transcurrió un plazo excesivamente razonable para que la autoridad responsable emitiera en la indagatoria la determinación correspondiente, en razón que:

I. El artículo 17 constitucional, contempla el derecho fundamental de la tutela jurisdiccional o acceso a la justicia, que descansa en los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita.

Argumento que apoyó con la jurisprudencia 192/2007 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: **“ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.”**

II. La autoridad responsable para emitir una determinación en ejercicio de sus funciones debe ajustar su proceder a los plazos previstos en la ley; incluso en un procedimiento como es la averiguación del delito y delincuente, actuar que permite que su actividad se desarrolle en un marco normativo que dé certeza



RP. 27/2021  
-138-

y seguridad jurídica al justiciable.

III. En el caso, existen periodos injustificados de inactividad procesal, ya que desde el veinte de abril de dos mil quince cuando inició la averiguación previa, hubo dilaciones para su debida integración, al variar tanto los agentes del ministerio público, como la Fiscalía especializada; lo que influye para su debida continuidad, en razón que para acreditar la tortura ejercida contra los denunciantes se requiere la intervención de peritos en materia de medicina que elaboren su dictámenes conforme al Protocolo de Estambul, y los denunciantes están internos en distintos centros penitenciarios de la República Mexicana.

IV. A la fecha de la presentación de la demanda de amparo prevalece la dilación en la indagatoria; incluso posteriormente, pues hasta el veintidós de junio de dos mil veinte, el ministerio público responsable no la ha determinado; lo que pone de manifiesto un retardo y omisión en su actuar, el cual está constreñido a lo previsto en el ordinal 21 constitucional.

V. Existe una conducta displicente en la autoridad investigadora responsable, pues desde el **veinte de abril de dos mil quince** cuando inició la indagatoria y hasta el **veintidós de junio de dos mil veinte** continúa sin determinarla, sin que esté justificada dicha dilación; lo que se advierte de las constancias que adjuntó a su informe con justificación.

VI. En consecuencia, hay un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la indagatoria, debido a la inactividad de la autoridad investigadora.

Ahora bien, la recurrente en este apartado en su escrito de revisión, aduce como agravios los restantes:

RP. 27/2021  
-139-

FORMA-55

Le causa agravio el Considerando Sexto en relación con el resolutivo Tercero de la sentencia recurrida, en virtud que:

2. Incorrectamente se argumentó que se lesionaron los derechos de la parte quejosa contenidos en el artículo 17 de la Constitución Federal, pues si bien, el derecho fundamental previene que la impartición de justicia debe darse en los “plazos y términos que fijen las leyes”, lo que responde a una exigencia razonable que debe tomarse en cuenta para estimar si se han vulnerado los principios a que alude; lo cierto es que es palpable que el tiempo transcurrido ha estado en función de la facultad otorgada constitucionalmente al agente investigador para integrar la indagatoria correspondiente, así como del ejercicio de defensa de la parte quejosa.

En apoyo a lo anterior, citó la tesis y jurisprudencia de rubros: **“ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL.”** y **“JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.”**

3. Incorrectamente se consideró que ha transcurrido un plazo razonable para que la autoridad ministerial responsable determine la averiguación previa respectiva, pues han existido diversos periodos injustificados de inactividad procesal, al señalar que *“...desde el inicio de la averiguación veinte de abril de dos mil quince, se advierten un sin número de dilaciones para la debida integración de esa indagatoria hasta el veintidós de*



**RP. 27/2021**  
**-140-**

*junio de dos mil veinte, el Ministerio Público responsable no ha determinado lo que evidencia un retardo y, sobre todo, omisiones en sus actuaciones.”; lo que resulta desacertado, pues no hay que soslayar que fue hasta el treinta de noviembre de dos mil dieciocho cuando la autoridad responsable tuvo conocimiento de la indagatoria; es decir, han transcurrido dos años; y si bien, el ministerio público se rige por el principio de indivisibilidad, también es que los diversos integradores desde el inicio de la indagatoria hasta la presentación de la demanda de amparo, han realizado actos tendientes a las investigaciones necesarias para determinar si se reúnen o no elementos suficientes para determinar la investigación, pero hasta el momento no cuenta con los medios probatorios que le permitan resolver el ejercicio o no de la acción penal, o en su caso, la reserva; pues la averiguación previa se encuentra en integración, lo que se comprueba con las diligencias que constan en el juicio.*

**4.** Si bien, el juez de amparo acepta que han variado tanto los agentes del Ministerio Público y la Fiscalía en la integración de la indagatoria, que el delito por el que se está integrando la averiguación es tortura, el cual es complejo para su integración y para su acreditamiento se requiere la intervención de peritos en materia de medicina que elaboren dictámenes (Protocolo de Estambul), y que los denunciados están internos en distintos centros penitenciarios de la República Mexicana lo que dificulta la realización de esas pruebas; lo cierto es que se requiere que la autoridad investigadora determine oportunamente las acciones pertinentes para la adecuada integración de la indagatoria, de ahí que, también incorrectamente afirma que la responsable ordenadora ha incurrido en diversas dilaciones para la debida integración de esa averiguación previa y la omisión de determinarla, por lo que el lapso empleado por la autoridad ministerial para investigar los hechos delictivos no resulta excesivo, ni ha derivado en una conducta displicente de la



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-141-

FORMA-A-55

autoridad responsable, tampoco inactividad procesal.

5. El juez de Amparo señala que han transcurrido periodos injustificados de inactividad procesal; sin embargo, las causas no han sido atribuibles a la responsable ordenadora, sino a los distintos cambios de titular de la indagatoria, de la Fiscalía; no obstante, atribuye una conducta displicente a la autoridad responsable, porque a su juicio *“existe un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la averiguación previa, dada la inactividad de la autoridad investigadora.”*; pasando por alto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 35/99, consideró que la facultad al juzgador de amparo para apreciar que ha transcurrido un plazo razonable para que el representante social dicte resolución, debe atender a cada caso en concreto, con base en las manifestaciones del quejoso y de la autoridad responsable en su informe justificado.

6. El Juez de Distrito soslaya que la autoridad responsable ha desahogado diversas diligencias, no se ha dejado de actuar en el perfeccionamiento de la averiguación y esclarecimiento de los hechos; la indagatoria continua en curso, no se ha concluido; por tanto, hasta el momento no es dable establecer si se determina el ejercicio de la acción, se decreta el no ejercicio o su reserva; aunado a que no se puede ignorar que la indagatoria se encuentra en integración y para acreditarlo, la autoridad responsable remitió diversas constancias de las que se advierte que se están desahogando diligencias que surgen con la información y constancias que se obtengan producto de los diversos oficios girados, por lo que, no existe un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la averiguación previa, por tanto, no debe imponerse un tiempo perentorio para que dicte la resolución que corresponda.



**RP. 27/2021**  
**-142-**

7. Si bien, la autoridad responsable no ha resuelto la indagatoria, lo cierto es que, no es ilegal, porque ha actuado de manera continua, de las constancias remitidas se advierte que se encuentra realizando diligencias necesarias para integrarla y resolverla, por lo que, resulta inconcuso que dado los hechos, la responsable está investigando de manera justificada, pues existe imposibilidad material para la integración inmediata de la indagatoria; máxime de las diligencias que se desprendan de las declaraciones e información que se obtenga, de ahí que, es el representante social de una indagatoria quien debe de determinar con base en los medios de convicción el ejercicio o no de la acción penal, así como la reserva, y de no convenir a los intereses de las partes, queda expedito su derecho para impugnar dicha resolución, aceptar lo contrario, sería permitir que el juez de Amparo se sustituya en el criterio de la autoridad responsable y apreciar directamente las pruebas aportadas en las indagatorias; puede solo resolver si la autoridad responsable transgredió o no las normas que regulan la recepción, desahogo y valoración de los elementos de prueba ofrecidos por las partes; así, el que no se haya determinado aún la indagatoria, no transgrede la garantía de seguridad jurídica, al dejar al quejoso en estado de incertidumbre sobre su situación jurídica respecto de la investigación de los hechos denunciados, puesto que existe la prescripción de la acción penal, que salvaguarda el derecho fundamental de seguridad jurídica, pues tiene como fin que no quede expedita indefinidamente la acción persecutoria del Estado, lo que de ninguna manera se traduce en una conducta displicente en la autoridad investigadora responsable.

8. Aun cuando el amparo es procedente en contra de la omisión del ministerio público en resolver una averiguación previa, también es que, la autoridad responsable no está obligada a determinarla si del cúmulo de pruebas se advierte que faltan diligencias por desahogar, ya que la resolución que está



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-143-

FORMAA-55

supeditada a los resultados que arrojen las investigaciones, en cuyo caso se podrán emitir tres resoluciones contempladas en los artículos 131, 134 y 137 del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que, el ministerio público podrá emitir un ejercicio de la acción penal; consignación ante la autoridad judicial, no ejercicio de la acción penal y reserva; por lo que, es incorrecta la concesión del amparo, bajo el argumento que existe un retraso considerable e injustificado; pues soslaya que continua en curso, y que si se determina sin haber obtenido los indicios necesarios, es claro que se violentarían derechos fundamentales a la parte quejosa.

9. El tiempo otorgado en la sentencia de amparo a la autoridad investigadora, además de trastocar sus funciones, vulnera los derechos del quejoso, pues se le estaría obligando a determinar la averiguación previa en forma apresurada, con la falta de realizar diligencias; se afectarían los intereses de la sociedad y de la víctima u ofendido, por lo que, es responsabilidad y prioridad para el ministerio público, la debida integración de las averiguaciones previas, pues en la etapa de investigación no pueden faltar diligencias; así, en el expediente no hay constancia que demuestre que se hayan transgredido normas constitucionales en perjuicio de la parte quejosa, por lo que, el acto reclamado está ajustado a derecho.

En apoyo cita la tesis de rubro: **“ACCIÓN PENAL, NO EXISTE RENUNCIA A EJERCITARLA SI SE HAN PRACTICADO DILIGENCIAS RECIENTES EN LA INDAGATORIA.”**

Ahora bien, por **agravio** se entiende la lesión de un derecho cometido en una resolución judicial por haberse aplicado indebidamente la ley, o por haberse dejado de aplicar la que rige el caso; por consiguiente, al expresarse como agravio, debe el



RP. 27/2021  
-144-

recurrente precisar cuál es la parte de la sentencia que lo causa, citar el precepto legal violado y explicar el concepto por el cual fue infringido, por lo que no resulta apto para ser tomado en consideración el agravio que carezca de estos requisitos.

Del análisis comparativo del escrito de expresión de **agravios** en relación con las consideraciones expuestas por el juez recurrido, se advierte que la revisionista en este apartado, en la síntesis de sus motivos de disenso marcados con los números del **2** al **9** los encamina a sostener una **afirmación genérica** en el sentido que hubo una indebida valoración de las pruebas que conforman la indagatoria de referencia, las que a su dicho fueron desahogadas y analizadas en la sentencia recurrida; así como que la integración del expediente no hubo "dilación", ya que constan las actuaciones que señaló el juez recurrido; que no hay que soslayar que fue hasta el treinta de noviembre de dos mil dieciocho cuando la autoridad responsable tuvo conocimiento de la indagatoria; es decir, han transcurrido dos años; que los diversos integradores desde el inicio de la indagatoria hasta la presentación de la demanda de amparo, han realizado actos tendientes a las investigaciones necesarias para determinar si se reúnen o no elementos suficientes para determinar la investigación, pero hasta el momento no cuenta con los medios probatorios que le permitan resolver el ejercicio o no de la acción penal, o en su caso, la reserva; que el delito por el que se está integrando la averiguación es tortura, el cual es complejo para su integración y para su acreditamiento se requiere la intervención de peritos en materia de medicina que elaboren dictámenes (Protocolo de Estambul), y que los denunciados están internos en distintos centros penitenciarios de la República Mexicana lo que dificulta la realización de esas pruebas; que las causas no han sido atribuibles a la responsable ordenadora, sino a los distintos cambios de titular de la indagatoria, de la Fiscalía; que el Juez de Amparo pasó por alto

RP. 27/2021  
-145-

FORMA-55

que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 35/99, consideró que la facultad al juzgador de amparo para apreciar que ha transcurrido un plazo razonable para que el representante social dicte resolución, debe atender a cada caso en concreto, con base en las manifestaciones del quejoso y de la autoridad responsable en su informe justificado; que la autoridad responsable ha desahogado diversas diligencias, no se ha dejado de actuar en el perfeccionamiento de la averiguación y esclarecimiento de los hechos; la indagatoria continua en curso, no se ha concluido; que remitió diversas constancias de las que se advierte que se están desahogando diligencias que surgen con la información y constancias que se obtengan producto de los diversos oficios girados; que el no resolver la indagatoria no es ilegal, porque ha actuado de manera continua, de las constancias remitidas se advierte que se encuentra realizando diligencias necesarias para integrarla y resolverla, que existe imposibilidad material para la integración inmediata de la indagatoria; que es el representante social de una indagatoria quien debe de determinar con base en los medios de convicción el ejercicio o no de la acción penal, así como la reserva, aceptar lo contrario, sería permitir que el juez de Amparo se sustituya en el criterio de la autoridad responsable y apreciar directamente las pruebas aportadas en las indagatorias; puede solo resolver si la autoridad responsable transgredió o no las normas que regulan la recepción, desahogo y valoración de los elementos de prueba ofrecidos por las partes; que el que no se haya determinado aún la indagatoria, no transgrede la garantía de seguridad jurídica, al dejar al quejoso en estado de incertidumbre sobre su situación jurídica respecto de la investigación de los hechos denunciados, puesto que existe la prescripción de la acción penal, que salvaguarda el derecho fundamental de seguridad jurídica; que, la autoridad responsable no está obligada a determinar la averiguación si del cumulo de

**RP. 27/2021****-146-**

pruebas se advierte que faltan diligencias por desahogar, ya que la resolución que está supeditada a los resultados que arrojen las investigaciones, en cuyo caso se podrán emitir tres resoluciones contempladas en los artículos 131, 134 y 137 del Código Federal de Procedimientos Penales, emitir un ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal y reserva; que el tiempo otorgado en la sentencia de amparo a la autoridad investigadora, además de trastocar sus funciones, vulnera los derechos del quejoso, pues se le estaría obligando a determinar la averiguación previa en forma apresurada, con la falta de realizar diligencias, lo que afectaría los intereses de la sociedad y de la víctima u ofendido; en el expediente no hay constancia que demuestre que se hayan transgredido normas constitucionales en perjuicio de la parte quejosa, por lo que, no existe un retraso considerable e injustificado en la integración y determinación de la averiguación previa, por tanto, no debe imponerse un tiempo perentorio para que dicte la resolución que corresponda.

DIANA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04

No obstante lo anterior, la revisionista no **controvirtió** lo que invocó el juez de Amparo en la sentencia que se revisa, precisado en el punto I en cuanto a que el artículo 17 constitucional, contempla el derecho fundamental de la tutela jurisdiccional o acceso a la justicia, bajo los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita; ni que la jurisprudencia en que se apoyó tal argumento era o no aplicable, pues en ese sentido en la sentencia recurrida se señaló que había transcurrido un plazo excesivamente razonable para que emitiera una determinación en la averiguación previa correspondiente.

En relación a que, para emitir una determinación en ejercicio de sus funciones, la autoridad debe ajustar su proceder a los plazos previstos en la ley; incluyendo la averiguación del delito y delincente, cuyo actuar permite que su actividad se



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-147-

FORMAA-55

desarrolle en un marco normativo que dé certeza y seguridad jurídica al justiciable, el recurrente debió **impugnar** puntualmente que durante la integración de la indagatoria respectiva **sí se ajustó** a los plazos y términos que marca la ley; lo anterior como se indicó, en el punto **II**.

Asimismo, debió **controvertir** adecuadamente lo señalado por el juez de distrito, en el punto **III**, en cuanto a que existen periodos injustificados de inactividad procesal, ya que desde el inicio de la averiguación previa hubo dilaciones para su debida integración, al variar los agentes del ministerio público y fiscalía especializada, y que influyó en la debida continuidad; además, debió **refutar** puntualmente el argumento de que para acreditar la tortura en contra de los denunciantes se requiere de peritos que elaboren dictámenes conforme al Protocolo de Estambul, ya que los denunciantes están internos en toda la República Mexicana; y no sólo colocarse en una posición contraria.

De igual forma, la revisionista debió **combatir** correctamente lo señalado en la sentencia recurrida en el punto **IV**, respecto a que a la fecha de presentación de la demanda de amparo y posterior a ello, prevalece la dilación en la indagatoria, en virtud que hasta el veintidós de junio de dos mil veinte, no la ha determinado; lo que advierte retardo y omisión en su actuar, de acuerdo al contenido del precepto 21 constitucional.

En ese tenor, la recurrente debió **controvertir**, apropiadamente lo señalado por el juez de Amparo en los puntos **V** y **VI**, en el sentido que, de su parte hubo una conducta indiferente, pues desde el veinte de abril de dos mil quince cuando inició la indagatoria hasta el veintidós de junio de dos mil veinte, está sin determinarla, sin que esté justificada dicha dilación, por lo que, hay un retraso considerable e injustificado debido a su inactividad.



## RP. 27/2021

-148-

Por lo que, al no poderse suplir la deficiencia de los argumentos que esgrimió el recurrente, toda vez que de su contenido se pone de manifiesto que no combate **realmente** los argumentos que tomó en consideración el juez de Amparo para resolver en el sentido que lo hizo, concediendo el amparo, por consiguiente, devienen **inoperantes** sus agravios, ante la imposibilidad de este tribunal colegiado de suplir su deficiencia, por no encontrarse dentro de los supuestos que señala el artículo 79, fracción III, de la Ley de Amparo.<sup>33</sup>, ya que lejos de combatir la totalidad de esas consideraciones la revisionista se concreta a esgrimir una serie de razonamientos, sin impugnar directamente los argumentos expuestos por el juzgador para apoyar su fallo.<sup>34</sup>

Lo anterior es así, pues si bien, la recurrente en este punto, expone una serie de argumentos tendentes a combatir las consideraciones del juez de amparo en la sentencia sujeta a revisión, lo cierto es que no son **“eficaces”** para destruir los

EMMA MIEZKO  
70.64.66.210.63.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04

<sup>33</sup> Apoya a lo anterior, la jurisprudencia 28, del Pleno de la anterior Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página dieciocho, Primera Parte, Tomo VI, Materia Común, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1995, de rubro y texto: **"AGRAVIOS EN LA REVISIÓN. DEBEN ATACAR TODOS LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA. Cuando son varias las consideraciones que sustenta la sentencia impugnada y en los agravios sólo se combaten algunas de ellas, los mismos resultan ineficaces para conducir a su revocación o modificación, tomando en cuenta que, para ese efecto, deben destruirse todos los argumentos del Juez de Distrito."**

<sup>34</sup> Apoya lo anterior, la jurisprudencia 36, sustentada por la otrora Tercera Sala del Máximo Tribunal de Justicia del País, consultable en la página veintitrés, Primera Parte, Tomo VI, Materia Común, del Apéndice en consulta, que dice: **"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE NO COMBATEN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y NO SE DA NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS MISMOS. Si en la sentencia recurrida el Juez de Distrito expone diversas consideraciones para sobreseer en el juicio y negar el amparo solicitado respecto de los actos reclamados de las distintas autoridades señaladas como responsables en la demanda de garantías, y en el recurso interpuesto lejos de combatir la totalidad de esas consideraciones el recurrente se concreta a esgrimir una serie de razonamientos, sin impugnar directamente los argumentos expuestos por el juzgador para apoyar su fallo, sus agravios resultan inoperantes; siempre y cuando no se dé ninguno de los supuestos de suplencia de la deficiencia de los mismos, que prevé el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, pues de lo contrario, habría que suplir esa deficiencia, pasando por alto la inoperancia referida."**



RP. 27/2021

-149-

FORMA-A-55

argumentos de dicho órgano jurisdiccional, pues además de exponer lo precisado en líneas anteriores, el recurrente se limitó a colocarse en una posición contraria al juez recurrido, transcribió una tesis sin señalar el argumento preciso de cómo o de qué forma se aplica en la especie; y sin rebatir todos y cada uno de los razonamientos vertidos en la sentencia impugnada.

De ahí que, tales expresiones no pueden ser consideradas idóneas para desvirtuar los razonamientos del juez de Distrito precisados en los puntos **I a VI**; pues lo afirmado en la síntesis de los puntos **2 a 9**, son argumentos imprecisos y subjetivos que no controvierten lo expuesto por dicho órgano jurisdiccional, y en consecuencia, no son razonamientos lógicos y jurídicos encaminados a combatir de manera directa e inmediata los fundamentos del fallo de primera instancia.

Por lo que, las manifestaciones que hace la recurrente, se insiste, no son eficaces para considerar que los argumentos vertidos por el juez de Amparo fueron controvertidos en su totalidad, por lo cual sus motivos de disenso son **inoperantes** para revocar o modificar la citada sentencia; máxime si se toma en consideración que para ese efecto deben destruirse todos los argumentos en los que descansa el sentido del fallo.<sup>35</sup>

Sin que pase inadvertido para este órgano de control de constitucionalidad la jurisprudencia 69/2000, sustentada por el

<sup>35</sup> Es aplicable, por identidad jurídica substancial la jurisprudencia VI.2o.J/105, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, que este tribunal colegiado comparte, visible en la página 275, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Julio de 1997, Novena Época, de rubro y texto siguientes: **“AGRAVIOS INOPERANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO. Cuando del examen comparativo de las consideraciones de la sentencia de primera instancia y de los agravios formulados por la representación social, se concluye que éstos no combaten las mismas, pues no ponen de manifiesto la ilegalidad de las consideraciones esenciales del fallo absolutorio recurrido, tales agravios deben declararse inoperantes, pues los mismos deben consistir en razonamientos lógicos y jurídicos encaminados a combatir de manera directa e inmediata los fundamentos del fallo de primera instancia.”**



## RP. 27/2021

-150-

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, agosto de dos mil, Novena Época, visible en la página cinco, bajo el rubro **“AGRAVIOS EN RECURSOS INTERPUESTOS DENTRO DEL JUICIO DE AMPARO. PARA QUE SE ESTUDIEN BASTA CON EXPRESAR EN EL ESCRITO RELATIVO, RESPECTO DE LAS CONSIDERACIONES QUE SE CONTROVIERTEN DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, LA CAUSA DE PEDIR.”**, cuyo contenido refiere que es suficiente que la parte recurrente, en cualquier parte del escrito de agravios, exprese con claridad no sólo la causa de pedir, sino también la lesión o agravio generados por la resolución impugnada y los motivos que originaron ese agravio para que surja la obligación del órgano revisor de examinarlos; sin embargo, ello únicamente exime al recurrente de seguir determinados formalismos al plantear los agravios correspondientes, mas no el de dejar de controvertir el cúmulo de consideraciones que por su estructura lógica sustentan la resolución reclamada, y es precisamente en el caso a estudio, se advierte que la autoridad responsable recurrente no expuso agravios suficientes para combatir los razonamientos en los que se basó el juez de amparo para otorgar la protección de la Justicia de la Unión al quejoso como quedó demostrado.

Además, como se indicó, de los motivos de agravio se advierte que la recurrente no formuló objeción alguna en contra de ciertos lineamientos que rigen el fallo recurrido, pues son varias las consideraciones en que se sustenta; aunado a que cuando el recurrente es la Ministerio Público adscrita al Juzgado de Amparo, no somete al superior más que a la sentencia de amparo, y dentro de los límites marcados por los motivos de inconformidad, pues de lo contrario se convertiría en una revisión de oficio en cuanto a los puntos no recurridos.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021

-151-

FORMA-A-55

De ahí la inoperancia de los agravios expresados, máxime que como ya se dijo, resulta improcedente suplir lo que adujo a manera de **agravios** o simplemente mejorarle sus argumentos, pues como no precisa que éstos sean tendentes a demostrar la ilegalidad de la sentencia recurrida, ya que no ataca los fundamentos legales y motivos en que se sustenta la resolución que se revisa, por lo que, al no combatir todos y cada uno de los lineamientos que rigen el fallo recurrido, éste sigue prevaleciendo, en el apartado relativo a la concesión de amparo, al resultar inoperantes los agravios hechos valer para conducir a su revocación o modificación; además que el recurrente es un órgano técnico perito en derecho, con posibilidades de mayor conocimiento y asesoría respecto del particular.

Aunado que al regir en la alzada constitucional el principio de estricto derecho, la sentencia dictada por un juez de Distrito en un negocio de naturaleza penal, los agravios que se expresen deben constituir raciocinios lógicos-jurídicos, directamente encaminados a desvirtuar los fundamentos del fallo recurrido, y si en la especie, no se satisfizo dicha exigencia técnica, se deben declarar inoperantes los motivos de inconformidad, y por tanto, vigentes las consideraciones del a quo, por falta de impugnación adecuada.<sup>36</sup>

Atento a lo anterior, ante lo **infundado e inoperante** de los

<sup>36</sup> Es aplicable a la consideración anterior la Jurisprudencia V.2º.J/35, del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, que se comparte, visible a foja 577, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Octubre de 1997, Novena Época, de rubro y texto siguientes: **“AGRAVIOS DE LA AUTORIDAD RECURRENTE. SUPLENCIA IMPROCEDENTE.** Cuando es una autoridad la que interpone el recurso de revisión, resulta improcedente que la autoridad de amparo supla los argumentos que a manera de agravio, realice, o simplemente los mejore, dado que dicha autoridad es un órgano técnico perito en derecho o con claras posibilidades de tener asesoría, con marcada diferencia con el particular, al que se le causaría un perjuicio al perderse el equilibrio procesal de las partes y, principalmente, que el artículo 76 bis de la Ley de Amparo autoriza la suplencia en la deficiencia del concepto de violación o del agravio, en hipótesis específicas, únicamente para el quejoso o tercero perjudicado.”



**RP. 27/2021**  
**-152-**

agravios por parte de la Ministerio Público adscrita al Juzgado de Amparo, procede **en la materia de este apartado, confirmar** la sentencia dictada por el Juez Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, en la que concedió el amparo y protección de la Justicia Federal al quejoso \*\*\*\*\*  
 \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* en su carácter de Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de la Defensoría Pública, contra el acto reclamado consistente en la dilación de la adecuada integración y determinación de la averiguación previa \*\*\*\*\*  
 y sus acumuladas.

**DÉCIMO.** Desde diverso aspecto, este tribunal advierte que el recurrido no hizo pronunciamiento alguno en relación al acto atribuido al Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, consistente en la omisión de supervisar de manera diligente y efectiva que el Agente del Ministerio Público de la Federación investigue los delitos con la debida diligencia en la averiguación previa y **sus acumuladas**, pues si bien estableció que la autoridad responsable negó ese acto, aduciendo que el doce de febrero de dos mil veinte, giró el oficio \*\*\*\*\* , a este Ministerio Público instruyéndolo para que continuara investigando y en el menor plazo posible determinara esa indagatoria; esa negativa se desvirtúa ya que la instrucción que refiere la realizó con posterioridad al momento en que se presentó la demanda, por lo que para esa fecha existía la omisión que se le reclama y por ello el acto que aquí se le atribuye es cierto; pero no se aprecia que el Juez de Amparo en la resolución recurrida haya hecho pronunciamiento alguno de lo que procedía en relación a dicho acto y autoridad, es decir, no se advierte que haya hecho estudio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado

EMMA  
 E-ATA FOM  
 70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
 2021-08-26 17:38:04



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-153-

FORMAA-55

a esta autoridad.

Atento a lo anterior y toda vez que en revisión no hay reenvío, nos ocuparemos de emitir un pronunciamiento en relación con el acto reclamado identificado con el número **2**), consistente en **la omisión** de supervisar de manera diligente y efectiva que el Agente del Ministerio Público de la Federación investigue los delitos con la debida diligencia en la averiguación previa

\*\*\*\*\* y **sus acumuladas**, reclamada a la autoridad responsable Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura.

Luego si el titular de la fiscalía indicó que por oficio \*\*\*\*  
\*\*\*\*\* , de fecha doce de febrero de dos mil veinte, instruyó al Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, que *“deberá continuar investigando los delitos que se persiguen con la debida diligencia imparcialidad y exhaustividad con el objeto de agilizar el trámite de las indagatorias que le han sido asignadas y determinarlas en el menor plazo posible, ya sea que se hayan iniciado en el sistema acusatorio o en el inquisitivo, evitando dilaciones, omisiones o actuaciones que puedan afectar la adecuada procuración de justicia o hacer nugatorio el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en perjuicio de cualquier persona.”*; ello acredita que el Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, es su subalterno y está a su cargo, que a ella corresponde entre otras, esa supervisión de manera diligente y efectiva para que el Agente del Ministerio Público de la Federación en el caso específico, investigue los delitos con la debida diligencia en la averiguación previa

\*\*\*\*\* y **sus acumuladas**.

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.64.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04



RP. 27/2021  
-154-

Lo anterior, en la medida que la legislación orgánica analizada en considerandos anteriores prevé que los servicios que brinda la citada institución, relacionados con la investigación de los delitos y procuración de justicia, debe atender a criterios de **eficacia, efectividad, profesionalismo y debida diligencia.**

Así, de ser el caso que la **integración material** de la investigación correspondiente **quedara a cargo de diverso fiscal que estuviere adscrito a su estructura orgánica** -como sucede con el Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, resultaría claro que su labor, conforme al "*ámbito de sus competencias*", se circunscribiría a mantener un estricto control sobre la actuación de su sub-alterno en atención a que corre a su "*carga la conducción legal de la investigación.*"

En efecto, una vez identificada la obligación a cargo de la autoridad señalada como responsable, que en el caso como se sostuvo en líneas que anteceden, se advierte que la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, **tiene una función de supervisión**, frente al Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura.

De manera que, su actuar debe constreñirse a **asegurar** que el desempeño en las actividades de investigación se siga con base en los **principios y fines institucionales** que se prevén en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.

Esto es, para garantizar que las tareas de investigación se desempeñen, entre otras características, **con eficiencia, eficacia, profesionalismo y debida diligencia.**

Lo anterior, con el objetivo de lograr un adecuado esclarecimiento de los hechos analizados, procurar que el

RP. 27/2021  
-155-

FORMA-A-55

culpable no quede impune, así como promover, proteger, respetar y garantizar los derechos de verdad, reparación integral y de no repetición, que se reconocen en favor de las víctimas.

Más aún, este tribunal colegiado destaca que del análisis de los actos reclamados y de la *litis* que se fijó en el juicio de amparo se advierte que, en ningún momento, se le está atribuyendo un acto -u omisión- que hubiere llevado a cabo alguno de sus sub-alternos.

Por el contrario, es claro que el acto que se le reclamó (como se advierte en el auto que admitió la demanda y en la fijación de los actos reclamados que delimitó el Juez de Distrito, en el Considerando Segundo de la resolución recurrida), **la omisión que se le reclama es a título propio** (esto es, a título de sus funciones como Titular la Fiscalía Especial en Investigación del delito de Tortura); para ser enfáticos, no se le reclama algún acto u omisión que hubiere llevado a cabo sus sub-alternos.

Lo anterior, por **existir una obligación** a cargo del titular de la **Fiscalía Especial en Investigación del delito de Tortura (acto omisivo alegado)**, en cual es inconstitucional en sí mismo, pues se insiste, su actuar debe constreñirse a **asegurar** que el desempeño en las actividades de investigación se siga con base en los **principios y fines institucionales** que se prevén en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República; esto es, para garantizar que las tareas de investigación se desempeñen, entre otras características, **con eficiencia, eficacia, profesionalismo y debida diligencia**; sin que lo hiciera así.

Ante tal situación, lo procedente será **conceder** el amparo y protección de la Justicia de la Unión al quejoso recurrente, para que la **Titular de la Fiscalía Especializada en Investigación del delito de Tortura**, lleve a cabo lo subsecuente:



**RP. 27/2021  
-156-**

**Supervise** la actuación del Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, **que se encuentra a su cargo**, para que con la **debida diligencia, profesionalismo, eficacia y eficiencia** se integre y se determine la averiguación previa \*\*\*\*\* y sus acumuladas.

Tarea que deberá llevar a cabo, **de manera inmediata y continua** y hasta que se determine la investigación citada en el plazo que para ello le fue concedido al Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Coordinación "A" de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura.

En tales condiciones, en lo que es materia de la revisión, se modifica la sentencia recurrida, para quedar en los términos siguientes:

a) **Se debe sobreseer en el juicio de amparo promovido por \*\*\*\*\***, contra el acto reclamado a la autoridad responsable **Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura**, consistente en la **omisión de establecer y coordinar** el Registro Nacional del Delito de Tortura en el plazo establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; lo anterior por inexistencia del acto reclamado;

b) **Conceder el amparo al quejoso contra el acto reclamado al Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos**, consistente en la omisión de supervisar que el Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, investigue los delitos con la debida diligencia en la averiguación previa

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-26 17:38:04



RP. 27/2021  
-157-

FORMA-55

\*\*\*\*\* y  
 sus acumuladas, para el efecto de que **supervise** la actuación del Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, **que se encuentra a su cargo**, para que con la **debida diligencia, profesionalismo, eficacia y eficiencia** se integre y se determine la averiguación preindicada y sus acumuladas, lo que debe llevar a cabo, **de manera inmediata y continua** y hasta que se determine la investigación citada en el párrafo que antecede;

**c) Conceder el amparo al quejoso contra los actos reclamados al Fiscal General de la República** consistentes en las omisiones en la Coordinación y Supervisión de la actuación de las **Fiscalías, Especializada en Materia de Derechos Humanos y Especial en Investigación de Delito de Tortura**, para que el Fiscal General **Coordine y Supervise** la actuación de las **Fiscalías, mencionadas**, que se encuentran a su cargo, para que con debida diligencia, profesionalismo, eficacia y eficiencia, se integre y se determine la averiguación previa

\*\*\*\*\* y  
 sus acumuladas, lo que deberá llevar a cabo, de **manera inmediata y continua** y hasta que se determine la investigación citada;

**d) Conceder el amparo al quejoso contra los actos reclamados a las autoridades responsables Titular de la Fiscalía General de la Republica**, consistente en la omisión de establecer y coordinar el Registro Nacional del Delito de Tortura en el plazo establecido por el Artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y del Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura, referente a la falta de registro de la víctima de tortura o malos tratos, en el Registro

EMMA MEZA FONSECA  
70.64.66.20.63.66.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04

RP. 27/2021  
-158-

Nacional del Delito de Tortura (RENDET), en el caso respecto de la víctima \*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*; **para el efecto de que el Fiscal General de la República**, en un plazo no mayor a treinta días **establezca la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro Nacional del Delito de Tortura**, es decir, ponga en operación el referido registro; **el Fiscal Especial en Investigación del Delito de Tortura**, una vez que el Fiscal General de la República establezca la infraestructura tecnológica necesaria para operar el Registro; **realice el registro correspondiente respecto de la víctima \*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* en el aludido registro**, o en su caso de la instrucción que lo haga a quien corresponda;

**e) Conceder el amparo al quejoso**, contra el acto reclamado al Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Coordinación "A" de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, consistente en la omisión de realizar la debida investigación en la averiguación previa preindicada y sus acumuladas, excediendo injustificadamente la dilación en su integración, así como su conclusión, para los efectos precisados en la parte final de la resolución recurrida, esto es, **para que dicha autoridad 1.** Dentro del término de tres días contado a partir de que cause estado esta sentencia, emita un acuerdo en el que precise detalladamente cuáles son las diligencias pendientes de desahogar, así como las pruebas pendientes de recabar. **2.** En caso de que no existan, determine la averiguación previa precitada y sus acumuladas. **3.** En el supuesto de que existan diligencias pendientes de desahogar o pruebas por recabar, ordene su obtención y las lleve a cabo en el término de veinte días hábiles siguientes, contado a partir de la emisión de aquel proveído; una vez obtenidas y desahogadas, determine la averiguación previa en cita; y notifique

ANAA  
70.6A.68.20.63.6A.65.00.00.00.00.00.00.00.01.14.55  
2021-08-28 17:38:04



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-159-

FORMAA-55

personalmente al quejoso;

**f) Conceder el amparo al quejoso contra el acto reclamado al Titular de la Fiscalía Especializada en Investigación del delito de Tortura**, consistente en la omisión de supervisar de manera diligente y efectiva que el Agente del Ministerio Público de la Federación investigue los delitos con la debida diligencia en la averiguación preindicada y sus acumuladas, para que **supervise** la actuación del Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura, **que se encuentra a su cargo, para que con la debida diligencia, profesionalismo, eficacia y eficiencia** se integre y se determine la averiguación previa

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* y sus acumuladas, lo que deberá llevar a cabo, **de manera inmediata y continua** y hasta que se determine la investigación citada en el plazo que para ello le fue concedido al Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Coordinación "A" de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura; y,

**g)** Dese vista al Órgano de Control Interno de la Fiscalía General de la República, a efecto de que analice si las omisiones en que incurrió el Fiscal Especializado en Materia de Derechos Humanos, constituyen una responsabilidad administrativa.

Por lo expuesto y con fundamento en los artículos 80, 81, fracción I, inciso e), 84, 86, y 91 de la Ley de Amparo, y 37 fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se

**R E S U E L V E :**

**PRIMERO.** En lo que es materia de la revisión se **modifica**



RP. 27/2021  
-160-

la resolución recurrida.

**SEGUNDO.** Se **sobresee** en el juicio de amparo promovido por \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , contra el acto reclamado a la autoridad responsable **Titular de la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura**, consistente en la **omisión de establecer y coordinar** el Registro Nacional del Delito de Tortura en el plazo establecido por el artículo Quinto Transitorio de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

**TERCERO.** Se **concede** el amparo y protección de la justicia federal a \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Cruelles e Inhumanos de la Dirección General del Instituto Federal de la Defensoría Pública, **contra los actos reclamados y autoridades responsables precisados en los incisos b) a f) de la parte final de la presente ejecutoria, para los efectos indicados en los mismos.**

**CUARTO.** Dese vista al Órgano de Control Interno de la Fiscalía General de la República, a efecto de que analice si las omisiones en que incurrió el Fiscal Especializado en Materia de Derechos Humanos, constituyen una responsabilidad administrativa.

**Notifíquese;** con testimonio de la presente ejecutoria, devuélvanse los autos al Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, y en su oportunidad archívese el expediente.

Así lo resolvió el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, por **unanimidad** de votos del Magistrado Ricardo Paredes Calderón (Presidente), de la Magistrada Emma Meza Fonseca (Ponente) y del Secretario en



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

RP. 27/2021  
-161-

FORMA-55

Funciones de Magistrado Daniel Guzmán Aguado.

Firman electrónicamente los magistrados y secretario en funciones de magistrado que integran el tribunal, ante la secretaria de acuerdos que da fe.

EMMA MEZA FONSECA  
70.6a.6e.20.63.6a.6e.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35  
2021-08-28 17:38:04

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SE NOTACIÓN PÚBLICA  
PJJF - Versión Pública



ME &gt; Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 8

1516

**Evidencia Criptográfica – Transacción****Archivo Firmado: 05010000276260260003003002.pdf****Autoridad Certificadora: Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal****Firmante(s):**

|                 |                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                   |    |             |
|-----------------|----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|----|-------------|
| <b>Firmante</b> | <b>Nombre:</b>                         | EMMA MEZA FONSECA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | <b>Validez:</b>   | OK | Vigente     |
| <b>Firma</b>    | <b># Serie:</b>                        | 706a6620636a6600000000000000000000000000011435                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <b>Revocación</b> | OK | No Revocado |
|                 | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <b>Status:</b>    | OK | Valida      |
|                 | <b>Algoritmo:</b>                      | Sha256withRSA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|                 | <b>Cadena de Firma:</b>                | 3e 72 fe db a8 2f b9 a1 23 3c 3b 2c 48 87 93 71<br>cb 98 9c 2e b8 84 46 72 77 b4 ec eb c6 c2 c2 7b<br>49 56 26 c4 52 97 02 f1 88 1c 94 11 4c f9 8e 61<br>c8 af ae e9 9e f2 9d 83 fd a1 86 80 48 e3 a7 8f<br>14 28 44 46 71 51 9d 43 84 fa 3d 65 04 e2 1d f3<br>79 6a 9f e6 a0 0f ec a8 cb 87 3a 35 e9 e3 58 92<br>7c d4 9b a3 d3 bc 6e 16 f3 05 65 64 e2 f3 c4 2c<br>2b ae f4 8a 34 a0 c9 b2 44 eb e1 6e 89 19 e5 e6<br>fa 76 0c 1f a1 20 2e 86 c9 42 48 94 09 4d 11 33<br>8f 31 dc 74 5c 96 c2 0d aa df ee 2f fa 28 d3 f6<br>7f 91 bc 1c 0e a4 d9 c5 92 fb cc 63 e1 95 c3 d3<br>9e 47 e1 ac f0 62 8d 8f 56 2f b5 b3 c8 46 9e 01<br>6f 6b d4 2e e9 b3 41 ec 54 b2 11 54 c2 06 8d 1e<br>0b f7 fb de f2 41 6b 6a fc 47 ad 47 e5 6a 28 3d<br>f9 6a a0 2d c9 3a 01 2f a7 c1 40 04 b1 fe c9 ac<br>2a f0 68 87 40 c7 79 fa 10 08 80 77 3d eb 63 6c |                   |    |             |
| <b>OCSF</b>     | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                   |    |             |
|                 | <b>Nombre del respondedor:</b>         | OCSF ACI del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|                 | <b>Emisor del respondedor:</b>         | Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                   |    |             |
|                 | <b>Número de serie:</b>                | 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                   |    |             |

Archivo firmado por: EMMA MEZA FONSECA

Serie: 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35

Fecha de firma: 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00

Certificado vigente de: 2020-08-26 17:38:04 a: 2021-08-26 17:38:04



ME &gt; Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 8

1517

|                 |                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                   |    |             |
|-----------------|----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|----|-------------|
| <b>Firmante</b> | <b>Nombre:</b>                         | DANIEL GUZMAN AGUADO                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | <b>Validez:</b>   | OK | Vigente     |
| <b>Firma</b>    | <b># Serie:</b>                        | 706a6620636a660000000000000000000000011b76                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <b>Revocación</b> | OK | No Revocado |
|                 | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <b>Status:</b>    | OK | Valida      |
|                 | <b>Algoritmo:</b>                      | Sha256withRSA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|                 | <b>Cadena de Firma:</b>                | c9 a6 d4 09 76 1a 88 60 97 d7 fc eb 3b a3 7d ee<br>14 38 51 0c bf 1d 01 86 7d 28 7f b7 99 b9 e3 15<br>51 37 e9 a4 e2 a5 89 e8 d5 92 04 38 80 92 4b e5<br>dd 07 2a e9 39 7c fa 4f 84 d5 96 0e 3c d8 6c ff<br>42 61 08 6f 17 3a 56 da ac 48 2f e8 f2 fd 7d 8c<br>27 51 ea 61 6a 5c f3 ba 7a f9 67 4e f0 ae 3d e6<br>36 8b c0 49 83 8c a5 a1 63 9b 86 61 fb 35 4b 85<br>3b 89 54 e4 56 13 c1 cd 09 96 5d 1c 2d 52 22 1b<br>06 a6 03 ba 66 d8 35 d6 80 d6 d9 9f 9e ea af 02<br>e1 e0 5c e9 95 7d 83 1e 68 61 f2 f8 e2 c6 9c 75<br>11 58 6d 46 f9 b7 3b f1 9a 41 45 db a8 bf 55 37<br>1d 24 68 4f e1 96 c0 77 8e 30 45 e6 f3 22 3d be<br>69 d5 48 12 c3 87 0d ef 4c 91 46 67 93 0f f8 cf<br>82 f1 2d ae d5 7f a6 fb 52 a7 73 35 e4 b4 f7 72<br>7d 46 59 00 e1 2b 64 b9 f7 41 fd f5 99 40 45 a6<br>34 01 f2 a0 5d de 23 db 46 58 c3 e9 83 72 fb c1 |                   |    |             |
| <b>OCSF</b>     | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                   |    |             |
|                 | <b>Nombre del respondedor:</b>         | OCSF ACI del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|                 | <b>Emisor del respondedor:</b>         | Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                   |    |             |
|                 | <b>Número de serie:</b>                | 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                   |    |             |

Archivo firmado por: EMMA MEZA FONSECA

Serie: 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35

Fecha de firma: 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00

Certificado vigente de: 2020-08-26 17:38:04 a: 2021-08-26 17:38:04



ME &gt; Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 8

1518

|                 |                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                   |    |             |
|-----------------|----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|----|-------------|
| <b>Firmante</b> | <b>Nombre:</b>                         | Erika Georgina Conde Cháirez                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | <b>Validez:</b>   | OK | Vigente     |
| <b>Firma</b>    | <b># Serie:</b>                        | 706a6620636a660000000000000000000000000000ed60                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <b>Revocación</b> | OK | No Revocado |
|                 | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <b>Status:</b>    | OK | Valida      |
|                 | <b>Algoritmo:</b>                      | Sha256withRSA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|                 | <b>Cadena de Firma:</b>                | a4 20 6c 9d 7f 83 d1 b9 21 14 a1 00 7b 3a 89 a7<br>91 7d a3 d5 d4 a2 af a8 32 80 81 2f 5d c4 8b d3<br>9d 28 a0 25 fe 16 6d bc 85 f1 9d 98 ac 5b 42 10<br>f8 2b 45 bf 26 3f 58 42 74 51 71 de 2c 86 9d a9<br>65 6a a6 56 0b 7d e7 ff 60 3d 1c de 07 91 08 5b<br>cd 8d 14 c7 ac 75 00 7a e6 e6 c9 cb 85 26 e3 c2<br>59 03 70 1f 8f 21 95 d6 82 02 35 68 ba 40 17 0c<br>1a 13 97 59 03 37 79 9b 13 8d 27 47 6a 70 e3 25<br>7a 4a c0 40 23 aa e3 73 68 16 e1 64 66 40 c7 78<br>5b 14 ea 8c 93 ef bb ad 29 df 30 b1 87 03 a9 d0<br>eb 25 ed bb 52 35 2a e5 8a 4c ef c8 72 56 d1 d0<br>d3 00 b1 5b 68 af 05 91 2b 04 c8 d2 33 fa 1e 1b<br>2b 32 77 8e 46 48 76 17 2a 59 87 ca b3 cb d3 f0<br>00 32 2e df 27 77 c6 37 57 35 3b af b7 c0 48 12<br>25 c3 08 1c ae 27 d0 ec e8 ad ff 78 fa fa ca a1<br>86 34 e2 89 dd f9 1a a0 a1 e5 c3 bb 9a 26 55 9b |                   |    |             |
| <b>OCSF</b>     | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                   |    |             |
|                 | <b>Nombre del respondedor:</b>         | OCSF ACI del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|                 | <b>Emisor del respondedor:</b>         | Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                   |    |             |
|                 | <b>Número de serie:</b>                | 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                   |    |             |

|                 |                |                          |                 |    |         |
|-----------------|----------------|--------------------------|-----------------|----|---------|
| <b>Firmante</b> | <b>Nombre:</b> | RICARDO PAREDES CALDERÓN | <b>Validez:</b> | OK | Vigente |
|-----------------|----------------|--------------------------|-----------------|----|---------|

Archivo firmado por: EMMA MEZA FONSECA

Serie: 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35

Fecha de firma: 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00

Certificado vigente de: 2020-08-26 17:38:04 a: 2021-08-26 17:38:04



ME &gt; Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 8

1519

|              |                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                   |    |             |
|--------------|----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|----|-------------|
| <b>Firma</b> | <b># Serie:</b>                        | 706a6620636a660000000000000000000000000000a3ee                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <b>Revocación</b> | OK | No Revocado |
|              | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <b>Status:</b>    | OK | Valida      |
|              | <b>Algoritmo:</b>                      | Sha256withRSA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|              | <b>Cadena de Firma:</b>                | a4 f8 3e b3 65 7d 83 75 13 f3 9f 02 29 26 f6 e8<br>09 4e 2a 02 78 fb b9 7d 60 3f e7 70 1a 17 f2 26<br>40 54 db 43 62 7c 6e 74 1d c7 0a 69 25 6e d4 60<br>75 58 7a ad 01 ae fd 5f 9b 04 ca 55 c2 d3 ef 4b<br>3f c2 d6 b9 ff 8a ea 5d 8f 85 0f 38 64 af 14 ac<br>cd 2a 74 5c a4 22 1f b5 57 4a fd b7 84 7f 28 8f<br>fe e8 86 45 4e 8e 6a 22 f7 0f ef 9b 26 d4 75 2d<br>57 85 b9 5a 5b ac 3a a8 bc 04 d7 12 ea 4c 03 14<br>a0 8b e2 ba e2 13 64 8c e8 a2 af f1 89 bc a9 ca<br>79 66 be cf 03 73 c7 19 5f 5b 66 fb 5e 84 16 28<br>f2 87 bd 3a e6 7f 9c 7f ba af 05 4e 8b 48 3d 8b<br>fa ad de 4b 65 73 8e 14 1f 5e 7e da 6d f5 fb 0b<br>24 52 37 8f 6f ab 45 6e 67 4a 45 9d 47 a0 07 3d<br>08 ac a2 3e a9 75 3e 7c 65 09 a5 fa 5c 2c 8b 0e<br>2f ea c4 4d 82 26 0b a8 7b 2f 83 00 ab 84 68 08<br>f9 95 79 95 83 cb 4f e2 a4 ac 3b 62 23 fa aa 76 |                   |    |             |
| <b>OCSF</b>  | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                   |    |             |
|              | <b>Nombre del respondedor:</b>         | OCSF ACI del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|              | <b>Emisor del respondedor:</b>         | Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                   |    |             |
|              | <b>Número de serie:</b>                | 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                   |    |             |

Archivo firmado por: EMMA MEZA FONSECA

Serie: 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.01.14.35

Fecha de firma: 05/04/2021T18:35:04Z / 05/04/2021T13:35:04-05:00

Certificado vigente de: 2020-08-26 17:38:04 a: 2021-08-26 17:38:04



El cinco de abril de dos mil veintiuno, la licenciada Erika Georgina Conde Cháirez, Secretario de Tribunal, con adscripción en el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, hago constar y certifico que en esta versión pública no existe información clasificada como confidencial o reservada en términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Conste.

PJF - Versión Pública



## SENTENCIA DEFINITIVA

### JUICIO ORAL 364/2019

En Cadereyta Jiménez, Nuevo León, el diez de febrero de dos mil veinte, y con fundamento en los artículos 67, fracción VII, 403, 404, 405, 411 y demás relativos del Código Nacional de Procedimientos Penales -en adelante CNPP-, emito la presente sentencia definitiva con base en los siguientes:

#### ANTECEDENTES

**Primero. Acusación.** La fiscalía atribuyó a la acusada la comisión del delito denominado *contra la salud en la modalidad de posesión de clorhidrato de metanfetamina con fines de comercio -venta-*, previsto y sancionado por el artículo 195, párrafo primero, del Código Penal Federal -en adelante CPF-.

**Segundo. Desarrollo de la Audiencia.** En la audiencia se juicio se escucharon los alegatos de apertura de las partes; se recibieron las pruebas de la fiscalía y la defensa, a excepción de las que fueron materia de desistimiento –una de la fiscalía y otra de la defensa–; se escucharon los alegatos de clausura; se otorgó el uso de la voz a la acusada; y, finalmente, se emitió un fallo absolutorio.

#### CONSIDERACIONES

**Primera. Competencia.** La competencia legal del suscrito para emitir la presente sentencia está prevista en los artículos 104, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 20, fracciones II y VI, del CNPP, porque la materia del presente asunto está relacionada con un delito del orden federal; y 6º del Acuerdo General 10/2016, emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que creó el Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Nuevo León, con residencia en la Ciudad de Cadereyta Jiménez, debido a que los hechos materia de la acusación ocurrieron dentro de la entidad federativa señalada, que es en donde el suscrito ejerce jurisdicción.



**Segunda. Valoración de los Medios de Prueba.** Los medios de prueba que se recibieron en la audiencia y el valor que a consideración del suscrito corresponde a cada uno de ellos son los siguientes:

### Medios de Prueba de la Fiscalía

1. Declaración de \*\*\*\*\*, agente de Policía Estatal de Nuevo León, Fuerza Civil.

En atención a la naturaleza de este medio de prueba, los aspectos que se analizaron para determinar su eficacia fueron (1) la *forma de intervención* del declarante en la audiencia, (2) sus *cualidades personales* y (3) el *contenido de la declaración* que emitió.

Por cuanto hace a la *forma de la intervención* advertí (1) que proporcionó todos los datos de identificación que se le solicitaron, lo cual indica que no tuvo la intención de ocultar su identidad; (2) que se mantuvo tranquila durante toda su intervención, lo que indica que no estaba siendo presionada y que proporcionó voluntariamente la información a la que hizo referencia; (3) que respondió espontáneamente todos los cuestionamientos que se le formularon, lo que permite afirmar que no reflexionó las respuestas; (4) que no mostró ningún tipo de enojo o animadversión contra alguno de la acusada, lo que permite estimar que es una testigo imparcial; (5) que tuvo la misma disposición con ambas partes, lo que permite afirmar que no intentó favorecer a alguna de ellas; (6) que no evadió ninguno de los temas comprendidos por el interrogatorio, lo que permite afirmar que no intentó ocultar información; y, (7) que no tardó en responder las preguntas que le formularon las partes, lo que permite considerar que no reflexionó las respuestas antes de brindar la información que las partes le pidieron.

Por cuanto hace a sus *cualidades personales*, aprecié (1) que tiene la capacidad necesaria para comprender el hecho que relató, porque lo expresó claramente y en orden cronológico; (2) que forma parte de una corporación policiaca dedicada a brindar seguridad pública y evitar la comisión de delitos, lo que explica que haya tenido conocimiento del



hecho y participado en la detención; (3) que ha recibido capacitación para realizar las funciones que se le encomendaron, lo que explica que sepa la forma en que debe realizarlas y que utilice los conceptos técnicos que refirió; y (4) que no tiene ninguna pretensión en el presente juicio porque no tiene la calidad de víctima y consecuentemente tampoco derecho a obtener algún beneficio.

Y en lo relativo al *contenido de la declaración* consideré (1) que no incluye ningún elemento fantástico, mítico ni fabuloso, lo que permite considerarla intrínsecamente verosímil; (2) que todos los elementos que la integran están ordenados desde un punto de vista cronológico, lo que permite afirmar que la estructura del relato no es caprichosa; (3) que comprende las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrió el hecho que percibió, lo que permite afirmar que está debidamente circunstanciada; y (4) que contiene una descripción de los objetos asegurados.

Por todo lo anterior estimé, de nueva cuenta, que es procedente aceptar y tener por ciertos los elementos principales de esta declaración: (1) que el veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, la declarante, en compañía de otros dos agentes de Policía Estatal Fuerza Civil, se dirigieron a hacia la calle Mar Tirreno, colonia Vila Alegre, en Monterrey, Nuevo León, para atender una denuncia de venta de narcóticos; (2) que llegaron al citado lugar, en compañía de otra unidad de patrulla, vieron a siete personas que se encontraban en grupo, quienes al ver a los agentes de seguridad pública se dirigieron hacia diversos vehículos de motor; (3) que la declarante efectuó la revisión de un automotor marca GMC, que había sido abordado por dos personas, una del sexo masculino y otra del femenino, localizó dos paquetes confeccionados que contenían narcótico, en medio de los asientos delanteros y realizó una inspección sobre la persona del sexo femenino; (4) que diverso elemento aprehensor, solicitó apoyo a la declarante para realizar una inspección a otra persona del sexo femenino –reconocida e identificada, por la declarante, como la acusada– que había subido al área de copiloto de un vehículo de motor marca Chevrolet, submarca Malibu, y la ateste realizó una inspección corporal, sin encontrar objetos ilícitos; (5) que el agente –\*\*\*\* \*\*\*)



revisión a la cajuela del citado vehículo (Malibu) y localizó una maleta, solicitó a la persona del sexo masculino de nombre \*\*\*\* que la abriera, se acató la indicación y la declarante vio que había cuatro paquetes confeccionados en forma rectangular, que contenían una sustancia cristalina; (6) que el elemento \*\*\*\* preguntó de quién era el contenido de la maleta, sin recibir respuesta alguna, y que la persona de nombre \*\*\*\* solo volteó a ver a la acusada, por lo que, aproximadamente a las veintitrés horas con treinta minutos, del veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, se realizó la detención de la acusada y otras seis personas; y, (7) que se realizó el traslado de los detenidos a realizar la certificación médica, posteriormente se efectuó el traslado a las instalaciones de la Fiscalía General de la República, donde se elaboraron los registros de informe policial homologado y puesta a disposición de los detenidos.

## 2. Declaración del agente de Policía Federal Ministerial en el Estado de Nuevo León, \*\*\*\*.

De este medio de prueba también analicé los tres aspectos anteriormente referidos: (i) la forma de intervención del declarante en la audiencia; (ii) sus cualidades personales; y (iii) el contenido de la declaración que emitió.

Por cuanto hace a dichos aspectos, advertí esencialmente las mismas características y elementos que se mencionaron en relación al primer testigo, por lo que, para no incurrir en repeticiones innecesarias, se tienen aquí por reproducidas.

Por todo esto, también concluí que es procedente aceptar y tener por ciertos los elementos principales de esta declaración: (1) que el veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, el declarante, en compañía de dos agentes de Policía Estatal Fuerza Civil, acudió a la calle Mar Tirreno colonia Vila Alegre, en Monterrey, Nuevo León, para atender una denuncia de venta de narcóticos; (2) que al llegar, había siete personas, cinco del sexo masculino y dos del sexo femenino, quienes al ver a los agentes de seguridad pública estatal subieron a diversos vehículos de



motor; (3) que el declarante se dirigió hacia un vehículo marca *Chevrolet Malibu*, donde subió la acusada –al área de copiloto– y una persona de nombre \*\*\*\* \* –que se dirigió al área del conductor– a quien realizó una inspección corporal; (4) que solicitó la colaboración de la agentes \*\*\*\* \* para efectuar una inspección a la acusada, y posteriormente, solicitó a la persona de nombre \*\*\*\* \* que abriera la cajuela del citado vehículo, a lo cual accedió; (5) que al abrir la cajuela tuvo a la vista una maleta color negro, que contenía cuatro paquetes en forma rectangular (descritos por el ateste como tabiques) confeccionados, dos con cinta canela y dos con cinta transparente, que contenían una sustancia cristalina; (6) que por tal motivo, aproximadamente a las veintitrés horas con diez minutos, del citado día, sobre calle Mar Tirreno colonia Vila Alegre, en Monterrey, Nuevo León, se efectuó la detención de la acusada y de otras seis personas que se encontraban en dicho lugar; y, (7) que posteriormente, se realizó el traslado a las instalaciones de la Fiscalía General de la República, donde se realizó la puesta a disposición y los registros de informe policial homologado y cadena de custodia, para la entrega de los objetos asegurados.

### Medio de Prueba de la Defensa.

#### 3. Declaración de \*\*\*\* \*.

De este medio de prueba también analicé los tres aspectos anteriormente referidos: (i) la forma de intervención del declarante en la audiencia; (ii) sus cualidades personales; y (iii) el contenido de la declaración que emitió.

Por cuanto hace a la *forma de la intervención* advertí (1) que proporcionó todos los datos de identificación que se le solicitaron, lo cual indica que no tuvo la intención de ocultar su identidad; (2) que se mantuvo tranquila durante toda su intervención, lo que indica que no estaba siendo presionada y que proporcionó voluntariamente la información a la que hizo referencia; (3) que respondió espontáneamente todos los cuestionamientos que se le formularon, lo que permite afirmar que no reflexionó las respuestas; (4) que tuvo la misma disposición con ambas



partes, lo que permite afirmar que no intentó favorecer a alguna de ellas; y, (5) que no evadió ninguno de los temas comprendidos por el interrogatorio y contra interrogatorio, lo que permite afirmar que no intentó ocultar información.

Por cuanto hace a sus *cualidades personales*, aprecié (1) que tiene la capacidad necesaria para comprender el hecho que relató, porque lo expresó claramente y en orden cronológico; y, (2) que aunque es familiar –madre– de la acusada, compareció voluntariamente a declarar lo que percibió, sin realizar afirmaciones de hechos que no le constaban –lo cual permite inferir que no compareció para realizar manifestaciones con el propósito de favorecer a la acusada–, lo que genera un equilibrio entre su relación familiar y su confiabilidad.

Y en lo relativo al *contenido de la declaración* consideré (1) que no incluye ningún elemento fantasioso, mítico ni fabuloso, lo que permite considerarla intrínsecamente verosímil; (2) que todos los elementos que la integran están ordenados desde un punto de vista cronológico, lo que permite afirmar que la estructura del relato no es caprichosa; y, (3) que contiene una descripción de los hechos narrados.

Por todo lo anterior, estimé que es procedente aceptar y tener por ciertos los elementos principales de esta declaración: (1) que el veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, la acusada fue detenida; (2) que antes de ser detenida, la acusada salió, en la noche, con la persona de nombre \*\*\*\*, quien pidió su compañía; (3) que la acusada tenía una relación sentimental con Juan; y, (4) que la ateste no sabe a qué lugar fueron, ni las circunstancias en que ocurrió la detención.

4. Declaración de la acusada, \*\*\*\*\* 0 \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*.

Por cuanto hace a las manifestaciones de la acusada, aunque se tiene la firme convicción de que constituyen simplemente el resultado del ejercicio de su derecho a declarar y combatir en cualquier momento las imputaciones que se formularon en su contra, y no propiamente un medio



de prueba cuya contradicción se hubiere garantizado a la contraparte mediante su ofrecimiento oportuno, se valoró como medio de prueba desahogado en audiencia de juicio de conformidad con lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que excluir dicha valoración ha sido motivo de reposiciones de juicio por parte del Tribunal de Alzada.

Por lo tanto, los aspectos que se analizaron para determinar su eficacia fueron (1) la *forma de intervención* del declarante en la audiencia, (2) sus *cualidades personales* y (3) el *contenido de la declaración* que emitió.

Por cuanto hace a la *forma de la intervención* advertí (1) que proporcionó los datos de identificación dentro del presente proceso penal debido a su carácter de parte que tiene en el mismo; (2) que se limitó a realizar manifestaciones para señalar que no participó en los hechos materia de acusación, sin responder preguntas a ninguna de las partes; y, (3) que la situación en que se encontraba -acusada- permitía inferir que tenía intención de brindar la información que le pudiera favorecer.

Por cuanto hace a sus *cualidades personales*, aprecié (1) que tiene la capacidad necesaria para comprender el hecho que relató, porque lo expresó claramente y en orden cronológico; y, (2) que sí tiene pretensiones en el presente juicio, porque tiene la calidad de acusado y declaró después de haber escuchado a todos los testigos de cargo.

Y en lo relativo al *contenido de la declaración* consideré que no incluye ningún elemento fantasioso, mítico ni fabuloso, pero esto sólo la hace racionalmente admisible y no le priva del hecho de ser insuficiente para prevalecer sobre el resto del caudal probatorio desahogado en audiencia, aunque algunos aspectos coinciden con las declaraciones previamente valoradas.

Por todo lo anterior, estimé procedente dar valor probatorio, a lo que tiene coincidencia con las pruebas desahogadas en juicio, que consistió en haber sido detenida el día, lugar y hora que señalaron los aprehensores, y que acompañaba a la persona de nombre \*\*\*\* \*.



**Tercera. Hechos Probados.** Los hechos que se tuvieron por ciertos con motivo de los acuerdos probatorios y los que se derivaron de los datos de prueba son los siguientes:

1. Que el veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, aproximadamente a las veintitrés horas, unos agentes de Policía Estatal Fuerza Civil acudieron a la calle Mar Tirreno, colonia Villa Alegre, en Monterrey, Nuevo León, para atender una denuncia.
2. Que al llegar al citado lugar vieron, sobre la vía pública, a siete personas, cinco del sexo masculino y dos del femenino, las cuales al ver la presencia policiaca abordaron unos vehículos de motor, entre dichas personas la acusada, quien abordó un automotor marca *Chevrolet Malibu*, en el área de copiloto.
3. Que en la cajuela del citado vehículo se encontraba una maleta con cuatro paquetes rectangulares, confeccionados dos de ellos con cinta canela y los otros dos con cinta transparente, los cuales contenían un kilogramo (1 kg) novecientos ochenta y siete punto seis gramos (897.6 gr) de clorhidrato de metanfetamina.
4. Que aproximadamente a las veintitrés horas con diez minutos, del veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, sobre en el lugar señalado en el primer punto de este apartado, se efectuó la detención de la acusada y las seis personas que estaban en el citado lugar.
5. Y, que las personas detenidas carecían de permiso o autorización para poseer, comerciar o realizar alguna otra actividad con el narcótico señalado.



En este punto es conveniente dejar expresamente establecido que, como no se oponen a ninguna de las pruebas que se recibieron en la audiencia principal, subsistió el acuerdo probatorio sobre el siguiente hecho:

Que dentro de la carpeta de investigación inherente al presente asunto, obran asegurados los cuatro paquetes rectangulares, que contienen un kilogramo (1 kg) novecientos ochenta y siete punto seis gramos (897.6 gr) de clorhidrato de metanfetamina, los cuales fueron identificados como **indicio 01-A**.

**Cuarta. Análisis Jurídico de los Hechos Probados.** El suscrito, después de haber realizado un juicio de tipicidad de los hechos probados, consideré que comprenden todos los elementos del delito denominado *contra la salud, en la modalidad de posesión de clorhidrato de metanfetamina, con fines de comercio -venta-*, previsto y sancionado por el artículo 195, párrafo primero, en relación con el 193 y 194, fracción I, todos del CPF.

El artículo que prevé el delito referido es el siguiente:

**“Artículo 195.-** *Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, ambos de este código.”*

Se consideró lo anterior toda vez que, como lo indica el texto normativo transcrito, el supuesto delictivo se integra por cuatro elementos típicos:

1. Un **objeto material** consistente en alguno de los narcóticos previstos en el artículo 193 del mismo código sustantivo





(897.6 gr) de clorhidrato de metanfetamina, actualiza el supuesto de presunción previsto en el artículo 195, párrafo tercero, del CPF, en el cual se menciona que *“cuando el inculpado posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud, en cantidad igual o superior a la que resulte de multiplicar por mil las cantidades ahí referidas, se presume que la posesión tiene como objeto cometer alguna de las conductas previstas en el artículo 194 de este código.*

Y, aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, jurisprudencialmente, que la presunción de mérito no basta por sí sola para decretar que la persona poseedora tenía una intención adicional, en este caso en particular existen varios datos objetivos que permiten inferir con las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, que la persona que tenía el dominio del vehículo y los objetos localizados dentro de éste tenía la intención de realizar actos de comercio.

Existen cuatro datos principales: (1) la forma de presentación del narcótico; (2) que la droga se encontraba racionada en paquetes confeccionados, debido a que dichas características corresponden a las que comúnmente son utilizadas para la realización de actos de comercio y distribución; (3) la cantidad del narcótico excede la cantidad prevista para el consumo personal e inmediato; y (4) que parte del narcótico se encontraba oculto en una maleta localizada en la cajuela de un automotor, lo cual reviste la conducta con cierta clandestinidad.

Y, como la experiencia en la judicialización de asuntos relacionados con hechos similares indica que esas son las características de la posesión con fines de comercio, es dable inferirlo, sin que para esto sea un obstáculo que sólo se hayan citado cuatro datos objetivos, pues la fortaleza del razonamiento no depende de la cantidad de datos invocados, sino en mucho mayor medida de la solidez que exista entre ellos y la conclusión, que en este caso es sólida y natural.

El último de los elementos típicos referidos, que es de naturaleza negativa, también se estimó presente en el hecho acreditado en audiencia



de juicio, porque no se tuvo conocimiento de algún permiso o autorización por parte de la autoridad sanitaria correspondiente para poseer narcóticos.

Por lo anterior, se determina la existencia de un hecho que la ley señala como el delito denominado *contra la salud en la modalidad de posesión de clorhidrato de metanfetamina, con fines de comercio -venta-*, previsto y sancionado por el artículo 195, párrafo primero, en relación con el 193 y 194, fracción I, todos del CPF.

**Quinta. Ausencia de Responsabilidad Penal de la Acusada.** A consideración del suscrito, los medios de prueba que la fiscalía presentó son insuficientes para declarar plenamente probada la responsabilidad penal de la acusada.

Lo primero por mencionar es que para emitir una sentencia condenatoria es absolutamente necesario que la fiscalía pruebe, más allá de cualquier duda que razonable, todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad penal del acusado, entre los que se encuentran, por disposición legal, la autoría y el elemento subjetivo del tipo penal llamado dolo. Esto lo ordena la constitución federal y no es dispensable.

Si la fiscalía no logra ese objetivo, es decir, si no presenta pruebas que resulten suficientes para considerar plenamente probados todos los elementos de la responsabilidad penal, la autoridad judicial debe en cumplimiento de su deber emitir una sentencia absolutoria y ordenar la inmediata liberación de la persona acusada, porque, en virtud del principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los jueces deben verificar escrupulosamente que las pruebas de cargo desvirtúen la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa en el juicio; y, en caso de que esto no ocurra, declarar que la fiscalía no pudo desacreditar la presunción de inculpatibilidad que está reconocida a favor de la parte acusada.



En lo que a ese tema concierne, ya la Suprema Corte ha establecido que la presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal, y que una de esas vertientes se manifiesta como "regla probatoria", en la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado.

Lo dicho hasta aquí coincide con la jurisprudencia 1a./J. 28/2016 (10a.), que pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que se puede apreciar en el Libro 31, Tomo I, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a junio de 2016, materia constitucional, en donde se publicó con el siguiente texto:

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA. CONDICIONES PARA ESTIMAR QUE EXISTE PRUEBA DE CARGO SUFICIENTE PARA DESVIRTUARLA.** Para poder considerar que hay prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el juez debe cerciorarse de que las pruebas de cargo desvirtúen la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, en el caso de que existan, debe descartarse que las pruebas de descargo o contraindicios den lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora.

Lo segundo por mencionar es que en este juicio, como se ha venido mencionando desde el inicio de esta resolución, la fiscalía atribuyó a la acusada '*la posesión*' de los narcóticos que se hallaron en el interior de un vehículo de motor. Y la posesión, según lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo se configura cuando una persona tiene dentro de su ámbito de disposición alguno de los narcóticos establecidos en la Ley General de Salud, es decir, cuando puede ejercer un poder real de disposición sobre un narcótico y en vía de consecuencia destinarlo libremente a cualquier objetivo (venta, consumo, suministro, transportación, etc).



El significado o contenido material del concepto jurídico de posesión no sólo está establecido en el ámbito jurisprudencial. La legislación también contiene algunas definiciones estipulativas. Una de está establecida en el artículo 473, fracción III, de la Ley General de Salud, en donde se dice que la posesión, para los efectos de la responsabilidad penal, debe entenderse como “(1) *la tenencia material de narcóticos o (2) cuando éstos están dentro del radio de acción y disponibilidad de la persona*”.

De conformidad con ese precepto legal, que obviamente es aplicable para establecer el sentido de todos los tipos penales cuyo núcleo es la posesión, ésta tiene dos formas básicas de configuración. Una de ellas se presenta cuando la persona lleva consigo alguno de los narcóticos (tenencia material) y la otra cuando tiene un poder de disposición sobre ellos aunque no los lleve consigo ni los tenga al alcance inmediato.

De tal forma, la posesión no se configura por el solo hecho de que una persona esté cerca de un narcótico; porque tenga conocimiento de su existencia; y tampoco porque esté en el interior de un mismo inmueble o vehículo en donde esté la droga (como generalmente se ha entendido en detrimento de la garantía de exacta aplicación de la ley penal y para dispensar la apatía probatoria de la fiscalía), pues todos estos supuestos pueden ocurrir sin que la parte acusada tenga la posibilidad de disponer del narcótico y consecuentemente sin tener el carácter de poseedor.

El significado del concepto jurídico penal de la posesión, aunque suele equipararse a una simple coincidencia espacial y temporal con algún narcótico, en realidad implica una facultad real de disposición, lo cual se ha puesto de manifiesto en innumerables criterios pertenecientes a distintas épocas. Uno de ellos es la tesis de registro 234687, que pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que se puede consultar en el Volumen 145-150, Segunda Parte, página 152, del Semanario Judicial de la Federación correspondiente a la séptima época, en donde se publicó con el siguiente texto:

**SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESION NO CONFIGURADA. No basta que determinados estupefacientes estén al alcance de una persona, para**



**decir que se encuentra a su disposición; se requiere que el sujeto tenga conciencia de que puede y efectivamente puede ejercer sobre ellos un poder de uso**, para sí o para transmitirlos, a efecto de constituir la modalidad de posesión de enervantes del delito contra la salud. En consecuencia, para la modalidad expresada, el lugar donde se localice la droga no es factor definitivo para determinar la posesión, sino el poder que se ejerza sobre ella, independientemente de que se encuentre o no en los lugares habituales del agente. En tales condiciones, si la inculpada no tenía a su disposición los enervantes cuya posesión se le imputa, en virtud de que los mismos eran de su coacusado que los consumía personalmente como toxicómano, no puede responsabilizarse a aquella del delito de que se trata.

Otro es la tesis de registro 234195, que también pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se puede apreciar en el Volumen 187-192, segunda parte, página 68, del Semanario Judicial de la Federación correspondiente a la séptima época, en donde obra el siguiente texto:

**SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESION NO CONFIGURADA.** La conducta desplegada por los inculcados no configura el delito contra la salud, dentro de la modalidad de posesión de marihuana, **aunque el enervante sea encontrado en el propio lugar donde trabajen aquéllos y estén enterados de su existencia, si no llevan a cabo ningún acto material sobre el estupefaciente**, ni tampoco prestan auxilio o cooperación para su ejecución; ya que la citada modalidad sólo puede darse cuando la droga además de estar al alcance del imputado, éste puede realizar dichos actos materiales sobre el mismo, es decir, cuando se encuentre bajo el radio de acción de su **disponibilidad**.

ELIAS GERARDO CEREDA MORADO  
70.64.66.20.63.64.65.00.00.00.00.00.00.00.00.00.74.11  
2020-09-20 09:45:44

Y uno más es la tesis de registro 235948, que también pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que se puede consultar en el volumen 63, segunda parte, página 41, del Semanario Judicial de la Federación correspondiente a la séptima época, cuyo rubro y texto dicen lo siguiente:

**SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESION NO CONFIGURADA.** Para que exista una posesión delictiva de enervantes, se requieren los extremos que necesariamente deben integrar la culpabilidad de



cualquier delito, entre ellos el conocimiento de la acción típica que se va a realizar; y no puede estimarse poseedor de la droga al acusado, si ignoraba, sin prueba en contrario, el contenido de los recipientes que se encontraban en su domicilio, en los que se encontraba la droga, y por ello no puede haber responsabilidad en el delito.

En suma, el concepto jurídico denominado “posesión” no hace referencia a la simple cercanía o conocimiento de la existencia de un narcótico.

De conformidad con todo lo anteriormente señalado, el suscrito considera que en este caso no cabe declarar plenamente probada la responsabilidad penal de la acusada, porque la fiscalía únicamente justificó que el día en detención la acusada estaba en el lugar de los hechos y subió al asiento del copiloto del vehículo en cuya cajuela estaba el narcótico; pero este hecho, como no refuta la versión de inocencia sostenida por la acusada, la cual consiste en que únicamente acompañaba a quien era su pareja, quien disponía del vehículo donde se encontró la droga, obviamente no tiene la capacidad suficiente para tener por destruida la presunción de inocencia que está reconocida a favor de aquella en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se afirma lo anterior, porque la fiscalía no presentó ninguna prueba de la cual se derive información de algún vínculo –de disposición o propiedad– entre la acusada y el vehículo de motor donde se localizó el narcótico, lo que impide tener por cierto que tiene la posesión del mismo y en vía de consecuencia también la facultad de disponer de los objetos que se hallaron en el interior, los cuales, al margen del lugar en donde se encontraron y de su proximidad con la acusada, no por esto se puede decir que estaban a disposición de aquella.

Para llegar a esa conclusión no sólo se tomó en consideración que la fiscalía no presentó ninguna prueba relacionada con la propiedad o posesión del vehículo, sino además (1) que los agentes afirmaron que las llaves del vehículo las tenía la persona del sexo masculino llamada \*\*\*\*  
\*\*\*\*\*; (2) que dicha persona –del sexo masculino– se dirigió al área de conductor para manejar el vehículo; y, (3) que los agentes no brindaron



información precisa que permita establecer que la acusada de alguna manera tenía la posibilidad de disponer del narcótico asegurado.

Ahora, el suscrito no pasa por alto que el hecho de que la acusada hubiera abordado uno de los vehículos de motor al momento de ver la presencia policiaca, que es uno de los lugares en donde había narcóticos, lo cual genera una sospecha de que previamente había viajado en el automotor en compañía de la persona de nombre \*\*\*\*, con la consecuente posibilidad de haber tenido conocimiento del narcótico; sin embargo, al ser una suposición que sobrepasa el alcance real de las pruebas presentadas, obviamente no basta para destruir la presunción de inocencia que debe reconocerse a su favor y que consecuentemente es insuficiente para emitir una sentencia condenatoria.

Tampoco pasa por alto que la insuficiencia de las pruebas de cargo, la cual deriva de las razones ya señaladas, no hace que la versión de los hechos sustentada por la acusada sea totalmente cierta, pues se basa en algunos elementos que no se derivan de aquéllas; sin embargo, esto tampoco se podría tomar como fundamento para emitir una sentencia condenatoria, porque la carga de la prueba corresponde a la fiscalía y la persona acusada no tiene la obligación de probar su inocencia para poder lograr una absolución.

De igual forma, se toma en consideración que como la acusada no tenía en su poder los narcóticos asegurados, porque no los tenía consigo cuando fue detenida, era necesario que la fiscalía ofreciera alguna prueba que permitiera establecer el vínculo entre aquélla y el vehículo o el propio narcótico; para, ahí sí mediante un razonamiento inductivo apegado a las reglas de la lógica, poder establecer si tenía la disposición de los objetos que había en el área de cajuela del automotor. Lo que, como ya se ha dicho, no ocurrió en este caso porque la fiscalía, aunque tuvo a su cargo una investigación y tuvo el tiempo necesario para ello, tomó la decisión de llevar a juicio a una persona y presentar, únicamente, las declaraciones de los agentes que realizaron la detención, las que en este caso son insuficientes porque de ellas no se desprende cuál era el motivo por el que la acusada estaba en el lugar de la detención; y, como



tampoco se presentó ninguna prueba que se oponga a la versión de inocencia, la cual es intrínsecamente creíble, en este caso debe subsistir, como ya se declaró, la presunción de inculpabilidad que está prevista en nuestro máximo ordenamiento legal.

Por todo lo anterior el suscrito considera que lo procedente en este caso es absolver a la acusada, \*\*\*\*\* o \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , de la acusación ministerial que se le formuló por la comisión del delito denominado *contra la salud en la modalidad de posesión de clorhidrato de metanfetamina con fines de comercio -venta-*, previsto y sancionado por el artículo 195, párrafo primero, en relación con el 193 y 194, fracción I, todos del CPF.

**Sexta. Medidas Cautelares.** Del auto de apertura a juicio oral se advierte que el Juez de Control impuso la medida cautelar prevista en el artículo 155, fracción XIV, en relación con el 167, fracción XI, del CNPP, consistente en prisión preventiva oficiosa.

Por lo tanto, con fundamento en el artículo 405, del CNPP, se ordena el levantamiento de la medida cautelar señalada y se ordena comunicar dicha circunstancia a las autoridades correspondientes para que tomen nota del levantamiento de la medida impuesta.

Por lo expuesto y fundado, y con apoyo en los artículos 20 constitucional, 67, 68 y 206 del CNPP se:

### RESUELVE

**Primero.** No se probó, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal de la acusada \*\*\*\*\* o \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*; y, por esta razón, se le absuelve de la acusación ministerial que se le hizo por la comisión del delito *contra la salud en la modalidad de posesión de clorhidrato de metanfetamina con fines de comercio -venta-*, previsto y sancionado por el artículo 195, párrafo primero, en relación con el 193 y 194, fracción I, todos del CPF.



**Segundo.** Con fundamento en el artículo 405, del CNPP, se ordena el levantamiento de la medida cautelar impuesta, dentro del presente proceso penal, consistente en prisión preventiva oficiosa, por lo que se deberá comunicar dicha circunstancia a la autoridad penitenciaria correspondiente.

Así lo resolvió el licenciado Elías Gerardo Cepeda Morado, Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio, del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Nuevo León, con sede en Cadereyta Jiménez, en calidad de Juez de Enjuiciamiento.

ELIAS GERARDO CEPEDA MORADO  
70.64.66.20.63.66.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.74.b1  
2020-09-20 09:45:44

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
PJJF - Versión Pública



ME &gt; Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 9

1540

## Evidencia Criptográfica – Transacción

Archivo Firmado: 15140000253898210036036.docx

Autoridad Certificadora: Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal

## Firmante(s):

|                 |                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                   |    |             |
|-----------------|----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|----|-------------|
| <b>Firmante</b> | <b>Nombre:</b>                         | ELIAS GERARDO CEPEDA MORADO                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | <b>Validez:</b>   | OK | Vigente     |
| <b>Firma</b>    | <b># Serie:</b>                        | 706a6620636a66000000000000000000000000000074b1                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <b>Revocación</b> | OK | No Revocado |
|                 | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 10/02/2020T21:31:36Z / 10/02/2020T15:31:36-06:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <b>Status:</b>    | OK | Valida      |
|                 | <b>Algoritmo:</b>                      | Sha256withRSA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|                 | <b>Cadena de Firma:</b>                | 52 ec d8 80 f9 8f 19 13 58 37 27 ce fe 54 65 53<br>c1 b8 35 4f 10 76 af 76 d2 91 79 46 93 f6 90 fd<br>df 8e 96 2f 9d a1 a6 8d c7 ba 08 78 f5 a7 b7 14<br>74 99 2d d0 99 a1 92 70 20 63 0d 6f 48 f2 55 a4<br>64 eb f6 ab 21 00 33 b5 08 ef 7f 57 68 02 83 25<br>ab 63 88 52 09 41 f0 ab 67 d8 4e cf f2 70 42 bb<br>24 5a 13 53 b9 b4 89 ff ed 35 10 46 71 3c f8 5a<br>57 6d f8 b4 ab 73 6b 88 c9 15 46 20 fd 3c 25 0c<br>3b ee 93 ae 77 22 84 06 46 20 f9 2e 9a 8e b6 d7<br>77 ab 9b f7 52 0f 58 31 a0 4a 04 43 0b 14 c7 bd<br>b3 d9 a6 8a 46 f8 76 90 ed 76 2f 90 c5 a4 09 71<br>1f 2e 8f 96 b4 5a 69 ce d8 06 59 63 1f 69 c0 71<br>0b 1e 48 a9 f7 8b d9 c8 81 9a 2f f3 d3 a3 9b bf<br>c4 f1 62 66 ca 97 34 c4 0e dd 56 98 01 5d 40 92<br>64 6c d6 91 fb eb 80 a2 48 f2 73 18 bd cd d5 7a<br>67 29 6c ab af 80 cf 87 83 2e ea 32 ea 34 7c 09 |                   |    |             |
| <b>OCSF</b>     | <b>Fecha: (UTC / Ciudad de México)</b> | 10/02/2020T21:31:36Z / 10/02/2020T15:31:36-06:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                   |    |             |
|                 | <b>Nombre del respondedor:</b>         | OCSF ACI del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                   |    |             |
|                 | <b>Emisor del respondedor:</b>         | Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                   |    |             |
|                 | <b>Número de serie:</b>                | 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                   |    |             |

Archivo firmado por: ELIAS GERARDO CEPEDA MORADO

Serie: 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.74.b1

Fecha de firma: 10/02/2020T21:31:36Z / 10/02/2020T15:31:36-06:00

Certificado vigente de: 2017-09-21 09:45:44 a: 2020-09-20 09:45:44



El 31 de marzo del 2021, la licenciada Juana María Cervantes Fernández, Secretario De Juzgado, con adscripción en el Centro De Justicia Penal Federal En El Estado De Nuevo León, Con Residencia En Cadereyta, hago constar y certifico que en términos de lo previsto en los artículos 16, 68 y 113 fracción I de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, esta versión pública suprime toda aquella información considerada legalmente como CONFIDENCIAL, por tratarse de datos personales. Conste.

PJF - Versión Pública









CENTRO DE JUSTICIA PENAL FEDERAL EN EL ESTADO DE MICHOACÁN

### CONSIDERANDO

**PRIMERO. Competencia.** Con fundamento en los artículos 104, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 50, fracción I, incisos a y e, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 20, fracción II, 347, 400 al 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y el Acuerdo General **26/2016**, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, este Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio del Centro de Justicia Penal Federal en Michoacán, con residencia en Morelia, es competente para emitir la sentencia relativa a audiencia de juicio oral, toda vez que los hechos punibles son del orden federal y tuvieron verificativo en Michoacán, lugar donde se ejerce jurisdicción; además que el que suscribe no intervino en alguna etapa anterior en esta causa.

**SEGUNDO. Fundamento constitucional del juicio oral.** El artículo 20, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que el proceso penal será acusatorio y oral, se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Además, el citado precepto constitucional prevé en el Apartado A, los principios generales que lo rigen, entre ellos, los contenidos en las fracciones IV, V y VIII, según la primera de las fracciones citadas, el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente; que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral; de acuerdo a la fracción V de referencia, la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal; además, las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; por último, la fracción VIII en cita, contempla que el juez sólo condenará cuando exista convicción de culpabilidad del procesado.

**TERCERO. Marco normativo del juicio oral.** El artículo 348 del indicado ordenamiento procesal, establece que el juicio es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso, se realizará sobre la base de la acusación, en el que se deberá





CENTRO DE JUSTICIA PENAL FEDERAL EN EL ESTADO DE MICHOACÁN

Christian Martínez Coronel, se encontraban realizando funciones de seguridad pública y recibieron una denuncia del C4, de folio 005030364, en el sentido que seis personas se encontraban fumando marihuana en la calle 16 de Febrero, de la colonia Las Delicias, en Uruapan, Michoacán, detrás de la escuela Rafael Ramírez, por lo que a las diecinueve horas con treinta minutos se trasladaron a dicho lugar no encontrando a nadie, por lo que continuaron realizando recorridos de vigilancia, y a tres cuerdas del lugar tuvieron a la vista a una persona del sexo masculino, que al percatarse de la presencia de la autoridad, trató de ocultarse en un lote baldío, por lo que se le dio seguimiento y se le indicó que se detuviera y al darse la vuelta se percataron que traía entre sus manos cinco pequeñas bolsa conteniendo vegetal verde y seco que resultó ser marihuana y al realizarle una revisión, se le localizó a la altura de la cintura fajada del lado derecho dentro de una bolsa de tela color negro, un arma de fuego tipo revólver, calibre .22 mm, modelo R623, matrícula T521226, así como veinte cartuchos del mismo calibre, motivo por el cual a las diecinueve horas con cuarenta minutos se le informó que se encontraba detenido.

RUBÉN GARCÍA MATEOS  
 70.6.66.20.83.8a.86.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.00.44.ac  
 2019-04-28 09:46:35

**II. Defensa del acusado.** Los argumentos y estrategia defensiva se destinaron a referir que existe causa de exclusión del delito, la cual fue obtenida tiempo antes de la comisión de los delitos que aquí se atienden, como se advierte del acuerdo probatorio que se tuvo con la fiscalía, se advierte que el imputado cuenta con un padecimiento mental, denominado retraso mental, de tipo leve a moderado de larga evolución, continuo y de por vida, y con fundamento en el artículo 405, fracción III, último párrafo del Código Nacional de Procedimiento, se establece como una causa de inculpabilidad, con lo que se acredita, según la defensa, que no existió dolo, por lo que debería dictarse sentencia absolutoria en favor de su defendido.

**III. Prueba de hechos.** En la audiencia de debate, se desahogaron los medios de prueba ofrecidos por la **fiscalía federal y la defensa del acusado**, en los siguientes términos:

**A) TESTIMONIALES OFERTADOS POR LA FISCALÍA Y**





CENTRO DE JUSTICIA PENAL FEDERAL EN EL ESTADO DE MICHOACÁN

persona acusada debe o no responder penalmente por ese hecho.

Es por ello, que se procede al análisis del delito (entendido como una conducta típica, antijurídica y culpable) así como, de ser el caso, de la responsabilidad penal de la acusada, partiendo de la base o premisa fáctica constituida por los hechos materia de la acusación y que ya se precisaron en esta propia sentencia.

**I. Consideraciones que resuelven sobre si se satisfizo o no el estándar de prueba a efecto de sustentar una sentencia de condena.**

Del contenido de los artículos 265 y 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que la valoración de la prueba no es un sistema tasado, sino un sistema basado en la sana crítica en el que se interrelacionan las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. De lo que se sigue que en este sistema de justicia penal las pruebas no se ven desde el punto de vista cuantitativo sino cualitativo, es decir "no se miden", "se pesan".

Sentado lo anterior, procede al análisis de las pruebas desahogadas en juicio.

Después de examinar detenidamente la producción de pruebas desahogadas en la sala de audiencias, se concluye que en el caso particular, aun cuando las aportadas por el fiscal, son suficientes para acreditar que el acusado cometió los hechos atribuidos y por ende, actualizó los delitos materia de la acusación, lo cierto es que en la especie, se estimó actualizada la excluyente de responsabilidad a que se refiere el numeral 15, fracción VII del Código Penal Federal

En efecto, las partes durante la **audiencia intermedia**, convinieron en los siguientes **acuerdos probatorios**:

**1.** La existencia de cinco pequeñas bolsas de material sintético transparente, conteniendo vegetal verde seco que corresponde al estupefaciente denominado cannabis sativa L, con un peso neto de sesenta y nueve gramos doscientos veinte



miligramos (69.220mg);

2. La existencia de un arma de fuego, tipo revolver, calibre .22 LR, marca RG IND, modelo RG23, matrícula \*\*\*\*\* , lugar de fabricación Miami, estructura metálica en acabado pavón color negro, así como la existencia de veinte cartuchos para armas de fuego calibre .22LR, que corresponde a la consideradas por el artículo 9, fracción II, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, como de las que se pueden poseer en los términos y con las limitaciones establecidas en la ley, esto es, con la licencia expedida por la Secretaria de la Defensa Nacional;

3. La existencia de una bolsa de tela color negro, con la leyenda "Santory";

4. En los registros de la Secretaria de la Defensa Nacional, no se localizó algún registro del arma de fuego tipo revolver, calibre .22 LR, marca RG IND, modelo RG23, matrícula T\*\*\*\*\* , lugar de fabricación Miami, estructura metálica en acabado pavón color negro, ni algún permiso o licencia para poseer armamento alguno respecto de \*\*\*\*\*;

5. \*\*\*\*\* no cuenta con licencia o permiso expedido por la Secretaria de Salud para poseer el estupefaciente denominado cannabis sativa L; y

6. \*\*\*\*\* presenta padecimiento mental denominado retraso mental de tipo leve a moderado de larga evolución, continuo y permanente, el cual es de curso crónico, irreversible y de por vida, lo que le impide adquirir responsabilidades en el ámbito familiar, social y jurídico.

**SENTADO LO ANTERIOR, SE TIENE QUE DE LAS PRUEBAS OFERTADAS POR LA FISCALÍA, DE LAS CUALES LA DEFENSA DE IGUAL MANERA INTERROGÓ, SIENDO LAS DESAHOGADAS LAS SIGUIENTES:**

➤ Testimonial de ELADIO GARCÍA HERNÁNDEZ (primer respondiente), quien manifestó ser militar, rango cabo, con siete años con once meses de antigüedad, de igual manera









continuando con recorridos de vigilancia, siendo a tres cuadras del lugar denunciado, tuvieron a la vista a un hombre, quien a la postre resultó ser \*\*\*\*\* , quien al percatarse de la presencia de los elementos, trató de ocultarse en un lote baldío, siguiéndolo, indicándole que se detuviera y girara, momento en que se percataron los elementos, que el acusado traía entre sus manos cinco pequeñas bolsas de plástico con vegetal que resultó ser marihuana, al practicarle revisión corporal, se le localizó fajada al costado derecho de la cintura, dentro de una bolsa de tela negra, el arma de fuego tipo revólver, calibre .22 mm, modelo R623, matrícula T521226, y veinte cartuchos útiles al calibre.

De lo anterior, resulta indudable que el acusado \*\*\*\*\* portó el arma de fuego y cartuchos, así como que poseyó el estupefaciente afectos a la presente causa penal, toda vez que se tiene por acreditada tal circunstancia, ya que de los acuerdos probatorios, se demuestra que las partes tuvieron por existentes los artefactos bélicos y el estupefaciente, así como con el contenido del informe policial homologado y las testimoniales rendidas en este juicio por parte de los primeros respondientes, las cuales concuerdan fehacientemente, ya que son coincidentes las circunstancias que rodearon la detención del acusado.

Cabe acotar, que no se comparte con el criterio de la defensa en el sentido que no se tuvo por demostrado el lugar de los hechos, toda vez que no hubo discrepancia con dicha circunstancia.

No obstante, a lo anteriormente expuesto, este juzgador tuvo por acreditado que el acusado cuenta con una capacidad mental disminuida, por lo que se considera que es inimputable, en tanto que la perita médica concluyó el acusado tiene una **edad mental no mayor a ocho años de edad**, es decir, ni siquiera cuenta con la edad mínima para considerarlo **menor infractor (para efectos meramente ilustrativos)**, además, si la fiscalía pretendía una sanción corporal en contra del imputado, resulta



CENTRO DE JUSTICIA PENAL FEDERAL EN EL ESTADO DE MICHOACÁN

incuestionable que la carga de la prueba para establecer plenamente el grado esa disminución de la capacidad mental de J\*\*\*\*\*, correspondió a la fiscalía, lo que no se cumplió y por ende, debe resolverse en favor del antes nombrado, es decir, partir de la afirmación de la perita médica, que implica una disminución de capacidad tal, que lleva a la actualización plena del artículo 15, fracción VII del Código Penal Federal.

Máxime, que las partes acordaron la conclusión relativa a que el padecimiento mental que presenta el acusado \*\*\*\*\* , es tipo leve a moderado de larga evolución, continuo y permanente, el cual es de curso crónico, irreversible y de por vida, lo que le impedía adquirir responsabilidades en el ámbito familiar, social y jurídico.

Con base en lo anterior, resulta incuestionable la insuficiencia probatoria, dado que la fiscalía debió acreditar que el acusado es merecedor a una penal o medida de seguridad siendo inimputable, lo cual no aconteció y por consecuencia, provoca en este juzgador una duda razonable de si el acusado es o no merecedor a una sanción corporal o medida de seguridad, tal como lo dispone el art 69 bis del Código Penal Federal, por lo que no resulta procedente imponer sentencia condenatoria y consecuentemente, en tanto que el acusado no tenía la capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, ya que la perita médica psiquiatra, con base en su experiencia, consideró que contaba con capacidad mental de una persona entre los siete y ocho años de edad, sin embargo, refirió al rendir su testimonio en este juicio, que para arribar a esa precisa determinación, era necesaria diversa prueba, ya que ella no podría emitir esa determinación certera, por lo que se considera que evidentemente el acusado no es imputable.

De lo anterior, se concluye que con base en los artículos 402 y 405, se dicta sentencia absolutoria al acusado, toda vez que existe duda razonable, así como lo establecido en la fracción III, del numeral citado en último término, ya que es incuestionable que se actualiza una causa de inimputabilidad.





CENTRO DE JUSTICIA PENAL FEDERAL EN EL ESTADO DE MICHOACÁN

diverso 9, fracción II, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; y **CONTRA LA SALUD, EN LA MODALIDAD DE POSESIÓN SIMPLE MARIHUANA**, previsto y sancionado en el artículo 477 de la Ley General de Salud; conductas que se le atribuyeron en términos del artículo 9, párrafo primero y 13, fracción II, del Código Penal Federal, al actualizarse la excluyente a que se refiere el artículo 15, fracción VII del Código Penal Federal.

**SEGUNDO.** Derivado de lo anterior, se ordena la **libertad absoluta** del acusado únicamente por lo que refiere a la presente causa penal.

**TERCERO.** Se ordena el levantamiento en todo índice o registro policial en el que figure, una vez que causa ejecutoria esta sentencia, en los términos establecidos en la parte final del considerando séptimo de esta resolución.

**CUARTO.** Por los motivos expuestos en el considerando octavo de esta sentencia, una vez que cause ejecutoria se ordena el decomiso y destrucción de los artefactos bélicos y estupefacientes asegurados y afectos a la presente causa penal.

**QUINTO.** En términos del artículo 67, fracción VII, del Código Nacional de Procedimientos Penales, se hace **constar por escrito la presente resolución.**

**SEXTO.** Con fundamento en el numeral 63, del Código Nacional de Procedimientos Penales, las partes intervinientes en la audiencia respectiva, **quedaron notificadas de la presente resolución.**

Así lo resolvió, el licenciado **Rubén García Mateos**, Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio del Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Michoacán, con residencia en Morelia, actuando como **Tribunal de Enjuiciamiento.**



ME &gt; Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sentencia N.º 10

1558

## Evidencia Criptográfica – Transacción

Archivo Firmado: 15130000190534170026026002.doc

Autoridad Certificadora: Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal

## Firmante(s):

|          |                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |            |    |             |
|----------|---------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|----|-------------|
| Firmante | Nombre:                         | RUBÉN GARCÍA MATEOS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Validez:   | OK | Vigente     |
| Firma    | # Serie:                        | 706a6620636a6600000000000000000000044ac                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Revocación | OK | No Revocado |
|          | Fecha: (UTC / Ciudad de México) | 03/05/2018T02:33:33Z / 02/05/2018T21:33:33-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Status:    | OK | Valida      |
|          | Algoritmo:                      | Sha256withRSA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |            |    |             |
|          | Cadena de Firma:                | 9e f1 48 3b 9d 09 92 ac d6 43 7c 60 38 bb d4 f8<br>33 3b c4 cb 75 43 8f 24 1a b6 89 ed c1 14 67 42<br>d6 a0 b9 53 10 b5 d5 00 19 12 01 36 7d a2 af 45<br>20 49 e5 56 2e 03 ac d2 31 c1 a4 7e 56 52 c8 8d<br>2b f8 1e c4 b3 9d 7d d8 04 d6 a5 9c 7d 14 b7 fe<br>5b dd 48 1f 21 93 aa e1 28 49 2b da eb 65 0d 35<br>03 43 6d 84 66 dd b7 a4 16 b8 d4 68 ee 52 6f 77<br>22 10 26 36 35 06 f6 a3 7f 09 39 51 66 c3 de 9f<br>8f 05 3b 4b 02 8b a6 b9 00 8a 41 cc aa 59 8b 98<br>7b 82 91 f1 1e 2c 5b 81 1a 3d d4 31 b2 8d 82 39<br>98 52 dc 65 19 9b df b9 3d 34 76 20 26 42 4a 73<br>26 a6 d1 73 97 ee 12 31 f4 89 6f f7 20 ac 01 4c<br>91 b5 49 b0 0d 4b 8d 6d e5 69 ae 0a 57 f5 d6 7a<br>8c a9 87 76 17 ad f1 e9 e1 e7 a1 23 cbe2 b4 51<br>58 07 fd ef bd 38 4f d9 0f c2 17 95 95 4b 4b 7d<br>9e 17 5d 47 57 cd 8e 29 44 13 bd 57 c8 39 1f 15 |            |    |             |
| OCSP     | Fecha: (UTC / Ciudad de México) | 03/05/2018T02:33:33Z / 02/05/2018T21:33:33-05:00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |            |    |             |
|          | Nombre del respondedor:         | OCSP ACI del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |            |    |             |
|          | Emisor del respondedor:         | Autoridad Certificadora Intermedia del Consejo de la Judicatura Federal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |            |    |             |
|          | Número de serie:                | 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.02                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |            |    |             |

Archivo firmado por: RUBÉN GARCÍA MATEOS

Serie: 70.6a.66.20.63.6a.66.00.00.00.00.00.00.00.00.00.44.ac

Fecha de firma: 03/05/2018T02:33:33Z / 02/05/2018T21:33:33-05:00

Certificado vigente de: 2016-04-28 09:46:55 a: 2019-04-28 09:46:55



NICARAGUA

NI

---

Defensoría Pública  
de Nicaragua



# CEDIJ

**TRIBUNAL DE APELACIONES CIRCUNSCRIPCIÓN MANAGUA. SALA PENAL NÚMERO UNO.** Cuatro de febrero del año dos mil veinte. A las diez de la mañana.

## ANTECEDENTES PROCESALES

La Sala Penal Uno del Tribunal de Apelaciones de Managua, constituida por sus Magistrados propietarios, Magistrada Ángela Dávila Navarrete, Magistrada Rosa Argentina Solís Dávila y Magistrado Ponente Octavio Ernesto Roths Schuh Andino, miembros de esta Sala, en auto del día diecisiete de diciembre de dos mil diecinueve, las once y veintiséis minutos de la mañana, se radicaron diligencias provenientes del Juzgado Sexto de Distrito Penal de Audiencia de Managua, en vía de apelación de la Sentencia N° 62-2019 dictada el veintiuno de noviembre del dos mil diecinueve a las nueve y treinta minutos de la mañana, en la que se condena a CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y CIEN DÍAS MULTA equivalentes a SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE CÓRDOBAS, por ser autor del delito de POSESIÓN O TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES, PSICOTRÓPICOS Y OTRAS SUSTANCIAS CONTROLADAS en perjuicio de la SALUD PÚBLICA DE LA SOCIEDAD NICARAGÜENSE, concediendo al sentenciado el BENEFICIO DE SUSPENSIÓN DE PENA por un periodo de prueba de tres años. Se tuvo como parte apelante a la FISCAL AUXILIAR LIC. MATILDE RAQUEL VILLANUEVA BALTODANO, sustituida en audiencia oral y pública por la licenciada CATALINA DEL CARMEN HERNÁNDEZ PICADO quien actúa en representación del Ministerio Público, y como parte apelada a la LIC. CRISTHIAN MARGARITA UGARTE DÍAZ, en su calidad de defensa pública del acusado antes mencionado, convocando audiencia oral y pública para el día veintiocho de enero del año dos mil veinte a las ocho y treinta y cinco minutos de la mañana, de conformidad al artículo 383 CPP.

## EXPRESION DE AGRAVIOS

**LA LICENCIADA MATILDE RAQUEL VILLANUEVA BALTODANO, SUSTITUIDA POR LA LICENCIADA CATALINA HERNANDEZ, FISCAL AUXILIAR DE MANAGUA, EXPONE EN SUS AGRAVIOS:** Inobservancia y errónea aplicación de la ley penal sustantiva (error de derecho- vicio in iudicando), en la sentencia del A quo en el acápite de motivación de la pena, fundamentos de hecho y derecho; fundamentación de la pena; por tanto resolutive. Considera la recurrente que el acusado admitió los hechos arto 271 CPP, lo que motivo al A quo a señalar la atenuante del arto 35 numeral 3 CP, considerando que conlleva a la imposición inmediata de la pena y trae como beneficio para el condenado una rebaja de pena correspondiente al delito, el A quo refiere que el Ministerio Público solicita la imposición de la agravante del arto 362 literal c) CP, considerando el A quo que dicha agravante especifica no concurre y que es inaplicable, cuando los hechos ocurridos y admitidos por el acusado fueron al alrededor de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, por lo tanto si cumple con la agravante señalada por la fiscalía. El A quo omitió que este tipo de delitos es de peligro abstracto, que siempre la persona que tiene sustancia en su poder la trafica, siendo que el peso ocupado supero los limites para determinar el consumo, como pretendió la defensa para fundamentar su petición de la pena mínima y suspensión de pena. La circunstancia que el acusado haya admitido los hechos no es pretensión de la misma otorgar la pena mínima y otorgarle beneficio de suspensión de pena. El A quo tomo en cuenta solamente las consideraciones de la defensa, no tomando en cuenta lo establecido en el arto 78 CP, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, lo que conlleva violación a esta disposición normativa, por cuanto el A quo no valoro el grado de culpabilidad, ya que se demostró en la admisión de hechos, la circunstancia y la imputación objetiva de la acusación, se demostró la actuación dolosa por parte del acusado, no valorando las circunstancias para imponer la pena, inobservado el arto 78 CP, causando agravio la pena impuesta, por ser desproporcional con los hechos, cuando si es proporcional y procedente imponer una pena mayor, de cinco años de prisión y trescientos días multas.

## CONTESTACION DE AGRAVIOS

**LA LICENCIADA CRISTHIAN MARGARITA UGARTE DÍAZ, EN SU CALIDAD DE DEFENSA PÚBLICA DEL ACUSADO, CONTESTO LOS AGRAVIOS DE LA SIGUIENTE MANERA:** el art. 383 CPP., en ningún momento la fiscal de primer instancia hizo referencia a que le causa agravio que le haya suspendido la pena, lo que hace referencia dice que está en desacuerdo porque ella considera que la pena mínima no era la que debía imponerle a mi representado porque hay



## CEDIJ

una agravante específica que incrementaba la pena a cinco años y la fiscalía dentro de su recurso expreso que el juez recayó en forma absoluta en errores injudicando que no aplico el inciso c del art. 72, este delito causa daño a la juventud, que consideraba que se le impusiera cinco años de prisión y es lo que debió sustentar en forma oral. Es totalmente diferente, ha hecho un nuevo agravio y por esa razón considero que su pretensión no se debe tomar en consideración. Según la fiscalía el juez comete un error al no aplicar la agravante del inciso c) del art. 72 que establece que el hecho se aplique en centro educativo, en situación ubicados a menos de cien metros, el problema que según lo que dice la acusación que es del comedor de la UNAN a doscientos metros, por esa razón no puede la autoridad judicial en cuenta al límite de distancia aplicar un punto de referencia, un punto que esta a las afueras de la UNAN, dice que se debe tomar en cuenta porque se toma en cuenta como referencia la UNAN, pero no estaba a menos de cien metros. De acuerdo a la descripción de los hechos no cabe, por eso es que no se aplica la agravante y no le fue aplicado tal circunstancia, no es que la autoridad judicial considerara tal circunstancia, hubo una admisión de hechos y se valoró cada circunstancia que le hizo posible aplicar una pena mínima, estamos ante un reo primario que se acredita con constancia judicial, menor de veintiún años, no es un vago habitual, es un alumno activo de la universidad, tenía tercer año de la carrera de medicina, era de la elite del deporte de Judo, todo eso se valoró para aplicar la pena, tuvo que ver el principio de legalidad, circunstancia atenuante y se tomo en cuenta el artículo 6 de la ley 745, es decir la reinserción social, ha estado cumpliendo fielmente con las medidas para la suspensión, tengo aquí el registro de los regímenes de presentación que desde que salió en libertad era el veintinueve de noviembre del dos mil diecinueve y después en enero del dos mil veinte, es decir el acusado está cumpliendo con la suspensión que le fue impuesta, y si existen sentencia de esta sala penal del dieciocho de octubre del dos mil dieciséis dentro de la cual la fiscalía a pesar que no fue objeto de agravio que considera que no cabe la suspensión, ya tomando en consideración principios constitucionales, tomando en cuenta la naturaleza puede optar a la suspensión y no resulte perjudicial por imperatividad de la ley, ya sus autoridades han hecho referencia al art. 88 Código Penal Vigente en relación a la pena que se le impone, es reo primario y por ende considero que la autoridad no ha cometido ningún error y no ha habido ningún error, quiero hacer referencia a sentencia de la Corte Suprema de Justicia del veintinueve de octubre del dos mil diecinueve cuando se plantea recurso es porque causa agravio, en este asunto no ha causado agravio alguno porque no fue el Ministerio Público capaz de acreditar la agravante que invoca ni tampoco elementos para aumentar la pena, en este caso no se causa y es en relación al art. 16 de la ley 745 no fundamenta como le agravia, no indicia que perjuicio le causa, lamentablemente el muchacho no ha podido ingresar ahorita porque traía las notas del año e informe de psicóloga para darle tratamiento para la dependencia del psicotrópico, por tal razón pido no den lugar al recurso y se mantenga firma la sentencia.

### FUNDAMENTACION JURIDICA

#### I

La Sala Penal Uno de este Tribunal de Alzada procede a ejercer el control de Legalidad y la función tuitiva establecida en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que “**Los Jueces y Magistrados deben de guardar observancia al debido proceso en todas las actuación judiciales cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos...**”.- El artículo 361 CPP, establece el **Principio de Taxatividad** “**Las decisiones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos**”.- Observando esta Sala que las partes tienen legitimación procesal activa al interponer el presente recurso que fue reclamado en las condiciones de tiempo y forma que condicionan su admisibilidad, por lo que el Principio de Taxatividad que contiene una excepcional y perentoria, que permite recurrir de las Sentencias dictadas por el Juez A-quo sólo por los medios, tiempo y modo que la Ley expresamente contenga, determine y deberán indicarse en forma específica los puntos agravados de la sentencia condenatoria, derecho que los recurrentes hicieron uso.- El artículo 369 CPP **Objeto del Recurso**, que establece que “**El recurso atribuirá al órgano competente el conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, sin perjuicio de conocer y resolver sobre los aspectos constitucionales o violación de los derechos y garantías del proceso**”...; en materia procesal penal, el objeto del Recurso, que es el que versa en las pretensiones de la parte recurrente Lic. Matilde Raquel Villanueva Baltodano, sustituida en audiencia oral y pública por la licenciada Catalina del Carmen Hernández Picado y atendiendo las disposiciones de la parte relacionada a sus agravios se destaca que todo proceso Jurisdiccional tiene como objetivo encontrar la verdad.- Ahora bien entrando al análisis del agravio encontramos que el recurso se enmarca en que: *El*



procesado posee beneficio de suspensión de pena por un periodo de prueba de tres años y solicita la imposición de la agravante del artículo 362 literal c) CP, al considerar el A quo que dicha agravante específica no concurre y que es inaplicable, cuando los hechos ocurridos y admitidos por el acusado fueron al alrededor de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, por lo tanto dice si cumple con la agravante señalada, se omitió que este tipo de delitos es de peligro abstracto, que siempre la persona que tiene sustancia en su poder la trafica, siendo que el peso ocupado supero los límites para determinar el consumo, la circunstancia que el acusado haya admitido los hechos no es pretensión de la misma otorgar la pena mínima y otorgarle beneficio de suspensión de pena, por lo que solicita una pena de cinco años de prisión y trescientos días multas y por ende la suspensión del beneficio otorgado.- Lo que fue contradicho por la parte recurrida, quien ha solicitado se confirme en cada una de sus partes la sentencia impugnada.- Después de delimitar las pretensiones de las partes queda más que resolver de la siguiente manera:

## II

Este Cuerpo Colegiado entra al análisis del asunto, por lo que consideramos indispensable retrotraernos al proceso específicamente en la memoria contenida en el libelo acusatorio presentado por el Ministerio Público, concernientes al acusado y en la que se narró literalmente lo siguiente; “En fecha cuatro de noviembre del año dos mil diecinueve, a las seis de la tarde, el acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO iba caminando en la vía pública, con sentido de sur a norte en la Colonia Miguel Bonilla, del comedor de la UNAN Managua dos cuadras al sur, andén derecho, Managua; portando droga del tipo Marihuana en la bolsa delantera derecha del pantalón jeans color azul que vestía. En ese momento circulaba en sentido direccional sur a norte, a bordo de la patrulla camioneta código 676 de la policía nacional, los oficiales GUSTAVO JAVIER SÁNCHEZ CHÁVEZ el cual conducía y el oficial HEMILTON JOSÉ CONTRERA PÉREZ en calidad de artillero. El acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO se puso nervioso ante la presencia policial, por lo que el oficial GUSTAVO JAVIER SÁNCHEZ CHÁVEZ detuvo la marcha de la patrulla y de inmediato el oficial HEMILTON JOSÉ CONTRERA PÉREZ, se bajó de la camioneta, reteniendo al acusado, a quien le preguntó su nombre y este se identificó con el nombre CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO y al realizarle requisita corporal le encontró en la bolsa delantera derecha del pantalón jeans color azul que vestía: una bolsa plástica transparente pequeña, que contenía en su interior hierba de color verde. Seguidamente los oficiales de policía al verificar que el lugar no prestaba las condiciones para realizar el procedimiento técnico de identificación de droga, el oficial HEMILTON JOSÉ CONTRERA PÉREZ decidió trasladar al acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO junto con la evidencia encontrada en su poder a la delegación Distrito Uno de la Policía Nacional. Ese mismo día cuatro de noviembre del dos mil diecinueve, a las seis y cuarenta y cinco minutos de la tarde, en la oficina de inspecciones oculares de la delegación de la Policía Nacional del Distrito Uno, el Sub Oficial Juan José Leiva, procedió a realizar el procedimiento técnico de identificación de droga y el pesaje de la misma que le fue ocupada al acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO en presencia de los oficiales GUSTAVO JAVIER SÁNCHEZ CHÁVEZ y HEMILTON JOSÉ CONTRERA PÉREZ, la Inspectora NEREYDA DÍAZ BLANDON, y del acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO; para ello utilizó una balanza digital marca TRAVELER con capacidad de 1,500 gramos, dando un peso inicial son envoltura de 26.0 gramos; de lo cual extrajo 0.1 gramos, para realizar la prueba de campo y mediante la aplicación de los reactivos químicos: Sal Azul Sólido B, Cloroformo e Hidróxido de Sodio, se comprobó que la hierba encontrada en poder del acusado es positivo para MARIHUANA posteriormente se extrajo 1 gramo, el cual lo puso dentro de un tubo de ensayo, para ser remitido al Instituto de Criminalística y Ciencias Forenses de la Policía Nacional, quedando un peso final de 24.9 gramos lo que se embolsó y remitió a la oficina de evidencias de la Policía Nacional del Distrito Uno de Managua”.- Hasta aquí literal.

## III

Siguiendo el orden de la exposición del agravio planteado por la representante del Ministerio Público, encontramos que la parte recurrente ha centrado su reclamo en la imposición de la **PENA**, y por ende el **BENEFICIO OTORGADO**, ya que lo considera **desproporcional** al delito cometido, y que el A quo no tomo en consideración las agravantes propias del delito y que la admisión de hecho no razón suficiente para otorgarle beneficio al procesado.- Es criterio de esta Sala destacar que el procedimiento especial para la **ADMISIÓN DE LOS HECHOS** constituye una de las formas de auto composición procesal, primeramente porque debemos tomar en cuenta que el Legislador creó esta figura procesal de una manera especial para concluir anticipadamente el proceso penal, a través de la cual se le impondrá una condena al o los imputados con prescindencia del juicio oral y público, por que dicha institución procesal se encuentra circunscrita en el artículo 271 del Código Procesal Penal, lo cual opta a que pueda ser considerada como una fórmula alternativa a la progresión del proceso, a mayor abundancia, debemos señalar que la Admisión de los Hechos, cuyos orígenes se remontan al **plea guilty figura** propia



# CEDIJ

del Derecho Anglosajón, constituye un reconocimiento que realiza el imputado de su culpabilidad en los hechos que se le atribuyen, cuya consecuencia es la imposición de una pena con prescindencia del juicio oral y público, ahorrándole al Estado tiempo y dinero, para invertirlos en otros juicios. Así pues, dicha Institución Procesal está acorde con el derecho de toda persona a obtener una tutela judicial efectiva pero, necesariamente esa posibilidad de ofrecimiento al acusado de culminar anticipadamente el proceso, debe hacerse dentro de los parámetros y exigencias establecidas en el Código Procesal Penal, como es el derecho al debido proceso, que en este caso se cumplió y consecuentemente el derecho a la defensa que también visualizamos se respetó en todo momento del proceso, en plenitud no encontramos mermado la figura de la admisión de los hechos, ya que al imputado se le ofrece la oportunidad de concluir el proceso de acuerdo con su declaración de reconocimiento de los hechos acusados por el Ministerio Público, previamente tuvo la oportunidad, durante el iter procesal, alegar todo aquello que le beneficiaba y que pueda desvirtuar la imputación fiscal (alegar excepciones de forma y de fondo, ser oído, ofrecer medios de pruebas, interponer recursos ordinarios, ser notificado de los ‘cargos’ por los cuales se le investiga, entre otros mecanismos de defensa.- Establecido lo anterior y continuando con el reclamo de la quejosa en cuanto a **LA IMPOSICIÓN DE LA PENA**, este Tribunal de Alzada como Garante de la Seguridad Jurídica, considera que estamos en el deber de ejercer y salvaguardar dicha potestad brindada por el Estado de forma objetiva con estricto apego al **Principio de Legalidad** y al **Debido Proceso**, en el contexto de la aplicación de la Ley Penal, que es inevitable incluso algunas veces resulte desfavorable a cualquier imputados, “**DURA LEX SED LEX**”, y además debemos por obligación cumplir con lo que establece nuestra Constitución Política en su Art. 131 Cn que dice: “*Los funcionarios de los cuatro poderes elegidos directa o indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y tienen el deber de desempeñar eficaz y honestamente sus funciones y serán responsable de sus actos y omisiones*”, es así que encontramos que el Juez A-quo tradujo la adecuación de la sanción en base a lo que nos instituye el artículo *art. 358 del Código Penal Vigente, entonces partiendo de que estamos ante dos atenuantes y ninguna agravante, se le estableció la sanción mínima* de tres años de prisión. Ahora bien, considerando que si bien es cierto, que las penas se determinarían entre el **mínimo y el máximo**, para inclinar el monto de la pena, ya sea hacia el máximo, o ya sea el mínimo y concurriríamos que hay que armonizarlos con persistente doctrina que aborda ampliamente las Circunstancias **Agravantes y Atenuantes** para imposición de las penas, aduciendo, entre otros términos, que la mayoría de las legislaciones penales del mundo occidental han adoptado el novísimo sistema de conceder prioridad a la denominada individualización judicial, en cada caso concreto para determinar la pena que se impone, escogiéndola de entre la distancia comprendida del **mínimo punitivo al máximo punitivo** establecido legalmente ante cada comportamiento ilícito.- Tomando en cuenta las disposiciones anteriores este Tribunal de Alzada considera que el Juzgador de primera instancia tomó en cuenta lo establecido en el artículo 35 del Código Penal, por cuanto el condenado **no tiene antecedentes penales**. Por otro lado también consideró la **declaración espontánea** del procesado César Edmundo Thomas Olivero, al admitir los hechos, ya que nuestra norma sustantiva no depende del simple arbitrio de quienes tienen a su cargo la individualización judicial, si no que en el uso tan amplísimo del poder se debe de acatar el conjunto de disposiciones orientadoras legalmente establecidas que consisten en circunstancias y criterios para la determinación de las penas para los individuos que infrinjan la Ley y existen sanciones para reprimir eficazmente el acto punible, sino principalmente con el objetivo de reeducar a los infractores y lograr su reinserción social. Se reconoció las atenuantes de responsabilidad penal, como es la edad del procesado, ya que es menor de veintiún años, atenuante que se encuentra contenida en el numeral 7 del art. 35 de la Ley 641 Código Penal, la admisión de los hechos del procesado, establecida en el art. 35 inc. 3 del Código Penal y al no acreditarse los antecedentes penales del procesado, aplica el párrafo último del mismo artículo citado, valoro la pena bajo la aplicación del *Inciso C del art. 78 CP y su reforma*, por lo expresado este cuerpo colegiado considera que la pena impuesta por el juez sentenciador está acorde a la norma legal al establecer una pena de tres años de prisión que es la pena mínima para este tipo penal, tomando en consideración las tres atenuantes mencionadas. En cuanto a lo alegado por el recurrente de tomar en cuenta la gravante de que al acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO, se le captura a los alrededores de la Universidad Nacional Autónoma de Managua, por lo que se debe de aplicar como una agravante. Este Tribunal observa que en la acusación que interpone la representante del Ministerio Público, en su folio 2, dice textualmente “... iba caminando en la vía pública, con sentido de Sur a Norte en la Colonia Miguel Bonilla, del Comedor de la UNAN-Managua, dos cuadras al Sur, anden derecho...”.- Notorio la diferencia de contexto, y de interpretación de la ley en donde es clara en plasmar en su artículo 362 de nuestro código penal vigente en su inciso “C” que: “El hecho delictivo se realice en centros educativos, asistenciales, culturales, deportivos o recreativos, lo mismo que unidades militares o policiales, establecimientos carcelarios,



## CEDIJ

*centros religiosos o en sitios ubicados a menos de cien metros de los mencionados lugares*.- Por lo que es evidente que la representante del Ministerio Público, acomodó las circunstancias a su conveniencia al expresar que el lugar fue a menos de cien metros y que se debió aplicar esta agravante. Por lo tanto se desestiman estos puntos del agravio.

#### IV

Este tribunal de alzada considera que el beneficio otorgado al procesado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO, está acorde con las circunstancias, este cuerpo colegiado parte de que el Derecho Penal, debe de ser ante todo humanista.- Somos del criterio que junto al principio de humanidad, que debe privar en la ejecución penal, se acentúa en nuestro medio la aspiración rehabilitadora, el principio Humanista o la dignidad del ser humano, su centralidad como persona, el respeto que se debe a su esencia, “Es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho Romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre humanista, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de éste una persona para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas.”- Este pensamiento es compartido por el profesor Ignacio José Subijana Zunzunegui, de la Universidad del País Vasco (UPV), para quien el paradigma de humanidad “debe impregnar la justicia tanto cuando responde a una estructura heterocompositiva –en la que el juez resuelve una contienda entre partes confrontadas– como cuando descansa en un modelo autocompositivo –en la que el juez homologa la solución conferida al conflicto por las partes originariamente en disputa–. En la fórmula eterocompositiva destaca la potenciación del juicio como un espacio en el que los individuos emiten los relatos en los que plasman sus vivencias, y lo relevante del traslado a los mismos de una respuesta que, al estar fundada en razones atendibles y comprensibles, ofrece un mensaje dotado de una elevada calidad comunicativa.- En esta línea de ideas, la Justicia restaurativa, la Justicia con rostro humano, en la cual todos ganan y nadie pierde, asentada en la convergencia de intereses, el diálogo, la asunción de responsabilidad, el cuidado, el resarcimiento o compensación por el perjuicio sufrido, material y/o moral, rechaza todo tipo de tortura y el trato cruel, inhumano o degradante del infractor (sin ninguna discriminación, en sintonía con el pensamiento kantiano de que las personas deben ser vistas como un fin en sí mismo, esgrimido de forma directa o indirecta por penalistas de renombre como, v. gr., Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni, José Enrique Pierangeli y René Ariel Dotti), proclama la necesidad de observancia del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.- Es recomendable la lectura del enunciado de un gran número de documentos internacionales, entre los cuales prevalecen los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (Resolución nº 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005): Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias.- En el caso que nos aborda nos encontramos ante un estudiante de la facultad de Medicina, lo hace constar su CONSTANCIA DE ALUMNO ACTIVO, (ver f-29), constancia emitida por el DEPARTAMENTO DE BECAS, en donde podemos corroborar que se encuentra becado desde el primer semestre del año dos mil diecisiete hasta la fecha(ver f-30), carta emitida por el DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN FÍSICA Y RECREACIÓN FÍSICA Y DEPORTES, en donde dice que el acusado es miembro activo del equipo Élite de Judo de la UNAN-MANAGUA (ver f-31), cedula de identidad, en donde se pudo verificar que posee veinte años de edad, así como también copia de carnet de ESTUDIANTE DE LA FACULTAD DE CIENCIAS MEDICAS con ID: 17033121(ver f-35).- somos del criterio que debemos de tomar en consideración estos puntos medulares y lo establecido en nuestra legislación partiendo del Art. 6 de la LEY DE EJECUCIÓN, BENEFICIOS Y CONTROL JURISDICCIONAL DE LA SANCIÓN PENAL, el cual establece que: “La sanción penal en su fase de ejecución tendrá la finalidad primordial de procurar la transformación de la persona condenada mediante el sistema progresivo, aplicando un conjunto de beneficios, derechos e incentivos que estimulen su incorporación a un plan de reeducación y de reinserción paulatina en la sociedad. El Estado deberá proporcionar los medios adecuados para lograr su fin.- Es muy importante señalar que los presidiarios suelen vivir situaciones que los desmoralizan a diario, que atentan contra sus deseos de reformarse y



NI &gt; Defensoría Pública de Nicaragua

Sentencia 1

1565

**CEDIJ**

comenzar una vida nueva, y éstas pueden echar a perder cualquier esfuerzo por alcanzar la reinserción social.- La cárcel no es diferente del resto de los organismos del Estado en cuanto al grado de corrupción que puede tener lugar en su funcionamiento: si bien se presenta como un espacio donde los delincuentes reciben las herramientas para convertirse en mejores personas, capaces de respetar las leyes y las normas de convivencia una vez completen sus sentencias, la realidad suele distar mucho de esta premisa.- Con la aplicación de una medida diferente a la impuesta estaríamos cercenando y frustrando la vida de un joven que es evidente que tiene aspiraciones de superación y de querer reincorporarse a la sociedad por lo que consecuente de este principio y en evidencia la existencia de un derecho penal destinado a defender los valores fundamentales de la sociedad, que actúa sólo en los casos de los ataques más graves a esos valores y que tanto en su valoración como en el ámbito de su aplicación garantiza el respeto a la libertad y la dignidad humana.- Para finalizar es importante para este Cuerpo Colegiado señalar que al Derecho Penal Moderno le interesa sobre manera el estudio de las calidades humanas al llamado **Sujeto Activo del Delito**, pues con miras a su readaptación, debe conocerse a plenitud lo referente a su capacidad mental, social en que se ha desarrollado, impulsos o fallas de las cuales no puede sustraerse, y permeabilidad que tenga para someterse al proceso de reincorporación al mundo social, por eso el estudio de los especialistas en las personas que se convierten en sujetos activos del delito, son de sumo interés, pues para los efectos de investigar la responsabilidad de quienes han cometido un ilícito, deben tomarse en cuenta las particularidades del enjuiciado, como son :Su grado de cultura, Inteligencia Educación, entorno social en que se ha desarrollado, etc., todo lo cual es importante, para trata de ahondar el conocimiento de todas las circunstancias que rodean los hechos ilícitos, a fin de se dicte sentencia de acuerdo a la equidad más pura y **la eficacia de la pena en su aspecto represivo y, fundamentalmente, como medio de readaptación social**, por lo que consideramos que al quitarle este beneficio al acusado, CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO estaríamos actuando inquisitivamente.- Por lo que este tribunal de alzada es del criterio de confirmar cada una de las partes de la sentencia recurrida.

#### POR TANTO

En nombre de la República de Nicaragua, de conformidad a los artículos 158, 160 y 167 Cn, artículos, 380 y 385 y artículos 13, 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 358 del Código Penal y demás cuerpos de Leyes.- LOS SUSCRITOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DE APELACIONES CIRCUNSCRIPCIÓN MANAGUA, **RESUELVEN: I.- NO HA LUGAR LA RECURSO DE APELACION** interpuesta por la Lic. MATILDE RAQUEL VILLANUEVA BALTODANO, sustituida en audiencia oral y pública por la Lic. CATALINA DEL CARMEN HERNÁNDEZ PICADO.-**II.- SE CONFIRMA SENTENCIA** N° 62-2019 dictada el veintiuno de noviembre del dos mil diecinueve a las nueve y treinta minutos de la mañana, en la que se condena a CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y CIEN DÍAS MULTA equivalentes a SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE CÓRDOBAS, por ser autor del delito de POSESIÓN O TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES, PSICOTRÓPICOS Y OTRAS SUSTANCIAS CONTROLADAS en perjuicio de la SALUD PÚBLICA DE LA SOCIEDAD NICARAGÜENSE.- **III.- COPIESE Y NOTIFIQUESE** y con testimonio concertado de lo resultado devuélvase las diligencias a su lugar de origen.

**CEDIJ****SENTENCIA No. 40****Número de Asunto: 023625-ORM4-2019-PN**

La Suscrita Secretaría de Tribunal de Apelaciones Sala Penal Uno, Circunscripción Managua, certifica sentencia, que integra y literalmente dice:

**TRIBUNAL DE APELACIONES CIRCUNSCRIPCIÓN MANAGUA. SALA PENAL NÚMERO UNO.** Cuatro de febrero del año dos mil veinte. A las diez de la mañana.-

**ANTECEDENTES PROCESALES:**

La Sala Penal Uno del Tribunal de Apelaciones de Managua, constituida por sus Magistrados propietarios, Magistrada Ángela Dávila Navarrete, Magistrada Rosa Argentina Solís Dávila y Magistrado Ponente Octavio Ernesto Roths Schuh Andino, miembros de esta Sala, en auto del día diecisiete de diciembre de dos mil diecinueve, las once y veintiséis minutos de la mañana, se radicaron diligencias provenientes del Juzgado Sexto de Distrito Penal de Audiencia de Managua, en vía de apelación de la Sentencia N° 62-2019 dictada el veintiuno de noviembre del dos mil diecinueve a las nueve y treinta minutos de la mañana, en la que se condena a CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y CIEN DÍAS MULTA equivalentes a SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE CÓRDOBAS, por ser autor del delito de POSESIÓN O TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES, PSICOTRÓPICOS Y OTRAS SUSTANCIAS CONTROLADAS en perjuicio de la SALUD PÚBLICA DE LA SOCIEDAD NICARAGÜENSE, concediendo al sentenciado el BENEFICIO DE SUSPENSIÓN DE PENA por un periodo de prueba de tres años. Se tuvo como parte apelante a la FISCAL AUXILIAR LIC. MATILDE RAQUEL VILLANUEVA BALTODANO, sustituida en audiencia oral y pública por la licenciada CATALINA DEL CARMEN HERNÁNDEZ PICADO quien actúa en representación del Ministerio Público, y como parte apelada a la LIC. CRISTHIAN MARGARITA UGARTE DÍAZ, en su calidad de defensa pública del acusado antes mencionado, convocando audiencia oral y pública para el día veintiocho de enero del año dos mil veinte a las ocho y treinta y cinco minutos de la mañana, de conformidad al artículo 383 CPP. EXPRESION DE AGRAVIOS LA LICENCIADA MATILDE RAQUEL VILLANUEVA BALTODANO, SUSTITUIDA POR LA LICENCIADA CATALINA HERNANDEZ, FISCAL AUXILIAR DE MANAGUA, EXPONE EN SUS AGRAVIOS: Inobservancia y errónea aplicación de la ley penal sustantiva (error de derecho- vicio in iudicando), en la sentencia del A quo en el acápite de motivación de la pena, fundamentos de hecho y derecho; fundamentación de la pena; por tanto resolutive. Considera la recurrente que el acusado admitió los hechos arto 271 CPP, lo que motivo al A quo a señalar la atenuante del arto 35 numeral 3 CP, considerando que conlleva a la imposición inmediata de la pena y trae como beneficio para el condenado una rebaja de pena correspondiente al delito, el A quo refiere que el Ministerio Público solicita la imposición de la agravante del arto 362 literal c) CP, considerando el A quo que dicha agravante específica no concurre y que es inaplicable, cuando los hechos ocurridos y admitidos por el acusado fueron al alrededor de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, por lo tanto si cumple con la agravante señalada por la fiscalía. El A quo omitió que este tipo de delitos es de peligro abstracto, que siempre la persona que tiene sustancia en su poder la trafica, siendo que el peso ocupado supero los limites para determinar el consumo, como pretendió la defensa para fundamentar su petición de la pena mínima y suspensión de pena. La circunstancia que el acusado haya admitido los hechos no es pretensión de la misma otorgar la pena mínima y otorgarle beneficio de suspensión de pena. El A quo tomo en cuenta solamente las consideraciones de la defensa, no tomando en cuenta lo establecido en el arto 78 CP, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, lo que conlleva violación a esta disposición normativa, por cuanto el A quo no valoro el grado de culpabilidad, ya que se demostró en la admisión de hechos, la circunstancia y la imputación objetiva de la acusación, se demostró la actuación dolosa por parte del acusado, no valorando las circunstancias para imponer la pena, inobservado el arto 78 CP, causando agravio la pena impuesta, por ser desproporcional con los hechos, cuando si es proporcional y procedente imponer una pena mayor, de cinco años de prisión y trescientos días multas. CONTESTACION DE AGRAVIOS LA LICENCIADA CRISTHIAN MARGARITA UGARTE DÍAZ, EN SU CALIDAD DE DEFENSA PÚBLICA DEL ACUSADO, CONTESTO LOS AGRAVIOS DE LA SIGUIENTE MANERA: el art. 383 CPP., en ningún momento la fiscal de primer instancia hizo referencia a que le causa agravio que le haya suspendido la pena, lo que hace

**Centro Especializado de Documentación, Investigación e Información Judicial**



# CEDIJ

referencia dice que está en desacuerdo porque ella considera que la pena mínima no era la que debía imponerle a mi representado porque hay una agravante específica que incrementaba la pena a cinco años y la fiscalía dentro de su recurso expreso que el juez recayó en forma absoluta en errores injudicando que no aplico el inciso c del art. 72, este delito causa daño a la juventud, que consideraba que se le impusiera cinco años de prisión y es lo que debió sustentar en forma oral. Es totalmente diferente, ha hecho un nuevo agravio y por esa razón considero que su pretensión no se debe tomar en consideración. Según la fiscalía el juez comete un error al no aplicar la agravante del inciso c) del art. 72 que establece que el hecho se aplique en centro educativo, en situación ubicados a menos de cien metros, el problema que según lo que dice la acusación que es del comedor de la UNAN a doscientos metros, por esa razón no puede la autoridad judicial en cuenta al límite de distancia aplicar un punto de referencia, un punto que esta a las afueras de la UNAN, dice que se debe tomar en cuenta porque se toma en cuenta como referencia la UNAN, pero no estaba a menos de cien metros. De acuerdo a la descripción de los hechos no cabe, por eso es que no se aplica la agravante y no le fue aplicado tal circunstancia, no es que la autoridad judicial considerara tal circunstancia, hubo una admisión de hechos y se valoró cada circunstancia que le hizo posible aplicar una pena mínima, estamos ante un reo primario que se acredita con constancia judicial, menor de veintiún años, no es un vago habitual, es un alumno activo de la universidad, tenía tercer año de la carrera de medicina, era de la elite del deporte de Judo, todo eso se valoró para aplicar la pena, tuvo que ver el principio de legalidad, circunstancia atenuante y se tomo en cuenta el artículo 6 de la ley 745, es decir la reinserción social, ha estado cumpliendo fielmente con las medidas para la suspensión, tengo aquí el registro de los regímenes de presentación que desde que salió en libertad era el veintinueve de noviembre del dos mil diecinueve y después en enero del dos mil veinte, es decir el acusado está cumpliendo con la suspensión que le fue impuesta, y si existen sentencia de esta sala penal del dieciocho de octubre del dos mil dieciséis dentro de la cual la fiscalía a pesar que no fue objeto de agravio que considera que no cabe la suspensión, ya tomando en consideración principios constitucionales, tomando en cuenta la naturaleza puede optar a la suspensión y no resulte perjudicial por imperatividad de la ley, ya sus autoridades han hecho referencia al art. 88 Código Penal Vigente en relación a la pena que se le impone, es reo primario y por ende considero que la autoridad no ha cometido ningún error y no ha habido ningún error, quiero hacer referencia a sentencia de la Corte Suprema de Justicia del veintinueve de octubre del dos mil diecinueve cuando se plantea recurso es porque causa agravio, en este asunto no ha causado agravio alguno porque no fue el Ministerio Público capaz de acreditar la agravante que invoca ni tampoco elementos para aumentar la pena, en este caso no se causa y es en relación al art. 16 de la ley 745 no fundamenta como le agravia, no indicia que perjuicio le causa, lamentablemente el muchacho no ha podido ingresar ahorita porque traía las notas del año e informe de psicóloga para darle tratamiento para la dependencia del psicotrópico, por tal razón pido no den lugar al recurso y se mantenga firma la sentencia.

## FUNDAMENTACION JURIDICA

### I

La Sala Penal Uno de este Tribunal de Alzada procede a ejercer el control de Legalidad y la función tuitiva establecida en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que “ Los Jueces y Magistrados deben de guardar observancia al debido proceso en todas las actuación judiciales cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos...”.- El artículo 361 CPP, establece el Principio de Taxatividad “Las decisiones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos”.- Observando esta Sala que las partes tienen legitimación procesal activa al interponer el presente recurso que fue reclamado en las condiciones de tiempo y forma que condicionan su admisibilidad, por lo que el Principio de Taxatividad que contiene una excepcional y perentoria, que permite recurrir de las Sentencias dictadas por el Juez A-quo sólo por los medios, tiempo y modo que la Ley expresamente contenga, determine y deberán indicarse en forma específica los puntos agravados de la sentencia condenatoria, derecho que los recurrentes hicieron uso.- El artículo 369 CPP Objeto del Recurso, que establece que “El recurso atribuirá al órgano competente el conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, sin perjuicio de conocer y resolver sobre los aspectos constitucionales o violación de los derechos y garantías del proceso”...; en materia procesal penal, el objeto del Recurso, que es el que versa en las pretensiones de la parte recurrente Lic. Matilde Raquel Villanueva Baltodano, sustituida en audiencia oral y pública por la licenciada Catalina del Carmen Hernández Picado y atendiendo las disposiciones de la parte relacionada a sus agravios se



## CEDIJ

destaca que todo proceso Jurisdiccional tiene como objetivo encontrar la verdad.- Ahora bien entrando al análisis del agravio encontramos que el recurso se enmarca en que: El procesado posee beneficio de suspensión de pena por un periodo de prueba de tres años y solicita la imposición de la agravante del arto 362 literal c) CP, al considerar el A quo que dicha agravante específica no concurre y que es inaplicable, cuando los hechos ocurridos y admitidos por el acusado fueron al alrededor de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, por lo tanto dice si cumple con la agravante señalada, se omitió que este tipo de delitos es de peligro abstracto, que siempre la persona que tiene sustancia en su poder la trafica, siendo que el peso ocupado supero los límites para determinar el consumo, la circunstancia que el acusado haya admitido los hechos no es pretensión de la misma otorgar la pena mínima y otorgarle beneficio de suspensión de pena, por lo que solicita una pena de cinco años de prisión y trescientos días multas y por ende la suspensión del beneficio otorgado.- Lo que fue contradicho por la parte recurrida, quien ha solicitado se confirme en cada una de sus partes la sentencia impugnada.- Después de delimitar las pretensiones de las partes queda más que resolver de la siguiente manera: II Este Cuerpo Colegiado entra al análisis del asunto, por lo que consideramos indispensable retrotraernos al proceso específicamente en la memoria contenida en el libelo acusatorio presentado por el Ministerio Público, concernientes al acusado y en la que se narró literalmente lo siguiente; “En fecha cuatro de noviembre del año dos mil diecinueve, a las seis de la tarde, el acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO iba caminando en la vía pública, con sentido de sur a norte en la Colonia Miguel Bonilla, del comedor de la UNAN Managua dos cuadras al sur, andén derecho, Managua; portando droga del tipo Marihuana en la bolsa delantera derecha del pantalón jeans color azul que vestía. En ese momento circulaba en sentido direccional sur a norte, a bordo de la patrulla camioneta código 676 de la policía nacional, los oficiales GUSTAVO JAVIER SÁNCHEZ CHÁVEZ el cual conducía y el oficial HEMILTON JOSÉ CONTRERA PÉREZ en calidad de artillero. El acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO se puso nervioso ante la presencia policial, por lo que el oficial GUSTAVO JAVIER SÁNCHEZ CHÁVEZ detuvo la marcha de la patrulla y de inmediato el oficial HEMILTON JOSÉ CONTRERA PÉREZ, se bajó de la camioneta, reteniendo al acusado, a quien le preguntó su nombre y este se identificó con el nombre CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO y al realizarle requisita corporal le encontró en la bolsa delantera derecha del pantalón jeans color azul que vestía: una bolsa plástica transparente pequeña, que contenía en su interior hierba de color verde. Seguidamente los oficiales de policía al verificar que el lugar no prestaba las condiciones para realizar el procedimiento técnico de identificación de droga, el oficial HEMILTON JOSÉ CONTRERA PÉREZ decidió trasladar al acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO junto con la evidencia encontrada en su poder a la delegación Distrito Uno de la Policía Nacional. Ese mismo día cuatro de noviembre del dos mil diecinueve, a las seis y cuarenta y cinco minutos de la tarde, en la oficina de inspecciones oculares de la delegación de la Policía Nacional del Distrito Uno, el Sub Oficial Juan José Leiva, procedió a realizar el procedimiento técnico de identificación de droga y el pesaje de la misma que le fue ocupada al acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO en presencia de los oficiales GUSTAVO JAVIER SÁNCHEZ CHÁVEZ y HEMILTON JOSÉ CONTRERA PÉREZ, la Inspectora NERÉYDA DÍAZ BLANDON, y del acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO; para ello utilizó una balanza digital marca TRAVELER con capacidad de 1,500 gramos, dando un peso inicial son envoltura de 26.0 gramos; de lo cual extrajo 0.1 gramos, para realizar la prueba de campo y mediante la aplicación de los reactivos químicos: Sal Azul Sólido B, Cloroformo e Hidróxido de Sodio, se comprobó que la hierba encontrada en poder del acusado es positivo para MARIHUANA posteriormente se extrajo 1 gramo, el cual lo puso dentro de un tubo de ensayo, para ser remitido al Instituto de Criminalística y Ciencias Forenses de la Policía Nacional, quedando un peso final de 24.9 gramos lo que se embolsó y remitió a la oficina de evidencias de la Policía Nacional del Distrito Uno de Managua”.- Hasta aquí literal. III Siguiendo el orden de la exposición del agravio planteado por la representante del Ministerio Público, encontramos que la parte recurrente ha centrado su reclamo en la imposición de la PENA, y por ende el BENEFICIO OTORGADO, ya que lo considera desproporcional al delito cometido, y que el A-quo no toma en consideración las agravantes propias del delito y que la admisión de hecho no razón suficiente para otorgarle beneficio al procesado.- Es criterio de esta Sala destacar que el procedimiento especial para la ADMISIÓN DE LOS HECHOS constituye una de las formas de auto composición procesal, primeramente porque debemos tomar en cuenta que el Legislador creó esta figura procesal de una manera especial para concluir anticipadamente el proceso penal, a través de la cual se le impondrá una condena al o los imputados con prescindencia del juicio oral y público, por que dicha institución procesal se encuentra circunscrita en el artículo 271 del Código Procesal Penal, lo cual opta a que pueda ser considerada como una fórmula alternativa a la progresión del proceso, a mayor abundancia,



debemos señalar que la Admisión de los Hechos, cuyos orígenes se remontan al plea guilt figura propia del Derecho Anglosajón, constituye un reconocimiento que realiza el imputado de su culpabilidad en los hechos que se le atribuyen, cuya consecuencia es la imposición de una pena con prescindencia del juicio oral y público, ahorrándole al Estado tiempo y dinero, para invertirlos en otros juicios. Así pues, dicha Institución Procesal está acorde con el derecho de toda persona a obtener una tutela judicial efectiva pero, necesariamente esa posibilidad de ofrecimiento al acusado de culminar anticipadamente el proceso, debe hacerse dentro de los parámetros y exigencias establecidas en el Código Procesal Penal, como es el derecho al debido proceso, que en este caso se cumplió y consecuentemente el derecho a la defensa que también visualizamos se respetó en todo momento del proceso, en plenitud no encontramos mermado la figura de la admisión de los hechos, ya que al imputado se le ofrece la oportunidad de concluir el proceso de acuerdo con su declaración de reconocimiento de los hechos acusados por el Ministerio Público, previamente tuvo la oportunidad, durante el iter procesal, alegar todo aquello que le beneficiaba y que pueda desvirtuar la imputación fiscal (alegar excepciones de forma y de fondo, ser oído, ofrecer medios de pruebas, interponer recursos ordinarios, ser notificado de los 'cargos' por los cuales se le investiga, entre otros mecanismos de defensa.- Establecido lo anterior y continuando con el reclamo de la quejosa en cuanto a LA IMPOSICIÓN DE LA PENA, este Tribunal de Alzada como Garante de la Seguridad Jurídica, considera que estamos en el deber de ejercer y salvaguardar dicha potestad brindada por el Estado de forma objetiva con estricto apego al Principio de Legalidad y al Debido Proceso, en el contexto de la aplicación de la Ley Penal, que es inevitable incluso algunas veces resulte desfavorable a cualquier imputados, "DURA LEX SED LEX", y además debemos por obligación cumplir con lo que establece nuestra Constitución Política en su Art. 131 Cn que dice: "Los funcionarios de los cuatro poderes elegidos directa o indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y tienen el deber de desempeñar eficaz y honestamente sus funciones y serán responsable de sus actos y omisiones", es así que encontramos que el Juez A-quo tradujo la adecuación de la sanción en base a lo que nos instituye el artículo art. 358 del Código Penal Vigente, entonces partiendo de que estamos ante dos atenuantes y ninguna agravante, se le estableció la sanción mínima de tres años de prisión. Ahora bien, considerando que si bien es cierto, que las penas se determinarían entre el mínimo y el máximo, para inclinar el monto de la pena, ya sea hacia el máximo, o ya sea el mínimo y concurriríamos que hay que armonizarlos con persistente doctrina que aborda ampliamente las Circunstancias Agravantes y Atenuantes para imposición de las penas, aduciendo, entre otros términos, que la mayoría de las legislaciones penales del mundo occidental han adoptado el novísimo sistema de conceder prioridad a la denominada individualización judicial, en cada caso concreto para determinar la pena que se impone, escogiéndola de entre la distancia comprendida del mínimo punitivo al máximo punitivo establecido legalmente ante cada comportamiento ilícito.- Tomando en cuenta las disposiciones anteriores este Tribunal de Alzada considera que el Juzgador de primera instancia tomó en cuenta lo establecido en el artículo 35 del Código Penal, por cuanto el condenado no tiene antecedentes penales. Por otro lado también consideró la declaración espontánea del procesado César Edmundo Thomas Olivero, al admitir los hechos, ya que nuestra norma sustantiva no depende del simple arbitrio de quienes tienen a su cargo la individualización judicial, si no que en el uso tan amplísimo del poder se debe de acatar el conjunto de disposiciones orientadoras legalmente establecidas que consisten en circunstancias y criterios para la determinación de las penas para los individuos que infrinjan la Ley y existen sanciones para reprimir eficazmente el acto punible, sino principalmente con el objetivo de reeducar a los infractores y lograr su reinserción social. Se reconoció las atenuantes de responsabilidad penal, como es la edad del procesado, ya que es menor de veintiún años, atenuante que se encuentra contenida en el numeral 7 del art. 35 de la Ley 641 Código Penal, la admisión de los hechos del procesado, establecida en el art. 35 inc. 3 del Código Penal y al no acreditarse los antecedentes penales del procesado, aplica el párrafo último del mismo artículo citado, valoro la pena bajo la aplicación del Inciso C del art. 78 CP y su reforma; por lo expresado este cuerpo colegiado considera que la pena impuesta por el juez sentenciador está acorde a la norma legal al establecer una pena de tres años de prisión que es la pena mínima para este tipo penal, tomando en consideración las tres atenuantes mencionadas. En cuanto a lo alegado por el recurrente de tomar en cuenta la gravante de que al acusado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO, se le captura a los alrededores de la Universidad Nacional Autónoma de Managua, por lo que se debe de aplicar como una agravante. Este Tribunal observa que en la acusación que interpone la representante del Ministerio Público, en su folio 2, dice textualmente "... iba caminando en la vía pública, con sentido de Sur a Norte en la Colonia Miguel Bonilla, del Comedor de la UNAN-Managua, dos cuadras al Sur, anden derecho...".- Notorio la diferencia de contexto, y de interpretación de la ley en donde es clara en plasmar en su artículo 362 de nuestro código penal vigente en su inciso "C" que: "El hecho delictivo



## CEDIJ

se realice en centros educativos, asistenciales, culturales, deportivos o recreativos, lo mismo que unidades militares o policiales, establecimientos carcelarios, centros religiosos o en sitios ubicados a menos de cien metros de los mencionados lugares".- Por lo que es evidente que la representante del Ministerio Público, acomodó las circunstancias a su conveniencia al expresar que el lugar fue a menos de cien metros y que se debió aplicar esta agravante. Por lo tanto se desestiman estos puntos del agravio. IV Este tribunal de alzada considera que el beneficio otorgado al procesado CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO, está acorde con las circunstancias, este cuerpo colegiado parte de que el Derecho Penal, debe de ser ante todo humanista.- Somos del criterio que junto al principio de humanidad, que debe privar en la ejecución penal, se acentúa en nuestro medio la aspiración rehabilitadora, el principio Humanista o la dignidad del ser humano, su centralidad como persona, el respeto que se debe a su esencia, "Es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho Romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre humanista, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de éste una persona para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas."- Este pensamiento es compartido por el profesor Ignacio José Subijana Zunzunegui, de la Universidad del País Vasco (UPV), para quien el paradigma de humanidad "debe impregnar la justicia tanto cuando responde a una estructura heterocompositiva -en la que el juez resuelve una contienda entre partes confrontadas- como cuando descansa en un modelo autocompositivo -en la que el juez homologa la solución conferida al conflicto por las partes originariamente en disputa-. En la fórmula eterocompositiva destaca la potenciación del juicio como un espacio en el que los individuos emiten los relatos en los que plasman sus vivencias, y lo relevante del traslado a los mismos de una respuesta que, al estar fundada en razones atendibles y comprensibles, ofrece un mensaje dotado de una elevada calidad comunicativa.- En esta línea de ideas, la Justicia restaurativa, la Justicia con rostro humano, en la cual todos ganan y nadie pierde, asentada en la convergencia de intereses, el diálogo, la asunción de responsabilidad, el cuidado, el resarcimiento o compensación por el perjuicio sufrido, material y/o moral, rechaza todo tipo de tortura y el trato cruel, inhumano o degradante del infractor (sin ninguna discriminación, en sintonía con el pensamiento kantiano de que las personas deben ser vistas como un fin en sí mismo, esgrimido de forma directa o indirecta por penalistas de renombre como, v. gr., Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni, José Enrique Pierangeli y René Ariel Dotti), proclama la necesidad de observancia del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.- Es recomendable la lectura del enunciado de un gran número de documentos internacionales, entre los cuales prevalecen los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (Resolución nº 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005): Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias.- En el caso que nos aborda nos encontramos ante un estudiante de la facultad de Medicina, lo hace constar su CONSTANCIA DE ALUMNO ACTIVO, (ver f-29), constancia emitida por el DEPARTAMENTO DE BECAS, en donde podemos corroborar que se encuentra becado desde el primer semestre del año dos mil diecisiete hasta la fecha(ver f-30), carta emitida por el DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN FÍSICA Y RECREACIÓN FÍSICA Y DEPORTES, en donde dice que el acusado es miembro activo del equipo Élite de Judo de la UNAN-MANAGUA (ver f-31), cedula de identidad, en donde se pudo verificar que posee veinte años de edad, así como también copia de carnet de ESTUDIANTE DE LA FACULTAD DE CIENCIAS MEDICAS con ID: 17033121(ver f-35).- somos del criterio que debemos de tomar en consideración estos puntos medulares y lo establecido en nuestra legislación partiendo del Art. 6 de la LEY DE EJECUCIÓN, BENEFICIOS Y CONTROL JURISDICCIONAL DE LA SANCIÓN PENAL, el cual establece que: "La sanción penal en su fase de ejecución tendrá la finalidad primordial de procurar la transformación de la persona condenada mediante el sistema progresivo, aplicando un conjunto de beneficios, derechos e incentivos que estimulen su incorporación a un plan de reeducación y de reinserción paulatina en la sociedad. El Estado deberá proporcionar los medios adecuados para lograr su fin.- Es muy importante señalar que los presidiarios suelen vivir situaciones que los desmoralizan a diario, que atentan contra sus deseos de reformarse y comenzar una vida nueva, y éstas pueden echar a perder cualquier esfuerzo por alcanzar la reinserción social.- La cárcel no es diferente



## CEDIJ

del resto de los organismos del Estado en cuanto al grado de corrupción que puede tener lugar en su funcionamiento: si bien se presenta como un espacio donde los delincuentes reciben las herramientas para convertirse en mejores personas, capaces de respetar las leyes y las normas de convivencia una vez completen sus sentencias, la realidad suele distar mucho de esta premisa.- Con la aplicación de una medida diferente a la impuesta estaríamos cercenando y frustrando la vida de un joven que es evidente que tiene aspiraciones de superación y de querer reincorporarse a la sociedad por lo que consecuente de este principio y en evidencia la existencia de un derecho penal destinado a defender los valores fundamentales de la sociedad, que actúa sólo en los casos de los ataques más graves a esos valores y que tanto en su valoración como en el ámbito de su aplicación garantiza el respeto a la libertad y la dignidad humana.- Para finalizar es importante para este Cuerpo Colegiado señalar que al Derecho Penal Moderno le interesa sobre manera el estudio de las calidades humanas al llamado Sujeto Activo del Delito, pues con miras a su readaptación, debe conocerse a plenitud lo referente a su capacidad mental, social en que se ha desarrollado, impulsos o fallas de las cuales no puede sustraerse, y permeabilidad que tenga para someterse al proceso de reincorporación al mundo social, por eso el estudio de los especialistas en las personas que se convierten en sujetos activos del delito, son de sumo interés, pues para los efectos de investigar la responsabilidad de quienes han cometido un ilícito, deben tomarse en cuenta las particularidades del enjuiciado, como son :Su grado de cultura, Inteligencia Educación, entorno social en que se ha desarrollado, etc., todo lo cual es importante, para trata de ahondar el conocimiento de todas las circunstancias que rodean los hechos ilícitos, a fin de se dicte sentencia de acuerdo a la equidad más pura y la eficacia de la pena en su aspecto represivo y, fundamentalmente, como medio de readaptación social, por lo que consideramos que al quitarle este beneficio al acusado, CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO estaríamos actuando inquisitivamente.- Por lo que este tribunal de alzada es del criterio de confirmar cada una de las partes de la sentencia recurrida.

### POR TANTO:

En nombre de la República de Nicaragua, de conformidad a los artículos 158, 160 y 167 Cn, artículos, 380 y 385 y artículos 13, 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 358 del Código Penal y demás cuerpos de Leyes.- LOS SUSCRITOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DE APELACIONES CIRCUNSCRIPCIÓN MANAGUA, RESUELVEN: **I.** NO HA LUGAR LA RECURSO DE APELACION interpuesta por la Lic. MATILDE RAQUEL VILLANUEVA BALTODANO, sustituida en audiencia oral y pública por la Lic. CATALINA DEL CARMEN HERNÁNDEZ PICADO. **II.** SE CONFIRMA SENTENCIA Nº 62-2019 dictada el veintinueve de noviembre del dos mil diecinueve a las nueve y treinta minutos de la mañana, en la que se condena a CÉSAR EDMUNDO THOMAS OLIVERO, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y CIEN DÍAS MULTA equivalentes a SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE CÓRDOBAS, por ser autor del delito de POSESIÓN O TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES, PSICOTRÓPICOS Y OTRAS SUSTANCIAS CONTROLADAS en perjuicio de la SALUD PÚBLICA DE LA SOCIEDAD NICARAGÜENSE. **III.** COPIESE Y NOTIFIQUESE y con testimonio concertado de lo resultado devuélvanse las diligencias a su lugar de origen. (f) **A.DÁVILA., MAGISTRADA., (F) O.ROTHSCHUH. MAGISTRADO. (F) R.SOLÍS. MAGISTRADA. (F) A.VADO. SRIA. DE SALA.**



# CEDIJ

## SENTENCIA No. 205

Número de Expediente: 000320-ORS2-2021-PN

**TRIBUNAL DE APELACIONES SALA PENAL ESTELÍ, CIRCUNSCRIPCIÓN LAS SEGOVIA.** Dieciocho de mayo del dos mil veintiuno. Las once y treinta y nueve minutos de la mañana.

### VISTOS RESULTAS:

En esta segunda instancia se radicó el asunto número 000320-ORS2-2021-PN que se corresponde al proceso penal seguido en contra de **\*\*\*\*\***, por el delito de **VIOLACION A MENORES DE CATORCE AÑOS EN CONCURSO IDEAL CON EL DELITO DE LESIONES PSICOLOGICAS**, en perjuicio de la menor **\*\*\*\*\***; el cual está compuesto de 46 folios, que viene procedente del Juzgado de Distrito Penal Especializado en Adolescente y Especializado en Violencia por Ministerio de Ley del Municipio de Somoto, departamento de Madriz, relacionado con el recurso de apelación dirigido en contra del auto dictado a las doce y cincuenta y dos minutos de la tarde del quince de Marzo del año dos mil veintiuno, originado en la Audiencia del juicio oral y público; causa que ha sido remitida a esta Sala conforme lo dispuesto en los Arts. 376 y siguientes del CPP. Se tiene como parte apelante a la Licenciada **\*\*\*\*\***, quien actúa en calidad de Defensa TéCn.ica del acusado **\*\*\*\*\***, y como parte apelada al Ministerio Público de Somoto, Madriz, representado por la Licenciada **\*\*\*\*\***, así como la Licenciada **\*\*\*\*\*** en su calidad de representante de la víctima. Habiéndose cumplido los trámites de ley, estando expresados y contestados los agravios, se ordenó que las diligencias quedasen en estado de fallo, por lo que solo nos queda resolver.

### CONSIDERANDOS:

#### I

La **Licenciada \*\*\*\*\***, en su calidad de defensa técnica expuso los motivos por los cuales recurre a esta segunda instancia, los cuales obedecen a que ella considera que la resolución dictada por la Juez A quo, trasgrede normas procesales y preceptos constitucionales, por ello recurre en contra de la resolución dictada a las doce y cincuenta y dos minutos de la tarde del día 15 de marzo del año dos mil veintiuno auto mediante el cual, resuelve negativamente el incidente de nulidad promovido por la suscrita. Sustento esta apelación en los agravios que fundamento a continuación: **Primer agravio.** La resolución dictada, trasgrede el Principio al Debido Proceso: dispuesto en el artículo 34 Cn.. Toda persona tiene derecho en igualdad de condiciones al debido proceso y tutela judicial efectiva..." situación que se contempla de igual forma la Ley No. 260 Ley Orgánica del Poder Judicial publicada en la Gaceta No. 137 del 23 de Julio de 1998 artículo 14. Debido proceso en las actuaciones Judiciales". Esta defensa fundamenta este agravio, considerando que la Lic. **\*\*\*\*\*** no está facultada, ni autorizada para actuar como defensora especializada en la atención a niños y niñas y adolescentes víctimas de delito de violencia sexual por las siguientes razones: En el acuerdo No. 110 emitido por el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial en el Considerando IV refiere que la CSJ ha orientado a la dirección de la defensoría pública la designación de un o una defensora o defensor público ESPECIALIZADO para la asistencia legal a las niñas, niños y adolescentes víctimas. En la justificación del acuerdo antes mencionado en el cuarto. párrafo menciona claramente que el Estado de Nicaragua a través de la defensoría pública CREA E IMPLEMENTA LA FIGURA ESPECIALIZADA que brindara asistencia jurídica gratuita a las niñas y niños y adolescente víctima de delitos de índole sexual. En el ALCANCE del acuerdo 110 es explícito en referir que están llamados a dar cumplimiento al protocolo al defensor público ESPECIALIZADO para la asistencia legal a las niñas, niños y adolescentes víctimas de delito violencia sexual. En los objetivos específicos del presente acuerdo en los numerales dos y tres son claros en que la asignación de una defensora o defensor deberá ser un defensor especializado a los que se les debe proporcionar un marco conceptual, guía y fuente de actuación para el ejercicio de sus funciones. En los conceptos y definiciones del defensor público especializado de niños y niñas y adolescentes víctimas de delitos de violencia sexual es la defensora o defensor público ESPECIALIZADO NOMBRADO PARA EJERCER LA ASISTENCIA O REPRESENTACION LEGAL de niños y niñas y adolescentes víctimas de delitos de violencia sexual. En la parte de los principios del protocolo está el principio de ESPECIALIZACION los defensores especializado deberán estar formada, capacitada y especializada en la atención de estos casos. De la sola



lectura de los acápites antes mencionados, podemos confirmar de que es determinante y necesario que para que un funcionario de la defensoría pública pueda representar a una niña o niño víctima de delitos sexuales tendrá que tener un nombramiento especial y específico, para poder ejercer esa labor por lo que esta representación afirma de que la intervención y la calidad que la juez de la causa le ha otorgado a la Lic. Pérez Gonzales es ilícito y no está conforme al protocolo que contiene el acuerdo 110 y que ya mencioné anteriormente, ni a las leyes procedimentales específicamente en sus artículos 9, 91 y 92 del CPP transgrediendo el principio de legalidad y de la debida representación de la víctima, **primeramente por que el nombramiento presentado por la Lic. \*\*\*\*\* es claro en establecer que ha sido nombrada como defensora pública de la ciudad de Managua en el año 2018 y no como defensora especializada en niños, niñas y adolescente tal y como lo exige el acuerdo 110, debiendo presentar la Lic. \*\*\*\*\* ante la judicial un nombramiento específico como DEFENSORA ESPECIALIZADA EN NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL** y con fecha acorde a la entrada en vigencia del acuerdo 110 del 27 de marzo del año 2020 y **que dicho nombramiento e intervención tendría que ser como defensora pública especializada y no como ACUSADORA PARTICULAR ADHERIDA al Ministerio Público**, ya que los artículos 91 y 92 del CPP deja claro el procedimiento y requisitos para que un abogado pueda constituirse como acusador particular y en este caso la representación que ostenta y que le fue otorgada erróneamente por parte de la señora juez ha sido de acusadora particular y a la misma vez como acusador adherido al Ministerio Publico, y que para que se otorguen ambas calidades se requieren de procedimientos y requisitos procesales muy diferentes, **por lo tanto la Lic. \*\*\*\*\* No tiene la capacidad procesal para actuar como parte activa o pasiva en el proceso pues carece de legitimación**, pues no tiene la titularidad para ejercer dicho cargo, por lo tanto las actuaciones que ha realizado la Lic. \*\*\*\*\* son nulas, ilícitas e ineficaces y como consecuencia del nombramiento ilícito es que os pido Honorables Señores Magistrados que dejen sin efecto tal intervención de ley que la juez a quo ha otorgado a la Lic. \*\*\*\*\*y que todas las actuaciones realizada por esta en el presente proceso sean declaradas nulas. **Segundo Agravio:** Que la resolución dictada me causa agravio, en vista de que existe Sentencia No. PJ1412020000036 dictada por el Juzgado de Distrito Civil de Somoto, Circunscripción Las Segovia, con fecha nueve de octubre del año 2020, a las nueve y cincuenta y cuatro de la mañana en el resuelve de la presente sentencia, el judicial declara "con Ha lugar a la demanda con acción de pérdida de patria potestad intentada en contra de la señora \*\*\*\*\* , otorgándosela la patria potestad y el cuidado, crianza y educación de la menor \*\*\*\*\* , a su padre \*\*\*\*\* , a la que la parte agraviada presenta recurso de apelación y el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción de las Segovia emite SENTENCIA NO. 7 DICTADA POR EL TRIBUNAL DE APELACIONES SALA CIVIL DE ESTELI CIRCUNSCRIPCION DE LAS SEGOVIAS CON FECHA 25 DE ENERO DEL AÑO 2021; en la que confirma la perdida de la patria potestad para la madre de \*\*\*\*\* , la señora \*\*\*\*\* , que con dichas sentencias queda demostrado que la Sra. \*\*\*\*\* ha quedado despojada de la investidura legal para ejercer los cargos tuitivos de su hija \*\*\*\*\* , por lo tanto esta no puede solicitar que la Lic. \*\*\*\*\* represente a su hija en el proceso que se le sigue a mi representado, ya que no está legitimada para hacerlo, razón por la cual esta es otra causal para concluir que la intervención que la juez le ha otorgada a la defensora pública es ilícita y quebranta el principio de la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad y el principio al debido proceso.

## II

Por su parte la **Licenciada \*\*\*\*\*** , en su carácter de fiscal auxiliar de Madriz, contestó los agravios de la defensa técnica diciendo: **CONTESTACIÓN DEL PRIMER AGRAVIO:** que lo alegado por la defensa no tiene asidero legal, porque el nombramiento de la Licenciada \*\*\*\*\* , se realizó conforme el procedimiento que exige la norma procesal establecida en los artículo 91 y 92 segundo párrafo CPP, el cual literalmente establece "Sin perjuicio de lo anterior, la víctima u ofendido, al intervenir en cualquier audiencia oral, podrá solicitar al juez de la causa ser representada en el proceso por otra persona con plena capacidad para hacerlo y, previa aceptación expresa de ésta, el Juez así lo admitirá, otorgándole ipso facto la correspondiente intervención de ley; todo lo anterior se hará constar en el acta de audiencia. De igual forma se procederá en los casos de sustitución o revocación de tal representación" y fue lo que ocurrió que en base al artículo 110 CPP, se le pidió a la señora Jueza A quo que se le diera intervención a la señora \*\*\*\*\* , madre y tutora de la menor víctima para que expresara que nombrará a la Licenciada \*\*\*\*\* , como su acusadora particular pues es un derecho que tiene como ofendida, abonado a esto la Licenciada presentó su carnet de abogada y notaria, que es



## CEDIJ

otro requisito para que se constituyera como acusadora particular, lo que se hizo contar en al acta de la audiencia del quince de marzo del año dos mil veintiuno, por lo que de esta forma la Licenciada \*\*\*\*\* está legitimada para que se constituyera como acusadora particular y tiene posee esa capacidad para actuar en este proceso. Ahora bien la defensa alega que la Licenciada \*\*\*\*\* , no está facultada, ni autorizada para actuar como defensora especializada en la atención a niños y niñas y adolescente víctimas del delito de orden sexual e intervenir en el proceso como defensora especializada, el mismo acuerdo que invoca la defensa No. 110 dictado por el CN.ACJ de la CSJ aprobado el veintiséis de marzo del año dos mil veinte, orienta a la Directora Nacional de la Defensoría Pública nombrar una defensora Pública especializada en casos de niñas y niñas y siendo ella la facultada de nombrar a la Licenciada \*\*\*\*\* , para que intervenga en el presente proceso de manera genérica, es porque tiene esa capacidad institucional y la Licenciada como funcionaria Pública no puede venir de forma absoluta a intervenir en el proceso, sin que la persona facultada le orientará, los novedoso para la defensa, es que una defensora pública represente los interés de la víctima, pero eso ya está establecido en el acuerdo 110 dictado por el CN.ACJ de la CSJ aprobado el veintiséis de marzo del año dos mil veinte, y a como lo establece la señora Jueza A quo, no se puede ir contra los acuerdos suscritos, firmados y ordenados por la Corte Suprema de Justicia, la forma como se puede cumplir con lo que establece ese acuerdo dentro del proceso penal es que la Licenciada \*\*\*\*\* se nombrara como acusadora particular y **con respecto a lo especializado es a lo interno dentro de la defensoría pública**, porque el acuerdo es claro en decir que orienta a la Directora que nombre a una defensora pública especializada en niños, niñas y adolescente y si la Licenciada fue enviada es porque cumple con ese parámetro y el acuerdo 159 del CN.ACJ del veintiuno de abril del año dos mil quince, el cual establece que los principios enunciados por la Constitución Política y las leyes de la materia respaldan la postulación procesal de la defensoría y defensor público, sin que para ello se precise ritualidad y formalismo para su intervención en los procesos o procedimientos, en ese sentido la intervención de la defensoría pública en cualquier proceso o procedimientos debe de estar desprovista de formalismo garantizando el acceso real y efectivo de la justicia, diferente fuera que la Defensoría Pública solicitara intervención si no estuvieran estos acuerdos, porque ahí sería contrario a sus funciones y facultades. Por lo que en ningún momento se ha violentado el debido proceso, ya que la señora Jueza actuó apegada a los artículos 91, 92 y 110 del CPP, y conforme los Acuerdos No. 110 dictado por el CN.ACJ de la CSJ aprobado el veintiséis de marzo del año dos mil veinte, Acuerdo No. 159 del CN.ACJ del veintiuno de abril del año dos mil quince y de igual forma se violenta el derecho en igualdad de condiciones porque esto ya está establecido por la ley. **SEGUNDO AGRAVIO:** Expresa la defensa que le causa agravio la resolución de la señora jueza, que le da lugar a la intervención de la Licenciada \*\*\*\*\* , como acusadora particular, porque fue nombrada por la Señora \*\*\*\*\* , madre de la niña víctima, porque existen dos sentencias una Juzgado Civil de Somoto, donde se le otorga la patria potestad al padre de la niña de nombre \*\*\*\*\* y la segunda emitida por el Tribunal de Apelaciones Sala Civil de Estelí, Circunscripción las Segovia, donde confirma la pérdida de la patria potestad de la niña, que con las sentencias queda demostrado que la señora \*\*\*\*\* , queda despojada de investidura legal para ejercer los cargos tuitivos de su hija y víctima por lo tanto esta no puede que la Licenciada \*\*\*\*\* , represente a su hija en el proceso que se le sigue a su representado, ya que no está legitimada para hacerlo, porque existe otra causal que la intervención de la defensoría Pública ilícita y quebranta el principio de la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad y el principio del debido proceso. **CONTESTACION DEL SEGUNDO AGRAVIO:** Honorable Sala Penal del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción las Segovia, la defensa en este segundo agravio no tiene fundamento legal, porque estamos ante una víctima que es una menor de edad y la Constitución Política en el artículo 71 segundo párrafo, establece que la niñez goza de protección especial y de los derechos que su condición requiere, por lo que tiene plena vigencia la convención internacional de los derechos del niño y la niña, la cual en su artículo 3, dice que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, por lo que en el caso concreto con las misma sentencia ha quedado demostrado que existe un conflicto de interés con la víctima y en la audiencia preliminar previendo estas circunstancia se solicitó la medida cautelar establecida en el artículo 25 inciso c) de la ley 779, solicitando que se otorgara provisionalmente la autoridad parental de la niña víctima a su mamá Indiana Brenes, por ser en esos momento la persona idónea para tan función, ya que la persona que el Ministerio Público está acusando es tío de la niña, hermano de su padre y quien según las investigaciones y testimonio de la niña no le ha creído a la niña sobre los hechos ocurridos, si bien es cierto el padre de la niña no es el acusado, pero esta ofrecido como testigo de la defensa a favor de su hermano y acusado, pues



claramente se demuestra que hay conflictos de interés con la niña y la señora Jueza dio lugar a imponer dicha medida la que hasta la fecha se mantiene, porque no han cambiado las circunstancias, eso significa que la señora Jueza A quo también esta obligación de proteger los derechos de la menor víctima, no solo los del acusado y tiene que velar por el principio del interés superior del niño establecido, principio de acceso a la justicia, principio de la debida diligencia del Estado, principios de protección a la víctima establecidos en el artículo 4 de la ley 779, y esto también es parte de la tutela judicial efectiva, esto significa que en ningún momento se le han violentado los derechos al acusado, porque las sentencias que hace mención la defensa están a favor del padre de la niña no del acusado y las sentencias son de asuntos civiles y no penales. Por lo que pido señores Magistrado no le den lugar a este incidente promovido por la defensa, porque no tiene asidero legal estar alegando asuntos civiles o de familia en un proceso penal.

### III

Así mismo compareció la **Licenciada Martha Jeannette \*\*\*\*\***, contestó el PRIMER AGRAVIO esgrimido por la defensa téCn.ica diciendo que: La Licenciada \*\*\*\*\* , en carácter de defensa téCn.ica del joven \*\*\*\*\* , refiere en su escrito de apelación en su primer agravio, que la resolución dictada por la Judicial transgrede el principio al debido proceso de acuerdo a lo establecido en el Arto. 34 Cn. concatenado con el Arto. 14 de LOPJ, al haberme otorgado intervención de ley de conformidad al acuerdo 110 dictado por el CN.ACJ de la CSJ aprobado el veintisiete de marzo del año dos mil veinte, puesto que la Licenciada \*\*\*\*\* considera que no estoy facultada para tal intervención por ser defensora pública; en virtud que dicho acuerdo en el Considerando IV orienta a la Dirección de la Defensoría Pública la designación de un defensor o Defensora Pública Especializada para la asistencia legal a las NNA víctimas y que el protocolo es explícito al referir el cumplimiento de esta figura, que de acuerdo a los conceptos y definiciones del defensor público especializado de NNA víctimas de delitos de violencia sexual es la defensora o defensor público especializado nombrado para ejercer la asistencia o representación legal de NNA víctimas de delitos de violencia sexual; por lo que ella considera que es determinante y necesario que para que un defensor o defensora publica pueda representar a un niño una niña o adolescente debe tener un nombramiento especial y específico y que tampoco he cumplido con los requisitos establecidos en los Arto.s. 9, 91 y 92 del CPP sobre la debida representación de la víctima, por referir que mi nombramiento es de manera genérica como Defensora Pública y no como Defensora Pública Especializada como según ella lo exige el acuerdo 110 dictado por el CN.ACJ, de igual manera argumenta que dicho nombramiento e intervención tendría que ser como defensora pública especializada y no como acusadora particular adherida por considerar que los Arto.s 91 y 92 CPP dejan claro el procedimiento y requisitos para constituirse como parte procesal haciendo énfasis en que no poseo la capacidad procesal para actuar como parte activa o pasiva dentro del proceso por carecer de legitimación, concluyendo en su agravio que solicita a los Honorables Magistrados dejar sin efecto la intervención de ley que se me ha otorgado y se declare la nulidad de las actuaciones en las que he participado. Primero he de referir que el agravio de la Licenciada \*\*\*\*\* es un poco contradictorio y oscuro puesto que ella misma ha dejado claro que de conformidad a lo establecido en el acuerdo 110 de fecha veintisiete de marzo del año dos mil veinte dictado por el CN.ACJ, **la CSJ mandató a la Dirección de la Defensoría Pública a designar un defensor o una defensora Publica especializada para representar a los NNA víctimas en especial de Violencia Sexual**, que es efectivamente a lo que obedece mi designación **a través de un proceso interno de la Defensoría Pública**, razón por la cual me personé en este proceso judicial y para lo cual he acompañado mi nombramiento como defensora pública, copia de carné de abogada y copia de carne de funcionaria del Poder Judicial tal como lo establece el acuerdo 159 del CN.ACJ del veintiuno de abril del año dos mil quince, **concatenado a esto el acápite IV del acuerdo 110** es claro en establecer de manera textual "En cumplimiento de la Sentencia del 8 de marzo del año 2018 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde sanciona al Estado de Nicaragua, la Corte Suprema de Justicia tomando las medidas señaladas en la misma, ha orientado a la Defensoría Pública la DESIGNACION de un o una defensora o Defensor Público Especializado para la asistencia legal a las niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos especialmente de violencia sexual". En cuanto a lo referido en los Arto.s. 91 y 92 CPP efectivamente abordan el tema de lo que es un acusador particular y los requisitos que debe presentar para acreditarse como tal; el legislador de una manera muy sabia y prudente ha dejado bien claro en el segundo párrafo del art. 92 CPP que sin perjuicio de lo anterior, la víctima u ofendido, al intervenir en cualquier audiencia oral, podrá solicitar al juez de la causa ser representada en el proceso por otra persona con plena capacidad para hacerlo y previa aceptación



# CEDIJ

expresa de esta, el juez así lo admitirá, otorgándole ipso facto la correspondiente intervención de ley, haciéndose constar en el acta de audiencia; lo que perfectamente se puede constatar en el acta del día 15 de marzo del años 2021, que previo a la audiencia de JOP presenté escrito solicitando intervención de ley de conformidad al acuerdo 159 del CN.ACJ del veintiuno de abril del año dos mil quince, el cual establece que los principios enunciados por la Constitución Política y las leyes de la materia respaldan la postulación procesal de la Defensora y Defensor Público, sin que para ello se precise ritualidad y formalismos para su intervención en los procesos o procedimientos, en este sentido la intervención de la Defensoría Pública en cualquier proceso o procedimiento debe estar desprovista de formalismos, garantizando el acceso real y efectivo a la justicia, así refiere que las defensoras y defensores públicos que tengan que interviene en un proceso judicial quedaran legitimados para representar a los usuarios y usuarias de este servicio, cuando en la primera intervención verbal o escrita acrediten tal condición de funcionario público con su carné de defensora pública, aunado a esto la señora Indiana \*\*\*\*\* presentó un escrito designándome como representante de la niña P.B.B. y en audiencia de manera oral así lo hizo saber a la judicial a quien referí que en mi carácter de defensora pública especializada en atención a NNA de delitos y en especial de violencia sexual me constituía en acusadora adherida al Ministerio Público, a fin de dar un fiel cumplimiento al **Capítulo VII del protocolo de la Defensora o Defensor Público Especializado en Atención Integral para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos**, especialmente de Violencia Sexual, que señala que para garantizar los derechos de las NNA víctimas de delitos especialmente de violencia sexual, la defensora o defensor público especializado tendrá las siguientes facultades para: 1. Constituirse en parte procesal y realizar todo acto procesal tendiente a defender sus derechos antes y durante el proceso y las consecuencias que de él se deriven. 2. Oponerse a las medidas Judiciales. 3. Interponer Recursos entre otros. **Aunado a esto el Decreto Presidencial número 25-2020, aprobado el 1 de Octubre del año 2020 y publicado en la Gaceta número 182 del 05 de Octubre de 2020 en su considerando III refiere** "Que el Estado de Nicaragua ha diseñado y elaborado un protocolo para fortalecer la capacidad de respuesta y articulación interinstitucional con acceso efectivo a la justicia cumpliendo con los estándares de Derechos Humanos, Perspectiva de Género y una protección Integral, garantizando los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de Violencia sexual. Así mismo el referido decreto presidencial enfatiza lo que es el acompañamiento reforzado como la garantía del acceso a la justicia de ir niños, niñas y adolescentes, facilitándoles el acceso gratuito a servicios de asesorías y representación legal desde el inicio del proceso hasta su conclusión, para la debida asistencia y protección a NNA víctimas de violencia sexual, a través de ello, además se defienden sus derechos ante cualquier órgano o instancia del Estado, Este tipo de acompañamiento será brindado por la Defensoría Pública de Nicaragua. Por último, la Licenciada \*\*\*\*\* refiere que en todo caso lo correcto era que me otorgaran intervención como defensora pública especializada y no como acusador adherido al ministerio público, por lo que es totalmente contradictorio su agravio al manifestar por un lado que no tengo la capacidad procesal para intervenir como defensora publica especializada y luego decir que lo correcto era que se me otorgara tal intervención. **CONTESTACION AL SEGUNDO AGRAVIO:** Honorables Magistrados la Licenciada \*\*\*\*\* refiere que la resolución dictada por la autoridad judicial del Juzgado Distrito Penal Adolescente y Especializado en lucha contra la Violencia hacia la mujer por Ministerio de Ley, del departamento de Madriz, en fecha quince de marzo del año dos mil veintiuno, le causa agravios en virtud que existe una sentencia dictada por el Juez de Distrito Civil de Somoto de fecha nueve de octubre de 2020 en la que declara con lugar la pérdida de patria potestad en contra de la señora \*\*\*\*\* , otorgándole la patria potestad y el cuidado y crianza de la niña P.B.B a su padre el señor \*\*\*\*\* , misma que fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal de Apelaciones de Estelí, en fecha 25 de enero de 2021 y que con tales sentencias queda demostrado que la señora \*\*\*\*\* ha quedado despojada de la investidura legal para ejercer cargos tuitivos de la niña P.B.B y que por lo tanto no puede solicitar que la defensoría pública represente a la niña en este proceso judicial, por no estar legitimada para hacerlo y que al otorgárseme intervención de ley quebranta el principio de la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad y el principio al debido proceso. Efectivamente la tutela judicial efectiva consiste en que se respete el debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el derecho a la defensa y los plazos judiciales, así lo establece nuestra Cn. en el Arto. 160 "la administración de Justicia garantiza el principio de legalidad; protege y tutela los derechos humanos y garantiza el acceso a la justicia mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia. Por lo que en este sentido el agravio esgrimido por la Licenciada Fresia Hernández es totalmente desacertado en virtud que en ningún momento se ha violentado los derechos de su representado \*\*\*\*\* , puesto que a la luz de lo establecido en el Arto. 14 LOPJ lo que ha hecho la judicial es garantizar los derechos tanto de la víctima como del acusado,



## CEDIJ

otorgándoles el derecho a estar representado en el proceso de la manera que mejor lo estimen conveniente, máxime cuando en el presente proceso estamos hablando de vulneración a derechos de una niña, que goza de una protección privilegiada por parte del Estado de acuerdo al Arto. 71 Cn. Si bien es cierto la defensa alega la existencia de dos sentencias dictadas sobre la pérdida de la patria potestad de la señora Brenes Alfaro, estas son sentencias que no causan estado, máxime cuando es un proceso que aún no ha concluido, puesto que se encuentra en fase de recurso de casación en la sala Civil de la CSJ, así mismo es importante recordarle a la honorable defensa que por la gravedad de los hechos acusados y el entorno donde sucedieron de acuerdo a la teoría fáctico presentada es que la judicial en aras de salvaguardar la integridad de la niña aplica dentro de las medidas cautelares la del Arto. 25 inc. C de la Ley 779 “conceder provisionalmente la tutela de los NNA a quien considere idóneo para tal función, si estaba confiada al presunto agresor, en caso de que estén involucrados a la hora de la comisión de algunos de los delitos contenidos en la presente ley” y que si bien es cierto el señor \*\*\*\*\* no está siendo acusado por delito alguno, es importante destacar que el mismo esta propuesto como testigo de la defensa; lo que nos deja claramente que no estaría representando los intereses de la niña P.B.B y esto si sería una causal de violación al debido proceso, pues estaríamos coartando el derecho de acceso a la justicia que tiene la víctima, así mismo considero que lejos de ser una decisión errónea o desacertada como lo pretende hacer la defensa la judicial ha actuado con estricto apego a la ley, enfatizando el principio de una Debida Diligencia por parte del Estado y velando por el interés superior de la niña en todos los sentidos.

### IV

La Doctrina, así como la teoría de los recursos nos ha enseñado que el requisito indispensable para impugnar una resolución judicial, es que exista un interés legítimo de la parte en dejar sin efecto una resolución que objetivamente le perjudique, por ser contraria al ordenamiento jurídico vigente. Este interés a su vez se le conoce como agravio, perjuicio o gravamen, que es el argumento fundado de que la resolución impugnada contiene vicios in iudicando o in procedendo, en el primer caso, el error se manifiesta relacionado con la justicia del fallo; esto es, por su defectuosa valoración de la prueba, o por indebida aplicación del derecho sustantivo, se trata de un error in iudicando; en el segundo caso, cuando el error se muestra en el apartamiento o quebrantamiento de las formas procesales establecidas como garantía para el justiciable, se trata de un error en el procedimiento y su medio de impugnación más típico es la nulidad; pero se debe tener presente que el agravio no puede constituirlo el simple hecho de que la decisión sea contraria a los intereses de la parte que impugna, dado que tal posición conllevaría a un proceso indefinido en razón de que siempre va a existir una decisión contraria a alguna de las partes; el agravio se muestra, objetivamente considerado, cuando el sujeto procesal enuncia el perjuicio y evidencia la ilegalidad atribuida a la resolución impugnada. El derecho de recurrir ante un tribunal superior, está debidamente establecido en la Constitución Política (artículo 34.9) y así lo dispone el artículo 17 CPP, al decir que todas las partes del proceso, tienen derecho a impugnar las resoluciones que le causen agravio; pero este derecho no es absoluto y en ese sentido la ley ha ordenado que sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos es que las decisiones judiciales serán recurribles artículo 361 CPP, dando con ello surgimiento al Principio de Taxatividad que en términos generales lo que estatuye es que las decisiones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. A la luz de este precepto legal tenemos que en el presente caso la apelación presentada por la Licenciada \*\*\*\*\* ha sido enmarcada dentro de lo contemplado en el numeral 1 del artículo 376 CPP, el cual refiere “Serán apelables los siguientes autos: 1. Los que resuelvan una excepción o un incidente que no implique terminación del proceso; basándose en este presupuesto la Defensa apela del auto dictado en primera instancia a las dos y veinte minutos de la tarde del veinte de enero del año dos mil veintiuno, por el que la Jueza de Distrito Penal de Adolescentes y Especializado en Lucha Contra la Violencia Hacia Las Mujeres de Somoto, le hubo declarado sin lugar el incidente de nulidad que promovió la Defensa ahora recurrente; por consiguiente al estar ajustado el recurso a los canones procesales que así lo autorizan, se procede a resolver lo que en derecho corresponde.

### V

En atención a lo antes dicho y analizando los agravios, así como las diligencias procesales al tenor de lo dispuesto en los Arts. 361 y 375 ambos del CPP, tenemos que el recurso de apelación planteado se origina por la actuación de la Jueza A qua durante la celebración de la audiencia de inicio de juicio oral y



NI &gt; Defensoría Pública de Nicaragua

Sentencia 3

1578

**CEDIJ**

público que se llevaba a cabo en el Juzgado de Distrito Penal de Adolescente y Especializada en Lucha Contra la Violencia Hacia Las Mujeres de la ciudad de Somoto Madriz, en fecha del quince de Marzo de año dos mil veintiuno, en la causa penal seguida en contra de \*\*\*\*\* por los delitos de VIOLACION A MENORES DE CATORCE AÑOS EN CONCURSO IDEAL CON EL DELITO DE LESIONES PSICOLOGICAS GRAVES, en perjuicio de la menor \*\*\*\*\* . De la información que reposa en autos se hace de conocimiento de la Sala que la Licenciada \*\*\*\*\* , actuando como Defensa TéCn.ica del acusado presentó incidente de nulidad de conformidad con el numeral 1 del Art. 163 CPP, concordando con el Art. 164 del mismo cuerpo legal, considerando que a su representado se le estaban violentando derechos y garantías constitucionales que le causan indefensión a su representado por cuanto la resolución dictada por la Juez A quo trasgrede el Principio al Debido Proceso, lo cual es alegado por el hecho que la Juez le dio intervención de Ley a la Lic. \*\*\*\*\* , cuando la misma no estaba facultada, ni autorizada para ello. Pero para entender que sucedió en el presente caso y por que entra al proceso la Licenciada \*\*\*\*\* , es preciso detenernos y decir que la misma fue designada en su calidad de defensora pública para tales efectos, según lo dispone el DECRETO PRESIDENCIAL N°. 25-2020, Aprobado el 01 de Octubre de 2020 Publicado en La Gaceta, Diario Oficial N°. 182 de 05 de Octubre de 2020; dicho decreto nace en atención a las medidas de reparación ordenadas por la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) 2 del 8 de marzo del 2018, en el caso V.R.P., V.P.C. y otros versus Nicaragua y a efectos de adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección reforzada a las niñas, niños y adolescente víctimas de violencia sexual y para garantizar acceso efectivo a la justicia. Dicho protocolo además de ser una respuesta del Estado de Nicaragua, a lo definido en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso V.R.P., V.P.C y otros Vs. Nicaragua, es una contribución al cumplimiento de las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño del año 2010, en el que se llamaba al Estado de Nicaragua entre otras cosas a: "Ofrecer a los niños víctimas protección frente a las amenazas de nuevos malos tratos.- Garantizar que los niños víctimas tengan acceso a la justicia, en particular ayudándolos a sufragar las costas procesales y a obtener una indemnización, así como a un recurso efectivo, y que el sistema de justicia penal no los vuelva a victimizar; Imparta formación a maestros, agentes del orden, trabajadores sociales, fiscales y otros profesionales interesados sobre la forma de recibir, investigar y dar curso judicial a las denuncias de malos tratos, incluidos los abusos sexuales, teniendo en cuenta los intereses del niño". Pero el punto central de esta apelación, en el cual basa sus argumentos la recurrente, no es la aplicación del protocolo, sino que la representación que ostenta y que le fue otorgada erróneamente por parte de la señora juez ha sido de acusadora particular y a la misma vez como acusador adherido al Ministerio Público, y que la defensora pública Lic. \*\*\*\*\* no está facultada, ni autorizada para actuar como **DEFENSORA ESPECIALIZADA** en la atención a niños y niñas y adolescentes víctimas de delito de violencia sexual; la Sala al realizar un análisis de los argumentos de la recurrente determinamos que lo alegado por la recurrente no cabe, ya que a la Lic. \*\*\*\*\* se le designó para ser parte de este proceso, en representación de la víctima, fue designada por la autoridad superior, no llegó de forma antojadiza y si fue designada como tal es porque cumple con los criterios en cuanto a su capacidad profesional para actuar en pro de la víctima, se debe tomar en cuenta que el DECRETO PRESIDENCIAL N°. 25-2020, que fue aprobado el 01 de Octubre de 2020 Publicado en La Gaceta, Diario Oficial N°. 182 del 05 de Octubre de 2020 su implementación es reciente, a ello se debe la forma en que fue acreditada en audiencia de juicio oral y público, pero debe aclararse que la Lic. \*\*\*\*\* no funge ni como un acusador particular, ni como un acusador adherido, su participación es autónoma en atención a lo que describe el decreto Presidencial N° 25-2020, así mismo el hecho que se le haya designado de la manera que se hizo ello no acarrea nulidad del proceso, la defensora pública se vuelve un representante de la víctima desde la etapa investigativa, y podrá intervenir como cualquiera de las partes; así mismo el nombramiento de la Lic. \*\*\*\*\* rola en el expediente judicial en el folio 23 y en efecto ella fue nombrada como defensora pública, pero si la autoridad superior la delegó para ejercer esa función, es porque la consideró capaz y tal como lo refiere la Licenciada \*\*\*\*\* , al referir en su escrito de contestación de agravios que ella fue designada a través de un proceso interno de la Defensoría Pública y que es la razón por la cual se apersonó al proceso, lo cual obedece al cumplimiento de la Sentencia del 8 de marzo del año 2018 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde sanciona al Estado de Nicaragua, la Corte Suprema de Justicia tomando las medidas señaladas en la misma, ha orientado a la Defensoría Pública la DESIGNACION de un o una defensora o Defensor Público Especializado para la asistencia legal a las niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos especialmente de violencia sexual". Ahora bien la defensa está pidiendo la nulidad de las actuaciones procesales, nos preguntamos cuál fue el perjuicio causado al acusado o al proceso, consideramos que ninguno, sin perjuicio no hay nulidad, tal como lo

**Centro Especializado de Documentación, Investigación e Información Judicial**



# CEDIJ

expone nuestra excelentísima Corte Suprema de Justicia de nuestro país, en sentencia No. 191, dictada a las nueve de la mañana del diez de Octubre del año dos mil doce, contenida en el libro de sentencias penales, pág. 536, ha dicho en el siguiente extracto “...“*La moderna doctrina procesal inclinada por eliminar los motivos de nulidad que no sean de verdadera importancia, así como la moderna jurisprudencia de tribunales españoles y argentinos y nicaragüense, han venido determinando que no deben decretarse nulidades por el mero interés de la ley o por la simple salvaguarda de las formas, sino que en cualquier caso, aún para las nulidades absolutas o declarables de oficio, debe observarse el principio del interés (que la mayor de las veces se traduce en un efectivo o potencial perjuicio). Debe, pues, abandonarse de una vez para siempre, el frágil y engañoso principio de la "nulidad por la nulidad misma, para intentar remediar alguna situación que ante nuestros ojos aparece como defectuosa, pero que no necesariamente afecta el desarrollo normal del proceso. Por otra parte, para la procedencia de una nulidad interesa que exista un vicio o violación de una forma procesal o la omisión de un acto que origine el incumplimiento del propósito perseguido por la ley y que pueda dar lugar a la indefensión, además deben ofrecerse elementos que acrediten, en principio, el perjuicio sufrido, si se quiere que la anulación de lo actuado pueda tener lugar. Para alegar una nulidad la doctrina opina que se requiere la existencia de estos tres presupuestos: 1) Violación de una norma legal: Si la omisión de la forma jurídica no impide cumplir acabadamente con la finalidad del acto -no encontrándose afectado el derecho de defensa- no provoca la nulidad del mismo. Es jurisprudencia uniforme que la nulidad por vicios procesales carece de un fin en sí misma, es decir, no tiene existencia autónoma. 2) Perjuicio concreto: La invalidez de los actos procesales se presupone según el perjuicio que sufren los intereses de los reclamantes. No puede declararse la nulidad del acto por la simple presencia de un vicio o de una violación si no existe un perjuicio, salvo cuando la nulidad se sanciona en forma expresa por una norma...*”, que al caso resulta que lo acontecido en cuanto al nombramiento y a la intervención de la defensora pública, ello no causa ningún perjuicio el derecho a la defensa, ya que no fue afectado de ninguna manera, en todo caso esta persona ejerce la representación de la víctima, así como también no le causa ningún perjuicio a la defensa si esta persona es o no especializada, ya que no representa al acusado. En el **CAPÍTULO VI** del protocolo, que describe la responsabilidad de cada una de las instituciones estatales, a lo cual obedece el nombramiento en cuestión, encontramos la parte denominada “**MECANISMOS DE COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL EN LA ATENCIÓN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL**”.... Que **Habla de las RESPONSABILIDADES INSTITUCIONALES** y describe el papel que debe jugar la defensoría Pública y dice que la: “**Defensoría Pública 1. Garantizar el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes facilitando el acceso gratuito a servicios de asesoría y representación legal desde el conocimiento de la comisión del hecho de violencia, durante todo proceso hasta su conclusión para la debida asistencia y protección reforzada a las Niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos, especialmente de violencia sexual; realizar y defender sus derechos ante cualquier órgano o instancia para ello garantizará: que la víctima participe en todas y cada una de las etapas del proceso con voz propia. 2. Asignar a una defensora o defensor público capacitado y especializado que acompañe, asesore, represente y se constituya en parte procesal de niñas, niños y adolescentes víctimas de delito en el proceso”.** Del capítulo VI que fue transcrito anteriormente se desprende que la Defensoría Pública es parte del proceso, no es ni acusador particular, ni adherido al Ministerio Público, es autónomo, la designación que realizó la Juez no es la correcta, pero no es motivo de nulidad alguna. En cuanto al segundo agravio que señala la defensa, alega que la madre de la víctima como es la señora \*\*\*\*\* fue despojada de la investidura legal para ejercer los cargos tuitivos de su hija \*\*\*\*\* por lo tanto no podía solicitar que la Lic. \*\*\*\*\* represente a su hija en el proceso, ya que no está legitimada para hacerlo, razón por la cual esta es otra causal para concluir que la intervención que la juez le ha otorgada a la defensora pública es ilícita y quebranta el principio de la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad y el principio al debido proceso. En cuanto a lo referido, ya referimos que la Defensoría Pública es parte del proceso y como tal se tendrá, pero como punto de aclaración debemos referir que estamos ante una víctima que es una menor de edad y en atención que la niñez goza de protección especial, en atención al interés superior del niño, por lo que en el presente caso se ha determinado que en efecto surge un conflicto de interés con la víctima, ya que aunque el acusado aunque no es el padre de la víctima, pero es hermano de él, y está siendo ofrecido como testigo a favor de su hermano, es por ello que la Juez A quo a petición del Ministerio Público impuso la medida cautelar descrita en el artículo 25 inciso c) de la ley 779, y otorgó provisionalmente la autoridad parental de la niña víctima a su mamá \*\*\*\*\* por ser la persona idónea para tan función, por lo cual la representación legal la ostenta la madre de la víctima, las circunstancias siguen siendo las mismas, y es facultad de la Juez A quo aplicar estas medidas en atención al principio del interés superior del niño establecido, principio de acceso a la justicia, principio de la debida diligencia del Estado, principios de protección a la víctima establecidos en el artículo 4 de la ley 779, por lo cual no existe nulidad alguna que deba ser declarada, por no evidenciarse violación a derechos constitucionales del acusado, ni



NI &gt; Defensoría Pública de Nicaragua

Sentencia 3

1580

**CEDIJ**

violación al debido proceso, por lo que no le queda más a esta Sala que declarar sin lugar los agravios presentados por la Defensa, por carecer razones que lo hagan sustentable.

**POR TANTO:**

De conformidad a lo antes considerado, artículos 7 y 158 de la Constitución Política, y disposiciones legales citadas, los suscritos Magistrados y Magistrada de la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Las Segovia, administrando Justicia en nombre de la República de Nicaragua, **RESUELVE: I.-** No ha lugar al Recurso de Apelación que interpusiera la Licenciada \*\*\*\*\*, Defensa Técnica del procesado \*\*\*\*\*. **II.-** Se confirma en todo su contenido el auto dictado a las doce y cincuenta y dos minutos de la tarde del quince de Marzo del año dos mil veintiuno, el que fue dictado por la Jueza de Distrito Penal Especializado en Adolescente y Especializado en Lucha Contra la Violencia de Somoto, Departamento de Madriz, por el que no se le dio lugar al Incidente de Nulidad que promovió la Licenciada \*\*\*\*\*. **III.-** De conformidad con lo que dispone el Art. 385 CPP, esta resolución no está sujeta a ulterior recurso. **IV.-** Cópiese, notifíquese y con testimonio íntegro de esta sentencia sean remitidas las diligencias al juzgado competente en el menor tiempo posible.



# CEDIJ

## SENTENCIA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL.** Managua, treinta de junio del año dos mil veintiuno. Las nueve y quince minutos de la mañana.

### VISTOS, RESULTA:

#### I

La jueza del Juzgado de Distrito de lo Penal de Juicio del departamento de Diriamba-Carazo, dictó sentencia No. 153-2019 de las ocho y treinta minutos de la mañana del cuatro de diciembre del año dos mil diecinueve, que en su parte conducente resolvió: "...I.- Condénese a los acusados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, como coautores del delito de Robo Agravado en la modalidad de Robo con Intimidación en perjuicio de Tayron Manuel Coronel Chamorro y María Kenia Galeano Morales, a la pena de cuatro años de prisión. II.- Condénese a los acusados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, a una pena de seis meses de prisión por ser coautores del delito de Portación o Tenencia Ilegal de Armas de Fuego o Municiones, en perjuicio del Estado de Nicaragua. III.- Se impone a los acusados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, la pena accesoria de cincuenta días multa, que corresponde pagar C\$3,119.50, por parte de los condenados. IV.- Los acusados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, deberán cumplir un total de cuatro años y seis meses de prisión. Los que se extinguirán el veinte de marzo del año dos mil veinticuatro. V.- Absuelve a los acusados Omar Enrique Mejía Amador y Pedro Joaquín Mendieta López, como coautores del delito de Robo Agravado en la modalidad de Robo con Intimidación en perjuicio de Tayron Manuel Coronel Chamorro y María Kenia Galeano Morales...". (ver sentencia en folio No.316 al 339 cuaderno de primera instancia). Inconforme el abogado Marvin Antonio Calero García, defensor público del procesado Iván René Jarquín Valle; la abogada Zobeida Isabel Manzanares Medal, defensa técnica del procesado Ervin Antonio Martínez Baltodano; la abogada Geisell del Socorro Mendoza Sánchez, fiscal auxiliar y en representación del Ministerio Público del departamento de Carazo; y el abogado Oscar Danilo Rodríguez López, acusador adherido a la representación fiscal; interpusieron recursos de apelación. Recursos que fueron admitidos por la juez A quo, y se mandó a oír a la parte contraria, para que contestara todo lo que tenga a bien en el término de seis días. Compareció la abogada Zobeida Isabel Manzanares Medal, defensa técnica del procesado Ervin Antonio Martínez Baltodano, quien se reservó el derecho de contestar agravio en audiencia oral y pública ante los magistrados y magistrada miembros de la Sala de lo Penal, Masaya del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Oriental; el abogado Wilmer Nicolás Alemán Mendieta, defensa técnica de los señores Omar Enrique Mejía Amador y Pedro Joaquín Mendieta López; la abogada Geisell del Socorro Mendoza Sánchez, fiscal auxiliar y en representación del Ministerio Público del departamento de Carazo; y el abogado Oscar Danilo Rodríguez López, acusador adherido a la representación fiscal, contestaron por escrito todo lo que tuvieron a bien. Subieron las diligencias a la Sala de lo Penal Masaya del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Oriental, quien radicó las diligencias y tuvieron como parte al abogado Marvin Antonio Calero García, defensor público del procesado Iván René Jarquín Valle; a la abogada Zobeida Isabel Manzanares Medal, defensa técnica del procesado Ervin Antonio Martínez Baltodano; a la abogada Geisell del Socorro Mendoza Sánchez, fiscal auxiliar y en representación del Ministerio Público del departamento de Carazo; y al abogado Oscar Danilo Rodríguez López, acusador adherido a la representación fiscal (apelantes), y a la abogada Zobeida Isabel Manzanares Medal, defensa técnica del procesado Ervin Antonio Martínez Baltodano; al abogado Wilmer Nicolás Alemán Mendieta, defensa técnica de los señores Omar Enrique Mejía Amador y Pedro Joaquín Mendieta López; a la abogada Geisell del Socorro Mendoza Sánchez, fiscal auxiliar y en representación del Ministerio Público del departamento de Carazo; y al abogado Oscar Danilo Rodríguez López, acusador adherido a la representación fiscal (apelados), a quienes se les dio la debida intervención de Ley. Seguido de este acto, a solicitud de partes, se citó a las partes apelantes y apelados a audiencia oral y pública a las nueve de la mañana del dieciocho de marzo del año dos mil veinte, para que las partes comparezcan y fundamenten su recurso y contestación mediante la expresión de los argumentos que consideren oportunos, todo con fundamento en el Art. 383 CPP; se llevó a cabo la audiencia oral y pública en la hora, fecha y día programado y la Sala de lo Penal Masaya del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Oriental, dictó sentencia No. 18-2020 de las doce y cincuenta minutos de la tarde del ocho de octubre del año dos mil veinte, quien resolvió: "...1.- No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por el abogado Marvin Antonio Calero García, defensor público del procesado Iván René Jarquín Valle. No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la abogada Zobeida Isabel



## CEDIJ

Manzanares Medal, Laureano de Jesús Torres, en calidad defensa técnica del procesado Ervin Antonio Martínez Baltodano. 2.- Ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la abogada Geisell Mendoza Sánchez, fiscal auxiliar y en representación del Ministerio Público del departamento de Carazo, y pretensiones del acusador particular abogado Oscar Danilo Rodríguez López en su calidad de representante de las víctimas: Tayron Manuel Coronel Chamorro y María Kenia Galeano Morales. En consecuencia: Se reforman los Ítems I, II, III y IV del por tanto de la sentencia No.153-2019 de las ocho y treinta minutos de la mañana del cuatro de diciembre del año dos mil diecinueve, dictada por la jueza de Distrito de lo Penal de Juicio del departamento Carazo, la que deberá leerse así: I.- Condénese: a.- Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, por ser coautores del tipo penal de Robo Agravado en la modalidad de Robo con Intimidación, en perjuicio de Tayron Manuel Coronel Chamorro y Maria Kenia Galeano Morales, a la pena de siete años de prisión. II.- Condénese a: Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, por ser coautores del tipo penal de Portación o Tenencias Ilegal de armas y municiones, en perjuicio del Estado de Nicaragua, a la pena de un año de prisión. III.- Se impone a los acusados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, la pena accesoria de cien días multas...” (Ver sentencia en folio No. 32 al 39 del cuaderno de segunda instancia).

### II

Siempre por estar inconforme con la anterior resolución, la abogada Mirna Azucena Sánchez López, defensa técnica del procesado Iván René Jarquín Valle, interpuso recurso de casación en la Forma, bajo la causal 4 del Arto. 387 CPP, señalando como violados los Arts.153 CPP. El abogado Laureano de Jesús Torres, defensa técnica del procesado Ervin Antonio Martínez Baltodano, interpuso recurso de casación en la Forma, bajo la causal 4 del Art. 387 CPP, señalando como violados los Arts. 15, 153, 154, 193 CPP. Recursos de casación que fueron admitidos por la Sala de lo Penal Masaya del Tribunal Ad quem-Oriental, quien mandó a oír por el término de diez días a los recurridos para que contesten agravios. Compareció la abogada Yahaira Esperanza Largaespada Carballo, fiscal auxiliar y en representación del Ministerio Público del departamento de Carazo, quien contestó agravios por escrito de todo lo que estuvo a bien.

### III

Los autos subieron a esta Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal, y por auto de las doce y veinte minutos de la tarde del dieciocho de mayo del año dos mil veintiuno, ordenó radicar los autos de conformidad con el artículo 395 in fine CPP, se tuvo como parte a la abogada Mirna Azucena Sánchez López, defensa técnica del procesado Iván René Jarquín Valle, y al abogado Laureano de Jesús Torres, defensa técnica del procesado Ervin Antonio Martínez Baltodano (recurrentes) y a la abogada Yahaira Esperanza Largaespada Carballo, fiscal auxiliar y en representación del Ministerio Público del departamento de Carazo (recurrida), a quienes se les dio la debida intervención de ley que en derecho corresponde. Habiendo expresado y contestado los agravios por escrito las partes procesales, pasen los autos a estudio para pronunciar la respectiva sentencia.

### CONSIDERANDOS:

#### I

Esta Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal, entrará a estudio de ambos recursos de casación en la Forma, bajo la causal 4 del Art. 387 CPP, interpuestos por la abogada Mirna Azucena Sánchez López, defensa técnica del procesado Iván René Jarquín Valle y el abogado Laureano de Jesús Torres, defensa técnica del procesado Ervin Antonio Martínez Baltodano, quienes señalaron como violados los Arts. 15, 153, 154, 193 CPP, quienes en su expresión de agravios expresaron en síntesis: “...La Sala Ad quem, declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, y no conforme con esta afectación a los derechos del procesado Iván René Jarquín Valle, reformó la sentencia agravando la pena de ambos delitos...donde está la fundamentación, razonamiento jurídico o motivación para incrementar la pena...por lo antes expuesto fue violentado el Art. 153 CPP, concatenado con el Art. 34 numeral 8 Cn...”. Por otro lado el recurrente Ervin Antonio Martínez Baltodano, expresó: “...la presencia de una injusta sentencia, totalmente contradictoria con la prueba de cargo que se reprodujo a lo largo del juicio oral y público, lo que llevó a la juez A quo a cometer error de hecho y error de derecho misma error continuado por la Sala Penal del Tribunal Ad quem- Masaya, llevando a una



sentencia totalmente injusta, sentencia que quebranta el criterio racional por no aplicar el judicial la regla de la lógica, en el proceso intelectual de valoración de la prueba. El Art. 1 CP, Principio de Legalidad, nos dice, que nadie podrá ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad, sino mediante una sentencia firme, dictada por un tribunal competente en un proceso conforme a los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política a las disposiciones de este Código y a los tratados, convenidos y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República...De tal forma que se violan los Arts. 153 y 154 numeral 5 CPP, el fundamento probatorio en el proceso tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican determinados hechos que fueron declarados probados, sino que las normas jurídicas que fundamentan el fallo y también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, es necesario una motivación expresa de las pruebas pero de toda las pruebas del proceso y en ese sentido analizarla toda de conformidad con el Principio de la prueba, que es la única forma de discriminar o no su poder incriminatorio, actividad de la cual fue carente el Tribunal de alzada...el proceso penal tiene como finalidad la búsqueda e investigación de la verdad, la verdad material, lo que realmente ocurrió, a fin de llegar a que se dicte una sentencia justa, en la que se imponga la sanción adecuada al auténtico culpable o se absuelva al verdadero inocente, haciendo para ello, que el proceso penal reúna las necesarias condiciones y garantías para que sea justo...Pido revoquen la sentencia de las doce y cincuenta minutos de la tarde del ocho de octubre del año dos mil veinte, dictada por la Sala de lo Penal Masaya del Tribunal Ad quem-Oriental, donde reformó la sentencia condenatoria y absolutoria No. 153-2019 de las ocho y treinta minutos de la mañana del cuatro de diciembre del año dos mil diecinueve, dictada por la jueza del Juzgado de Distrito de lo Penal de Juicio del departamento de Diriamba-Carazo...". Por su parte la abogada Yajaira Esperanza Largaespada Carballo, fiscal auxiliar y en representación del Ministerio Público del departamento de Carazo, contestó por escrito los agravios de la siguiente forma: "...la sentencia emitida por los magistrados del Tribunal Ad quem-Oriental, goza de todas las legalidades por estar ajustada conforme a derecho y el recurso planteado por la defensa del presente caso no plantea agravios concretos y específicos, por lo tanto por todo lo antes expuesto pido desestiméis las pretensiones de ambas defensas de los procesados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, por estar erróneamente alegadas..."

## II

De lo antes dicho por los recurrentes, esta Sala de lo Penal este Supremo Tribunal, considera que le asiste la razón a ambos, pues el Tribunal Ad quem, no motivó ni fundamentó la pena impuesta, simplemente les agravó la pena. En este sentido estemos claro que cuando se derogó el Código Penal Inquisitivo, fue porque contenía penas exageradas y duras, al entrar en vigencia el nuevo Código Penal, se hizo con el objetivo de cambiar esa idea de castigar o causar sufrimiento a la persona que cometía un delito y que este tuviera un reproche duro por la misma sociedad. Lo que era completamente errado, hoy en día las penas son más proporcionales o graduales, reeducativas, humanas, de acuerdo al hecho cometido o lesión jurídica perpetrada y que estos se reinserten a la misma sociedad sin ser reprochados o discriminados. La actual idea de la proporcionalidad, fue recogida de la época del nacimiento del Derecho Penal Público y desarrollada a partir de las surgentes tendencias hacia la humanización de las penas, convirtiéndose hoy en un verdadero principio limitador del ius Puniendi. Por tal razón debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta). Es decir se trata de poner una pena necesaria, y suficiente para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, cumpliendo de esta forma con una garantía constitucional que las penas tienen carácter reeducativo (parte in fine del Art. 39 Cn), garantizando así que el condenado no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius Puniendi. En tal sentido veamos la definición de la pena según el Diccionario Jurídico Espasa, el cual es elocuente es describir: "...La justicia exige proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista para aquel..." (Diccionario Jurídico Espasa-Madrid-1995). En este sentido los órganos administradores deben valorar la prueba producida de acuerdo a los hechos que a su criterio influyen en la menor o mayor medida de la pena exacta a imponer, debiendo de motivar y fundamentar bien su sentencia de acuerdo a los Arts. 15, 16, 153, 154 y 193 CPP y Art. 34 numeral 8 Cn, en el que se especifique la lesión o el grado de peligro, el cual fue expuesto el bien jurídico, la densidad del daño efectivamente causado, la circunstancias de modo, tiempo y lugar, como las modalidades de comisión (empleo de armas, grado de violencia impetrada sobre las víctimas), el grado de infracción al deber, en fin todos aquellos criterios o elementos que den



la razón de porque se incrementa una pena. Si una pena no fue motivada, ni razonada, ni fundamentada en derecho, constituye una infracción a la garantía Constitucional (Art. 34 numeral 8 Cn). Así que en base al Principio de Proporcionalidad (Art. 5 CPP), Principio de responsabilidad personal y humanidad (Art.8 CP), Principio de Responsabilidad subjetiva y de culpabilidad (Art. 9 CP) y la interpretación extensiva y aplicación analógica (Art.10 CP), en el sentido estricto implica que el administrador de justicia debe ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica, de tal suerte, que las penas no deben resultar excedidas con relación a la gravedad de la conducta que se sanciona. Para el Jurista y profesor Fallas Redondo, este principio es conocido también en la dogmática jurídico-penal como “prohibición en exceso” se le puede definir como “...la regla de la conducta que obliga a los jueces penales a mantener un balance equitativo entre el ius puniendi estatal y los derechos de las partes...” (Máster Fallas Redondo, David. El Principio de Proporcionalidad, En: Proceso Penal y Derechos fundamentales), criterio que ha sido retomado por la Sala Penal de este Supremo Tribunal en sentencia de las 10:55.a.m, del 01 de marzo del 2011. En conclusión le asiste la razón a ambos recurrentes, pues la pena no fueron motivadas, ni fundamentadas y en consecuencia debe reformarse en cuanto las pena la sentencia No. 18-2020 de las doce y cincuenta minutos de la tarde del ocho de octubre del año dos mil veinte, dictada por la Sala de lo Penal Masaya del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Oriental, quien impuso la pena de siete años de prisión a los procesados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, por ser coautores del delito de Robo Agravado en la Modalidad de Robo con Intimidación, y un año de prisión por ser coautores del delito de Portación o Tenencia Ilegal de Armas y Municiones en perjuicio del Estado de Nicaragua, y pena accesoria de cien días multas, lo que es completamente desproporcional.

### III

De lo antes dicho en el Considerando II del cuerpo de esta sentencia, esta Sala considera traer a colación lo que dispone el Art. 225 inciso “a, c,” CP, va de cuatro a siete años de prisión en el delito de Robo con Violencia o Intimidación en las personas y el Art. 401 CP, dispone una pena de seis meses a un año de prisión y cincuenta a cien días multas, por quien venda, porte, posea o facilite la portación o el uso de Arma de Fuego o municiones, y la regla de la pena del inciso “a” del Art. 78 CP, que dispone que se impondrá la pena entre el máximo y el mínimo. Si no concurren circunstancias agravantes y atenuantes o cuando concurren unas y otras, se tendrán en cuenta las circunstancias personales de los procesados y la mayor o menor gravedad del hecho. Tomando en cuenta que las penas no fueron motivadas, ni fundamentadas y haciendo una valoración de la circunstancia atenuantes de los procesados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, está da un giro en la imposición de la pena, a favor de ambos procesados, quienes no posee antecedentes penales, son reos primarios, asimismo no hay agravantes, así lo dejó bien planteado el juez A quo en el contenido de su sentencia de primera instancia. En este sentido esta Sala impone la pena de cuatro años de prisión a los procesados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, por ser coautores del delito de Robo Agravado en la Modalidad de Robo con Intimidación y seis meses de prisión por ser coautores del delito de Portación o Tenencia Ilegal de Armas y Municiones en perjuicio del Estado de Nicaragua, y pena accesoria de cincuenta días multas, siendo esta una pena menos dura, y más adecuada y proporcional, la que corresponde con la gravedad y entidad de la conducta punible cometida por los procesados en mención, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los delitos más atroces y las más leves, para los de menor rango, de esta manera se rechaza la imposición de sanciones penales demasiadas exageradas y altas. Lo anterior va ligado a obtener una sanción penal más reeducativa y de reinserción social, pues solo así se logrará una pena equilibrada adecuada a los fines perseguidos y solo así será posible obtener el restablecimiento del equilibrio de las relaciones entre el ciudadano infractor de delitos penados por nuestro Código Penal, y el Estado llamado a salvaguardarlo mediante una pena equitativa y más justa. Finalmente debe entenderse que no se trata únicamente de castigar al culpable de un delito con una drástica pena de acuerdo a la conducta delictiva, sino también de tomar en cuenta muchos aspectos como el ser humano, y la resocialización que le garantice al individuo que puede rectificar su conducta delictiva y tener así una efectiva reinserción en la sociedad, cumpliendo así con el Principio de Proporcionalidad (Art. 5 CPP), entendido como prohibición de exceso y que están tienen un carácter reeducativos (Art. 39 Cn).

**POR TANTO:**



NI &gt; Defensoría Pública de Nicaragua

Sentencia 4

1585

**CEDIJ**

De conformidad con lo antes expuesto, consideraciones hechas y a los Arts. 34, 39 y 160 de nuestra Constitución Política; Arts. 5, 8, 9, 10, 35, 36 Inco. 9; 78 inciso a), 225, 401 CP; Arts. 1, 7, 15, 16, 153, 154, 193, 387 causal 4 del Art. 387 CPP; los suscritos magistrados y magistrada de la Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal, en nombre de la República de Nicaragua, resuelven: **I.** Ha lugar Parcialmente al Recurso de Casación en el Forma, interpuesto por la abogada Mirna Azucena Sánchez López, defensa técnica del procesado Iván René Jarquín Valle y el abogado Laureano de Jesús Torres, defensa técnica del procesado Ervin Antonio Martínez Baltodano, en contra de la sentencia No. 18-2020 de las doce y cincuenta minutos de la tarde del ocho de octubre del año dos mil veinte, dictada por la Sala de lo Penal, Masaya, del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Oriental. **II.** Se reforma parcialmente la sentencia No. 18-2020 de las doce y cincuenta minutos de la tarde del ocho de octubre del año dos mil veinte, dictada por la Sala de lo Penal, Masaya, del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Oriental. La que en consecuencia se leerá así: "...I.- Se le impone la pena de cuatro años de prisión a los procesados Iván René Jarquín Valle y Ervin Antonio Martínez Baltodano, por ser coautores del delito de Robo Agravado en la Modalidad de Robo con Intimidación y seis meses de prisión por ser coautores del delito de Portación o Tenencia Ilegal de Armas y Municiones en perjuicio del Estado de Nicaragua, y pena accesoria de cincuenta días multas. Para un total de cuatro años y seis meses de prisión y cincuenta días multa. La pena se extinguirá el veinte de marzo del año dos mil veinticuatro...". En lo demás queda firme la sentencia recurrida en todo y cada uno de sus puntos resueltos. **III.** No hay costas. Con testimonio de lo acá resuelto, vuelvan las diligencias originales a su lugar de origen. **IV.** Cópiese, notifíquese y publíquese. Esta sentencia se encuentra copiada en cinco hojas útiles de papel bond membretado de la Corte Suprema de Justicia y rubricadas por el Secretario de la Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal.– **(F) A. CUADRA L. (F) ELLEN LEWIN (F) ARMANDO JUAREZ LOPEZ (F) MANUEL MARTINEZ S. (F) ANTE MI: J. FLETES L.-SRIO.–**



PARAGUAY

PY

---

Ministerio de la Defensa  
Pública de Paraguay



PY > Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 1

1587



CAUSA Nº 13221/17: "MINISTERIO PUBLICO C/ MARCOS ANTONIO DENCOSWI SOBRE SUPUESTO HECHO PUNIBLE DE VIOLENCIA FAMILIAR.-

A. I. Nº ...185

Ciudad del Este, 04 de junio de 2021

VISTO: El Recurso de Apelación General interpuesto por la defensora pública Abogada Margarita Martínez en representación del procesado MARCO ANTONIO DENCOSWI, contra el A.I. Nº 1788 de fecha 16 de diciembre del 2020, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abg. ALDO MOREIRA y,-

CONSIDERANDO:

JUICIO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: Ya en la tarea de análisis del caso planteado, corresponde como cuestión previa, decidir acerca de la admisibilidad o rechazo del recurso de apelación general interpuesto, en virtud a la disposición del Art 464, haciendo referencia a la verificación del cumplimiento de los requisitos esenciales exigidos que son: TIEMPO, MODO Y LEGITIMIDAD. Si se ha planteado en tiempo y forma, es decir, dentro del plazo procesal y por escrito debidamente fundado, conforme a las reglas de los Arts. 450 y 462 del CPP, y que la resolución recurrida sea de las consideradas apelables, es decir, que cause gravamen irreparable, conforme al Art 449 del CPP, concordantes con la nomenclatura del Art 461 del CPP. Así como la verificación de la sustanciación establecida en el Art 463 del CPP.

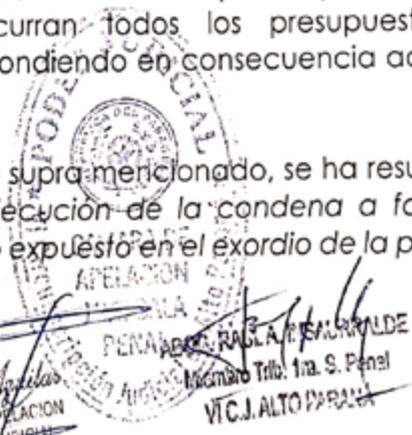
Del examen de los antecedentes se constata el cumplimiento del marco temporal al haber sido planteado el recurso de apelación dentro de los 5 días después de la notificación, por escrito debidamente fundado, constatándose los presupuestos de respeto al marco temporal y modo fundado. En cuanto al requisito de la legitimidad e interés, cabe señalar que al tratarse de revocación de una resolución dictada con anterioridad aplicando una de las formas alternativas de conclusión del proceso penal que beneficia al procesado, indudablemente causan gravamen irreparable al afectado, desde el momento de la consecuencia que conlleva de continuar el proceso investigativo, los que cae bajo las reglas que de los artículos 449 del CPP, "Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravios al recurrente" y 461 numeral 11) del CPP este último señala, "Las resoluciones apelables. El recurso de apelación procederá contra todas aquellas que causen un agravio irreparable..." hacen que concurren todos los presupuestos de impugnabilidad objetiva y subjetiva, correspondiendo en consecuencia admitir el recurso de apelación planteado.

PROCEDENCIA EL RECURSO: Por el auto supra mencionado, se ha resuelto; 1- REVOCAR la Suspensión a prueba de la ejecución de la condena a favor de MARCOS ANTONIO DENCOSWI, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución."

Abg. Ruth Casal  
Actuaria Judicial

ABOG. MARCO ANTONIO DENCOSWI  
MIEMBRO TRIUNAL DE APELACION PENAL

Nirian...  
PRESIDENTE TRIB. DE APELACION  
VICIBO EJECUCION PENAL





**FUNDAMENTACIÓN DE LA RECURRENTE, escrito obrante a fs. 101/111 de autos,** quien manifiesta cuanto sigue: "...VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA. La decisión censurada es portadora de un vicio más grave, pues ha sido resuelta inaudita parte, sin dar a la defensa, la posibilidad de articular argumentos en contra de la intención revocadora del A-quo, y en particular del justiciable, para que ejerza su derecho de ser oído sobre el tema puntual. En efecto, centrada en la cuestión bajo análisis, de acuerdo al Art. 495 del C.P.P. en concordancia con el Art. 303 del C.E.P. cualquier incidente de la etapa de ejecución puede ser planteado por el Ministerio Público Fiscal, el condenado o la víctima y el Juez debe resolver previa audiencia a los interesados, lo cual presupone la observancia de la regla madre del proceso penal, el principio de contradicción que en el caso concreto- se ha soslayado ya que el Juzgado, subrepticia y furtivamente, sin facultad de promocionar la vía incidental correspondiente, se apropia de las potestades ajenas abriendo y concluyendo por sí y para sí el incidente, coartando toda posibilidad de la defensa de expedirse y argüir razones sobre la cuestión." Como se puede observar, por la aludida oficiosidad, lo que la ley autoriza al Juzgado de Ejecución Penal es la promoción del Incidente y no la decisión directa y sin trámite alguno de una cuestión procesal clara y rigurosamente regulada. Lógicamente, no puede ser de otra manera, porque el justiciable, cualquiera sea la etapa procesal transitada, tiene el derecho de participación activa en el acto procesal del cual es principalísimo sujeto, de ser oído de ofrecer pruebas, etc. Todo lo expuesto tiene la significación que en esas condiciones el interlocutorio recurrido se ha dictado estando el condenado en absoluta indefensión, toda vez que al no tener conocimiento del acto procesal precedente se vio en la imposibilidad de argüir razones fácticas y jurídicas que orienten y persuadan al Juzgado a adoptar una resolución distinta. Así, lo actuado y su producido, el fallo impugnado, se traduce en un manifiesto quebrantamiento de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Es de suponer que el señalado defecto procedimental generara al Ministerio Público Fiscal similar agravio, toda vez que se le ha privado de emitir opinión o dictamen sobre materia que constitucionalmente le es exigido como representante de la sociedad y como tal, contralor objetivo del debido proceso legal. Las razones apuntadas precedentemente a la luz de lo resuelto en la resolución apelada - explican de modo claro y concreto los vicios que reportan y de los cuales derivan los agravios con entidad suficiente a que dan lugar, por lo que está justificado holgadamente la necesidad de que el Tribunal de Apelaciones, ANULE in totum la resolución impugnada y orden la remisión de los autos al Juzgado que sigue en orden de turno para que, en lo sucesivo, gerencia el procedimiento conforme a los cánones legales que rigen la materia..."

**CONTESTACION DE LA REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, escrito obrante a fs. 114/115, quien manifiesta cuanto sigue:** "Cómo VV.EE. podrán notar en autos obra la S.D. Nº 195 de fecha 26 de diciembre de 2018 (fs. 76 al 22 de autos), por la cual se le ha condenado a MARCO ANTONIO DENCOSWI a dos años de pena privativa de libertad con suspensión a prueba de la condena por el mismo plazo, es decir se halla aún vigente. Habiendo quedado firme la sentencia ha pasado al Juzgado de Ejecución para dar cumplimiento a dicha resolución, donde se dictó el A.I. Nº 412 de fecha 03 de abril de 2019 (fs. 87 de autos) donde se ha resuelto admitir los autos para su control y ejecución e intimar al condenado a dar cumplimiento a la sentencia, notificando a todas las partes. Asimismo, por proveído de fecha 17 de mayo de 2019 (fs. 90 de autos) el Juzgado le ha intimado al procesado a que se presente a suscribir el acta de aceptación de condiciones, así como al asesor de



pruebas. Luego, se presentó el abogado defensor CRISTHIAN R. DELVALLE REYES a renunciar al mandato y al cargo de asesor de pruebas, notificando nuevamente a las partes. Igualmente, se le ha intimado al condenado a designar abogado de su confianza y un asesor de prueba, notificando al citado condenado conforme obra fs. 95 y vltto, y nuevamente el Juzgado no tuvo respuesta de parte de MARCO ANTONIO DENCOSWI, por lo que por proveído de fecha 16 de julio de 2019 (fs. 96 de autos) se hizo efectivo el apercibimiento y se le designa a la defensora pública MARGARITA MARTINEZ para el ejercicio de la defensa del citado condenado, notificando nuevamente a las partes (fs. 97 y vito de autos)...".



**ESTUDIO DEL RECURSO:** Que, corresponder realizar algunas disquisiciones acaecidas en el presente proceso, y en ese sentido se percibe que la defensa pública en representación del procesado **MARCOS ANTONIO DENCOSWI**, plantea recurso por habersele violado los derechos procesales, en este caso, el derecho a la defensa, a su representado ante el Juzgado de Ejecución. En el presente caso se posee clarificada la cuestión a ser debatida. La recurrente pretende la nulidad del fallo traído a estudio debido a que el mismo se contrapone a claras disposiciones legales y principios legales.

Que, ingresando en el estudio del recurso propiamente, se puede percibir que los agravios invocados se basan especialmente en la indefensión, alegando igualmente que la revocación del beneficio procesal no se ajusta a derecho.

Claro así el panorama jurídico a ser resuelto, conviene recordar que el C.P.P. en su art. 43 dispone que: "los jueces de ejecución tendrán a su cargo el control de la ejecución de las sentencias, de la suspensión condicional del procedimiento, el trato del prevenido y el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, y la sustanciación y resolución de todos los incidentes que se produzcan durante la etapa de la ejecución. Asimismo, tendrán a su cargo el control del cumplimiento de las finalidades constitucionales **de las sanciones penales**, y la defensa de los derechos de los condenados". El art. 492, concordante con el anterior, dice: "El Juez de ejecución controlará el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto a las finalidades constitucionales de la pena; entre otras medidas dispondrá las inspecciones de los establecimientos penitenciarios y **podrá hacer comparecer ante sí** a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control...".

En la Acordada Nº 222 de fecha 5 de julio de 2001, el art. 3 dispone: "Los juzgados de ejecución tendrán las competencias que le asignan las leyes de conformidad con esta acordada. En especial las que surgen del control de toda sanción atribuida a los condenados **o a quienes se haya impuesto una medida, el control de la suspensión a prueba** de la internación, la decisión sobre libertad condicional, la aplicación o sustitución de multa, la aplicación del indulto y la amnistía, la vigilancia del sistema penitenciario y de los fines de la prisión preventiva. Los condenados a quienes se haya impuesto una medida y los prevenidos podrán solicitar tutela jurisdiccional a través de peticiones".

Del análisis de estas normativas, la Corte Suprema de Justicia ya expresó que todas las cuestiones que fueran planteadas luego de existir una sentencia definitiva o salidas alternativas que imponen reglas de conducta corresponden al Juez de Ejecución. De esta expresión se deduce que el término

*Abg. Ruth Catal*  
Abogada Judicial

*Margarita Martinez*  
ABOG. MARGARITA MARTINEZ  
TRIBUNAL DE EJECUCION PENAL

*Mariano...*  
PRESIDENTA DEL TRIBUNAL DE EJECUCION PENAL





"control" requiere que el Juez de ejecución vea si lo resuelto en los fallos firme se cumpla a cabalidad, en concordancia con las leyes y en especial con la Constitución Nacional, pero esto significa, en sentido amplio, que el mismo pueda volver a estudiar las cuestiones referentes a solicitudes como el presente caso, ante las múltiples variables que rodean al cumplimiento de una sanción a lo largo del transcurso del tiempo, sin embargo, es importante resaltar la palabra CONTROL, pues en ella descansa todo el actuar del Juzgado de Ejecución, debiendo ser quien dinámicamente haga un seguimiento de todas las reglas de conductas que se sometan a su jurisdicción, y no dejar estancada las causas hasta días antes del final del plazo que dure los beneficios o salidas alternativas, como viene ocurriendo en esta parte de la Circunscripción. Se impone enérgicamente el dinamismo de los Jueces de Ejecución para controlar e impulsar el cumplimiento de las reglas de conducta, por medio de intimaciones correctamente realizadas a los Asesores de Pruebas y los procesados respectivamente, con las respectivas notificaciones previas, conforme al procedimiento establecido en la norma, del acto procesal indicado, para su validez.

Ahora bien, en lo pertinente a la violación del derecho a la defensa por no haber oído primeramente al procesado, dicha situación no es óbice al Juez de Ejecución para que revoque el beneficio procesal, siempre y cuando efectivamente percibe la falta de cumplimiento a las reglas básicas que le fuera compelido. No obstante, ante la falta de información sobre el cumplimiento y desarrollo de las condiciones establecidas, es facultad del A-quo llamar al procesado como al asesor de prueba, de manera conjunta o indistintamente, para que comparezcan a realizar el descargo pertinente. Para que éste acto se haga efecto, los afectados deben ser notificados debidamente por el funcionario ujier notificador, garantizando así el derecho a la defensa que es otorgado por ley, de rango constitucional, cuya inobservancia, trae aparejada la invalidez de acto procesal en cuestión.

Del examen de los antecedentes se infiere que: dictado la resolución por el Tribunal de Sentencia integrado por las Magistradas Alba Meza, María de Fátima Burro Franco y Graciela Ortiz la resolución que dispone la SUSPENSIÓN A PRUEBA DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA A FAVOR DEL SEÑOR **MARCOS ANTONIO DENCOSWI**, por Sentencia Definitiva Nº 195 de fecha 26 de diciembre de 2018; una vez quedado firme y ejecutoriada dicha sentencia, se ha remitido estos autos al Juzgado de Ejecución, quien dicta el A. I. Nº 412 de fecha 3 de abril del 2019 para el control pertinente, intimando primeramente el Juez al hoy condenado a comparecer.

Del tenor de la resolución mencionada se infiere que para su efectividad debe ser notificado, con la debida anticipación, por medio del funcionario ujier notificador, en debida y legal forma, al tratarse de una intimación para su comparecencia, del día y hora fijada para la audiencia, son actos personalísimos, que deben ser notificados en el domicilio del procesado y del asesor de prueba, por medio de cédula de notificación, atendiendo a las reglas de notificaciones establecidas en el Artículo 151 y siguientes del CPP, concordantes con los art. 162 y 163 del CPP respectivamente, a los efectos de garantizar el derecho a la defensa en juicio.

Que, luego del dictamiento del A. I. Nº. 412 de fecha 3 de abril del año 2019, la cual no fue notificada personalmente al hoy condenado, se volvió a providencia una intimación en fecha 17 de mayo del año 2019, la cual tampoco se



pudo notificar en las condiciones exigidas por la norma, y finalmente una última providencia fue dictado en fecha 6 de junio del año 2019, la cual nuevamente intimaba al condenado **MARCOS ANTONIO DENCOSWI**, sin que esta tampoco llegara a destinatario lo resuelto por el juzgado, pasando más de una año y medio para que se dictara el fallo hoy en estudio.

JUDICIAL  
Jorge Carlos Gerael A.  
07 JUN 2019  
ESTADO PARAGUAY  
VI CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL

No se puede pasar por alto que en el país se ha declarado emergencia sanitaria desde el día 11 de marzo del año 2020, siendo éste una circunstancia especial, que ha modificado el modus vivendi de la población en general, es más, se ha declarado fase 0, que significó la restricción de circulación normal de las personas, por ello que debemos considerar ciertas actuaciones procesales que evidentemente son importantes para la defensa.

En este punto, se tiene que el Juzgado de Ejecución ha recepcionado la causa en fecha 28 de marzo del año 2019, y recién dictado un Auto Interlocutorio con el número 412 de fecha 3 de abril del año 2019, en la cual admitía estos autos para su control e intimaba al procesado **MARCOS ANTONIO DENCOSWI**, a que en el plazo perentorio de 5 días compareciera ante el Juzgado.

Sin embargo, dicha intimación, nunca le fue notificada, por ende, y teniendo la falta de una correcta notificación y más la eventuales dificultades que se planteó durante la vigencia de la emergencia sanitaria se puede concluir en definitiva que la convocatoria por el Juzgado de Ejecución nunca tuvo conocimiento el procesado, siendo este procedimiento de vital importancia ya que el expediente, al momento de habersele condenado, radicaban a cargo de un Tribunal de Sentencia y recién el día 28 de marzo de 2019, fue recepcionado en la secretaría del Juzgado de Ejecución, según cargo actuarial obrante a fs. 85 de autos, siendo pertinente la notificación a las partes y a los afectados de conocer el lugar de radicación de los autos, ya que el Tribunal de Sentencia ha perdido la competencia para ese entonces y en particular la resolución que admite la competencia de control, fija día y hora de audiencia, cuya notificación a los afectados debe ser personalísimo, que sin embargo, se ha omitido el procedimiento, **QUE INDUDABLEMENTE AFECTA EL DERECHO A LA DEFENSA DEL PROCESADO**; que conforme al Art 6 del CPP dispone claramente la inviolabilidad de la defensa y en su parte pertinente señala: "El derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones a partir del momento en que se realice. Los derechos y facultades del imputado podrán ser ejercidos directamente por el defensor, salvo aquellos de carácter personalísimos...". En consecuencia, ante el panorama procesal revelado, **corresponde la anulación del fallo recurrido con el consecuente reenvío al juzgado de ejecución que sigue en el orden de turno**, debiendo retrotraerse el proceso hasta el A.I. Nº 412 de fecha 3 de abril de 2019 e igualmente fijarse nueva fecha de audiencia, a los efectos señalados en la citada resolución interlocutoria. Es mi voto.

A su turno, los magistrados **Abgs. MARTA ISABEL ACOSTA INSFRÁN** y **RAÚL INSAURRALDE** manifiestan que se adhieren al voto de la colega preopinante, por los mismos fundamentos.

POR TANTO, atento a las consideraciones expuestas precedentemente, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala de la VI Circunscripción Judicial;

Abg. Ruth Casal  
Abg. MARTA ACOSTA INSFRAN  
Membres  
TRIBUNAL DE APELACION PENAL  
Mirta...  
PRESIDENTA TRIB. DE APELACION PENAL  
VI CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL  
Abg. RAUL A. INSAURRALDE  
Membres Trib. 1ra. S. Penal  
VI C.J. ALTO PARANA



**RESUELVE:**

1- **ADMITIR** el Recurso de Apelación General interpuesto por la defensora pública Abogada Margarita Martínez en representación del procesado **MARCOS ANTONIO DENCOSWI**, contra el A.I. Nº 1788 de fecha 16 de diciembre del 2020, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abg. ALDO MOREIRA.

2- **ANULAR** el A.I. Nº 1788 de fecha 16 de diciembre del 2020, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abg. ALDO MOREIRA, conforme a los fundamentos y alcances señalados en el considerando de la presente resolución.

3- **REMITIR** las actuaciones a la instancia anterior, cumplido los trámites administrativos de rigor, a los efectos señalados en el exordio.

4- **ANOTAR** registrar, notificar y remitir copias a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Ante mí:

*[Handwritten signature]*  
ABOG. MARTA AGOSTA INFANTE  
MIEMBRO  
TRIBUNAL DE APELACION PENAL

*[Handwritten signature]*  
Abg. Raúl Cruz  
Actuaria Judicial

*[Handwritten signature]*  
MARTIN ESPARRO DE  
Membro Trib. de Ej. Penal  
M.C.J. ALTO VAPUNA



Corte Suprema de Justicia  
REPUBLICA DEL PARAGUAY

CAUSA Nº 2311/2017: "M. P. C/ DIEGO VALDEZ CABRERA S/ SUP. H. P. DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO.

A.I. Nº. 193

Ciudad del Este, /1 de junio de 2021



**VISTO:** El recurso de apelación general planteada por la defensa pública Abg. Margarita Martínez Palacio, en representación del procesado Diego Valdez, contra el A.I. Nº 1471 de fecha 04 de noviembre de 2020, y; -

**CONSIDERANDO:**

**DE LA COMPETENCIA:** Que el estudio en alzada del recurso de apelación general cae bajo la competencia de este Tribunal de Apelación, por disposición del Art. 40 Nral. 1 del C.P.P., que faculta a este órgano de alzada a la sustanciación y resolución del recurso, consecuentemente este Tribunal es competente para entender en el recurso deducido. -

**DE LA ADMISIBILIDAD:** Es deber de este tribunal como cuestión previa, pronunciarse en relación de la admisibilidad del recurso de apelación general interpuesto, atendiendo la naturaleza de la resolución apelada. En ese sentido, la recurrente ha dado cumplimiento a las disposiciones legales de legitimidad, modo y tiempo en la interposición del recurso, correspondiente admitir su reproche procesal.

**DE LA APELACIÓN:** Por el fallo recurrido del A.I. Nº 1471 de fecha 04 de noviembre de 2020, el A-quo ha resuelto: "...Revocar, el A.I. Nº 643 de fecha 5 de junio de 2018, el por el cual hubiere suspendido Condicionalmente el Procedimiento, a favor de DIEGO VALDEZ CABRERA; conforme a los expuestos en el exordio de la presente resolución...".

**FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** La apelante al exponer su agravio, refiere que el A-quo antes de tomar la decisión de revocar la suspensión condicional del procedimiento del cual gozaba su defendido, debió escuchar las razones del porqué del incumplimiento de sus obligaciones, por lo que se ha violado el derecho a ser oído por parte del juzgado contra de su defendido, asimismo, alega que el mismo no ha cumplido con las reglas de condiciones impuestas en razón de la emergencia sanitaria COVID-19, y las restricciones presidencial de circulaciones y que los juzgados permanecían cerrados por lo que el incoado no podía cumplir por sí mismo o a través de su asesor de pruebas las obligaciones impuestas para el beneficio de la suspensión condicional del procedimiento.

Por todo lo expuesto precedentemente la representante de la defensa pública solicita, la nulidad del fallo recurrido.

**CONTESTACIÓN DEL RECURSO:** Por su parte, la representante del Ministerio Público, Abg. Emilce Ovelar de Rodríguez, refiere: "...Esta fiscalía como representante de la sociedad con la responsabilidad de velar por el interés general, debe necesariamente basarse en el principio del interés superior del niño o niña, a fin de velar por las condiciones que favorezcan y garanticen una vida digna y se den las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible de los menores. Por lo que debe primar la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o

Abg. Rilda Casal  
Actuaria Judicial  
MIRIAM ACOSTA INFANTE  
MIEMBRO  
TRIBUNAL DE APELACION PENAL  
Abg. Emilce Ovelar de Rodríguez  
PRESIDENTA DEL TRIBUNAL DE APELACION PENAL  
VI CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL  
ASOC. RAFAEL ESTANISLAO  
MEMBRADO  
M.P. ALTO PARAGUAY



*niña. Por lo que no expuesto por la Defensora Pública en cuanto a la recesión a causa de la cuarentena sanitaria, no es motivo para no haber de cumplir con el depósito de dinero destinado al alimento de su menor hija, considerando que el mismo ha aceptado las condiciones de la suspensión ...". -*

Conforme a los fundamentos señalados precedentemente la representante del ministerio público solicita sea confirmado A.I. Nº 1427 de fecha 04 de noviembre de 2020.

**ESTUDIO DEL RECURSO:** la recurrente alega como agravio que corresponde anular la resolución recurrida teniendo en cuenta que el procesado ha sido beneficiado con la figura procesal de suspensión condicional del procedimiento, mediante el A.I. Nº 643 de fecha 05 de junio de 2018, habiendo sido revocado dicho beneficio recién en fecha 04 de noviembre de 2020 por A.I. Nº 1471, también alega como agravio que se ha violado el derecho a ser oído, pues no ha sido citado al mismo antes de tomar la gravosa resolución de revocar el beneficio de la suspensión condicional del procedimiento.

En ese sentido, este magistrado observa de las constancias de autos que el procesado ha sido beneficiado con instituto de la suspensión condicional del procedimiento por A.I. Nº 643 de fecha 05 de junio de 2018, imponiéndose como periodo de prueba el término de dos años, sin embargo, se vislumbra que por resolución dictada por el juez de ejecución en fecha 10 de agosto de 2019, A.I. Nº 941, entre otras cosas ha resuelto, ampliar el periodo de la suspensión condicional del procedimiento por el plazo de ocho meses, estableciendo como nueva fecha el 11 de abril de 2021, resolución que fuera notificada a las partes estando a la fecha firme dicha resolución, por lo que al haberse ampliado el periodo de prueba, sin que dicha resolución haya sido recurrida, la nueva fecha establecida es el 11 de abril de 2021, para el cumplimiento del término de la suspensión condicional, por lo que la extinción de la acción por el vencimiento del plazo de prueba no se configura en la presente causa, habiendo el A-quo dictado resolución conforme a derecho.

Asimismo, la recurrente alega que el fallo es arbitrario en razón de que su defendido no fue llamado para ser escuchado, en cuanto a las razones del incumplimiento de sus obligaciones, alegando que el mismo no ha cumplido con las reglas de condiciones impuestas en razón de la emergencia sanitaria COVID-19, y las restricciones presidenciales de circulaciones y que los juzgados permanecían cerrados, por lo que el incoado no podía cumplir por sí mismo o a través de su asesor de pruebas.

En ese sentido, se observa de las constancias de autos, el cumplimiento parcial de las condiciones impuestas al procesado, existe algunas boletas de depósito expedidas por el Banco Nacional de Fomento, sin embargo, luego de la ampliación del periodo de prueba, el mismo no ha presentado ninguna otra constancia; en cuanto a que no podía cumplir con sus obligaciones por sí mismo o su representante legal, se debe tener en cuenta que se habilitaron los medios telemáticos para la remisión correspondientes de informes y teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño (Art. 54 de la Constitución Nacional), la resolución recurrida dictada fue establecida y fundada en razón de velar por los derechos fundamentales del niño, lo que corresponde confirmar el fallo apelado. Es mi voto.



CAUSA Nº 2311/2017: "M. P. C/ DIEGO VALDEZ CABRERA S/ SUP. H. P. DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO"

OPINIÓN DE LA MAGISTRADA MIRIAN BRITZ AGUILAR: En síntesis, por recurrente esencialmente cuestionó la reposición del plazo dictado por el A.I. Nº 1471 del 04 de noviembre de 2020, por un lado, y de no haber dado al ESTABLE INCIDENTAL previamente al pedido de revocación de la suspensión condicional del procedimiento solicitada por la señora Cinthia Carolina Viveros que tal omisión viola el debido proceso y la consecuente violación igualmente del derecho a la defensa del procesado.

Así la cuestión, en cuanto a la primera crítica, resulta improcedente, dado que las partes del proceso han sido debidamente notificadas conforme a las cédulas de notificación de fecha 23 de setiembre, 28 de setiembre y 07 de octubre del presente año respectivamente (fs 51,52, y 53 de autos), por tanto, el reclamo sobre la disposición que establece la reposición del plazo, deviene extemporáneo.

En cuanto al siguiente punto, la omisión del procedimiento incidental, al respecto cabe señalar que una de las razones para la incorporación de las salidas alternativas de conclusión de los procesos (otros actos conclusivos) en el diseño del proceso penal, entre las que hallamos la suspensión condicional del Procedimiento, regladas en los Art 21, 22 y 308 del CPP, además de anticipar la terminación del procedimiento, de procurar la economía procesal, evitar los efectos adverso, durante su cumplimiento de ser aplicado, de una sanción penal, es también la de descomprimir los despachos judiciales saturados de procesos, con el fin de dedicar mayor tiempo a aquellos que requieran, como son los casos de mayor complejidad.

Es así que, por la naturaleza de la figura procesal, una vez dispuesta su aplicación, la revocación debe ser el último recurso al que debe recurrirse toda vez que quede fehacientemente demostrado la falta de sometimiento a las reglas que le fueron impuestas, para ello, corre con la responsabilidad procesal igualmente la asesora de pruebas designada para dicha tarea.

En autos aparecen algunas constancias de cumplimiento de las reglas que deben ser evaluadas por el órgano de la instancia anterior, tal es así que, al plantear la revocación por medio de la presentación señalada, por el diseño garantista del proceso penal, por el principio del derecho a ser oído que tiene todo procesado y la inviolabilidad de la defensa en juicio. Considero que, si bien el juzgado de ejecución penal, tiene la potestad del control de la conducta del procesado, no obstante, se halla igualmente obligado a adoptar las medidas tendientes a conocer las circunstancias que rodean al procesado dentro de la casuísticas posibles que pueden presentarse y en ese sentido, debe llamar al procesado para ser oído, así como a la asesora de prueba, por medio legales que reglamenta la norma, por tanto, este punto considero pertinente el reclamo y al no dar el trámite incidental previo a la resolución dictada, le resta validez, ante el vicio detectado en el procedimiento, por eso creo que corresponde la anulación del A.I. Nº1471 del 4 de noviembre de 2020, debiendo retrotraerse el proceso hasta la presentación de pedido de revocatoria de la suspensión condicional del procedimiento.

A su turno, la magistrada Abg. MARTA ACOSTA INFRÁN manifiesta que, se adhiere al voto de la colega Abg. MIRIAN BRITZ AGUILAR por los mismos fundamentos.

Handwritten signatures and official stamps of the Tribunal de Apelación Penal, including names like Abg. Marta Acosta Infrán and Abg. Mirian Britz Aguilar.



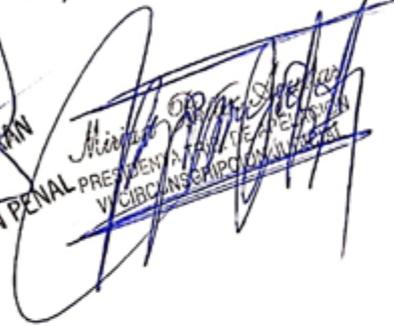
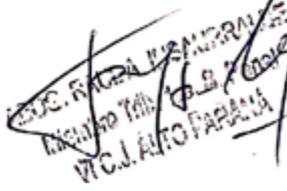
**POR TANTO**, atento a las consideraciones expuestas anteriormente, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala de la VI Circunscripción Judicial del Alto Paraná:

**RESUELVE:**

1. **ADMITIR**, el recurso de apelación general interpuesto por la representante de la defensa pública Abg. Margarita Martínez Palacio, en representación de la procesado Diego Valdez, contra el A.I. Nº 1471 de fecha 04 de noviembre de 2020.
2. **ANULAR** el A.I. Nº 1471 de fecha 04 de noviembre de 2020, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.
3. **REMITIR** estos autos al juzgado de origen.
4. **ANOTAR**, registrar, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Ante mí



CAMARA DE APELACION PENAL  
 IRA. SALA I  
 TRIBUNAL DE APELACION PENAL  
 MEMBRO  
 Abg. Ruth Casal  
 Funcionaria Judicial  
 Presidente  
 Vicepresidente  
 V.C.J. ALTO PARANA



**CAUSA Nº 1974/19: "MINISTERIO PUBLICO C/ YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO SOBRE HURTO.-"**

**Corte Suprema de Justicia**

VI CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE ALTO PARANÁ

A. I. Nº.../199.....  
Ciudad del Este, 14 de junio de 2021

**VISTO:** El Recurso de Apelación General interpuesto por la defensora pública Abogada Margarita Martínez en representación del procesado YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO, contra el A.I. Nº 1024 de fecha 18 de septiembre del 2020, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abg. TROADIO GALEANO y;

**CONSIDERANDO:**

**JUICIO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO:** Ya en la tarea de análisis del caso planteado, corresponde como cuestión previa, decidir acerca de la admisibilidad o rechazo del recurso de apelación general interpuesto, en virtud a la disposición del Art 464, haciendo referencia a la verificación del cumplimiento de los requisitos esenciales exigidos que son: TIEMPO, MODO Y LEGITIMIDAD. Si se ha planteado en tiempo y forma, es decir, dentro del plazo procesal y por escrito debidamente fundado, conforme a las reglas de los Arts. 450 y 462 del CPP, y que la resolución recurrida sea de las consideradas apelables, es decir, que cause gravamen irreparable, conforme al Art 449 del CPP, concordantes con la nomenclatura del Art 461 del CPP. Así como la verificación de la sustanciación establecida en el Art 463 del CPP.

Del examen de los antecedentes se constata el cumplimiento del marco temporal al haber sido planteado el recurso de apelación dentro de los 5 días después de la notificación, por escrito debidamente fundado, constatándose los presupuestos de respeto al marco temporal y modo fundado. En cuanto al requisito de la legitimidad e interés, cabe señalar que al tratarse de revocación de una resolución dictada con anterioridad aplicando una de las formas alternativas de conclusión del proceso penal que beneficia al procesado, indudablemente causan gravamen irreparable al afectado, desde el momento de la consecuencia que conlleva de continuar el proceso investigativo, los que cae bajo las reglas que de los artículos 449 del CPP, "Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravios al recurrente" y 461 numeral 11) del CPP este último señala, "**Las resoluciones apelables.** El recurso de apelación procederá contra todas aquellas que causen un agravio irreparable..." hacen que concurran todos los presupuestos de impugnabilidad objetiva y subjetiva, correspondiendo en consecuencia admitir el recurso de apelación planteado.

**PROCEDENCIA EL RECURSO:** Por el auto supra mencionado, se ha resuelto; 1- **REVOCAR** la suspensión condicional del procedimiento dictado por A. I. Nº 1153 de fecha 23 de agosto del año 2019, dictado por el Juzgado Penal de Garantías Nº 7 a favor del procesado YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO, con C. I. Nº 5.321.020, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución."

**FUNDAMENTACIÓN DE LA RECURRENTE,** escrito obrante a fs. 51/57 de autos, quien manifiesta cuanto sigue: "El juzgado de ejecución penal número 7 de C.D.E, MEDIANTE A. I. No: 1024 de fecha 18 de septiembre de 2020, apunta en el

*Ruth Casal*  
Acuaria Judicial

*Margarita Martínez*  
PRESIDENTA TRIB. DE APELACION  
VIC. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL

*Abg. TROADIO GALEANO*  
Membro Trib. de Apelación  
VIC. ALTO PARANÁ LAZAR  
PENAL



considerando, que mi representado el Sr. YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO, fue beneficiado con la suspensión condicional del procedimiento por el término de 1 AÑO. Mediante A. I. No. 1153 de fecha 23 de agosto de 2019, y se le han impuesto una serie de condiciones. Menciona además el A-quo, que: "...la causa queda firme el 10 de septiembre de 2019, habiendo fenecido el periodo de prueba de un año en fecha 10 de septiembre de 2020.." Y sin tanto preludio debemos decir que el mismo juzgado reconoce que ha fenecido el periodo de pruebas; por lo que no habiéndose revocado en ese lapso el instituto de la suspensión condicional del procedimiento debe operar necesariamente la EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. En los términos señalados, la decisión de control del juzgador debió basarse en la consecuente extinción de la acción penal y el correspondiente sobreseimiento definitivo, cuando la disposición legal es clara y debe interpretarse en forma restrictiva al haber transcurrido el plazo de prueba sin que el mismo haya sido revocada..."; "...No podemos cargar al justiciable ninguna responsabilidad que no sea la propia derivada de la conducta del mismo, cuando los órganos jurisdiccionales del estado con todos los medios a su alcance, tanto recursos humanos, como técnicos, deben garantizar el control estricto de los plazos, condiciones y recaudos en atención a los superiores principios de celeridad, plazo razonable..."; "...Cabe recordar aquí que existió restricción de circulación de personas conforme al decreto presidencial en el marco de la emergencia sanitaria y que, además, los juzgados permanecían cerrados y ni siquiera recibían escritos de profesionales del derecho que NO FUERAN "URGENTES", por cuanto cae de maduro referir que el justiciable no podía concurrir al juzgado para presentar sus constancias de cumplimiento por sí o por intermedio de su asesor. Siendo el Juez el órgano de control de ejecución de las sanciones y de las condiciones impuestas a los justiciables, debe en su rol profesional, recordar el aspecto HUMANO DE LOS INDIVIDUOS a quienes juzga, quien como cualquiera de los operadores de justicia puede ser afectado por circunstancias insalvables en circunstancias de UNA PANDEMIA que ha causado estragos a nivel MUNDIAL, que recae en especial en cuanto a sus efectos económicos y sociales, en la disminución de los recursos financieros de todo un país, lo cual no necesita demostración como fenómeno. De lo dicho precedentemente tenemos que no se ha convocado a una audiencia alguna a mi representado en el término de prueba y que esto implica violación de su derecho a ser oído por el juzgador ante de su decisión de revocar el beneficio que le fuera impuesto, y que la resolución impugnada se extralimita en sus alcances al mencionar y además opinar sobre la gravedad de los hechos de otra causa, por la cual fuera aprehendido mi representado y que como causal invoca pero fuera del plazo establecido en la ley, y en la resolución que le otorga la suspensión condicional del procedimiento. En base a todo lo expuesto, corresponde anular la resolución impugnada por violación del Art. 17 inciso 8 y 9 de la Constitución Nacional..."

**CONTESTACIÓN DE LA REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, escrito obrante a fs. 59/60, quien manifiesta cuanto sigue:** "Que, esta representación Fiscal da cuenta que el ciudadano YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO ha sido beneficiado con la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, conforme al A. I. Nº 1153 de fecha 23 de agosto de 2019, debiendo cumplir con reglas de conductas que le fueron impuestas, de las cuales no ha cumplido cabalmente con dichas reglas, además en fecha 18 de septiembre de 2020, el Jefe de la Comisaría Nº 7 comunica al Juzgado la aprehensión del justiciable, quien tenía adherido a su cuerpo supuesta marihuana y crack, y en ese sentido, esta representación considera que el a - quo ha resuelto correctamente al dictar la resolución hoy recurrida y por lo tanto solicita la confirmación de la resolución recurrida..."



**ESTUDIO DEL RECURSO:** Que, corresponder realizar algunas disquisiciones acaecidas en el presente proceso, y en ese sentido se percibe que la defensa pública en representación del procesado YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO, plantea recurso por habersele violado los derechos procesales, en este caso, el derecho a la defensa, a su representado ante el Juzgado de Ejecución. En el presente caso se posee clarificada la cuestión a ser debatida. La recurrente pretende la nulidad del fallo traído a estudio debido a que el mismo se contrapone a claras disposiciones legales y principios legales.

Que, ingresando en el estudio del recurso propiamente, se puede percibir que los agravios invocados se basan en la violación del derecho a la defensa y la no aplicación de oficio de la extinción de la acción penal, por haber culminado el periodo de prueba.

Claro así el panorama jurídico a ser resuelto, conviene recordar que el C.P.P. en su art. 43 dispone que: "los jueces de ejecución tendrán a su cargo el control de la ejecución de las sentencias, **de la suspensión condicional del procedimiento, el trato del prevenido y el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, y la sustanciación y resolución de todos los incidentes que se produzcan durante la etapa de la ejecución.** Asimismo, tendrán a su cargo el control del cumplimiento de las finalidades constitucionales de las sanciones penales, y la defensa de los derechos de los condenados". El art. 492, concordante con el anterior, dice: "El Juez de ejecución controlará el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto a las finalidades constitucionales de la pena; entre otras medidas dispondrá las inspecciones de los establecimientos penitenciarios y **podrá hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control...**".

En la Acordada Nº 222 de fecha 5 de julio de 2001, el art. 3 dispone: "Los juzgados de ejecución tendrán las competencias que le asignan las leyes de conformidad con esta acordada. En especial las que surgen del control de toda sanción atribuida a los condenados **o a quienes se haya impuesto una medida, el control de la suspensión a prueba de la internación, la decisión sobre libertad condicional, la aplicación o sustitución de multa, la aplicación del indulto y la amnistía, la vigilancia del sistema penitenciario y de los fines de la prisión preventiva.** Los condenados a quienes se haya impuesto una medida y los prevenidos podrán solicitar tutela jurisdiccional a través de peticiones".

Del análisis de estas normativas, la Corte Suprema de Justicia ya expresó que todas las cuestiones que fueran planteadas luego de existir una sentencia definitiva o salidas alternativas que imponen reglas de conducta corresponden al Juez de Ejecución. De esta expresión se deduce que el término "control" requiere que el Juez de ejecución vea si lo resuelto en los fallos firme se cumpla a cabalidad, en concordancia con las leyes y en especial con la Constitución Nacional, pero esto significa, en sentido amplio, que el mismo pueda volver a estudiar las cuestiones referentes a solicitudes como el presente caso, ante las múltiples variables que rodean al cumplimiento de una sanción a lo largo del transcurso del tiempo, sin embargo, es importante resaltar la palabra CONTROL, pues en ella descansa todo el actuar del Juzgado de Ejecución, debiendo ser quien dinámicamente haga un seguimiento de todas las reglas de conductas que se sometan a su jurisdicción, y no dejar estancada las causas hasta días antes del final del plazo que dure los beneficios o salidas alternativas, como viene ocurriendo en esta parte de la Circunscripción. Se impone enérgicamente el dinamismo de los Jueces de Ejecución para controlar e impulsar el cumplimiento de las reglas de conducta, por medio de intimaciones correctamente

*Ruth Casal*  
 Abogada  
 Abg. MARTA ACOSTA INSPIRAN  
 MIEMBRO  
 TRIBUNAL DE APELACION PENAL  
 Presidenta Tribunal de Apelación Penal  
 VI CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL  
 CAMARA DE APELACION PENAL  
 IRA PELA  
 Presidente Tribunal de Apelación Penal  
 VI CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL



realizadas a los Asesores de Pruebas y los procesados respectivamente, con las respectivas notificaciones previas, conforme al procedimiento establecido en la norma, del acto procesal indicado, para su validez.

Que, en lo referente a la supuesta extinción de la acción penal por haber vencido el plazo, la misma evidentemente no corresponde, por el hecho de que efectivamente los plazos procesales fueron suspendidos conforme lo argumento válidamente el Magistrado ad quo, por ende, la reposición del plazo que ordeno el mismo se ajusta a derecho y debe ser rechazado la pretensión de extinguir la causa por dicho motivo alegado.

Que, asimismo en cuanto a la infracción del supuesta de una norma penal y si bien se menciona un informe de la Comisaria Séptima del Barrio San José sobre comisión de otro hecho punible durante la vigencia del beneficio procesal hoy revocada, la comunicación del personal policial que menciona el Actuario en su informe, el Juez en su resolución y la propia agente fiscal al momento de contestar el recurso interpuesto, no obra en autos, sin que esto signifique dudar de la existencia de la misma, empero resulta sumamente importante contar con las piezas procesales que se invocan por los Magistrados en sus decisiones, y al no existir dicho informe, se considera que la misma es inexistente.

Que, tras examinar el siguiente agravio del Ministerio de la Defensa Pública, donde expresa que supuestamente el Juez de Ejecución violo el derecho a la defensa por no haber oído primeramente al procesado, dicha situación no es óbice al Juez de Ejecución para que revoque el beneficio procesal, siempre y cuando efectivamente percibe la falta de cumplimiento a las reglas básicas que le fuera compelido. No obstante, ante la falta de información sobre el cumplimiento y desarrollo de las condiciones establecidas, es facultad del A-quo llamar al procesado como al asesor de prueba, de manera conjunta o indistintamente, para que comparezcan a realizar el descargo pertinente. Para que éste acto se haga efecto, **los afectados deben ser notificados debidamente por el funcionario ujier notificador**, garantizando así el derecho a la defensa que es otorgado por ley, de rango constitucional, cuya inobservancia, trae aparejada la invalidez de acto procesal en cuestión.

Del examen de los antecedentes se infiere que: dictado la resolución por el juez de garantías Nº 7 la resolución que dispone la SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO A FAVOR DEL SEÑOR YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO, por A. I. Nº 1153 de fecha 23 de agosto de 2019; una vez cumplida las aceptaciones que datan de fecha 23 de agosto de 2019 (fs. 33) y 23 de agosto de 2019 (fs. 34), los que luego de quedar firme, fueron remitidos el 25 de octubre de 2019 al juzgado de ejecución y recién en fecha 13 de febrero de 2020 dicta el A. I. Nº 151, a través del cual entre otras cuestiones, 1) ADMITE el juzgado de ejecución de sentencia su competencia de control y ejecución de la resolución, dando entrada a los libros de secretaría y ordena la habilitación del libro de firmas... 2) ADVERTIR al justiciable YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO, que en caso de apartarse considerablemente y en forma injustificada de las reglas impuestas por la resolución, se revocará la suspensión y el procedimiento continuará su curso, conforme a lo previsto en el Art 23 de la ley 1286/98. 3) INTIMAR al procesado YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO a que en el perentorio plazo de 5 días, presente a este juzgado las constancias de cumplimiento de la condiciones impuestas... 4) ANOTAR,..."



Del tenor de la resolución mencionada se infiere que para su efectividad debe ser notificado, con la debida anticipación, por medio del funcionario ujjer notificador, en debida y legal forma, al tratarse de una intimación para su comparecencia, del día y hora fijada para la audiencia, son actos personalísimos, que deben ser notificados en el domicilio del procesado y del asesor de prueba, por medio de cédula de notificación, atendiendo a las reglas de notificaciones establecidas en el Artículo 151 y siguientes del CPP, concordantes con los art. 162 y 163 del CPP respectivamente, a los efectos de garantizar el derecho a la defensa en juicio.

No se puede pasar por alto que en el país se ha declarado emergencia sanitaria desde el día 11 de marzo del año 2020, siendo éste una circunstancia especial, que ha modificado el *modus vivendi* de la población en general, es más, se ha declarado fase 0, que significó la restricción de circulación normal de las personas, por ello que debemos considerar ciertas actuaciones procesales que evidentemente son importantes para la defensa.

Igualmente, como ya se dijera párrafos arriba, se tiene que el Juzgado de Ejecución ha recepcionado la causa en fecha 25 de octubre del año 2020, y recién dictado un Auto Interlocutorio con el número 151 de fecha 13 de febrero del año 2020, en la cual admitía estos autos para su control e intimaba al procesado YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO, a que en el plazo perentorio de 5 días compareciera ante el Juzgado a presentar constancias del cumplimiento de las condiciones que se le fuera impuesta.

Sin embargo, dicha intimación, nunca le fue notificada, por ende, y teniendo las dificultades que se planteó durante la vigencia de la emergencia sanitaria se puede concluir en definitiva que la convocatoria por el Juzgado de Ejecución nunca tuvo conocimiento el procesado, siendo este procedimiento de vital importancia ya que el expediente, al momento de aceptar las condiciones impuestas a la nueva asesora de pruebas, data del 23 de agosto de 2019, según constancia de acta de aceptación de asesoría de prueba, obrante a fs. 34 de autos, radicaban a cargo del juzgado penal de garantía y recién el día 25 de octubre de 2020, fue recepcionado en la secretaría del Juzgado de Ejecución, según cargo actuarial obrante a fs. 39 de autos, siendo pertinente la notificación a las partes y a los afectados de conocer el lugar de radicación de los autos, ya que el juzgado de garantía Nº 7 ha perdido la competencia para ese entonces y en particular la resolución que admite la competencia de control, fija día y hora de audiencia, cuya notificación a los afectados debe ser personalísimo, que sin embargo, se ha omitido el procedimiento, QUE INDUDABLEMENTE AFECTA EL DERECHO A LA DEFENSA DEL PROCESADO; que conforme al Art 6 del CPP dispone claramente la inviolabilidad de la defensa y en su parte pertinente señala: "El derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones a partir del momento en que se realice. Los derechos y facultades del imputado podrán ser ejercidos directamente por el defensor, salvo aquellos de carácter personalísimos...". En consecuencia, ante el panorama procesal revelado, corresponde la anulación del fallo recurrido con el consecuente reenvío al juzgado de ejecución que sigue en el orden de turno, debiendo señalarse nueva fecha de audiencia, a los efectos señalados en la citada resolución interlocutoria hoy anulada. Es mi voto.

A su turno, el magistrado Abg. RAÚL INSAURRALDE manifiesta que se adhiere al voto de la colega preopinante por los mismos fundamentos.

*[Signature]*  
 Abg. María Cecilia Casal  
 Actuaria Judicial

*[Signature]*  
 Abg. María Cecilia Insaurre  
 MIEMBRO  
 TRIBUNAL DE APELACION PENAL

*[Signature]*  
 Mision D. Insaurre  
 PRESIDENTA TRIB. DE APELACION  
 VI CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL

*[Signature]*  
 Abg. RAÚL INSAURRALDE  
 Miembro Trib. de Apelacion  
 VI C. ALTO PARANA  
 TRIBUNAL DE APELACION PENAL  
 Circunscripción Judicial de Alto Paraná



OPINIÓN DE LA MAGISTRADA MARTA ISABEL ACOSTA INSFRÁN: Formula coincidencia en cuanto a la nulidad de la resolución apelada, pero por otros fundamentos. Se constata en el fallo que la razón por la cual se revoca la suspensión condicional del procedimiento es haber el procesado incumplido el punto 6) literal c) del A.I. Nº 1153 de fecha 23 de agosto del 2019. Dicha obligación consistía en la prohibición de consumir bebidas alcohólicas y estupefacientes durante el periodo del instituto.

Razón asiste en este punto a al apelante al referir que el Juez no puede realizar juicio de valor sobre hechos que corresponde a otra causa. Pero lo que es incorrecto es mencionar que revoca por el incumplimiento, haciendo una mención de que el procesado se ha apartado considerablemente de las reglas de conducta, refiriendo que el mismo fue detenido por transgresión a la Ley 1340/88, calificando el hecho de grave por afectar a la sociedad. Sin embargo, no ha citado la fuente de la información. En autos no se encuentra agregado ningún informe oficial al respecto, tampoco el Magistrado cita la autoridad que ha proporcionado la información.

Por la circunstancia expuesta, el fallo es insuficientemente fundado, habiendo conculcado el Art. 125 del CPP. Por otro lado, si bien amplía el plazo del periodo de prueba, pero sin explicar cuál es el efecto de dicha decisión; además no impacta en la parte resolutive, por lo que es incongruente. No hace mención, si conforme a esa ampliación estaría en plazo para revocar la suspensión, o cuál es el efecto de dicha ampliación en el presente caso. Por lo tanto, ante el vicio de fallo insuficientemente fundado o citra petita, debe anularse.

POR TANTO, atento a las consideraciones expuestas precedentemente, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera sala de la VI Circunscripción Judicial;

**RESUELVE:**

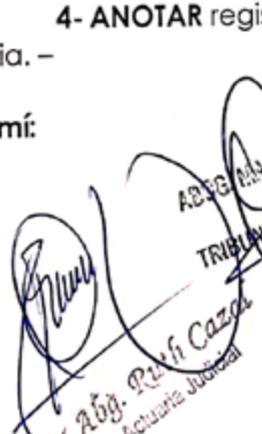
**1- ADMITIR** el Recurso de Apelación General interpuesto por la defensora pública Abogada Margarita Martínez en representación del procesado YAMIL ALEXIS VELÁZQUEZ MERCADO, contra el A.I. Nº 1024 de fecha 18 de septiembre del 2020, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abg. TROADIO GALEANO.-

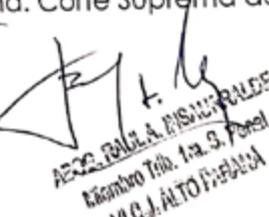
**2- ANULAR** el A.I. Nº 1024 de fecha 18 de septiembre del 2020, conforme a los fundamentos y alcances señalados en el considerando de la presente resolución.

**3- REMITIR** las actuaciones a la instancia anterior, cumplido los trámites administrativos de rigor, a los efectos señalados en el exordio.

**4- ANOTAR** registrar, notificar y remitir copias a la Excm. Corte Suprema de Justicia. -

Ante mí:




  
 ABG. MARTA ACOSTA INSFRÁN  
 MIEMBRO  
 TRIBUNAL DE APELACION PENAL
   
 CAMERA DE APELACION  
 1RA. SALA  
 PENAL
   
 Abg. Ruth Cazal  
 Actuario Judicial
   
 Abg. María A. Pisuquale  
 Miembro Trib. 1ra. S. Penal  
 VI C.A. Alto Paraná



Corte Suprema de Justicia  
REPUBLICA DEL PARAGUAY

CAUSA Nº 2599/2019: "M. P. C/ NELSON ABEL SANDOVAL AÑAZCO S/ SUP. H. P. DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".

A.I. Nº... 10

Ciudad del Este, 18 de junio de 2021

VISTO: El recurso de apelación general planteado por la defensa pública Abg. Margarita Martínez Palacio, en representación del procesado NELSON ABEL SANDOVAL AÑAZCO, contra el A.I. Nº 1008 de fecha 21 de agosto de 2020, y: -

CONSIDERANDO:

**DE LA COMPETENCIA:** Que el estudio en alzada del recurso de apelación general cae bajo la competencia de este Tribunal de Apelación, por disposición del Art. 40 Nral. 1 del C.P.P., que faculta a este órgano de alzada a la sustanciación y resolución del recurso, consecuentemente este Tribunal es competente para entender en el recurso deducido. -

**DE LA ADMISIBILIDAD:** Es deber de este tribunal como cuestión previa, pronunciarse en relación a la admisibilidad del recurso de apelación general interpuesto, atendiendo la naturaleza de la resolución apelada. En ese sentido, se observa que la recurrente ha dado cumplimiento a las exigencias de legitimidad, modo y tiempo en la interposición del recurso, correspondiendo admitir su reproche procesal.

**DE LA APELACIÓN:** Por el fallo recurrido del A.I. Nº 1008 de fecha 21 de agosto de 2020, el A-quo ha resuelto: "...Revocar, el A.I. Nº 1266 de fecha 13 de setiembre de 2019, por el cual hubiere suspendido Condicionalmente el Procedimiento, a favor de NELSON ABEL SANDOVAL AÑAZCO; conforme a los expuestos en el exordio de la presente resolución...".

**FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** La apelante al exponer su agravio, refiere que el A-quo antes de tomar la decisión de revocar la suspensión condicional del procedimiento del cual gozaba su defendido, debió escuchar las razones del porqué del incumplimiento de sus obligaciones, por lo que se ha violado el derecho a ser oído por parte del juzgado contra de su defendido, asimismo, alega que el mismo no ha cumplido con las reglas de condiciones impuestas en razón de la emergencia sanitaria COVID-19, y las restricciones presidencial de circulaciones y que los juzgados permanecían cerrados por lo que el incoado no podía cumplir por sí mismo o a través de su asesor de pruebas las obligaciones impuestas para el beneficio de la suspensión condicional del procedimiento.

Por todo lo expuesto precedentemente la representante de la defensa pública solicita, la nulidad del fallo recurrido.

**CONTESTACIÓN DEL RECURSO:** Por su parte, la representante del Ministerio Público, Abg. Emilce Ovelar de Rodríguez, refiere: "...Esta fiscalía como representante de la sociedad con la responsabilidad de velar por el interés general, debe necesariamente basarse en el principio del interés superior del niño o niña, a fin de velar por las condiciones que favorezcan y garanticen una vida digna y se den las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible de los menores. Por lo que debe primar la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña. Por lo que no expuesto por la Defensora Pública en cuanto a la rescisión a

Abg. Ruth Cazat  
Abogada Judicial

ABOG. MARTA AGOSTAINSERAN  
MIEMBRO  
TRIBUNAL DE APELACION PENAL

Marian...  
PRESIDENTE TRIB. DE APELACION  
VI CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL

MEMBR...  
MIEMBRO TRIB. PENAL  
VI C. ALTO PARANA



*causa de la cuarentena sanitaria, no es motivo para no haber de cumplir con el depósito de dinero destinado al alimento de su menor hija, considerando que el mismo ha aceptado las condiciones de la suspensión ...". -*

Conforme a los fundamentos señalados precedentemente la representante del ministerio público solicita sea confirmado el A.I. Nº 1008 de fecha 21 de agosto de 2020.

**ESTUDIO DEL RECURSO:** Que la defensa pública del procesado Nelson Abel Sandoval Añazco, se agravia con la resolución recurrida A.I. Nº 1008 de fecha 21 de setiembre de 2020, mediante el cual se ha dispuesto la revocación del A.I. Nº 1266 de fecha 13 de setiembre de 2019, por el cual fue beneficiado con la figura del instituto procesal de suspensión condicional del procedimiento a favor del citado procesado.

Este magistrado al entrar al análisis de las constancias de autos, en especial, la resolución apelada, se observa que el procesado ha sido beneficiado con el instituto de la suspensión condicional del procedimiento por A. I. Nº 1266 de fecha 13 de setiembre de 2019 (foja 31/33) por el periodo de un año de prueba, habiendo comparecido ante el juzgado a aceptar las condiciones y reglas que se le ha impuesto, comprometiéndose a su cumplimiento. Se observa también que el juzgado había notificado de dicha resolución al procesado (fojas 34), firmando al pie en donde se compromete a cumplir a cabalidad las obligaciones impuestas.

La recurrente alega que el fallo es arbitrario en razón de que su defendido no fue llamado para ser escuchado sobre las razones del incumplimiento de sus obligaciones, alegando que el mismo no ha cumplido con las reglas y condiciones impuestas en razón de la emergencia sanitaria COVID-19, y las restricciones presidenciales de circulaciones y que los juzgados permanecían cerrados, por lo que el incoado no podía cumplir por sí mismo o a través de su asesor de pruebas.

En ese sentido, corresponde aclarar primeramente que este magistrado, a partir de la presente resolución asume nueva postura, luego de haber reflexionado sobre el alcance del principal y fundamental derecho procesal que ampara al procesado, cual es el *derecho activo a ser oído*, antes de tomarse cualquier decisión de relevancia en el marco del proceso. Al respecto, razón asiste a la recurrente en cuanto a que, su defendido previamente debió ser escuchado sobre los motivos del incumplimiento de las obligaciones, si bien, la magistratura a cargo del control del cumplimiento también puede actuar de oficio, eso no implica que lo realice sin oír previamente a la parte afectada. Además, respetando el principio de bilateralidad, incluso se podría llamar a todas las partes, pero de fundamental importancia, es oír previamente a quien afectaría la decisión judicial.

En consecuencia, la postura de este magistrado es por revocar el fallo apelado, debiendo el A-quo previamente dar oportunidad al afectado de oírlo antes de proceder a revocar o no el instituto procesal por el cual fue beneficiado -suspensión condicional del procedimiento-, debiendo fijarse la audiencia respectiva a fin de operativizar el derecho a ser oído. Es mi voto.



Corte Suprema de Justicia

CAUSA Nº 2599/2019: "M. P. C/ NELSON ABEL SANDOVAL AÑAZCO S/ SUP. H. P. DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".

TRIBUNAL DE APPELACION PENAL  
21 JUN 2020  
ESTADÍSTICA PENAL

OPINIÓN DE LA MAGISTRADA MIRIAN BRITZ: el recurrente se agravia contra el fallo por considerar que se inobservado el derecho a la defensa de su representante, coartándole la posibilidad de ser oído previamente, para luego resolver la resolución que dispone la revocación de la suspensión condicional del procedimiento.

Cabe señalar que una de las razones para la incorporación de las salidas alternativas de conclusión de los procesos (otros actos conclusivos) en el diseño del proceso penal, entre las que hallamos la suspensión condicional del Procedimiento, regladas en los Art 21, 22, 23 y 308 del CPP, además de anticipar la terminación del procedimiento, de procurar la economía procesal, evitar los efectos adverso, durante su cumplimiento de ser aplicado, de una sanción penal, es también la de descomprimir los despachos judiciales saturados de procesos, con el fin de dedicar mayor tiempo a aquellos que requieran, como son los casos de mayor complejidad.

Es así que, por la naturaleza de la figura procesal, una vez dispuesta su aplicación, la revocación debe ser el último recurso al que debe recurrirse toda vez que quede fehacientemente demostrado la falta de sometimiento a las reglas que le fueron impuestas, para ello, corre igualmente con la responsabilidad procesal el asesor de pruebas designada para dicha tarea.

Dicho lo precedente, se verifica de las actuaciones que luego dictarse el A.I. Nº176 del 14 DE FEBRERO DE 2020, donde recién se da por admitido la competencia del juez Penal de Ejecución e igualmente intima al procesado a comparecer dentro de los 5 días para que presente las constancias del cumplimiento de las obligaciones impuestas por A.I. Nº 1266 de 13 de SETIEMBRE DE 2019 y señala la audiencia para el 11 de mayo de 2020, disposición que no fue notificada en debida y legal forma al procesado.

En efecto, de las constancias de autos, a fs. 44, obra la cédula de notificación diligenciado por la ujjer donde de su INFORME SE DESPRENDE, QUE NO PUDO CONTACTAR PERSONALMENTE CON EL PROCESADO. Tampoco consta que se haya notificado de la resolución mencionada a Asesora de pruebas propuesta para el control del cumplimiento de las reglas dispuesta.

Siendo que, los actos de la intimación y las citaciones para las audiencias, deben ser notificados personalmente a los afectados, conforme establece la ley, por tratarse de actuaciones personalísimas, los que no fueron cumplidos conforme se extrae de las actuaciones procesales que obran en autos, verificándose así la violación del derecho a la defensa en juicio del procesado, **su derecho a ser oído previamente para tomarse las decisiones ajustadas a derecho.** La observancia de dicho imperativo es de rango constitucional, conforme se halla reglado en el Art 17 de la carta magna, igualmente nuestra ley procesal penal reglamenta en el Art 6 sobre la inviolabilidad del derecho a la defensa y su inobservancia, trae aparejada la sanción de nulidad de las actuaciones. Por lo brevemente expuesto, me hallo persuadida de que se ha quebrantado las reglas de debido proceso y con ello el derecho del justiciable, en consecuencia, la resolución debe ser anulada. Es mi opinión.

Abg. Ruth Casal  
Actuaria Judicial

ABOG. MARTA ACOSTA INSTRAN  
MIEMBRO  
TRIBUNAL DE APPELACION PENAL

Mirian Britz  
PRESIDENTA TRIB. DE APPELACION  
VI CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL

1800 RAUL REYES FERNANDEZ  
Licenciado Trib. Ita. S. Penal  
VIC. J. ATO. F. RANA



**OPINIÓN DE LA MAGISTRADA MARTA ACOSTA INSFRÁN:** Ante los agravios graficados de forma vivida y siendo absolutamente razonables los reclamos expuestos por la apelante Defensora Pública Abg. Margarita Martínez, exige un profundo análisis de las cuestiones expuestas, con mayor razón aun en tiempos especiales que nos toca desarrollar la tarea por la pandemia universal debido al Covid-19. En ese sentido cualquier determinación debe atender a principios de razonabilidad y proporcionalidad, garantizando el derecho humano de las personas, conforme ha recomendado a los Estados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en la Resolución Nº 1) literal b) en lo pertinente señala:

El deber de garantía de los derechos humanos requiere que los Estados protejan los derechos humanos atendiendo a las particulares necesidades de protección de las personas y que esta obligación involucra el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (Adoptada por la Comisión IDH el 10 de abril de 2020)<sup>1</sup>

Lo recomendado por la Comisión IDH, tiene relación con el derecho de acceso a justicia, justamente por las medidas restrictivas a derechos decretados en el contexto de la Pandemia, pueden verse afectado un sinnúmero de situaciones que impactarían en la igualdad del derecho de acceso a justicia, una de estas situaciones es la que grafica la apelante, en el sentido de que fue reducida la atención al público del servicio de justicia, restringiéndose para casos urgentes, hubo fases en las que prácticamente solo por sistema de turnos se atendía y para casos urgentes.

Por otro lado, el derecho de ser oído es un derecho básico y que operativiza el derecho madre de la defensa en juicio de los derechos de las personas, incluso fuera del contexto de la emergencia sanitaria. Así desde el momento que el Magistrado va tomar una decisión que afecte el derecho de las partes, si bien puede actuar de oficio en el control del cumplimiento de las obligaciones, ello no implica que lo realice inaudita parte, como el caso.

El derecho de ser oído como derecho humano básico, tiene su desarrollo en la línea jurisprudencial de la Corte IDH, que ha explicado la naturaleza y el ámbito de aplicación, en tal sentido sostuvo: "El Art. 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defenderse adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que puede afectarlos..." (Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay.)<sup>2</sup>

Asimismo en la esfera doméstica, la Sala Penal de la CSJ, ha sentado lo siguiente: "...La falta de audiencia para el imputado o la inobservancia en ella de las reglas estudiadas conducen a la ineficacia absoluta de la resolución judicial en relación a la cual se concede el derecho de audiencia, cuando ella perjudica al imputado; ambos comportamientos lesionan el derecho a derecho de defensa..." (Acuerdo y Sentencia Nº 400 de fecha 18 de junio del 2019)<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Extraído de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

<sup>2</sup>Sentencia del 13 de octubre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas) Párrafos 116/122).

<sup>3</sup>Sala Penal CSJ. Causa: "Ministerio Público c/ ALCIDES SOSA S/ SUP. H.P. C/ LA VIDA (HOMICIDIO DOLOSO). Causa Nº 594/2005.



Corte Suprema de Justicia  
REPUBLICA DEL PARAGUAY

CAUSA Nº 2599/2019: "M. P. C/ NELSON ABEL SANDOVAL AÑAZCO S/ SUP. H. P. DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".

JUDICIAL  
General A.  
1 JUN 2021  
ESTADÍSTICA  
PENAL  
SUSPENSIÓN

De los precedentes citados, además los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben tenerse en cuenta conforme lo recuerda la Comisión Americana en tiempos de Pandemia, en el caso en estudio es necesario que el Juzgado de Ejecución antes de tomar la decisión de revocar el beneficio de la suspensión condicional del procedimiento escuche al afectado. Son innumerables los imponderables que además puede presentarse, por lo que se impone escuchar previamente a los justiciables, incluso debe convocarse a todas las partes o al menos correr traslado de la situación. El hecho que el Juez de Ejecución tenga facultades de oficio del control de las obligaciones, no conlleva actuar inaudita parte. Debe bilateralizarse a fin de tomar una decisión imparcial y ajustada a las exigencias del caso concreto.

Ante las razones señaladas, esta Magistrada asume una nueva postura<sup>4</sup>, tomando en consideración los precedentes señalado, establece que es incorrecto el proceder del Magistrado, de revocar la suspensión condicional del procedimiento sin antes dar la oportunidad de oír al procesado. Se llama la atención incluso que, la primera intimación realizada por el Magistrado, en su tarea de control, si bien fue notificada, no consta el motivo de la no realización de la audiencia de control. En las condiciones señaladas, debe necesariamente proceder a escuchar al procesado antes de la toma de decisión.

Ahora bien, ciertamente se ha vulnerado el derecho de ser oído y por ende el derecho a la defensa, por lo que estaríamos ante una causal de nulidad del fallo, sin embargo, es posible resolver de forma directa a fin de evitar dilaciones innecesarias al proceso, por lo que corresponde en decisión directa revocar el fallo y ordenar que antes de la toma de decisión sobre la revocación o no del beneficio de suspensión condicional del procedimiento, se fije audiencia de ser oído al procesado. Es mi voto.

**POR TANTO**, atento a las consideraciones expuestas anteriormente, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala de la VI Circunscripción Judicial del Alto Paraná;

**RESUELVE:**

- 1. ADMITIR**, el recurso de apelación general interpuesto por la representante de la defensa pública Abg. Margarita Martínez Palacio, en representación de la procesado Nelson Abel Sandoval Añazco, contra el A.I. Nº 1008 de fecha 21 de agosto de 2020.
- 2. REVOCAR** el A.I. Nº 1008 de fecha 21 de agosto de 2020, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.
- 3. ANOTAR**, registrar, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Ante mí:  
  
Abg. Ruth Cazal  
Actuaria Judicial

ABOG. MARTA ACOSTA INSRAN  
MIEMBRO  
TRIBUNAL DE APELACION PENAL

PRESIDENTE TRIBUNAL DE APELACION PENAL  
VI CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL

ABOG. RAFAEL INSANURALE  
Miembro Trib. 1ra. S. Penal  
VIC. ALTO PARANA

<sup>4</sup> Tomada desde el caso Causa Nº122/18. Ministerio Público c/ José Luis Jiménez s/ sup. HP de incumplimiento del deber legal alimentario.



PY > Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 5

1608



Corte Suprema de Justicia  
REPUBLICA DEL PARAGUAY

CAUSA Nº 5237/15: "MINISTERIO PUBLICO C/ JULIO CESAR GAMARRA ESCURRA SOBRE SUPUESTO HECHO PUNIBLE DE VIOLENCIA FAMILIAR".

VI CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE ALTO PARANÁ

A.I. Nº... 262...

Ciudad del Este, 03 de <sup>agosto</sup> julio de 2021



**VISTO:** El Recurso de Apelación General interpuesto por la defensora pública Abogada Margarita Martínez en representación del procesado JULIO CESAR GAMARRA, contra el A.I. Nº 551 de fecha 22 de mayo del 2020, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abg. ALDO MOREIRA y;

**CONSIDERANDO:**

**JUICIO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO:** Ya en la tarea de análisis del caso planteado, corresponde como cuestión previa, decidir acerca de la admisibilidad o rechazo del recurso de apelación general interpuesto, en virtud a la disposición del Art 464, haciendo referencia a la verificación del cumplimiento de los requisitos esenciales exigidos que son: TIEMPO, MODO Y LEGITIMIDAD. Si se ha planteado en tiempo y forma, es decir, dentro del plazo procesal y por escrito debidamente fundado, conforme a las reglas de los Arts. 450 y 462 del CPP, y que la resolución recurrida sea de las consideradas apelables, es decir, que cause gravamen irreparable, conforme al Art 449 del CPP, concordantes con la nomenclatura del Art 461 del CPP. Así como la verificación de la sustanciación establecida en el Art 463 del CPP.

Del examen de los antecedentes se constata el cumplimiento del marco temporal al haber sido planteado el recurso de apelación dentro de los 5 días después de la notificación, por escrito debidamente fundado, constatándose los presupuestos de respeto al marco temporal y modo fundado. En cuanto al requisito de la legitimidad e interés, cabe señalar que al tratarse de revocación de una resolución dictada con anterioridad aplicando una de las formas alternativas de conclusión del proceso penal que beneficia al procesado, indudablemente causan gravamen irreparable al afectado, desde el momento de la consecuencia que conlleva de continuar el proceso investigativo, los que cae bajo las reglas que de los artículos 449 del CPP, "Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravios al recurrente" y 461 numeral 11) del C.P.P. este último señala, "**Las resoluciones apelables.** El recurso de apelación procederá contra todas aquellas que causen un agravio irreparable...", hacen que concurran todos los presupuestos de impugnabilidad objetiva y subjetiva, correspondiendo en consecuencia admitir el recurso de apelación planteado.

**PROCEDENCIA EL RECURSO:** Por el auto supra mencionado, se ha resuelto; **1- REVOCAR** el A. I. Nº 1282 de fecha 16 de octubre del año 2018, por el cual hubiere suspendido condicionalmente el Procedimiento, a favor de JULIO CESAR GAMARRA ESCURRA, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución..." -

Abg. Ruth Casal  
Actuaria Judicial

Abg. María Agustina Infran  
MIEMBRO TRIBUNAL DE APELACION PENAL



Abg. María Agustina Infran  
MIEMBRO TRIBUNAL DE APELACION PENAL

Abg. Aldo Moreira  
MIEMBRO TRIBUNAL DE APELACION PENAL



**FUNDAMENTACION DE LA RECURRENTE, escrito obrante a fs. 99/101 de autos,** quien manifiesta cuanto sigue: "Analizada la legislación correspondiente a la suspensión condicional del procedimiento y la revocación de la misma, debe analizarse cuidadosamente los motivos que pueden llevar a tomar tan gravosa decisión por parte del Juzgador en su etapa de control y ejecución correspondiente, sobre todo considerando lo previsto en el Art. 25 inciso 6º del Código Procesal Penal... En el presente caso tenemos que la resolución que otorga la suspensión que la resolución que otorga la suspensión condicional del procedimiento al Sr. JULIO CESAR GAMARRA, data del día 16 de agosto del año 2018 y la resolución que revoca el beneficio concebido por el Juzgado es de fecha 19 de agosto de 2019, es decir, a 3 días del vencimiento del plazo de prueba, sin que el mismo haya sido revocado; POR LO QUE LA REVOCACION DISPUESTA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DEVIENE ADESTEMPO, y se torna inoperante al haberse generado con posterioridad al termino previsto en la resolución Nº 1024 de fecha 16 de agosto del 2018. En los términos señalados, la decisión de control del juzgador debió basarse en la consecuente extinción de la acción penal y el correspondiente sobreseimiento definitivo, no debiendo cargar al justiciable ninguna responsabilidad que no sea la propia derivada de la conducta del mismo, cuando los órganos jurisdiccionales del estado con todos los medios a su alcance, tanto recursos humanos como técnicos deben garantizar el control estricto de los plazos, condiciones y recaudos en atención a los superiores principios de celeridad, plazo razonable, certeza y responsabilidad judicial. En base a lo expuesto, corresponde revocar la resolución impugnada y en consecuencia extinguir la acción penal por el vencimiento del plazo de prueba de la suspensión condicional del procedimiento, sin que la misma sea revocada, y con ello las gravosas consecuencias de un decisión injusta y arbitraria...".

**CONTESTACION DE LA REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, escrito obrante a fs. 104/106, quien manifiesta cuanto sigue:** "Que, al realizar un análisis de las constancias de autos esta fiscalía da cuenta que los fundamentos expuestos por la defensa técnica no coinciden con los datos de autos... En este caso específico, según criterio de esta fiscalía el Juzgado de Ejecución ha obrado correctamente al revocar la resolución de la suspensión condicional de procedimiento, por incumplimiento de las reglas impuestas al procesado JULIO CESAR GAMARRA ESCURRA, lo cual acarrea la revocatoria de dicho beneficio, de conformidad al Art. 23 del C. P. P... esto hace que la resolución recurrida no tiene fundamento jurídico valedero, en razón a que la Ley establece claramente en que caso puede revocarse la suspensión condicional del procedimiento y el juzgado de Ejecución solamente cumplió lo establecido en nuestra normativa jurídica, revocando la resolución del instituto de la Suspensión Condicional del Procedimiento, ante el incumplimiento de las reglas impuestas al procesado. Además, se halla dentro del plazo establecido para el cumplimiento de la Suspensión Condicional del Procedimiento, pues su ejecución empieza a partir de la fecha en que la resolución ha quedado firme y ejecutoriada..."

**ESTUDIO DEL RECURSO:** Que, corresponder realizar algunas disquisiciones acaecidas en el presente proceso, y en ese sentido se percibe que la defensa pública en representación del procesado JULIO CESAR GAMARRA, plantea recurso por habersele violado los derechos procesales, en este caso, el derecho a la defensa, a su representado ante el Juzgado de Ejecución. En el presente caso se posee clarificada la cuestión a ser debatida. La recurrente pretende la



de

REVOCACION del fallo traído a estudio debido a que el mismo se contrapone a claras disposiciones legales y principios legales.

No es ocioso señalar que el Art. 456 del CPP establece que la competencia del tribunal de apelación se limita exclusivamente a los puntos de la resolución que han sido impugnados, no obstante, que los abogados intervinientes, según el Art. 170 del CPP, cuando sea posible se debe actuar en el producto de un procedimiento irregular delimitada en los Arts. 165 y 166 del citado cuerpo normativo.



Dicho esto, conviene hacer una breve reseña de las actuaciones procesales que obran en el expediente para verificar la validez de la resolución dictada y seguidamente pasar a analizar sobre la cuestión de fondo planteada por el apelante.

Dicho esto, conviene hacer una breve reseña de las actuaciones procesales que obran en el expediente para verificar la validez de la resolución dictada y seguidamente pasar a analizar sobre la cuestión de fondo planteada por la apelante.

En ese sentido, se constata que una vez dictada la resolución que dispuso la suspensión condicional del procedimiento por medio del A.I. Nº 1282 el 16 de octubre de 2018 (fs.84/85) y aceptado las condiciones según actas de fecha 7 de noviembre de 2018 suscrita por el procesado y 26 de abril de 2019 suscrita por el asesor de prueba designado (fs. 86/87), el expediente fue remitido al Juzgado de Ejecución según providencia de fecha 14 de agosto de 2019 (fs.89), que luego de los trámites de recepción y registros correspondiente se dicta el primer A.I. Nº 1621 en fecha 30 de octubre de 2019, donde el juzgado de Ejecución entre otras consideraciones dispone, advertir al procesado sobre la obligación del cumplimiento de las condiciones, intimar al Sr. Julio César Gamarra para que dentro del plazo de 5 días presente ante el juzgado las constancias de cumplimiento de la condición impuesta y señala audiencia de control, fijando día y hora para el efecto.

No podemos dejar de mencionar que las citaciones e intimaciones para la comparecencia a audiencias de control, las notificaciones deben realizarse personalmente tanto al procesado como al asesor de prueba, por medio de cédula de notificación diligenciada por el ujier notificadora, bajo las reglas establecidas en los Art 152, 153, 157 y sgts sin perjuicio de la disposición establecida igualmente en el Art162 del CPP.

Que, conforme se desprende del informe de la Ujier notificadora que rola a fs, 94 y 94 vuelto de autos, nunca fue notificado ni al procesado ni al asesor de prueba de la resolución mencionada que fuera dictada por el juez de Ejecución, para luego derechamente dictar el A.I. Nº 551 en fecha 22 de mayo de 2020, puesta en crisis por la representante del Ministerio de la Defensa Pública al plantear el recurso de Apelación General.

Así el panorama procesal presentado, es evidente que se ha configurado la violación de las reglas del debido proceso, afectando el derecho a la defensa del indiciado, los que la norma sanciona con la invalidez del auto interlocutorio dictado por el A-quo como producto de un procedimiento irregular.

164 Juli Cazal  
Aguana Judicial  
MARTHA ACOSTA INCFRAN  
MIEMBRO  
TRIBUNAL DE APELACION PENAL



MARTHA ACOSTA INCFRAN  
MIEMBRO  
TRIBUNAL DE APELACION PENAL  
Membro  
V.C. I. 1.º Paraná



En efecto, las actuaciones procesales verificadas caen bajo las reglas de las nulidades absolutas regladas en el Art 152 y 153 del CPP y que no pueden ser convalidadas por cuya razón necesariamente corresponde **ANULAR el A.I. Nº 551 del 22 de mayo de 2020**, debiendo retrotraerse hasta el A.I. Nº 1621 de fecha 30 de octubre de 2019 obrante a fs. 91, fijarse nueva fecha de audiencia y proceder conforme a las reglas del debido proceso, garantizando estrictamente el derecho a defensa del procesado; ello, con el fin de encauzar el procedimiento.

Que así resuelta en esta instancia la cuestión procesal visualizada, omitimos pronunciarnos sobre lo argüido por la apelante en referencia a la cuestión de extinción de la causa penal fundada en el plazo de prueba establecido en la instancia anterior, conforme a los fundamentos esgrimidos en la presente resolución.

POR TANTO, atento a las consideraciones expuestas precedentemente, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera sala de la VI Circunscripción Judicial;

**RESUELVE:**

1- **ADMITIR** el Recurso de Apelación General interpuesto por la defensora pública Abogada Margarita Martínez en representación del procesado JULIO CESAR GAMARRA, contra el A.I. Nº 551 de fecha 22 de mayo del 2020, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abg. ALDO MOREIRA.

2- **ANULAR** el A.I. Nº 551 de fecha 22 de mayo del 2020, dictada por el Juez Penal de Ejecución ABOG. ALDO MOREIRA, conforme a los fundamentos y alcances señalados en el considerando de la presente resolución.

3- **REMITIR** las actuaciones a la instancia anterior, cumplido los trámites administrativos de rigor, a los efectos señalados en el exordio.

4- **ANOTAR** registrar, notificar y remitir copias a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

*Olo: julio subrogado no vale; entrelínea agosto, vale.*

Ante mí:

*[Signature]*  
Abg. Ruth Casal  
Actuaria Judicial

*[Signature]*  
SECRETARÍA DE EJECUCIÓN PENAL  
CIRCUITO DE EJECUCIÓN PENAL

*[Signature]*  
DOÑA MARTA ACOSTA INCIERAN  
MIEMBRO  
TRIBUNAL DE APELACION PENAL

*[Signature]*  
VIC. J. Alto Paraná





PY > Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 6

1612



CAUSA: Nº 3779/2017 "CARLOS RAMÓN LEGUIZAMÓN Y RICHART GONZÁLEZ GARCETE S/ ROBO AGRAVADO",-----

A.I. Nº 672.-

Luque, 13 de agosto de 2021.-



VISTO: El incidente de nulidad del Auto de Apertura a Juicio Oral y de la acusación presentado por los Defensores Públicos Abogados Tamara Guanes y Carlos Bonzi, y:-----

CONSIDERANDO:

Que, conforme Acta de audiencia de Juicio Oral, la Defensora Pública Abg. Tamara Guanes, Defensa Técnica del acusado Richart González, al exponer sus incidentes, la misma expresó cuanto sigue: "...Incidente de nulidad en relación a que no se detalla, no existe un relato preciso, si bien es un relato circunstancial no es un relato preciso de la conducta de mi asistido, ¿Qué realizo?, ¿cómo realizo?, cuál fue su acción u omisión, simplemente dice que el 11 de Septiembre del 2017, simplemente es una copia del acta policial y este defecto ya deviene de la acusación que tampoco fue un relato preciso de la actividad realizada por mi asistido y como también ya devino en el acta de indagatoria por tanto se ha violado el derecho a la defensa en atención a que uno se defiende de hechos, no se defiende de documentos, de partes policiales, sino que de hechos, uno tiene que estar en conocimiento de hechos por lo tanto hay una violación de la defensa, hay una violación al derecho de ser oído, hay una violación en el derecho de ejercer tanto material como técnica la defensa, por tanto en virtud a lo que establece el Art. 16 de la Constitución Nacional, 17 Inc. 5º y 7º de la Constitución Nacional, Artículos, 84, 75, 350, 363 y 347 del C.P.P., se solicita la nulidad del Auto de apertura a juicio oral y público por falta de determinación precisa de los hechos, es decir de lo que hoy estaremos debatiendo y todos los actos anteriores que ya estaban defectuosos, tanto la acusación como la indagatoria que acarrearán una nulidad por violación a la defensa al derecho de ser oído. Como segundo incidente; se solicita la exclusión de las documentales cuando mi asistido era adolescente, esto ha sido ofrecido como prueba documental por las Leyes de Beiyin, no deben ser tenidos las circunstancias de cuando él era adolescente, tener en cuenta como adulto, por tanto se solicita la exclusión de los antecedentes que han ocurrido antes de que mi asistido haya cumplido la mayoría de edad, específicamente el número 1 Causa Nº 1078/2017 y el número 4, causa n° 2013/2008 en los cuales mi asistido aún era adolescente no había cumplido la mayoría de edad y también figura en el número 5 de estas documentales que se encuentran agregadas de la causa 1159 del año 2.008, que mi asistido era adolescente..."-----

Que, a su turno Abg. Carlos Bonzi, defensa Técnica del acusado Carlos Ramón Leguizamón, al presentar su incidente ha oralizado sus fundamentos en los siguientes términos: "...Esta defensa pública deduce en este acto, incidente de nulidad en contra del auto de apertura a juicio oral y público, por violación a lo establecido en el Art. 363 Inc. 1º que refiere a la necesidad de plasmar un relato circunstanciado y específico de los hechos, este vicio del auto de apertura a juicio oral y público viene del mismo vicio en que se ha incurrido en la acusación al no dar cumplimiento a lo establecido en el inciso 2º del Art. 347, es decir es un vicio que podemos notar al analizar las constancias del expediente judicial y de la carpeta fiscal, que viene desde el acta de indagatoria en el cual se menciona formulariamente que se pone a disposición de la defensa y del imputado las documentaciones obrantes en la carpeta fiscal y se comunica la calificación, es decir, se menciona el tipo legal por el cual mi representado estaba siendo indagado, no se describe el hecho sustancial, en ese momento de la etapa preparatoria había tiempo de corregir ese vicio pero eso no ha sido así, pues ha

Abg. Carlos Bonzi  
Defensa Técnica  
Luque



Nancy K...  
Jueza Penal de Sentencia

Roberto Villamayor L.  
Juez Penal

ROBERTO VILLAMAYOR L.  
Juez Penal de Sentencia Nº 5





concluido dicha etapa, y ha concluido la investigación y el escrito acusatorio refleja textualmente el acta de procedimiento policial como he manifestado, ¿Cuál es el agravo señora presidente señores miembros en esta situación?, no le agravia a la defensa que sea una transcripción fiel del acta de procedimiento policial, no es ahí el inconveniente, sino que el acta de procedimiento policial no describe el modelo de conducta específico atribuible en este caso nos encontramos ante dos acusados y no se describe cual es la conducta desplegada por cada uno de ellos, es más genérico el que se describe en el acta de procedimiento justamente a raíz de esa noticia criminal genérica que recibe el ministerio público, es que se debe desgranar, desmenuzar, especificar las conductas ara que tanto la defensa técnica como la material pueda hacerse efectiva, cosa que efectivamente como se puede apreciar no puede hacerse efectiva y ello no es una mera afirmación, es muy claro eso de explicar, no se puede ejercer una defensa material porque si yo no digo o si no se determina quien tenía un cuchillo, quien tenía un arma, quien hizo esto o aquello, ¿Cómo el imputado en ese momento va poder ejercer su defensa material? Si no sabe qué es lo que va decir, de que se tiene que defender, que hizo, es ahí donde se aloja el agravo y es razonable, porque el derecho a ser oído que ha sido vulnerado desde el acto de indagatoria hasta el día de la fecha, está previsto no solo en la constitución nacional, también en el Código Procesal Penal y Leyes Internacionales, entonces si la defensa material no puede hacerse efectiva mucho menos la defensa técnica y aquí estamos ante cuestiones que deben ser consideradas por el tribunal como insanables, las cuestiones referentes a la intervención, representación, la defensa material, la defensa técnica, el derecho a ser oído, hacen a las cuestiones que están establecidas en el Art. 166 del C.P.P. es decir no podemos nosotros pretender o tratar de decir o referir que dicha cuestión puede ser saneada con una firma, aquí estamos ante la vulneración al derecho a ser oído, a la defensa que es insanable, se puede apreciar lo referido por esta defensa, en el auto de apertura a juicio oral y público se refleja es decir; formalmente bajo la figura del cumplimiento formal de los requisitos si podemos decir que existe de manera formal un hecho, pero como una cuestión meramente formal y aquí nosotros debemos analizar el contexto, el relato de los hechos es algo mucho más profundo, más específico, en este momento señora presidente señores miembros esta defensa técnica se encuentra imposibilitada de ejercer o qué estrategia procesal adoptar al momento de debatir porque no sabe lo que mi defendido hizo, entonces este incidente de nulidad se sostiene de conformidad a lo establecido en el Art. 165, 166, 170 y 171 del C.P.P ya que al darse la violación a lo previsto en el Art. 363 Inc. 1º 347 Inc. 2º Art. 86 del C.P.P y al poder observarse la notoria violación al derecho de ser oído que está plasmado en el Art. 16 de la C.N, 17 Inc. 5º y 7º, también se deben observar las disposiciones del Art. 18 de la C.N, el Art. 84 de la C.N, Art. 75 Inc. 5º del C.P.P, existe un obstáculo procesal que a raíz de esa violación imposibilita la prosecución del juzgamiento de mi representado, porque al no poder determinarse el objeto hecho del juicio, no se podrá determinar posteriormente ningún presupuesto de punibilidad, porque el hecho objeto de juicio que es sometido al debate oral sirve para confirmar el hecho objeto o no dentro de ese debate con la producción de la prueba y al no ser establecido el hecho objeto de juicio, estamos ante una situación de imposible juzgamiento, no se puede determinar ningún presupuesto de punibilidad, no puede ser objeto de análisis porque ese hecho no está determinado, es por ello que ante esta situación muy concreta, muy específica y muy bien determinada en las constancias de autos del obstáculo procesal señalado es que se solicita el sobreesimiento definitivo de mi asistido de conformidad a lo establecido en el Art. 359 In. 3º, ya que se debe disponer la extinción de la acción toda la imposibilidad de retrotraer el procedimiento a etapas precluidas como está establecido en la C.N y el Art. 170 y 171 del C.P.P, debiendo en consecuencia levantar la medida cautelar que pesa sobre el mismo... "(Sic)-----

Que, seguidamente se corrió traslado de los incidentes planteados por ambos defensores técnicos, a la representante del Ministerio Público, Abg. Torres, quien manifestó: "...Si bien es cierto la doctrina de la indeterminación de los hechos, la atribución de la conducta a un procesado es una doctrina dominante, pero este no es el caso, como verán en el desarrollo del juicio fueron plasmados los hechos..."

*[Signature]*  
 María Adorno Méndez  
 Jueza Penal de Sentencia

*[Signature]*  
 Juez Penal

**ROBERTO VILLAMAYOR L.**  
 Juez Penal de Sentencia N°5  
 Escaneado con CamScanner







Público estima que su investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, es decir, que debe presentar la acusación y solicitar la apertura a juicio, pero la acusación deber contar con la certeza requerida para el enjuiciamiento de procesado, puesto que en caso de que no cumpla con los requisitos del artículo 347 del Código Procesal Penal, resulta admisible la acusación y su consecuente apertura a juicio oral y público, debido a la inobservancia de las formalidades requeridas por dicho artículo, por lo que debe ser anulada.

Que, en ese contexto, específicamente lo señalado por el Art. 347 en sus incisos 2 y 3 que dispone: "...2) la relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado; 3) la fundamentación de la acusación, con la expresión de los elementos de convicción que la motivan", en concordancia con el art. 363 inc. 1º, que señala "...la admisión de la acusación, con la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de los procesados acusados...". En efecto, podemos observar que existe un relato, no obstante, con relación a la participación de los hoy acusados, en la acusación y del mismo modo desde la primer relación descripta en la imputación, que han realizado cada transcripta en el auto de apertura, no describe la conducta que han realizado cada procesado, textualmente dice dicho relato: "...en fecha 11 de diciembre de 2017, personal de esta Comisaría 15 Metropolitana se constituyeron en la calle Bonifacio Ovando c/ Lima del Barrio Santa Rosa de Lambaré a raíz de un pedido de auxilio del sistema 911 de la Policía Nacional, al llegar al lugar encontraron a Richart González Garcete y Carlos Ramón Leguizamón que fueron aprehendidos por los vecinos que según denuncia realizado por el señor Virgilio González padre del adolescente Ronald González menor de 14 años manifestó que su hijo se encontraba caminando sobre la calle Bonifacio Ovando c/ Lima del Barrio Santa Rosa de la ciudad de Lambaré, momento en que fue sorprendido por dos sujetos que se encontraban a pie circulando por la zona, uno de ellos con cabello color negro, recorte bajo quien vestía una remera de color azul y un short de color marrón de cutis trigueño quien con arma blanca en mano (cuchillo) lo apretó por su cintura y lo abrazó diciéndole que tiene una linda cadenita despojándolo del mismo y el otro sujeto de estatura mediana, robusto de cutis trigueño que vestía un jeans color prelavado, un par de calzados color rojo que tenía consigo un arma de fuego revolver calibre 22, color plata que le mostró diciéndole que también le podía quietar el celular a lo que una vez consumado el robo de cadena se dieron a la fuga, el adolescente fue hasta su domicilio a contar lo sucedido a sus familiares por lo que le acompaña su hermano a bordo de su motocicleta para recorrer la zona así para poder identificar a los autores ya que no podía ir lejos porque se encontraban a pie, al llegar sobre la calle Lima y Bonifacio Ovando visualizan a los sujetos, uno de ellos corre intentando escalar un domicilio ajeno perseguido por el hermano de la víctima quien pudo atraparlos, mientras que el otro sujeto identificándose son Richart González quien cuenta con dos órdenes de captura y varios antecedentes y Carlos Leguizamón Benítez también con varios antecedentes..." (Sic).---

Que, en ese sentido, se puede constatar con una simple lectura que el Ministerio Público no ha realizado el mínimo esfuerzo al realizar el relato del hecho y menos la determinación de la participación de los procesados, la agente fiscal se ha quedado con la versión que fue dada por el denunciante, quien es padre de la víctima, sin que haya detallado la conducta realizada por cada procesado y el arma utilizada por cada uno de ellos, simplemente atinó a dar las características de cada uno de ellos, lo cual también fue dado por el denunciante en diciembre del año 2017, y al realizar un relato insustancial, constituye una fundamentación insuficiente; puesto que como se ha dicho, que a todas luces se observa que tanto la acusación como el auto de apertura no se han determinado efectivamente los fundamentos que ameriten la conducta y/o participación de los hoy acusados, y es menester de este cuerpo colegiado que, al avizorarse la interposición de un incidente de nulidad por parte de las defensas técnicas de los acusados, quienes han referido, que la acusación y el auto de apertura, revelan la indeterminación de las circunstancias fácticas que describen la conducta de sus defendidos, violándose totalmente lo dispuesto en el art. 363 inc. 1º que taxativamente dice: "...la admisión de la acusación, con la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de los procesados acusados...", al respecto, el Tribunal pudo constatar que en

*[Handwritten signatures and stamps]*  
 Nancy Karina Adorno Mendoza  
 Jefa Penal de Sentencia

*[Handwritten signature]*  
 Jefe Penal

ROBERTO VILLAMAYOR L.  
 Juez Penal de Sentencia Nº5





el auto de apertura a juicio oral no consta cual es la conducta desplegada, acción u omisión, que han hecho o han dejado de hacer los acusados Richart González y Carlos Leguizamón, más bien es la transcripción del acta de imputación que en puridad es a su vez la transcripción de la denuncia y no ha variado en lo sustancial al momento de presentar la acusación, la cual requiere no ya de una sospecha sino de un grado de certeza, la relación precisa y circunstanciada el hecho punible que se le atribuye a los procesados, caso contrario, los acusados no sabrán de que defenderse, cuya violación infringe no solo la norma procesal, sino la propia Constitución Nacional, que en sus artículos 16 y 17 impone el resguardo de los derechos y garantías previstas para los procesados. Es así que en el art. 17 numeral 7 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa, y de los derechos del imputado consagrados por el Código Procesal Penal, específicamente el art. 74 numeral 4, que establece el derecho a presentarse al Ministerio Público o al juez, para que se le informe y escuche sobre los hechos que se le imputan.

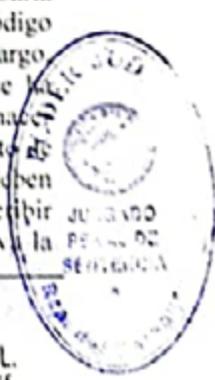
**Que,** efectivamente se comprueba que, la acusación formulada por la representante del Ministerio Público en fecha 08 de junio de 2018, y el auto de apertura a juicio oral y público, resuelta por el Juzgado Penal de Garantías de Lambaré, no contienen un relato de hechos que describa un modelo de conducta atribuible a los incoados; en consecuencia no es posible determinar legalmente los presupuestos de su punibilidad conforme lo que dispone el art. 14 del Código Penal. Al respecto, el art. 125 del C.P.P., que dispone sobre la fundamentación de las resoluciones, advierte que: *“Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará en ningún caso a la fundamentación”*. En ese orden de ideas, ante esta situación, que constituye una clara violación a lo exigido por nuestro ordenamiento procesal como requisito de la acusación y el auto de apertura a juicio oral, las cuales se encuentran respectivamente establecidos como se ha dicho en el art. 347 del C.P.P., en su inciso 2°.

**Que,** en resumen este tribunal conforme al control horizontal que le obliga y permite controlar los actos realizados por los colegas que preceden a este tribunal que son los de garantías y lo realizado por el Ministerio Público, en ese sentido, hemos observado que la descripción realizada en la acusación menciona lo ocurrido, sin embargo, la conducta atribuida a los procesados no está detallada, es una conducta presuntiva, nos dice que fulano de cabello corto, cutis, el otro sujeto de estatura mediana, cuando que al momento de acusar debía basarse en una certeza para el Ministerio Público, es decir, describir quién realizó esta u otra conducta, todas las pruebas a ser producidas ya son posteriores al juicio no al momento de la acusación, entonces lo que el Tribunal debe valorar en juicio son posteriores a la acusación y la acusación según el art. 347 le impone al Ministerio Público hacer una relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado, hay un relato en cuanto a que ocurrió pero no está determinado ni detallado qué conducta realizaron cada uno, resulta un vicio grave que la acusación no determine la conducta realizada por los procesados; quienes conforme al Art. 17 de la Constitución Nacional dichos procesados se tiene que defender de la conducta que han realizado, circunstancias que no se observa ni en la acusación ni en el auto de apertura a juicio, violando lo previsto en la Carta Magna en el Art. 17 y 16, así como lo previsto en los artículos el 347 y 363 del Código Procesal Penal consistente en la acusación y la admisión de la acusación, sin embargo se puede constatar cómo se ha dicho que desde el momento de la denuncia se ha realizado el mismo relato. En ese punto, se señala que en la imputación se puede hacer un relato presuntivo, pues es el inicio de una investigación, pero llegado el momento de la acusación el Ministerio público debe acusar sobre la base de hechos ciertos, deben tener una certeza de que ocurrió y quien lo cometió, como lo realizó, es decir describir la conducta atribuida a los procesados, no obstante, en el presente caso se observa la

*[Handwritten signatures and notes]*  
 5 *[Signature]*  
 Jefe y Karina Adorno Mendez  
 Jefa Penal de Sentencia

*[Handwritten signature]*  
 Juez Penal

ROBERTO VILLAMAYOR L.  
 Juez Penal de Sentencia N° 5





la misma descripción en varios requerimientos, que son idénticas desde la denuncia, la imputación y la acusación y así se ha elevado en el auto de apertura a juicio oral y público y en ninguna de ellas se detalla que hizo cada uno de los endilgados, no se puede saber en este momento, quien es la persona que tenía el cabello corto, que era trigüño al tiempo del hecho, si hubiera reconocimiento de persona podría la víctima haber descrito la conducta de cada uno, que se pudo haber plasmado en la acusación, y los mismos sabrían de que iban a defenderse, ya sino describe la conducta como es en el presente caso, y solo con las pruebas pretendiera descubrir que hizo cada encausado, todo esto sería posterior, al momento del juzgamiento, al valorar las pruebas, la sustanciación del juicio no es donde se descubre y describe la conducta a ser atribuida a los acusados, sino la precisión debe ser al momento de la acusación.

Por otro lado, se hace mención de la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de que esta reencausado el sistema penal acusatorio, y el sistema penal acusatorio se sustenta en la base de que la persona que está siendo sometida a un proceso debe defenderse concretamente de una conducta que pueda ser inserta en un tipo legal, en el relato fáctico no se estableció quién tenía el cuchillo, no podemos saber y como se mencionó no se puede esperar a la producción de pruebas para determinarlo, porque ahí si estaríamos violando la defensa en juicio, porque no se sabe quién es quién, entonces al adolecer la acusación de ese vicio que es una nulidad absoluta que se puede plantear en cualquier etapa del proceso, el Tribunal tiene competencia para estudiar, en tal sentido, nota este Tribunal esa relación precisa y circunstanciada del hecho y de la conducta atribuida a cada procesado no se dio, el auto de apertura es un reflejo de esa acusación que adolece de ese vicio y llega hasta esta instancia; y según el control horizontal está en poder reencausar, haciendo uso del mismo, se debe hacer lugar a la nulidad absoluta que no puede ser saneada ni convalidada. Finalmente, con ese vicio no solamente se violaron normas procesales sino constitucionales, como el artículo 256 Constitución Nacional que habla del debido proceso, así como se señaló el artículo 16 que es el derecho a la defensa, el 17 que es una garantía constitucional en el sentido de que el acusado debe saber de que se le acusa, porque se le acusa, o sea debe estar determinado la conducta atribuida tanto a los imputados como los acusados. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia Acordada 1525 de fecha Mayo del 2.021, insta a los Jueces a reencausar los procesos, y ese reencausamiento del proceso deviene indefectiblemente en la nulidad del proceso, que es una nulidad absoluta que no puede ser ni saneable ni convalidable porque tiene esa característica que atenta con el derecho a la defensa.

Que, conforme con lo analizado líneas arriba, traemos a colación los fallos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mencionados, en primer lugar el Acuerdo y Sentencia Nº 531, de fecha 31 de mayo de 2021, en el expediente: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO CARLOS ARCE POR LA DEFENSA DE FABIO ROLÓN Y POR JORGE DELGADO BAJO PATROCINIO DE LA ABG. NOELIA MONTAÑA EN LA CAUSA: MINISTERIO PÚBLICO C/ JORGE DELGADO DÍAZ Y FABIO ROLÓN FIGUEREDO S/ TRANSGRESIÓN A LA LEY 1340/88 - Nº 6173/15", a través del cual se hizo lugar al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Defensor Público Carlos Arce en representación del acusado Fabio Rolon Figueredo, debido falta de relato de hechos que describa el modelo de conducta atribuible al procesado. De este Acuerdo y Sentencia tiene como antecedente lo resuelto por la Sala Penal, a través del Acuerdo y Sentencia Nº 370 de fecha 4 de junio de 2019, en la causa Nº 9558/2009 caratulada "PORFIRIO RÓJAS OVIEDO S/ SUP. HECHOS PUNIBLES DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".

Que, por las razones expuestas más arriba, para este Tribunal Colegiado de Sentencia, son nulas las actuaciones consistentes en el Auto de Apertura a Juicio Oral, anulando el auto de apertura a juicio oral y la acusación, pues al ser anulados los autos anteriores que es consecuencia, es así que al ser anulado el auto de apertura a juicio y la acusación, el cual al ser nulos ya no se pueda volver a la etapa y precluida en contra de los derechos y garantías de los procesados, entonces al no poder volver a etapa

Abg. María Hortencia de...  
 Abg. María Adorno Mendocina  
 Juez Penal de Sentencia  
 Jefe de Sala Penal  
 ROBERTO VILLAMAYOR L.  
 Juez Penal de Sentencia Nº 5



anteriores, es decir, que el Ministerio Público ya no podrá acusar ni presentar otro requerimiento conforme al artículo 139 del código procesal penal, razón por la cual indefectiblemente se debe declarar la extinción de la acción penal de conformidad al art. 25 inc. 4 del Código Procesal Penal. Por ello, de acuerdo los fundamentos esgrimido, se debe declarar la nulidad de las actuaciones, el auto de apertura a juicio y las consecuencias posteriores, la acusación y los demás actos, de conformidad a lo previsto en el Artículo 165, el art. 166 sobre 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...", el artículo 170 y el art. 171 que establece: "...Cuando no sea posible sanear un acto, ni se trate de casos de convalidación, el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá declarar su nulidad por auto fundado o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva...En todo caso se debe intentar sanear el acto antes de declarar la nulidad de las actuaciones...La nulidad declarada de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él. Sin embargo, no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía prevista en su favor al declararla, el juez o tribunal establecerá, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por relación con el acto anulado...", todos del Código Procesal Penal, por ende se extingue la acción penal contra los acusados Richart González Garcete y Carlos Ramón Leguizamón; debiendo sobreseerse definitivamente a ambos acusados de acuerdo al art. 359 inc. 3º del mismo cuerpo legal; "...por extinción de la acción penal...", así como el artículo 361 del CPP., que establece: "...El sobreseimiento definitivo cerrará irrevocablemente el procedimiento con relación al imputado en cuyo favor se dicte, inhibirá una nueva persecución penal por el mismo hecho y hará cesar todas las medidas cautelares. Aunque la resolución no esté firme, el juez decretará provisionalmente la libertad del imputado o hará cesar las medidas sustitutivas que se le hayan impuesto. El sobreseimiento definitivo contendrá la manifestación de que el procedimiento no afecta el buen nombre y honor de los que goce el imputado y ejecutoriada esa resolución, se cancelará cualquier registro público o privado del hecho, con relación al sobreseído..."

Que, en cuanto a las evidencias de acuerdo a los artículos 86 y 88 del Código Penal, se ordena el comiso de: 1) Un Cuchillo con punta fina y mango de metal macizo, para su posterior destrucción; 2) Un arma de fuego tipo revolver calibre 22 descompuesto, color niquelado de la marca Galan, de procedencia Argentina, con serie Nº 9191, para su posterior remisión para su resguardo a la Dirección de Material Bélico (DIMABEL), una vez firme y ejecutoriada la presente resolución.

Que, con relación a las costas el Tribunal ha decidido imponerlas en el orden causado conforme al artículo 261 y 262 del Código Procesal Penal.

**POR TANTO**, en base a las consideración antes expuestas el Tribunal Colegiado de Sentencia Nº 5 de la ciudad de Luque, en nombre de la República del Paraguay ;

**RESUELVE:**

1- **HACER LUGAR** al incidente de nulidad absoluta planteado contra el Auto de Apertura a Juicio Oral y Público y la acusación, solicitado por los Defensores Público, Abg. Thamara Guanes, defensa de Richart González Garcete y el Abg. Carlos Bonzi, defensa de Carlos Ramón Leguizamón, de conformidad al exordio de la presente resolución.

2- **EN CONSECUENCIA ANULAR** el Auto de Apertura, A. I. Nº 956, de fecha 04 de julio de 2018, y la **ACUSACION** fiscal conforme a los artículos 347 inc. 2º y 363 inc. 1º ambos del Código Procesal Penal.

*[Handwritten signature]*  
 7 Nancy Marina Adorno Mendonza  
 Jueza Penal de Sentencia

7 Nancy Marina Adorno Mendonza  
 Jueza Penal de Sentencia

*[Handwritten signature]*  
**ROBERTO VILLAMAYOR**  
 Juez Penal de Sentencia N° 5

*[Circular stamp: TRIBUNAL COLEGIADO DE SENTENCIA Nº 5 DE LUQUE]*



3- **EXTINGUIR** la acción penal conforme al artículo 25 inc. 4) del Código Procesal Penal, por falta de acusación y por la existencia de un impedimento legal para retrotraer el procedimiento a una etapa preclusa.

4- **SOBRESEER DEFINITIVAMENTE**, a los señores Richard González Garcete, con C.I.Nº 5.169.324, sin apodo, paraguayo, soltero, de 30 años de edad, nacido el 19 de febrero de 1991, en San Estanislao, hijo de Doña Teodora Garcete y de Don Juan José González, domiciliado en la casa ubicada en las calles San Isidro c/ San Ignacio, Barrio 8 de Diciembre de la ciudad de Lambaré; y, Carlos Ramón Leguizamón Benítez, con C.I.Nº 3.505.048, sin sobre nombre, paraguayo, soltero, de 30 años de edad, nacido en Asunción en fecha 10 de mayo de 1991, Albañil, hijo de Doña Margarita Benítez de Leguizamón y de Don Carlos Leguizamón, domiciliado en la casa ubicada en las calles Emboscada Nº 1376 C/ Itape del Barrio Cañada de la ciudad de Lambaré; de conformidad a los artículos 359 in. 3º y 361 del CPP.

3- **LEVANTAR LAS MEDIDAS** impuestas por A.I. Nº 1522, a los acusados Richard González Garcete y Carlos Ramón Leguizamón Benítez; en consecuencia. **ORDENAR**, la inmediata libertad de los señores Richard González Garcete, con C.I.Nº 5.169.324, sin apodo, paraguayo, soltero, de 30 años de edad, nacido el 19 de febrero de 1991, en San Estanislao, hijo de Doña Teodora Garcete y de Don Juan José González, domiciliado en la casa ubicada en las calles San Isidro c/ San Ignacio, Barrio 8 de Diciembre de la ciudad de Lambaré; y Carlos Ramón Leguizamón Benítez, con C.I.Nº 3.505.048, sin sobre nombre, paraguayo, soltero, de 30 años de edad, nacido en Asunción en fecha 10 de mayo de 1991, Albañil, hijo de Doña Margarita Benítez de Leguizamón y de Don Carlos Leguizamón, domiciliado en la casa ubicada en las calles Emboscada Nº 1376 C/ Itape del Barrio Cañada de la ciudad de Lambaré, con la expresa mención de que no exista otra orden de prisión preventiva emanada por otra autoridad competente, por la cual deban permanecer privados de su libertad. Librese los Oficios correspondientes, a la Penitenciaría Regional de Concepción, a la Penitenciaría Regional de Emboscada (Antigua), a la Comandancia, a la Sección de Estadísticas Penales del Poder Judicial y al Dpto. de Migraciones.

4- **ORDENAR**, conforme a los artículos 86 y 88 del C.P., el comiso de las evidencias que a continuación se detallan: 1) *Un Cuchillo con punta fina y mango de metal macizo*, para su posterior destrucción, 2) *Un arma de fuego tipo revolver calibre 22 descompuesto, color niquelado de la marca Galan, de procedencia Argentina, con serie Nº 9191*, para su posterior remisión para su resguardo a la Dirección de Material Bélico (DIMABEL), una vez firme y ejecutoriada la presente resolución.

5- **IMPONER**, las costas en el orden causado.

6- **ANOTAR**, registrar, notificar y remitir copia a la Excmo. Corte Suprema de Justicia.

Abg. Roberto Villamayor Lugo  
Miembro Titular

Abg. Nancy Karim Adorno Mendoza  
Miembro Titular

ROBERTO VILLAMAYOR L.  
Juez Penal de Sentencia Nº 5

Abg. Isabel Meza de Leguizamón  
Presidencia

Ante mí:

Abg. María Mercedes de David  
Locutorio Judicial





PY &gt; Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 7

1620

ASUNCION, 19 de Agosto de 2021

SEÑOR/A

UBALDO MATIAS GARCETE PIRIS

**PRESENTE:**

**NOTIFÍCOLE**, que en el expediente Nro. 5077 y Año 2021 con caratula: "LUIS MARCELO RODRIGO ROJAS PEREZ S/HURTO", el Juzgado JUZGADO PENAL DE GARANTIAS NRO. 4, ha dictado la actuación Auto Interlocutorio, "A.I HACER LUGAR EXCEPCION FALTA DE ACCION", Nro.: 687 cuyos datos constan en el cuerpo de la Resolución obrante en el registro electrónico del expediente:

**CAUSA: "LUIS MARCELO RODRIGO  
ROJAS PEREZ S/HURTO.-1-1-2-1-  
2021-5077.-**

**A.I. Nº: 687**

ASUNCION, 17 de Agosto de 2021

**V I S T A:** el escrito presentado por el Defensor Público ABOG. MATÍAS GARCETE, con respecto a la excepción de falta de acción.-

**CONSIDERANDO:**

**QUE**, conforme a las constancias obrantes en autos se observa que por medio del acta de imputación de fecha 19 de julio del 2021, se ha imputado al señor **LUIS MARCELO RODRIGO ROJAS PEREZ** por el hecho punible de hurto de conformidad al siguiente relato factico: "*En fecha 19 de julio de 2021, siendo las 15:00 horas aproximadamente, el señor Luis Marcelo Rodrigo Rojas Pérez habría ingresado al local comercial Biggie, ubicado sobre las calles EE.UU y Azara, tomando del local una bolsa de tela, en el cual carga tres pedazos de carne embazados al vacío por valor de 270.000 (Doscientos Setenta mil Guaraníes) aproximadamente, habría tratado de huir del lugar sin pagar, lográndose su aprehensión en la entrada del local comercial, el mismo fue derivado a la Comisaría 3ra Metropolitana. Según acta de procedimiento de aprehensión de fecha 19 de julio de 2021, personales de la patrulla móvil 38 procedieron a la aprehensión de una persona de sexo masculino, en el local comercial Biggie, aparentemente con la intención de hurtar objetos del interior consistente en*



*carne, por lo que oficiales de la Comisaria tercera, una vez aprehendido, fue identificado como Luis Marcelo Rodrigo Rojas Pérez. Según manifestaciones del señor Jesús Ángel María, denunciante en la causa, manifestó que siendo las 15:00 horas aproximadamente, ingresó al local comercial Biggie una persona de sexo masculino quien agarró una bolsa, cargando en su interior tres pedazos de carne, queriendo huir del lugar sin pagar por dichos productos siendo aprehendido en la entrada misma del lugar. Los hechos relatados en la Nota Policial Nro. 181/21 de fecha 19 de julio de 2021 y en el Acta de Procedimiento de fecha 19 de julio de 2021 por el personal policial de la Comisaría 3ma. de Asunción, en el lugar del hecho constituyen, en principio elementos de sospecha suficientes sobre la existencia del hecho punible de HURTO TENTATIVA y la supuesta comisión del mismo por parte del señor LUIS MARCELO RODRIGO ROJAS PEREZ”.-*

**QUE**, por A.I. Nº: 583 de fecha, 20 de Julio de 2021, esta judicatura resolvió hacer lugar a la aplicación de medidas alternativas a la prisión ( ARRESTO DOMICILIARIO) en favor del procesado **LUIS MARCELO RODRIGO ROJAS PEREZ**.-

QUE, el Defensor Público ABOG. MATÍAS GARCETE, quien ejerce la defensa técnica del procesado de autos en la presente causa, presenta en fecha 03 de agosto del corriente año, una excepción de falta de acción, fundado en la siguiente argumentación: *“Desde ya solicito a V.S., y propongo como solución: “Hacer lugar a la excepción opuesta, declarando la falta de acción en la presente causa y el archivamiento de las actuaciones”, por haberse inobservado y aplicado erróneamente preceptos legales contemplados en los artículos 16º, 17º ,267º y 268º de la Carta Magna; art. 172º del Código Penal; arts. 1º, 12º, 15º y 16º del Código Procesal Penal En el ejercicio del derecho internacional “ratificado por el Paraguay” que me acuerdan invocar conforme a los artículos 1º,8º y 25º del Pacto de San José de Costa Rica; se opone en tiempo y forma, la excepción de falta de acción, puesto que mi representado se “agravia” en razón a que el Ministerio Público ha iniciado una causa a través de una imputación bajo una interpretación errónea de la adecuación de la norma legal de instancia y ha incurrido en vicios in procedendo<sup>1</sup> e incogitando. Ante el agravio en cuestión, es necesario aclarar el alcance de la expresión “instancia de víctima o de parte” en los términos siguientes: 1- LA ACCIÓN PENAL, es el poder de excitar la actividad jurisdiccional requiriendo del tribunal una decisión sobre el fundamento de una determinada pretensión jurídico – penal. Las acciones penales se dividen en: Acciones Públicas o Privadas: -.ACCIONES PÚBLICAS: a) Los hechos punibles perseguibles de oficio son considera- dos, siempre, de acción penal pública porque ella es ejercida directamente por el Ministerio Público, conforme al principio de oficiosidad que le rige. b) Acción penal pública es la realizada por el Ministerio Público dentro de sus facultades regladas. Dicha acción puede comenzar de dos maneras: a) de oficio y b) a instancia de víctima o de parte. La regla es la acción penal pública, en virtud del principio de oficiosidad. La excepción es la acción penal pública a instancia de parte. Es decir, que se requiere que la víctima afectada por el hecho punible deba*



recurrir a los órganos públicos encargados de recibir denuncias: la Policía y el Ministerio Público. Una vez puesta a conocimiento de las autoridades correspondientes, la acción se convierte en Pública, y debe ser perseguida e impulsada por el Ministerio Público. Por consiguiente, **en los hechos cuya tipificación se halle incurso dentro de las denominadas "instancia de víctima o de parte", la simple publicidad del hecho punible por otros medios (Notitia Criminis) no es suficiente para dar por cumplida la condición legal impuesta**<sup>2</sup>. Es sabido que, entre los requisitos formales exigidos por el código procesal penal para el estudio de los agravios, se sostienen en: 1. **Legitimación activa: La imputación fiscal**, que hoy se cuestiona, inicia acción (inexistente) por un supuesto Hecho Punible de HURTO atribuyendo la calidad de Autor del mismo, a mi representado Sr. Luis Marcelo Rodrigo Rojas Perez. Consecuentemente existe una evidente legitimación subjetiva de la excepción, en atención a mi condición de defensa pública dentro de la relación procesal como defensa técnica del Sr. Luis Marcelo Rodrigo Rojas Pérez (debidamente reconocida). Para ALVAREZ JULIA, NEUSS Y WAGNER "... existirá gravamen toda vez que la petición, cuya resolución se requiere del órgano jurisdiccional, no ha tenido una favorable acogida ya sea en forma total o parcial...<sup>3</sup>" Según GOZAÍNI"... el agravio es el perjuicio concreto que sufre el sujeto. Difiere del concepto de gravamen, pues éste pertenece al terreno de lo estrictamente procesal (presupuesto para recurrir); en cambio, se asocia con el interés, que resulta ser una proyección del daño, o interés insatisfecho o menoscabado, dirigido principalmente al ejercicio del derecho de impugnación"<sup>4</sup>. 2.- PERSONERÍA: Al tiempo tengo suficientemente acreditada mi condición de defensa técnica del Sr. LUIS MARCELO RODRIGO ROJAS PEREZ con reconocimiento conforme a las disposiciones de lo previsto por la Ley 4423/11 Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública. 3.- INTERES: Con la excepción de la falta de acción, esta defensa pretende tutelar principios y garantías inalienables e inviolables que tiene toda persona sometida a un proceso del cual pudiera derivar pena o sanción, pues, pese a que el "Derecho a la Defensa" fue formalmente respetado durante la indagatoria, sin embargo, en el momento de la imputación se incurre en vicios in procedendo e incogitando, que en condiciones de haberse aplicado correctamente, las disposiciones legales fundando dentro de la sana crítica racional y el principio de logicidad, nunca se habría materializado. 4.- FORMA: La excepción es opuesto por escrito, debida y razonadamente fundado, por lo que indudablemente este requisito de admisibilidad igualmente concurre al caso en estudio. Por motivos de claridad, orden y síntesis explicativa, conviene panoramizar los antecedentes del caso y que dan cuenta de la configuración de la excepción articulada. En esa línea expositiva, tal cual puede observarse en las constancias de autos, el Ministerio Público, a través de la **IMPUTACIÓN Nº 28/21** de fecha 19 de julio de 2021, se expone: **Fáctico:** En fecha 19 de julio de 2021, siendo las 15:00 horas aproximadamente, el señor Luis Marcelo Rodrigo Rojas Pérez habría ingresado al local comercial Biggie, ubicado sobre las calles EE.UU y Azara, tomando del local una bolsa de tela, en el cual carga tres pedazos



**PY > Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay**

**Sentencia 7**

1623



*de carne embazados al vacío por valor de 270.000 (Doscientos Setenta mil Guaraníes) aproximadamente, habría tratado de huir del lugar sin pagar, lográndose su aprehensión en la entrada del local comercial, el mismo fue derivado a la Comisaría 3ra Metropolitana. Por lo que, en la misma acta de imputación se menciona: "Según manifestaciones del señor Jesús Ángel María, denunciante en la causa, manifestó que siendo las 15:00 horas aproximadamente, ingresó al local comercial Biggie una persona de sexo masculino quien agarró una bolsa, cargando en su interior tres pedazos de carne, queriendo huir del lugar sin pagar por dichos productos siendo aprehendido en la entrada misma del lugar". En el acta de Imputación presentada por la Agente Fiscal, se explica la plataforma fáctica, que se ha tenido en cuenta para formular imputación en contra del Sr. LUIS MARCELO RODRIGO ROJAS PEREZ. En la misma se sindicó a mi defendido como el supuesto autor de una tentativa de sustracción ilegalmente de "tres pedazos de carne". Del sucinto relatorio que antecede, se tiene que se atribuye a mi representado el hurto de **tres pedazos de carne envasada**, lo cual a simple vista y haciendo el cotejo de precio mediante la consulta en las páginas de ofertas de las redes sociales, nos podemos percatar que la misma oscila en un valor inferior a doscientos mil guaraníes (200.000 Gs.) aproximadamente, y ello, suponiendo la marca del envasado, puesto que no se encuentra siquiera acreditado respecto al valor real o la marca del corte de envasado. Asimismo, en la imputación se expone que: "Los tres pedazos de carne embazados al vacío por valor de 270.000 (Doscientos Setenta mil Guaraníes) aproximadamente". En ese contexto cabe analizar lo previsto en el Art. 172 del Código Penal, "PERSECUCIÓN DE HECHOS BAGATELARIOS": cuando la apropiación o el hurto previsto en los Artículos 160° y 161° se refiera a una cosa de valor **menor a diez jornales**, la persecución penal del hecho **dependerá de la instancia de la víctima**, salvo que, a criterio del Ministerio Público, un interés público especial requiera una persecución de oficio". Es aquí donde esta defensa técnica es de la opinión de que el Art. 172 opera perfectamente contrastando con el caudal fáctico que se describe en el acta de imputación, es decir, teniendo en cuenta la evidencia supuestamente hurtada (en tentativa), que incluso fue recuperada por los denunciante, se puede sostener razonablemente que el valor comercial de la misma no superaría los diez jornales mínimos, un simple cálculo de costos nos puede llevar a establecer que el valor del objeto, si es que se le puede atribuir algún valor, teniendo en consideración la recuperación del mismo, es ínfimo, por lo que claramente se trata de un hecho bagatelario, (Bagatela: Cosa de poca sustancia y valor). **III.- Doctrina para la relevancia de la acción (en discusión).** Según indica José Luis Clemente: "Se concede así al ofendido el derecho de juzgar sobre la conveniencia y oportunidad del proceso, o sea, el derecho de instar a la promoción de la acción, su silencio consagra la renuncia condicional que el Estado hace en estos casos a su potestad represiva. Esta excepción al principio de oficiosidad de las acciones, otorga supremacía a la voluntad individual sobre la colectiva de decidir la apertura del proceso"5. El principio de legalidad, desde un punto de vista negativo, nos señala que ningún criterio de*



*oportunidad político-utilitario, estratégica, pragmática, económica, o temporal- autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible<sup>6</sup>. A este principio, por su mayor precisión conceptual y neutralidad terminológica, nos referimos como obligatoriedad de la acción penal<sup>7</sup>, sin desconocer que parte importante de la doctrina europeo-continental y nacional, suele denominarlo indistintamente como principio de legalidad o de legalidad procesal. Por similares motivos, también optaremos en general por hablar de discrecionalidad para aludir al principio antagónico al de obligatoriedad de la acción penal, en desmedro del término oportunidad, pese a que esta denominación ha adquirido carta de naturaleza en nuestro medio jurídico. Ahora bien, en lo referente a la persecución penal del hecho, el mismo articulado legal prevé que ésta dependerá de la instancia de la víctima, permitiendo la intervención del Ministerio Público en hechos que afectarían en forma relevante a la víctima, siendo necesario para el impulso del procedimiento la denuncia de la misma. En ese sentido si la víctima no insta el procedimiento nos encontraremos con la existencia de un obstáculo legal, que en este caso será la ausencia del titular de la acción, lo cual claramente se observa en esta causa, donde tal condición (instancia de la víctima) no existe. Por tanto, debemos puntualizar, dos cuestiones fundamentales en el margen del régimen penal, por un lado la acción. Dentro de la concepción tradicional, que predomina hasta mediados del siglo XIX, se advierten dos posiciones: la que considera a la acción como el mismo derecho subjetivo material alegado ante los tribunales de justicia, y la que la concibe como un elemento o una función del derecho material. Ninguna de ellas reconoce la autonomía de la acción. En síntesis, traído a nuestro ámbito de estudio, la acción penal es el poder jurídico de naturaleza pública, a veces de ejercicio privado, que tiende a excitar el órgano jurisdiccional para que el mismo en definitiva emita una decisión concluyente sobre el fundamento de las pretensiones jurídicas penales, que se han hecho valer o deducido. En dicho orden de ideas, también resulta innegable referirnos sobre la "instancia", en su acepción común significa "requerimiento, solicitud o petición"<sup>11</sup>. Esta petición va dirigida al Estado. En tal caso, se llama instancia a toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento<sup>12</sup>. La instancia comprende una serie de actos, hechos o peticiones que demandan la actividad jurisdiccional*

*El interés de habilitar un proceso de naturaleza punitiva contra los intervinientes del delito es determinante, ya que una denuncia que se realiza con otros fines, como, por ejemplo, realizar los trámites en la compañía del seguro, no habilita la instancia<sup>14</sup>; y, tal como se podrá observar más adelante, la instancia, en ocasiones es necesaria para remover un obstáculo a la persecución penal. Es que, **no existe ninguna constancia en autos** de que la persona, "propietaria" y/o "titular" del objeto haya **instado** el procedimiento, no existe la acreditación de que los dueños de BIGGIE EXPRESS (local) del cual se intentó extraer los tres pedazos de carne hayan instado el proceso. Por lo que, el funcionario denunciante, claramente no reviste de la calidad de víctima, ni siquiera acreditan alguna calidad de posición de garante sobre él mismo. Entendemos que el hurto está ubicado sistemáticamente en el título II, capítulo I del C.P., como "Hechos Punibles Contra la Propiedad" por*



*lo que en consecuencia, el Ministerio Público no tiene legitimación activa para perseguir este hecho por encontrarse la cuestión previa de la instancia por lo bagatelario.- A tal efecto, BINDER sostiene que, "la acción de instancia privada, es decir, se le reconoce a la víctima la facultad no solo de poner en marcha el proceso sino de condicionar mediante su voluntad inicial la acción posterior del Estado. De esta manera, si la víctima no autoriza la persecución penal, el Ministerio Público no puede hacerlo por sí mismo. La circunstancia señalada en el Art. 172º del C.P., ubica este tipo de hechos (bagatelarios), en la categoría de Hechos Punibles de Acción Penal Pública a instancia de la parte damnificada por el hecho. Asimismo, concluyendo que este hecho depende de la instancia privada, nos remitimos supletoriamente a lo se extrae del Art. 23º de la C.N., que declara exenta de autoridad pública a las conductas que la misma carta magna y las leyes la declaran en ese sentido. Ante estas circunstancias puede concluirse que la acción no iniciada legalmente, conforme al supuesto establecido en el Art. 329º inc. 2º del C.P.P., y en ellas fundamento la excepción de falta de acción planteada, oponiéndome al progreso del procedimiento, en tanto corresponde la revocación de la intervención del Ministerio Público y el archivamiento de la causa tal como reza el Art. 339º del C.P.P". sic.-*

**QUE**, por providencia de fecha 04 de agosto del año en curso, se corrió traslado al **Ministerio Público**, del incidente planteado quien en fecha 09 del corriente contestó el traslado corrióle y afirmó entre otras cosas lo siguiente: "... Esta representación fiscal en primer término pasa a analizar los fundamentos expuestos por la defensa y sobre ello resulta importante mencionar en resaltadas síntesis, que la Fiscalía imputó al Sr. LUIS MARCELO RODRIGO ROJAS PEREZ, por el hecho punible de Hurto prescripto en el Art. 161 en concordancia con el Art. 26 y 27 del Código Penal e igualmente el Art. 29 inc. 1º del C.P., en atención a que en fecha 19 de julio de 2021 siendo las 15:00 hs aproximadamente, el señor LUIS MARCELO RODRIGO ROJAS PÉREZ, habría ingresado al local comercial Biggie, ubicado sobre las calles EEUU y Azara tomando del local una bolsa de tela en la cual carga tres pedazos de carne envasados al vacío por valor de Gs. 270.000 aproximadamente, habiendo tratado de huir del lugar sin pagar. Si bien es cierto, se trata de un hecho bagatelario, conforme lo prescribe el Art. 172 del C.P. que establece: " Cuando la apropiación o el hurto previsto en los art. 160 y 161 se refiere a una cosa de valor menor a diez jornales, la persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima, salvo que a criterio del Ministerio Público, un interés público especial requiera una persecución de oficio". Al respecto vemos en la Nota Policial Nº 181/2021 de fecha 19 de julio de 2021, en el Acta de Procedimiento de fecha 19 de julio de 2021 y finalmente en el Acta de Denuncia de fecha 19 de julio de 2021 que, se presenta como denunciante el Sr. JESUS ANGEL MARÍA FIALA con C.I. Nº 4.659.375, Encargado de Biggie Express, que si bien es cierto no es el propietario de la empresa Biggie Express, al ser Encargado de Sucursal es custodio de los bienes que allí se encuentran, reviste ciertamente la calidad de garante de los objetos hurtados. Las personas jurídicas víctimas en el



*presente caso, poseen sus propios mecanismos de funcionalidad, y un encargado de local, es la máxima autoridad dentro del mismo. Por instancia de promoción de la acción penal pública, no sólo se comprende la instancia de persecución penal que pueda ser ejercida exclusivamente por el ofendido (dueño de Biggies), sino toda denuncia que, más allá de la mera comunicación del conocimiento, contiene de forma reconocible, la petición de perseguir penalmente. No obstante, esta representación tiene en cuenta el principio de intervención mínima, en el sentido de que el Estado debe proteger los bienes jurídicos frente a ataques de relevancia, que debe utilizarse en casos extraordinariamente graves y sólo cuando ya no hay remedio por haber fracasado otros mecanismos de protección menos gravosos para las personas, es decir es de naturaleza subsidiaria. Así mismo el principio de prevención, señala que el Derecho Penal debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, así como la propia violencia punitiva del estado conforme lo dispone el Art. 106 de la Constitución Nacional. Y sobre ello, resulta importante mencionar que en el presente caso tenemos un caso de interés en la persecución penal para el Ministerio Público, cuestión también establecida en el Art. 172 del C.P. Esta representante entiende que si bien es cierto, nuestro Derecho Penal es de acto y no de autor, no es menos cierto que también es obligación del Ministerio Público desalentar las conductas delictivas. En el presente caso nos hallamos con una persona que posee antecedentes penales, conforme sistema de la Policía Nacional, por Robo en el 2012, Apropiación en el 2012, Hurto en el 2013, Robo en el 2013, Hurto en el 2016, Robo año 2017, Hurto Año 2019, Tenencia sin autorización de sustancias estupefacientes año 2021, Hurto año 2021 y finalmente esta causa también del año 2021. Conforme lo ha denunciado el Encargado de la tienda Biggies, Sr. Jesús Fiala, supuestamente el Sr. Luis Marcelo Rojas, ya ha entrado a hurtar al local, en otras oportunidades, con lo cual tenemos una persona que presumiblemente ha realizado varias conductas de hechos punibles contra la propiedad de las personas en ocasiones anteriores, por lo que lógicamente surge un interés especial en la persecución del presente hecho, por más que el objeto hurtado sea de poco valor, o bagatelario. El Ministerio Público conforme lo dispuesto en los Arts. 14, 15, 16, 18 del C.P.P. tiene acción penal para perseguir hechos punibles, cuando las leyes así lo autoricen y en el presente caso el Art. 172 del C.P in fine así lo autoriza. La necesidad de la instancia resulta patente, cuando se trata de hechos bagatelarios y siempre que la fiscalía no tenga interés, normalmente cuando son personas sin antecedentes, o cosas de poco valor económico, cuestión que no se da en el presente caso. La norma penal, tiene un condicionamiento con una salvedad, y esa salvedad se encuentra plenamente justificada". Sic.-*

QUE, al analizar la presente cuestión, debemos tener presente lo que significa el objeto de la acción, para ello es oportuno traer a colación que para la doctrina mayoritaria, la acción tiene por objeto la apertura y posterior desarrollo de un proceso que a su vez desembocará hacia su propio objeto (*búsqueda de la verdad, en el caso del proceso penal*). Así entendida lo que sería la acción, al observar la estructura normativa de nuestro ordenamiento jurídico, damos cuenta,



que la misma constituye un acto introductorio para poner en funcionamiento el aparato estatal, por lo que consecuentemente, ante dicha coyuntura, la acción obra a su vez como un elemento legitimador para la intervención estatal dentro del proceso penal.

En el presente caso, la defensa técnica alega la falta de acción del Ministerio Público para su intervención en el presente proceso penal, ya que, según el excepcionante, conforme al relato de los hechos, la adecuación normativa de los mismos dentro de las disposiciones del artículo 161 del Código Penal y, atendiendo la cuantía de los objetos sindicados como presuntamente hurtados, se procedería a una remisión hacia lo dispuesto en el artículo 172 del código de fondo, por tratarse de un hecho bagatelario, que conforme al régimen de la acción penal en nuestro derecho, para que la intervención del Ministerio Público quepa dentro del proceso, debe mediar instancia de la víctima, ya que el órgano acusador la podrá ejercer cuando ello se produzca.

Por lo que, habiéndose expuesto la presente coyuntura procesal y, asimismo, luego de tener en consideración los escritos de cargo y descargo en el que se fundamenta las pretensiones de las partes en lo que respecta a la excepción planteada, y habiendo formado un criterio basado en los elementos de convicción obrantes en autos, que hacen al ejercicio de la promoción de la acción penal en la presente causa, esta Magistratura entiende que, si bien es cierto las facultades de promoción y prosecución de las investigaciones en torno a la comisión de hechos punibles ocurridos dentro de nuestra República, son acordadas por la Carta Magna al Ministerio Público, no obstante, dichas facultades están regladas en la normativa material y procesal, recaudos que deben ser cumplidos para que su intervención dentro del proceso penal está legitimada. Siendo así, el propio artículo 268 de la Constitución Nacional en su inciso 3º, fija un límite para la promoción de la acción penal por parte del Ministerio Público al establecer: “..... *ejercer acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte*” ...sic. Congruente con la cita constitucional, el artículo 16 del Código Procesal Penal establece que: “Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, el Ministerio Público sólo la ejercerá una vez que ella se produzca, sin perjuicio de realizar los actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten la protección del interés de la víctima. Sin embargo, el Ministerio Público la ejercerá directamente cuando el hecho punible haya sido cometido contra un incapaz que no tenga representación, o cuando haya sido cometido por uno de los padres, el representante legal o el guardador. La instancia de parte permitirá procesar a todos los participantes”. Sic. Por lo tanto y en el sentido hasta aquí expuesto, la judicatura señala que para la iniciación de un proceso penal, se exige una acción procesal y para que esta exista como tal y pueda lograr su objetivo dentro de un proceso, es menester que se cumplan ciertas condiciones de manera conjunta, que



PY &gt; Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 7

1629

les son propias a la acción para que la misma pueda prosperar, a contrario sensu, al faltar una sola de ellas, no habrá propiamente lo que se conoce como acción y, por ende, no habrá proceso.

En el caso de autos, no se encuentra acreditada la facultad acordada al Ministerio Público para la promoción de la acción penal, ya que no media la instancia de la supuesta víctima del hecho punible denunciando, es decir, en los presentes autos no se observa que algún representante de la persona jurídica víctima del hecho punible denunciado, haya instado la persecución del presente proceso. En vista a ello, al existir un impedimento legal para proseguir la acción penal, al no converger el requisito previo de la promoción a instancia de la víctima, la intervención del Ministerio Público en la presente causa queda vedada, ya que conforme al propio relato fáctico de la imputación, se puede notar que el supuesto hurto se refiere a una cosa de valor menor a diez jornales, dependiendo la persecución penal, por desprendimiento de las disposiciones de los artículos 172 del código penal y 16 del código procesal penal, de la instancia de la víctima.

Que, en cuanto a un interés público especial requiera una persecución de oficio, si bien el art. 172 del C.P., deja a criterio del Ministerio Público dicha decisión, no obstante ello, es el Juez quien finalmente debe evaluar si el interés invocado por el Ministerio Público resulta tal. Al respecto, estamos en presencia de tentativa de hechos sumamente bagatelarios. Sobre el punto cabe resaltar que mover toda la estructura Fiscal y Judicial por hechos de tan poca cuantía, sin contar con la denuncia de los dueños de las cosas que supuestamente se habrían intentado hurtar, resultaría en un dispendio innecesario de esfuerzo, tiempo y recursos, por lo que a criterio de esa Magistratura deviene procedente hacer lugar a la excepción de falta de acción planteada por el representante de la defensa técnica, de conformidad a las disposiciones del inciso 2º del artículo 329 del código procesal penal, por corresponder a Derecho.-

Por otro lado el Juzgado cree conveniente el decreto del sobreseimiento definitivo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 359 del C.P.P. dice: *"Corresponderá el sobreseimiento definitivo: ... 2) cuando a pesar a la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y sea imposible requerir fundadamente la apertura a juicio..."*, Sic.-

**QUE**, por último, teniendo presente lo establecido con respecto a la procedencia del sobreseimiento definitivo, corresponde dejar expresa constancia que la formación del presente procedimiento no afecta el buen nombre y honor de **LUIS MARCELO RODRIGO ROJAS PEREZ** por lo que una vez ejecutoriada esta resolución deberá cancelarse cualquier registro público o privado del hecho, con relación a los mismos, conforme lo preceptúa el artículo 361 del C.P.P. –



PY &gt; Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 8

1630

ASUNCION, 13 de Agosto de 2021

SEÑOR/A

UBALDO MATIAS GARCETE PIRIS

**PRESENTE:**

**NOTIFÍCOLE**, que en el expediente Nro. 717 y Año 2021 con caratula: "LUIS ENRIQUE SERVIN LURASCHI S/HURTO AGRAVADO", el Juzgado JUZGADO PENAL DE GARANTIAS NRO. 9, ha dictado la actuación Auto Interlocutorio, "A.I. hacer lugar excepcion de falta de accion.-", Nro.: 665 cuyos datos constan en el cuerpo de la Resolución obrante en el registro electrónico del expediente:

**CAUSA: "LUIS ENRIQUE SERVIN LURASCHI S/ HURTO AGRAVADO. N° 1-1-2-14-2021-717.-"**

**A.I. A.I. N°: 665:**

ASUNCION, 13 de Agosto de 2021:.-

**Visto:** El estado de la presente causa, y; -

**CONSIDERANDO:**

**Que**, en fecha 03 de agosto de 2021, la defensa técnica del procesado **LUIS ENRIQUE SERVIN LURASCHI**, plantea excepción de Falta de Acción, en base a los siguientes términos: **I.- Admisibilidad Objetiva y Subjetiva.** - Desde ya solicito a V.S., y propongo como **solución: "Hacer lugar a la excepción opuesta, declarando la falta de acción en la presente causa y el archivamiento de las actuaciones"**, por haberse inobservado y aplicado erróneamente preceptos legales contemplados en los artículos 16°, 17°, 267° y 268° de la Carta Magna; art. 172° del Código Penal; arts. 1°, 12°, 15° y 16° del Código Procesal Penal. En el ejercicio del derecho internacional "ratificado por el Paraguay" que me acuerdan invocar conforme a los artículos 1°, 8° y 25° del Pacto de San José de Costa Rica; se opone en tiempo y forma, la excepción de falta de acción, puesto que mi representado se "**agravia**" en razón a que el Ministerio Público ha iniciado una causa a través de una imputación bajo una interpretación errónea de la adecuación de la norma legal de instancia y ha incurrido en vicios *in procedendo* e *incogitando*. Ante el agravio en cuestión, es necesario aclarar el alcance de la expresión "instancia de víctima o de parte" en los términos siguientes:



1- LA ACCIÓN PENAL, es el poder de excitar la actividad jurisdiccional requiriendo del tribunal una decisión sobre el fundamento de una determinada pretensión jurídico - penal. Las acciones penales se dividen en: Acciones Públicas o Privadas: -.ACCIONES PÚBLICAS: **a)** Los hechos punibles perseguibles de oficio son considerados, siempre, de acción penal pública porque ella es ejercida directamente por el Ministerio Público, conforme al principio de oficiosidad que le rige. **b)** Acción penal pública es la realizada por el Ministerio Público dentro de sus facultades regladas. Dicha acción puede comenzar de dos maneras: a) de oficio y b) a instancia de víctima o de parte. La regla es la acción penal pública, en virtud del principio de oficiosidad. La excepción es la acción penal pública a instancia de parte. Es decir, que se requiere que la víctima afectada por el hecho punible deba recurrir a los órganos públicos encargados de recibir denuncias: la Policía y el Ministerio Público. Una vez puesta a conocimiento de las autoridades correspondientes, la acción se convierte en Pública, y debe ser perseguida e impulsada por el Ministerio Público. Por consiguiente, **en los hechos cuya tipificación se halle incurso dentro de las denominadas "instancia de víctima o de parte", la simple publicidad del hecho punible por otros medios (Notitia Criminis) no es suficiente para dar por cumplida la condición legal impuesta**<sup>2</sup>. Es sabido que, entre los requisitos formales exigidos por el código procesal penal para el estudio de los agravios, se sostienen en: 1. **Legitimación activa:** La **imputación fiscal**, que hoy se cuestiona, inicia acción (inexistente) por un supuesto Hecho Punible de HURTO atribuyendo la calidad de Autor del mismo, a mi representado Sr. Luis Enrique Servin Lurashi. Consecuentemente existe una evidente legitimación subjetiva de la excepción, en atención a mi condición de defensa pública dentro de la relación procesal como defensa técnica del Sr. Luis Enrique Servin Lurashi (debidamente reconocida). Para ALVAREZ JULIA, NEUSS Y WAGNER "... existirá gravamen toda vez que la petición, cuya resolución se requiere del órgano jurisdiccional, no ha tenido una favorable acogida ya sea en forma total o parcial...<sup>3</sup>" Según GOZAÍNI "... el agravio es el perjuicio concreto que sufre el sujeto. Difiere del concepto de gravamen, pues éste pertenece al terreno de lo estrictamente procesal (presupuesto para recurrir); en cambio, se asocia con el interés, que resulta ser una proyección del daño, o interés insatisfecho o menoscabado, dirigido principalmente al ejercicio del derecho de impugnación". 2.- **PERSONERÍA:** Al tiempo tengo suficientemente acreditada mi condición de defensa técnica del Sr. LUIS ENRIQUE SERVIN LURASCHI con



reconocimiento conforme a las disposiciones de lo previsto por la Ley 4423/11 Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública. 3.- INTERES: Con la excepción de la falta de acción, esta defensa pretende tutelar principios y garantías inalienables e inviolables que tiene toda persona sometida a un proceso del cual pudiera derivar pena o sanción, pues, pese a que el "Derecho a la Defensa" fue formalmente respetado durante la indagatoria, sin embargo, en el momento de la imputación se incurre en vicios in procedendo e incogitando, que en condiciones de haberse aplicado correctamente, las disposiciones legales fundando dentro de la sana crítica racional y el principio de logicidad, nunca se habría materializado. 4.- FORMA: La excepción es opuesta por escrito, debida y razonadamente fundado, por lo que indudablemente este requisito de admisibilidad igualmente concurre al caso en estudio **II.- Procedencia.** Por motivos de claridad, orden y síntesis explicativa, conviene panoramizar los antecedentes del caso y que dan cuenta de la configuración de la excepción articulada. En esa línea expositiva, tal cual puede observarse en las constancias de autos, el Ministerio Público, a través de la **IMPUTACIÓN N° 74/21** de fecha 20 de julio de 2021, se expone: **Fáctico:** "El hecho ocurrió en fecha 20 de julio del año 2021' siendo las 08:30 aproximadamente en la dirección Avenida Eusebio Ayala c/ Cedro del Barrio San pablo, en el interior del "supermercado FORTIS", denunciado por HECTOR WATDIMIER ACOSTA GIOMENEZ, paraguayo, soltero, de 38 años, con C.I. N° 2.938.416, Empleado del local comercial, ocasión en que el incoado LUIS ENRIQUE SERVIN LURASCHI intentó llevarse sin pagar los siguientes objetos tales como: 9 desodorantes en Barra de 50gr, c/u de la marca Speed Stick color blanco y azul; 2 cremas corporales de 400ml c/u de la marca Nivea, los cuales hacen un total de Guaraníes Doscientos Mil aproximadamente, quedando registrado el hecho mediante cámaras de circuito cerrado, tras verificar el circuito cerrado los guardias de seguridad al revisar al sospechado hallaron los productos citados en poder del mismo; dando aviso inmediato a personal policial de la Comisaria 164 jurisdiccional donde se encuentran aprehendido el presunto autor". Asimismo, se había dejado plasmado la errónea subsunción de acuerdo a la supuesta conducta desplegada, puesto que el Ministerio Público indicó "CALIFICACIÓN JURÍDICA. En consecuencia a prima facie esta Representación Fiscal cuenta con suficientes elementos que hacen presumir la participación de LUIS ENRIQUE SERVIN LURASCHI, sobre un Hecho Punible contra la Propiedad de las Personas (HURTO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA) tipificado en el Artículo 162 inciso



3° y 4° del Código Penal, en concordancia con el Artículo 29 inciso 1° del mismo cuerpo penal...". En el acta de Imputación presentada por la Agente Fiscal, entre dudas e infundadamente se explica la plataforma fáctica, que se ha tenido en cuenta para formular imputación en contra del Sr. LUIS ENRIQUE SERVIN LURASCHI. En la misma se sindicó a mi defendido como el supuesto autor de una "tentativa" de sustracción ilegalmente de "DESODORANTES Y CREMA PARA EL CUERPO". Del sucinto relatorio que antecede, se tiene que se atribuye a mi representado el hurto de **9 DESODORANTES y 2 CREMAS CORPORALES**, lo cual a simple vista y haciendo el cotejo de precio mediante la consulta en las páginas de ofertas de las redes sociales, nos podemos percatar que la misma oscila en un valor inferior a doscientos mil guaraníes (250.000 Gs.) aproximadamente, y ello, suponiendo la marca del OBJETO y el precio de mercado del lugar "FORTIS", puesto que no se encuentra siquiera acreditado respecto al valor real o la CERTEZA sobre la marca indicada en el acta. Asimismo, en la imputación se expone que: "los cuales hacen un total de Guaraníes Doscientos Mil aproximadamente". En ese contexto cabe analizar lo previsto en el Art. 172 del Código Penal, "PERSECUCIÓN DE HECHOS BAGATELARIOS": cuando la apropiación o el hurto previsto en los Artículos 160° y 161° se refiera a una cosa de valor **menor a diez Jornales**, la persecución penal del hecho **dependerá de la instancia de la víctima**, salvo que, a criterio del Ministerio Público, un interés público especial requiera una persecución de oficio" Es aquí donde esta defensa técnica es de la opinión de que el Art. 172 opera perfectamente contrastando con el caudal fáctico que se describe en el acta de imputación, es decir, teniendo en cuenta la evidencia supuestamente hurtada (en tentativa), que incluso fue recuperada por los denunciantes, se puede sostener razonablemente que el valor comercial de la misma no superaría los diez jornales mínimos, un simple cálculo de costos nos puede llevar a establecer que el valor del objeto, si es que se le puede atribuir algún valor, teniendo en consideración la recuperación del mismo, es ínfimo, por lo que claramente se trata de un hecho bagatelario, (Bagatela: Cosa de poca sustancia y valor). Del sucinto relatorio que antecede, se tiene que se atribuye a mi representado el hurto de un bidet color verde y un lavatorio del mismo color, los cuales a simple vista se puede notar que se encuentran en total estado de deterioro, inservibles, con fisuras y de mucho tiempo de uso. Es aquí donde la defensa técnica es de la opinión de que el art. 172 del C.P., opera perfectamente contrastando con el caudal fáctico que se describe en el acta de imputación, es decir teniendo en cuenta las evidencias



PY &gt; Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 8

1634

supuestamente hurtadas (bidet de color verde y un lavatorio del mismo color), se puede sostener razonablemente que el valor comercial de los mismos no superarían los diez jornales mínimos, un simple cálculo de costos nos puede llevar a establecer que el valor del perjuicio por el supuesto hurto es inferior a cien mil guaraníes, si es que se le puede atribuir algún valor, por lo que claramente se trata de un hecho bagatelario. Y para la persecución penal del hecho, el mismo articulado prevé que esta dependerá de la instancia de la víctima, permitiendo la intervención del Ministerio Público en hechos que afectarían en forma relevante a la víctima, siendo necesario para el impulso del procedimiento la denuncia de la misma..."-.

**Que**, por proveído de fecha 04 de agosto de 2021, este Juzgado resolvió correr traslado a la Agente Fiscal de la presente causa, de la Excepción de Falta de Acción planteado por la defensa técnica del citado imputado, para que lo conteste dentro del plazo de ley.-

**Que**, en fecha 06 de agosto de 2021, la Agente Fiscal ROSA NOGUERA, contestó el traslado en los siguientes términos: "El Ministerio público sienta su postura al manifestar que: a modo ilustrativo ésta Agente Fiscal, por Acta de imputación No 74 de fecha 20 de julio de 2021, solicitó al Juzgado penal de Garantías la aplicación de la Medida cautelar de la prisión preventiva en contra de LUIS ENRTQUE SERVITN LURASCHT de conformidad a lo estipulado por el Art' 242 del Código Procesal Penal, el mismo fue imputado en la presente causa por el hecho punible de HURTO AGRAVADO tipificado en et Art. 162 del código Penal, el cual establece: inciso 3) una cosa especialmente protegida contra la sustracción por medio de un recipiente cerrado o UNA INSTALACION DE SEGURTDAD; inciso 4) COMERCTALMENTE; en concordancia con el Art.29 inc. 10 del mismo cuerpo legal, existiendo elementos de convicción suficientes sustentados en el acta de imputación, sobre la existencia de un Hecho punible, la CONDUCTA DESPLEGADA DEL SINDICADO SE MATERIALTZO, AL INGRESAR EN UN LUGAR COMERCIAL PROTEGIDO DE LA SUSTRACCION Y DONDE RADICA LA PARTICIPACION DEL IMPUTADO EN EL HECHO PUNIBLE INVESTIGADO; AUNQUE EL MONTO DE LO SUSTRADO SEA BAGATELARIO, esta forma de la realización dentro de un lugar de venta de diversos artículos. En este punto, la defensa olvida que el Ministerio Público es titular de la acción penal y el encargado de dirigir la acción investigativa, no es de carácter Judicialista, pero es concebido como un órgano independiente, destinado a promover y proseguir la Acción penal Pública' dentro del marco de la objetividad, requiere al órgano jurisdiccional UNA DECISIÓN JUSTA SOBRE LA



*PRETENSION QUE EMERGE DEL DELITO. El Ministerio público no es un ciego acusador o perseguidor del culpable o inocente, sino un órgano estatal que procura el esclarecimiento de la verdad. - En ningún momento se violó garantías de rango constitucional ni procesal, tal como arguye la defensa, al referir la supuesta falta de acción, tomando en cuenta que en Carpeta de Investigación Fiscal se hallan numerosos elementos que demuestran la existencia del hecho sometido a proceso y los elementos probatorios idóneos, como ser: la declaración testimonial del denunciante HECTOR WALDIMIER ACOSTA GIMENEZ, así como también de la Gerente Administrativa del Supermercado Fortis Mayorista Romina Soledad Gómez Silva, además se cuenta con imágenes de circuito cerrado de momento del hecho, los cuales dejan con meridiana claridad que el recurso planteado por la defensa es de carácter improcedente.- La presente investigación se dan a conocer datos y circunstancias que podrían constituir un Hecho Punible de Acción Penal Pública, considerado como uno de los hechos más deleznable a perseguir y atendiendo a lo dispuesto en los Artículos 15 y 18 del CPP., que copiados textualmente dicen: ART. 15 "Los hechos punibles serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, según lo establecido en este Código y en las leyes". ART. 18 "El Ministerio Publico estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que hayan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos", ante lo ut supra citado es menester promover la investigación por violar la Ley No L160197 y sus reglamentaciones, sindicando como supuesto autor del hecho a LUIS ENRTQUE SERVTVN LURASCH".-*

**Que,** entrando el Juzgado a analizar el planteamiento de la parte, nos debemos abocar a la procedencia de la Excepción de Falta de Acción planteado por el Abogado de la Defensa Publica, y en este sentido, debemos remitirnos al artículo 172 del C.P. el cual requiere que para la persecución penal de los hechos punibles bagatelarios se necesita la instancia de la víctima para que el Ministerio Publico inicie la investigación fiscal o que el titular de la acción invoque un interés público especial que requiera una persecución de oficio. Primeramente, como podemos observar en el expediente, en el mismo solo consta la denuncia realizada por el empleado del Local Comercial FORTIS (fs. 1). En tal sentido, esta magistratura considera que los objetos hurtados no superan el límite establecido en el art. 161 inc. 2º, ya que los mismos no pasan los diez jornales mínimos establecidos en el mencionado artículo. Se puede apreciar que los 9 desodorantes en Barra de 50 gs, c/u de la marca Speed Stick y



PY &gt; Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 8

1636

las 2 cremas corporales de 400 ml cada uno de la Marca Nivea, supuestamente hurtados por el imputado, poseen un valor aproximado de doscientos mil guaraníes según la propia imputación fiscal y en atención a las exigencias del artículo 172 del C.P., nos encontramos ante hechos punibles denominados bagatelarios, cuya condición necesaria para el inicio de la persecución penal depende de la instancia de la víctima.-

**Que,** en cuanto a un interés publico especial requiera una persecución de oficio, si bien el art. 172 del C.P., deja a criterio del Ministerio Publico dicha decisión, no obstante ello, es el Juez quien finalmente debe evaluar si el interés invocado por el Ministerio Público resulta tal. Al respecto, estamos ante tentativa de hechos sumamente bagaterlarios, dado que el imputado si bien fue aprehendido en posesión de las cosas supuestamente que ha intentado hurtar, se debe tener en cuenta que el mismo se encontraba aun dentro del local comercial. Sobre el punto cabe recalcar, que mover toda la estructura Fiscal y del Poder Judicial, sin contar con la denuncia de los dueños de las cosas que supuestamente se ha intentado hurtar, resulta infructuoso.-

Es por ello, que esta magistratura es del criterio de hacer lugar a la excepción de falta de acción promovida por el Defensor Público **MATIAS GARCETE** por la defensa de **LUIS ENRIQUE SERVIN LURASCHI**.-

Por tanto, el Juzgado Penal de Garantías N° 09 de Asunción,

**RESUELVE:**

**I.- HACER LUGAR** a la Excepción de Falta de Acción, deducido por el Defensor Público **MATIAS GARCETE** por la defensa de **LUIS ENRIQUE SERVIN LURASCHI** conforme los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución.-

**III.- ORDENAR,** el archivamiento de la presente causa, en relación al citado procesado.-

**IV.- LIBRESE** los Oficios correspondientes.-

**III.- ANOTAR,** registrar, notificar y elevar una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.-

**ANTE MÍ:**



PY > Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

Sentencia 8

1637

QUEDA UD. DEBIDAMENTE NOTIFICADO.

**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 4017/2010 Y LA 4610/2012*

**Fecha y hora del Depósito en la Bandeja de Notificaciones: 13/08/2021 12:43:35**



URUGUAY

UR

---

Asociación de Defensores  
de Oficio del Uruguay

**ASOCIACION DE DEFENSORES DE OFICIO DEL URUGUAY**

JUICIO ORAL Y PUBLICO – DELITO INGRESO A ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES PROHIBIDAS. ARTÍCULO 36 DEL DECRETO LEY 14.294

Defensora Pública Dra. Gabriela Machado.

“Una vida de lucha” esa frase fue la que se usó en el alegato de clausura del juicio de ésta mujer de 58 años, acostumbrada a los golpes de la vida, dio a luz y crió a cinco hijos, nacida en el interior profundo de nuestro país, apenas si pudo terminar la primaria, se casó joven y se dedicó a las tareas (no remunerada) de “*ama de casa*”.

En un estudio realizado para la Comisión Interamericana de la Mujer y la Organización de Estados Americanos (OEA) titulado “Mujeres y drogas en las Américas” aborda la problemática y profundiza en las recomendaciones realizadas a los estados miembros, es así que analiza los diferentes instrumentos firmados por éstos, y a modo de ejemplo se puede considerar en el presente debate:

1.-Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer, conocida como “La Convención de Belém do Pará (1994), establece que las mujeres tienen el derecho de vivir una vida libre de violencia y que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien la Convención no menciona específicamente los temas de las drogas o de la delincuencia organizada, la violencia que está implícita en estos dos mundos necesariamente impacta a las mujeres, aunque la manifestación específica y la magnitud de esta violencia requieran mayor estudio. En el contexto del debate sobre las drogas y la reforma de políticas, aunque sea poca la información que disponemos igual revela que muchas de las mujeres privadas de libertad se encuentran en esta situación debido a delitos relacionados con las drogas – con frecuencia debido a amenazas directas u otras formas de coerción—como mulas o portadoras humanas—por los autores de la delincuencia organizada, inclusive en muchos casos sus parejas u otros miembros de sus familias que las consideran vulnerables y explotables. El debate sobre la participación de las mujeres en el campo de las drogas ilícitas debe ser llevado a cabo dentro de este contexto más amplio de violencia contra las mujeres”

**ASOCIACION DE DEFENSORES DE OFICIO DEL URUGUAY**

2.- También dicho informe resalta la declaración de Antigua, donde en un esfuerzo conjunto los estados miembros emiten una declaración que involucra el tratamiento de las mujeres y las drogas. En junio de 2013, los Estados Miembros de la OEA se reunieron en ocasión del 43º período ordinario de sesiones de la Asamblea General, en Antigua, Guatemala, con el propósito de iniciar un debate hemisférico sobre nuevos enfoques a la cuestión de las drogas ilícitas en las Américas. La Asamblea puso en consideración las profundas diferencias y divisiones que hay entre los países del Hemisferio con respecto a la forma de abordar esta cuestión, pero a pesar de las tensas negociaciones la Asamblea produjo en forma pionera la “Declaración de Antigua Guatemala: Por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las Américas” (AG/DEC.73).<sup>13</sup> Con respecto a la participación de las mujeres, la Declaración resalta la importancia de que “...las políticas públicas relacionadas con el problema mundial de las drogas necesariamente deben ser diseñadas e implementadas con un enfoque de género, cuando corresponda,” y alienta a los Estados Miembros de la OEA a que “...de conformidad con su legislación nacional, a que continúen fortaleciendo sus acciones y políticas, incluyendo un enfoque de género según corresponda, tendientes a reducir el hacinamiento carcelario, con la promoción del mayor acceso a la justicia para todos, respetando la proporcionalidad entre el daño y la pena y el apoyo de alternativas al encarcelamiento, cuando corresponda, particularmente mediante el aumento del acceso a la rehabilitación, el cuidado integral de la salud y los programas de reintegración social; y, en este sentido, alientan a los Estados Miembros a esforzarse por incorporar a sus prácticas las disposiciones pertinentes de las reglas y normas de las Naciones Unidas.”

En el caso que nos convoca, “R” accedió al ingreso de sustancia prohibida a la cárcel, no para beneficio propio, ni siquiera para beneficiar a sus hijos en forma directa o indirecta, sino para protegerlos. En su instinto de madre, no evidenció ninguna otra posibilidad, no supo considerar siquiera ir por otro camino que el que tomó.

Las mujeres como “R”, en condiciones de alta vulnerabilidad son buscadas por los líderes narcos, lamentablemente esto es moneda corriente, su vulnerabilidad es la llave que abre las puertas de estos centros de reclusión, condenando y margiánandolas aún más.

**ASOCIACION DE DEFENSORES DE OFICIO DEL URUGUAY**

Ahora bien, la sentencia dictada en estos autos, recoge en forma parcial los argumentos sostenidos en juicio por la defensa, para lograr aplicar la visión de género en materia penal, falta mucho, pero la Jueza que pronuncia el fallo, expone en el numeral 5) de sus CONSIDERANDO: “... 5) *En relación al segundo argumento, asiste razón a la defensa en cuanto estudios realizadas sobre las mujeres vinculadas al comercio ilegal de drogas han concluido que muchas mujeres suelen ser forzadas a transportar drogas (sea en su equipaje o en su cuerpo) como consecuencia de situaciones de chantaje e intimidación, tanto hacia ellas como hacia sus seres queridos. “Distintas investigaciones sugieren la existencia de situaciones de violencia como elemento configurativo de las experiencias de mujeres implicadas en los eslabones más bajos del tráfico internacional de drogas, en particular, de aquellas que no toman una decisión voluntaria. En estos casos, la función estratégica de las mujeres es la de ser meros vehículos de traslado, o bien sujetos “prescindibles” del mercado internacional de drogas, antes que la de su capacidad de ser agentes autónomas y exitosas en las actividades del tráfico”. La intimidación encuadra en una situación de violencia, de acuerdo a los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales de protección a la mujer contra la violencia, como la Convención de Belén do Pará, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la Recomendación General Nº 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, en tanto “las definiciones sobre violencia de los instrumentos internacionales y nacionales mencionados incluyen todos aquellos actos que provocan daños o sufrimientos físicos y mentales, las amenazas y las coacciones. Estas últimas constituyen una forma de violencia psicológica que ejerce extorsión y genera formas de sumisión que pueden provocarles daño a las mujeres y que actúan sobre su libertad de acción y decisión”* (Anitua, Gabriel y Picco, Valeria.- ob. cit., p. 234-236). Como consecuencia de esa coacción, la libertad de las mujeres estaría desplazada y correspondería analizar si merecen el reproche penal. Así en fallos dictados en Argentina, se ha entendido que pueden existir elementos constitutivos del estado de necesidad exculpante e, incluso, del justificante. Y en tales casos sería necesario “determinar si la reducción de libertad que éstas sufren impide que el Estado les formule un reproche penal por no haber actuado de otro modo. Por supuesto que la cuestión se refiere, entonces, a la

**ASOCIACION DE DEFENSORES DE OFICIO DEL URUGUAY**

*inexigibilidad de otro comportamiento, y no a que su acto haya sido conforme a derecho (Anitua, Gabriel y Picco, Valeria.- ob. cit. , ps. 236-241) ”.*

El presente fallo arroja una mirada aunque tímida, sí distinta hacia la problemática de las mujeres y las drogas.

Obviamente, que si nos situamos en el espacio de la violencia doméstica o violencia basada en género, en aplicación del artículo 3 inciso 2, que establece: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley, prevalecerá la interpretación más favorable a las mujeres en situación de violencia”. A pesar de la existencia de esta normativa de orden pública, muchas mujeres deben luchar por empoderarse, y luego de recibir múltiples asistencias es cuando logran visualizar el escenario violento en el que se encuentran. Ahora, situándonos en el área penal, cuanto más deberá asistirse, contenerse y apoyar, a estas mujeres, que además de la vulnerabilidad del medio, se le debe sumar necesariamente su condición de mujer, violentada nada más y nada menos que por agentes sin rostro, de un narcotráfico que en forma sostenida viene instalándose en los barrios más pobres de nuestro país.

Validado por el PODER JUDICIAL  
22/03/2021REPÚBLICA  
ORIENTAL DEL  
URUGUAY  
PODER JUDICIAL**Sentencia Nro. 76/2021**

IUE 2-49100/2020

Montevideo, 22 de Marzo de 2021

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva de primera instancia esta causa caratulada: “**KELLEMBERGER, Rosario.- Entrega de sustancias estupefacientes prohibidas especialmente agravado, en grado de tentativa.- JUICIO ORAL**” IUE 2-2-49100/2020, seguida con la intervención de la Fiscalía de Estupefacientes de Segundo Turno a cargo de la Dra. Stella Llorente y la Defensa Pública a cargo de la Dra. Gabriela Machado y Dra. Anabel Pereyra.-

**RESULTANDO:****I) LAS ACTUACIONES CUMPLIDAS.-****A) Antecedentes.-**

1) Con fecha 9 de febrero de 2021 el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 41° Turno remitió a esta sede de 33° turno el auto de apertura a juicio oral dictado en el proceso seguido a Rosario KelleMBERGER en IUE 2-49100/2020. Fue recibido en la misma fecha (fs. 1-8 vto.).

2) Por decreto nº 228/2021 del 9 de febrero de 2021 esta sede judicial asumió competencia y se convocó a la audiencia de juicio oral (fs. 9).

3) La audiencia de juicio oral se realizó en dos sesiones continuas los días 8 y 9 de marzo de 2021, prorrogándose para el dictado de la sentencia definitiva para el día de la fecha 22 de marzo de 2021 (fs. 9, fs. 41-42, fs. 45-48, sobre acordonado y registros de audio correspondientes).

**B) El auto de apertura a juicio.-**

El auto de apertura a juicio dictado por el juez de garantías da cumplimiento a los requisitos previstos en el art. 268 del C.P.P. y del mismo resulta:



**a) La acusación admitida.**

En horas de la mañana del 20 de octubre de 2020 la imputada Rosario KelleMBERGER concurrió a la Unidad Penitenciaria nº 4 "Santiago Vázquez" registrándose como visita en calidad de madre del recluso Pablo Iván Carrasco KelleMBERGER, quien se encuentra alojado en dicho establecimiento junto a su otro hijo Maicon Andrés Carrasco KelleMBERGER, ambos alojados en el Módulo 10 Sector C-0 celda 07.

Al pasar por el control habitual de scanner de personas la guardia Noelia Pirez, quien se encontraba apostada en el sector de revisoría, visualizó una anomalía en la zona pélvica de la imputada, por lo que solicitó que pasara a la habitación de inspección corporal. KelleMBERGER al ser consultada si llevaba algo oculto en su cuerpo entregó voluntariamente un sobre de nylon que llevaba en un preservativo en el recto. El mismo contenía en su interior otro envoltorio con sustancia vegetal, tres piedaras de sustancia amarillenta y trece pastillas de color blanco, por lo que la funcionaria procedió a realizar la correspondiente acta de incautación consignando su firma junto a la de la imputada. La sustancia vegetal y la amarillenta fueron sometidas a los reactivos pertinentes en prueba de campo en sede de fiscalía y luego enviadas para su análisis con la correspondiente cadena de custodia al Instituto Técnico Forense. Las referidas sustancias fueron analizadas por la perito Quím. Farm. Julia Bassagoda que en su informe consignó que la sustancia vegetal se trataba de marihuana y arrojó un peso de 10.2 gramos, en tanto la amarillenta se trataba de cocaína en estado de base libre o fumable y arrojó un peso de 5.7 gramos.

La fiscalía solicitó la condena de Rosario KelleMBERGER como autora penalmente responsable de un delito de Entrega de sustancias estupefacientes prohibidas, especialmente agravado, en grado de tentativa, a la pena de cinco años de penitenciaría, con descuento de la cautelar cumplida. Solicitó el decomiso y destrucción de la sustancia incautada. Computa como circunstancia atenuante en vía analógica la primariedad absoluta (art. 46 nº 13 del C.P.) y como agravante específica el haberse cometido el delito en recinto carcelario (art. 36 nº 5 del dec-ley 14.294 en la redacción dada por la Ley 19.889).

**b) La contestación admitida.**

Expresa la defensa que los hechos esbozados por la fiscalía en el escrito acusatorio revisten connotaciones diferentes para la defensa lo que contribuirá en el desarrollo de su teoría del caso. No comparte la individualización de la pena que es gravosa e inadecuada, dado que no fue debidamente valorada la atenuante de la primariedad absoluta.

**c) La medida cautelar impuesta.**

El auto de apertura a juicio hace constar que la imputada cumplió medida cautelar de prisión preventiva por el término de cuarenta y cinco días: desde el 21 de octubre de 2020 hasta el 5 de diciembre de 2020 (fs. 6).

A la fecha se encuentra en libertad.

**C) La audiencia de juicio oral.**

Durante el juicio oral se cumplieron las etapas previstas en los arts. 270 y 271 del C.P.P.: previa presentación de las partes, se declaró abierto el debate y la suscrita jueza informó a la acusada sobre el contenido de la audiencia y los derechos que lo asisten; las partes





formularon los alegatos de apertura; se produjo la prueba oportunamente admitida –sin perjuicio de prueba testimonial renunciada por la fiscalía que se indicará-; se recibió declaración de la acusada y las partes formularon los alegatos de clausura.

Se interrogó a la acusada si tenía algo más que manifestar, la suscrita declaró cerrado el debate y dispuso la prórroga de la audiencia para el día de la fecha a efectos del dictado de la sentencia con sus fundamentos.

### **1) Los alegatos de apertura.**

La fiscalía reseñó los hechos referidos en la acusación, la prueba con la cual acreditará su ocurrencia y solicitó se condene a la imputada como autora de un delito de Entrega de sustancias estupefacientes prohibidas especialmente agravado, en grado de tentativa, a la pena a cinco años de penitenciaría (audiencia del 8 de marzo, pista nº 1).

La defensa presentó la situación personal de la acusada: es una mujer de 58 años, de origen humilde que nació en el medio rural, cursó enseñanza primaria, está casada hace cuarenta años y tiene cinco hijos con su esposo, todos adultos, dos de los cuales se encuentran privados de libertad. Su accionar se debió al amor incondicional de madre y su deseo de mantener a salvo a sus dos hijos presos. A uno de ellos hace poco tiempo en el penal, lo hirieron de gravedad por ajuste de cuentas. Ella enfrenta sola este juicio sin poder ventilar en juicio lo que la determinó a su accionar, por miedo. El miedo determinó que cumpliera el encargo que le hicieron, miedo por la seguridad de sus hijos. La acusada es otra víctima del narcotráfico, o microtráfico. Lo legal no es siempre lo más justo. Por lo que aboga que en caso de surgir una condena, la misma sea abatida a estándares más adecuado (audiencia del 8 de marzo pista nº 2).

### **2) La prueba incorporada en el juicio oral.**

La prueba admitida en el auto de apertura a juicio y que fue incorporada por las partes en la audiencia de juicio oral es la siguiente:

#### **a) Prueba de la acusación**

- 1.- declaración de Noelia Pírez, funcionaria policial apostada en Revisoría (audiencia del 8 de marzo, pista nº 3);
- 2.- declaración de Gabriela Ruiz, funcionaria policial que cumple funciones en Jefatura de Servicio (audiencia del 8 de marzo, pista nº 4).
- 3.- declaración de Nery Pérez, funcionario policial que participó en la cadena de custodia de la sustancia (audiencia del 8 de marzo, pista nº 6);
- 4.- declaración de Regina Rodríguez, funcionaria policial que cumple funciones en DIPN (audiencia del 8 de marzo pista nº 7);
- 5.- declaración de Andrea Alvez, funcionaria policial que custodió la sustancia incautada (audiencia del 8 de marzo, pista nº 8);





6.- declaración de Rodrigo Suárez, funcionario policial que cumple funciones en Unidad n° 4 (audiencia del 9 de marzo, pistas n° 2, 3 y 5);

7.- declaración de la Quim. Farm. Ximena Robaina, funcionaria de ITF que recibió la sustancia incautada (audiencia del 9 de marzo, pistas n° 8-9);

8.- declaración de la perito Quim. Farm. Julia Bassagoda (audiencia del 9 de marzo, pistas n° 11-12);

9.- planilla de antecedentes del ITF incorporada por lectura de la cual resulta que la acusada no registra antecedentes judiciales (audiencia 9 de marzo, pista n° 14).

La fiscalía renunció a la declaración de Verónica Lapeira que no pudo asistir por razones de salud (audiencia 9 de marzo, pista n° 19).

### **b) Prueba de la defensa**

1.- declaración de la acusada Rosario KelleMBERGER (audiencia 9 de marzo, pista n° 17-18).

### **3) Los alegatos de clausura.-**

En su alegato de cierre, la fiscalía (audiencia 9 de marzo, pista n° 22) analizó las probanzas incorporadas a la causa, concluyendo que se probaron los hechos invocados en la acusación: Rosario KelleMBERGER concurrió a la Unidad Penitenciaria n° 4 con la intención de entregar droga a su hijo. La imputada se registró como visita de uno de sus hijos y en realidad iba a visitar a ambos llevando droga oculta en su cuerpo, específicamente en el recto, lo que fue detectado al ingreso al pasar por el escáner por la funcionaria Pirez. La sustancia se incautó y se realizó todo el procedimiento correspondiente, finalizando con la pericia realizada por la perito Passagoda: 10.2 gramos de marihuana y 5.7 gramos de cocaína base o fumable.

La acusada dio inicio a la conducta delictiva pero por causa externa a su voluntad no pudo realizar todos los elementos constitutivos del tipo. Era consciente que estaba haciendo una conducta ilícita, por eso la llevaba en su cuerpo y no entre los comestibles que también llevaba.

La defensa no incorporó evidencia de las agresiones sufridas por su hijo y la acusada admitió que sus hijos están en la misma celda, que a la fecha del hecho hacía más de un mes que no tenían problemas y que ninguno de ellos le manifestó que tuviera problemas de “ajuste de cuentas” o estuviera amenazado.

Por lo cual solicita la condena de Rosario KelleMBERGER por la comisión de un delito de Entrega de sustancias estupefacientes prohibidas especialmente agravado por cometerse en establecimiento carcelario, en grado de tentativa, de acuerdo a los arts. 5 y 60 del C.P. y arts. 34 y 36 n° 5 del dec-ley 14.294 en la redacción dada por la ley n° 19.889, a la pena de cinco años de penitenciaría.

El alegato de clausura de la defensora (audiencia 9 de marzo pista n° 22) destacó que KelleMBERGER ha tenido una vida de lucha. La única explicación para que una mujer como ella haya realizado el acto que motivó el juicio es que cedió al miedo, al miedo de que uno de sus





hijos fuera lastimado si no cumplía esa tarea que alguien –no se sabe quién- le encomendó. Cita los instrumentos internacionales que protegen a la mujer de la violencia, tales como la Convención de Belén do Pará y la Declaración de La Antigua de 2013, la que señala que la violencia del mundo de las drogas afecta a las mujeres, por lo tanto las políticas públicas y la legislación sobre el problema de las drogas deben ser implementadas con un enfoque de género, tendiendo a reducir el encarcelamiento y ponderando la relación entre el daño y la pena.

En el caso, Kellemerger ingresó la sustancia en la cárcel no para beneficio propio ni de sus hijos, sino para protegerlos, no vio otra posibilidad. Las mujeres como Rosario en situación de vulnerabilidad son buscadas por los líderes narcos para estas conductas.

En cuanto a la calificación jurídica, entiende que no es ajustada a derecho ya que el accionar de Kellemerger no llegó al grado de tentativa, en tanto ella por la manera que llevaba en el cuerpo no pudo disponer de la sustancia. Podría hablarse de tentativa si ella hubiera logrado pasar el control e ingresar a un baño para hacerse de la droga, pero en este caso no fue lo que sucedió. Para la defensa el accionar constituyó un acto preparatorio, dado que la no disponibilidad de droga inhibe la tentativa, tal como ha sido entendido por otras fiscalías en casos similares.

Por lo que debe imputarse el delito requerido en grado de acto preparatorio. Sin perjuicio de lo manifestado, entiende que el monto de pena requerido es excesivo atento a las atenuantes de responsabilidad y la cooperación de la misma.

La fiscalía hizo uso del derecho de réplica (pista nº 25) manifestando que la fijación de los límites legales de la pena corresponde a la política criminal del país y no a la fiscalía. En cuanto a la calificación, entiende que el accionar alcanzó el grado de tentativa desde que dio comienzo a la ejecución del delito, superando el acto preparatorio previsto en el art. 7 del C.P.

La defensa no hizo uso del derecho de réplica (audiencia 9 de marzo, pista nº 25 minuto 02.40).

#### **4) Las manifestaciones finales de la acusada**

De acuerdo a lo establecido en el art. 271.6 inc. 3º del C.P.P. la suscrita preguntó a la acusada si deseaba manifestar algo previo al cierre del debate, quien expresó que está arrepentida por el error que cometió (audiencia 9 de marzo, pista nº 24 minuto 00.03).

### **CONSIDERANDO:**

#### **I) LAS REGLAS DE LA VALORACIÓN PROBATORIA.-**

En el proceso penal, el imputado goza del estado de inocencia consagrado en las normas constitucionales, internacionales y legales, que solo cesa ante el dictado de sentencia de condena ejecutoriada. Así lo establecen el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 12 de la Constitución de la República y el art. 4 del C.P.P.

Al respecto, son aplicables a nuestro ordenamiento jurídico las enseñanzas del prestigioso profesor argentino José Cafferatta Nores: “En la oportunidad del dictado de la sentencia





definitiva, después del debate oral y público, se establece que sólo la certeza sobre la culpabilidad del imputado autorizará una condena en su contra (art. 3º, CPPN, a contrario sensu; art. 406, CPP Córdoba), pues, gozando éste de un estado jurídico de inocencia constitucionalmente reconocido (art. 18, CN) y legalmente reglamentado (art. 1º, CPPN; art. 1º, CPP Córdoba), únicamente podrá ser declarado culpable cuando las pruebas hayan producido la más plena convicción del tribunal al respecto, la que debe ser racionalmente motivada” (La prueba en el proceso penal.- Cafferatta Nores, p. 14).

En el proceso penal actualmente vigente –acusatorio y adversarial- la actividad probatoria corresponde a las partes (arts. 140.2 y 144 del C.P.P.), sin perjuicio del derecho de la víctima a producir prueba (art. 81.2 lit. C.P.P). En relación a la actividad del juzgador, el art. 143 establece que las pruebas producidas en juicio “serán valoradas separadamente y en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa”. Finalmente, el art. 142 exige para el dictado de sentencia condenatoria que “obre en el proceso plena prueba de la que resulte racionalmente la certeza del delito y la responsabilidad del imputado”. Agregando a continuación que “en caso de duda, deberá absolverse al imputado”, lo que significa que si la prueba de cargo presentada por el acusador no ha alcanzado un estándar de certeza razonable que permita destruir el estado de inocencia del imputado, deberá disponerse la absolución.

En relación a la sana crítica, mantiene vigencia los conceptos vertidos por el Maestro Couture, quien las definió como “reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia” (Rev. Der. Jurisp y Administración, Nº 10). En el mismo sentido enseñaba el recordado juez y profesor Víctor Bermúdez que “las reglas de la sana crítica” conforman una categoría intermedia entre la prueba legal o tasada, y la libre convicción, estableciendo un correctivo o un criterio de limitación a la libertad concedida al juez en el sistema de la libre convicción. El juez no puede apreciar la prueba en forma caprichosa, en forma arbitraria, sino que debe hacerlo mediante un razonamiento lógico y en aplicación de los datos que le suministra la experiencia (TARIGO, “Los Medios de Prueba” Curso sobre el Código del Proceso Penal, p. 321).-

La defensa abogó por la interpretación de los hechos atribuidos a la acusada con enfoque de género, en tanto afirma que la violencia instaurada en el mundo de las drogas alcanza a las mujeres, en especial a mujeres en situación de vulnerabilidad que son utilizadas por los narcotraficantes para tareas de microtráfico, como es el caso de Rosario KelleMBERGER.

Corresponde señalar al respecto y es conocido por todos los operadores del sistema de justicia, que en la última década la participación de mujeres en operaciones relacionadas con el narcotráfico, se ha convertido en una de las principales causas de criminalización femenina en nuestro país. La misma situación se plantea en los restantes países de América Latina, por lo cual distintas investigaciones han buscado comprender la situación de las mujeres imputadas por estos delitos y “los problemas de género implícitos en las historias de vida y en el contexto económico, social y cultural de las mujeres que incursionan en el contrabando de drogas como correos; problemas que incluyen, entre otras situaciones, el engaño, la coacción, el estado de necesidad y la trata de personas” (Anitua, Gabriel y Picco, Valeria.- “Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres mulas”, en “Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres”, Ed. Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, año 2012, p. 219 y ss.).

Para Marcela Lagarde, es posible identificar dos tipos de mujeres que se involucran en el tráfico de drogas: las que comenten delitos al lado de sus hombres, y que son detenidas y apresadas junto con ellos; y las que son conminadas al delito por los hombres. Así, las mujeres que participan en el tráfico de sustancias estupefacientes no actúan solas, sino junto a hombres que las “protegen”, pero que en realidad las usan. Constituyen un grupo que, en general, obedece a los patrones culturales de sometimiento y dominación masculina (Lagarde,





Marcela, "Los cautiverios de las mujeres: madres, esposas, monjas, putas, presas y locas". México UNAM, 2003, pp. 654 y ss.).

## II) LOS HECHOS PROBADOS.-

### 1) Hechos que la sentenciante considera probados en el juicio.-

En oportunidad de la audiencia de control de acusación y de acuerdo a lo consignado en el auto de apertura a juicio, las partes no realizaron acuerdos probatorios según habilitan los arts.144 literal d y 268.3 inciso 1° del C.P.P.

La prueba admitida fue incorporada en el juicio oral realizado. Realizada su valoración según las reglas de la sana, de acuerdo a las consideraciones expuestas en el numeral anterior, esta sentenciante entiende que han quedado plena y legalmente acreditados los hechos que se relatan a continuación.-

La acusada Rosario KelleMBERGER (de 58 años) tiene dos hijos privados de libertad en la Unidad Penitenciaria nº 4 "Santiago Vázquez": Pablo Iván Carrasco KelleMBERGER (32 años) y Maikon Andrés Carrasco KelleMBERGER (31 años), quienes están cumpliendo sendas penas de cuatro años de penitenciaría por la comisión de los delitos de Rapiña, Receptación y Violación de domicilio el primero, y un delito de Rapiña especialmente agravado el segundo. Los hermanos están alojados juntos en la celda 07 del Módulo 10 Sector C-0.

El día 20 de octubre de 2020, la acusada se registró para visitar a su hijo Pablo, ya que el sistema informático solo habilita la visita de un privado de libertad por visitante, pero su intención era visitarlos a los dos, lo cual es permitido por las autoridades carcelarias con la finalidad de fomentar los vínculos familiares.

En la mañana de la fecha mencionada sobre la hora 9.00, KelleMBERGER ingresó al recinto carcelario llevando una bolsa con comestibles para sus hijos. Además llevaba un envoltorio de nylon conteniendo sustancias estupefacientes que se había colocado en el recto, para entregarlo a su hijo Maikon.

En el control realizado en el sector Revisoría, la guardia Noelia Pirez -encargada del control en el escáner de personas- visualizó una anomalía en la zona pélvica de KelleMBERGER cuando pasó por dicho escáner. A fin de descartar un error en la imagen, le solicitó que pasara nuevamente por el escáner, haciéndolo la acusada tres veces más y en distintas posiciones. Dado que la anomalía continuaba apareciendo en la imagen, la funcionaria Pirez le solicitó que pasara a la habitación de inspección corporal.

En dicha habitación, la guardia Pirez le preguntó a KelleMBERGER si llevaba algo oculto en su cuerpo y ésta extrajo de su recto y le entregó voluntariamente un envoltorio de nylon. El envoltorio contenía sustancia vegetal, tres piedras de sustancia amarillenta y trece pastillas de color blanco.

La funcionaria abrió el envoltorio y realizó el acta de incautación, que firmó con la acusada y entregó la sustancia en Jefatura de Servicio. Allí fue recibida por la funcionaria policial Gabriela Ruiz, quien realizó el relevamiento fotográfico.

Ese mismo día, previa orden de la sra. fiscal actuante, la funcionaria policial Andrea Alvez





trasladó la sustancia incautada a la sede de Fiscalía General de la Nación. En Fiscalía se realizó la prueba de campo de la sustancia por la funcionaria de DIPN Regina Rodríguez, en presencia de la sra. Fiscal, la defensora Dra. Susana Rey y la custodia Alvez mencionada. Los resultados se consignaron en el acta correspondiente: la sustancia amarillenta dio positivo al reactivo de cocaína (peso 5 gramos) y la sustancia vegetal positivo al reactivo de marihuana (10 gramos). Cumplida la prueba, la funcionaria Alvez regresó la sustancia a Jefatura de Servicio.

El día 21 de octubre de 2020, la funcionaria policial Gabriela Ruiz llevó la sustancia incautada al Laboratorio Químico y Toxicológico del Instituto Técnico Forense, donde la recibió la Quím. Farm. Ximena Robaina. En el instituto la sustancia fue analizada por la perito Quím. Farm. Julia Bassagoda quien declaró en juicio que la sustancia incautada a Rosario Kelleberger consistía en: a) la sustancia vegetal era marihuana, con peso de 10.2 gramos; b) la sustancia amarillenta era cocaína en estado de base libre o fumable, con peso de 5.7 gramos.

### III) EL ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS.-

Como se señalara anteriormente y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 143 del C.P.P., en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva, el juez debe valorar los elementos probatorios reunidos de conformidad con los principios de la lógica y la experiencia, rectores del sistema de la sana crítica, el cual supone llegar a la convicción de la culpabilidad mediante prueba de cargo suficiente, concordante, válida y no controvertida, que permita alcanzar la llamada “verdad procesal”, esto es, un hecho probado más allá de toda duda razonable (Langón, Der. Penal y Procesal Penal, T. I, p. 54).

“En un proceso penal determinado, la prueba deberá versar sobre la existencia del hecho delictuoso y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado”. Y la valoración de la prueba “es la operación intelectual-argumentativa destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos (o sea, qué “prueba” la prueba). Tiende a determinar cuál es su verdadera utilidad a los fines de la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso; en otras palabras, cuál es el grado de conocimiento que puede aportar sobre la acusación” (Cafferatta Nores, ob. cit., ps. 46 y 64).

Se procederá al análisis de los medios de prueba incorporados en el juicio para posteriormente realizar la valoración correspondiente de acuerdo a las reglas citadas.

#### A) Prueba de la acusación.

1) Para acreditar su teoría del caso, la fiscalía aportó las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales y del Instituto Técnico Forense que intervinieron en el procedimiento y los documentos que registraron las distintas actuaciones, la filmación del control realizado a la acusada en el escáner de personas y la pericia de la sustancia incautada.

2) De la prueba testimonial recibida resulta:

2.1) **Noelia Pérez** (audiencia 8 de marzo, pista nº 3) es funcionaria de Guardia Republicana y presta funciones controlando las pantallas de los escáneres de ingreso en los establecimientos carcelarios. El día 20 de octubre de 2020 cumplió esa tarea en la Unidad Penitenciaria nº 4, en el horario de 7.00 a 19.00. Declaró que próximo a la hora 10.45 cuando una señora pasó por el control del escáner de personas, detectó una anomalía en la zona pélvica por lo cual la hizo reiterar el pasaje en tres oportunidades más para corroborar que no





fuera una imagen defectuosa. Al reiterarse la imagen, la hizo pasar al cuarto para inspección corporal, donde la acusada colaboró con el procedimiento: extrajo un envoltorio que llevaba en el recto y se lo entregó. Era un envoltorio negro recubierto con cinta y la señora le dijo que contenía sustancia. Identificó a la acusada Rosario Kellemberger como la señora con la que realizó el procedimiento descripto.

A continuación se realizó registro filmico y se abrió el envoltorio constatándose que contenía sustancia vegetal, sustancia color amarillento y pastillas de color blanco. Realizó el acta policial y el acta de incautación de sustancia correspondiente, que firmó conjuntamente con la acusada.

Reconoció el contenido y la firma del acta de incautación de la sustancia referida (prueba documental letra "A"). Agregó que con posterioridad a la incautación se realizó registro de cadena de custodia, que firmó, y reconoció al serle exhibido (prueba documental letra "B").

En el contraexamen realizado por la defensa (pista nº 3 minuto 13.10) declaró que la sra. Kellemberger colaboró con la actuación realizada. La testigo afirmó que realiza ese trabajo desde hace dos años y que la mayoría de las personas aprehendidas en situación de ingresar sustancia al establecimiento son del género femenino. Después que ella documentó la incautación, entregó la sustancia en Jefatura de Servicio para continuar el procedimiento, con la correspondiente cadena de custodia.

Más adelante en la audiencia (pista nº 5) la testigo reconoció el relevamiento fotográfico (letra documental letra "C") como correspondiente a la sustancia que ella incautó –realizado el 20 de octubre- y la filmación del contralor de escáner del que surge el control realizado a la acusada el día 20 de octubre de 2020 a la hora 9.20 (prueba material letra "A"), que fue exhibido en audiencia.

2.2) **Gabriela Ruiz** (audiencia 8 de marzo, pista nº 4) es funcionaria de Jefatura de Servicio en la Unidad Penitenciaria nº 4. Declaró que participó en el procedimiento de incautación de la sustancia ilícita del 20 de octubre de 2020: la aprehensora llegó a Jefatura de Servicio con la sustancia, se hizo el relevamiento fotográfico y el pesaje. Reconoció el relevamiento fotográfico que se le exhibió y del que surge la sustancia, no tiene fecha porque se sube en seguida al sistema y allí queda ingresado todo el procedimiento (prueba documental letra "C").

Ante lo dispuesto de la fiscal, entregó la sustancia a la funcionaria Andrea Alves quien la llevó a fiscalía para prueba de campo (a cargo del DIAP) y después la devolvió a la unidad, entregándosela a la testigo. Al día siguiente Ruiz llevó la sustancia al laboratorio de ITF y la entregó a Ximena Robaina.

Reconoció contenido y firma del formulario de recepción de sustancias de ITF (prueba documental letra "D"). Reconoció el sobre conteniendo DVD registro filmico del día de la incautación, con cadena de custodia (prueba material letra "A" y prueba documental letra "E") (minuto 10.30-12.41). Reconoció la filmación que se exhibe en audiencia correspondiente al control del pasaje de la acusada por el escáner el día 20 de octubre de 2020 a la hora 9.20 (minuto 13.40).

En el contraexamen de la defensa (pista nº 4 minuto 17.00) la testigo declaró que trabaja en la Unidad nº 4 hace cinco años prestando las mismas funciones y que de acuerdo a su experiencia, las personas que pretenden ingresar sustancia al establecimiento "son más mujeres que hombres". Agregó que en el recibo de recepción de sustancias de ITF firma el policía de guardia en el ITF pero no surgen los datos de la misma, eso no depende de su unidad, lo que ella necesita es la firma de la funcionaria de ITF que la recibe.





2.3) **Nery Pérez** (audiencia 8 de marzo, pista nº 6) es funcionario policial y presta funciones en la Unidad Penitenciaria nº 4. Declaró sobre su participación en el procedimiento del 20 de octubre de 2020: participó en la cadena de custodia del DVD ya que lo recibió, firmó la cadena de custodia y lo entregó (minuto 02.28).

Reconoció su firma en el registro de cadena de custodia del DVD (prueba documental letra "D").

2.4) **Regina Rodríguez** (audiencia 8 de marzo, pista nº 7) es funcionaria policial, se desempeña dentro de DIPN (DIAP). Cumple funciones de investigación en cárceles y realiza pruebas de campo en Fiscalía.

Declaró que el 20 de octubre realizó, en sede de fiscalía, la prueba de campo de la sustancia incautada a la acusada (minuto 03.00). En esa oportunidad estaban presentes la defensora de la acusada, la fiscal y la funcionaria policial que llevó la sustancia de apellido Alvez (custodia de la sustancia). Se realizó la prueba de campo mediante reactivos de sustancias y pesajes. Los resultados se consignaron en el acta realizada y firmada por los presentes: la sustancia amarillenta dio positivo a cocaína (5 gramos) y la sustancia vegetal positivo a marihuana (10 gramos) (minuto 07.00).

Reconoció el contenido y su firma en el acta de prueba de campo (prueba documental letra "F").

2.5) **Andrea Alvez** (audiencia 8 de marzo, pista nº 8) es funcionaria policial, presta funciones en Unidad Penitenciaria nº 4. El 20 de octubre de 2020 realizó la custodia de la sustancia incautada a Rosario Kelleberger: la trasladó a la sede de Fiscalía, se la entregó a la funcionaria de DIAP y estuvo presente mientras se realizó la prueba de campo. Realizada la prueba, la funcionaria de DIAP se la entregó nuevamente y la testigo la reintegró a Jefatura de Servicio.

Reconoció su firma en el acta de prueba de campo (prueba documental letra "F").

En el contraexamen de la defensa (minuto 04.30) la testigo declaró que en la Jefatura de Servicios recibió la sustancia de la funcionaria Ruiz, aproximadamente a la hora 14. Que la reintegró a la unidad cuando ya era de noche y no recuerda a quien se la entregó, pero sí que firmó un documento cuando la reintegró conjuntamente con esa persona.

2.6) **Rodrigo Suárez** (audiencia 9 de marzo, pistas nº 2, 3 y 5) funcionario policial que presta funciones en la Unidad Penitenciaria nº 4 como Jefe de Servicio en la Compañía nº 1.

Declaró que la unidad lleva un registro de visitas al establecimiento en el sistema de gestión carcelaria informatizado y que el sistema genera un historial de visitas, tanto en relación a la persona privada de libertad como al visitante, se puede saber por privado de libertad quién lo visitó y por visitante se puede saber a cuales privados de libertad visita. El sistema admite que pida visita a un solo interno, pero desde el comando se permite que pueda ver a más de uno en ocasión de la visita.

Sabe que Rosario Kelleberger tienen dos hijos alojados en la unidad mencionada: Pablo Iván Carrasco Kelleberger y Maikon Andrés Carrasco Kelleberger.





Reconoció los registros de visitas correspondientes a la acusada y sus dos hijos, de los que surge que el 20 de octubre de 2020 Rosario Kelleberger se registró para visitar a su hijo Pablo (prueba documental letras “G”, “H” e “I”).

Agregó (pista nº 5) que cada privado de libertad tiene una ficha con sus datos y todo el historial de la vida carcelaria. Se le exhibieron las fichas de Maikon Andrés Carrasco y Pablo Iván Carrasco, de las que resulta que ambos están alojados juntos en la misma celda (prueba documental letra “J” y “K”).

2.7) La Quím. Farm. Ximena Robaina (audiencia 9 de marzo, pistas nº 8-9) es técnica de ITF trabaja en el Laboratorio de Química y Toxicología.

Explicó el procedimiento de recepción de sustancias estupefacientes en el ITF (pista nº 9). En relación a los hechos objeto del juicio declaró que recibió la sustancia en ITF y reconoce el formulario de recepción de sustancias (prueba documental letra “D”), donde a la sustancia recibida se le asigna un número de caso que después se refleja en el número de informe.

Especifica que en este caso se recibió: dos envoltorios de sustancia blanca de peso 5,7, trece comprimidos y un envoltorio de sustancia vegetal de peso 10.2 (minuto 01.50). Reconoció su firma y aclaró las restantes firmas que lucen el documento (prueba documental letra “D”).

3) La perito Quím. Farm. Julia Bassagoda (audiencia 9 de marzo, pista nº 11-12) se desempeña en el laboratorio del ITF y analiza drogas de origen vegetal.

Declaró en audiencia de juicio que realizó la pericia a la sustancia incautada, la cual arrojó los siguientes resultados: cocaína base o fumable con peso de 5.7 gramos y pureza de 69%, trece comprimidos de clonazepan y sustancia vegetal que se trata de marihuana con peso de 10.2 gramos (pista nº 12).

4) La planilla de antecedentes expedida por ITF fue incorporada mediante lectura y resulta que la acusada Kelleberger no registra antecedentes judiciales (audiencia 9 de marzo, pista nº 14).

## **B) Prueba de la defensa.**

1) La defensa presentó como prueba la declaración de la imputada Rosario Kelleberger, que fue recibida en audiencia de juicio previa instrucción sobre los derechos que la asisten en juicio (audiencia 9 marzo pistas nº 17 y 18).

Interrogada por la defensa (pista nº 17), la acusada manifestó: cursó enseñanza primaria, se casó a los 17 años, vive con su esposo, tiene cinco hijos de entre 38 años y 31 años, los dos menores están privados de libertad en COMCAR. Declaró que su hijo Maikon fue agredido dos veces. En relación a su propio accionar, dijo que lo hizo sin pensar o por miedo que se lo mataran, pensó que si no lo hacía lo podían matar. Sus hijos no le dijeron que tuvieron amenazas, sabe que si hacen denuncia lo pueden agredir adentro o si no, si ella lo hace la pueden agredir a ella o al esposo, por eso lo dejan adentro.

Declaró que recibió la sustancia de una persona que fue a su casa de noche en moto, con casco, golpeó las manos, ella salió, él le preguntó si era la madre de los Carrasco, ella le contestó que sí y el hombre le dijo “tome, llévele a su hijo esto”, le dejó eso y no le dio





explicación, le iba a preguntar quién era pero arrancó la moto y se fue (minuto 03.25-03.40). Ella no supo quién era esa persona. Manifestó que pensó que si no entregaba el paquete capaz le mataban a su hijo, el que agredieron dos veces fue Maikon, la segunda vez casi lo matan. El otro hijo no tuvo ningún problema, en aquel momento ellos no estaban juntos, después ella habló que sacaran a Maikon de dónde estaba porque peligraba, y cuando salió del hospital lo pasaron al otro módulo. Manifestó que este acto fue la primera vez que hacía algo así, no pensó en las consecuencias, pensó que podían matar a su hijo. Está arrepentida pero lo llevó a hacerlo porque pensó que capaz lo mataban. Sabe que lo apuñalaron varias veces, la última vez la puñalada casi le tocó el pulmón, lo operaron, fue internado en el Hospital Pasteur y en el Saint Bois, ella fue pero no pudo verlo.

Del contraexamen realizado por la fiscalía (pista nº 18) resulta que el día que la detuvieron Kelleberger fue trasladada a la fiscalía, declaró con su defensa ante la sra. Fiscal actuante, le dijo que llevaba la droga oculta en el recto, que había pedido visita para Pablo, que la droga se la iba a entregar a Maikon porque pensaba que era el que tenía problema, que hacía más de un mes y medio que sus hijos estaban juntos en la misma celda y que desde entonces no había habido más problemas, que ni Maikon ni Pablo estando presos consumían droga, que ninguno de los dos le dijo que tuviera deudas por droga en la cárcel.

#### IV) LA VALORACION DE LA PRUEBA PRODUCIDA.-

1) A juicio de esta jueza, la prueba producida en la causa y relacionada en el numeral anterior, permite alcanzar el grado de certeza razonable necesario para el dictado de una sentencia de condena, según resulta de la valoración realizada de los medios probatorios, cada uno de ellos en forma separada y en su conjunto, tal como exige el art. 142 del C.P.P.

2) En efecto, de las probanzas relacionadas y analizadas en numerales anterior, surge la certeza de los hechos que se han entendido acreditados, en síntesis, que el día 20 de octubre de 2020 en horas de la mañana Rosario Kelleberger ingresó a la Unidad Penitenciaria nº 4 llevando un paquete conteniendo sustancia estupefaciente (5.7 gr. de cocaína base o fumable y 10.2 gr. de marihuana) para entregarle a su hijo Maikon Carrasco. El paquete fue detectado al pasar la acusada por el escáner de ingreso, por lo cual la acusada procedió a extraerlo de su recto y entregárselo a la funcionaria Pírez.

Los hechos referidos fueron acreditados mediante los medios probatorios admitidos, a saber, testimonios, registros documentales, filmación, fotografías y pericia, reseñados en el numeral que antecede de esta sentencia. Toda la prueba fue correctamente incorporada al juicio oral por la sra. Fiscal actuante.

En el mismo sentido, todo el procedimiento cumplido en relación a la sustancia, desde su detección e incautación por parte de la funcionaria Noelia Pírez hasta su peritaje por la Quim. Farm. Bassagoda, fue acreditado y justificada la cadena de custodia en forma por demás prolija e indubitable.

En suma, la prueba producida por la sra. Representante del Ministerio Público acredita la ocurrencia de los hechos que fundamentan su demanda acusatoria.

10) La defensa, por su parte, no formuló objeciones a la actividad probatoria de la acusadora y los hechos imputados fueron admitidos por Rosario Kelleberger al prestar su declaración en audiencia de juicio oral -debidamente instruida de sus derechos en forma previa.

En relación a la declaración del acusado en juicio, se dirá que de acuerdo a la normativa





procesal vigente, el imputado tiene derecho a declarar durante todo el juicio oral, lo que deberá hacer bajo las reglas del examen y contraexamen (art. 270.5 del C.P.P.) y luego de los alegatos de clausura se le preguntará si tiene algo más que agregar (art. 271.6 inc. 3º).

“El derecho a declarar –como manifestación de la garantía constitucional y convencional a ser oído- constituye un derecho elemental que hace a la condición de sujeto de derechos del imputado” (Baclini, Jorge.- Código Procesal Penal de Santa Fe. Comentado, anotado y concordado; Ed. Juris online, Tomo I p. 244). Es decir que la declaración del imputado es un derecho y puede ejercerlo en cualquier momento de la audiencia; pero en ningún caso puede exigirse su declaración, tal como se desprende del art. 8 nº 2 lit. g y nº 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otra parte, la declaración del imputado debe entenderse como una manifestación del derecho de defensa y por ello resulta ser un medio de defensa. A diferencia del proceso penal inquisitivo en el cual el paradigma era la búsqueda de la confesión, en el modelo acusatorio “la ley no tiene por miras la confesión del acusado sino que se le otorga la posibilidad de que ejercite su defensa material. Obviamente que si el imputado quiere libremente prestar una declaración que lo autoincrimine, podrá hacerlo y sujetarse entonces a las consecuencias probatorias que ello importa”. Pero en tanto el derecho a declarar es un medio de defensa, dicha declaración no debería ser instada por la fiscalía (Baclini, ob. cit. p. 245).

En su declaración en juicio, Rosario Kelleberger admitió los hechos que fundamentan la acusación fiscal y manifestó que recibió la droga de una persona que no identifica, para ser entregada a sus hijos. Agregó que obedeció el encargo debido a su temor de que Maikon sufriera otro ataque que pusiera en riesgo su vida, como ya había sucedido anteriormente en el establecimiento penitenciario.

La defensa no presentó elemento de convicción alguno –ni aun de carácter indiciario- que avalara sus dichos.

Por las consideraciones expuestas en relación a este tipo de delitos, no sería razonable exigir la identificación de la persona que le hizo entrega de la sustancia ni otro medio de prueba que pusiera en riesgo a la imputada ni a sus hijos, y no es eso lo que se pretende. Sin embargo, tampoco se justificaron otros extremos referidos en su declaración, como pudieran ser las circunstancias en que recibió el envoltorio y el estado emocional que la llevó a procurar su ingreso al establecimiento, o las agresiones que según manifestara sufrió su hijo Maikon con anterioridad, o las gestiones realizadas posteriormente para que fuera alojado en la misma celda que su hermano Pablo en procura de su protección. Indicios que al menos mostrarían el contexto del hecho delictivo y contribuirían a justificar el temor alegado por la acusada.

Por el contrario, en el contraexamen realizado por la sra. Fiscal, reconoció que desde sus hijos estaban juntos en la misma celda - un mes y medio antes del día del hecho- no tuvieron más problemas, que ni Maikon ni Pablo consumían droga desde que estaban presos y que ninguno de los dos le dijo que tuviera deudas por droga en la cárcel.

## V) LA CALIFICACIÓN JURIDICA.-

1) La fiscalía requirió la condena de Rosario Kelleberger por la comisión un delito de Entrega de sustancias estupefacientes prohibidas, especialmente agravado por perpetrarse en establecimiento carcelario, en grado de tentativa, de acuerdo a lo previsto por el art. 5 del C.P. y los arts. 34 y 36 nº 5 del dec-ley 14.294, en su actual redacción dada por la Ley 19.889.





La defensa no controvertió la realización por la acusada de los hechos materiales constitutivos del delito, sino que su teoría del caso se basó en dos argumentos: a) que el accionar debe imputarse en carácter de acto preparatorio, no alcanzando el grado de tentativa ya que no tuvo disponibilidad de la sustancia; b) que la acusada actuó por miedo: cumplió el encargo recibido convencida que si no lo hacía, su hijo Maikon podría sufrir otro ataque en el centro carcelario, que pusiera en riesgo su vida.

Corresponde entonces analizar los argumentos que fundamentan la tesis defensiva.

2) En relación al primer punto, quedó acreditado que el día 20 de octubre de 2020 en horas de la mañana, Rosario Kelleberger pretendió ingresar a la Unidad Penitenciaria n° 4 un envoltorio de nylon conteniendo sustancias estupefacientes – a saber, 10.2 gramos de marihuana y 5.7 gramos de cocaína base o fumable- que llevaba colocado en el recto, para entregarlo a su hijo Maikon Carrasco que se encuentra privado de libertad en dicho centro.

El accionar delictivo se interrumpió porque la presencia del envoltorio fue detectada al pasar Kelleberger por el escáner de personas apostado al ingreso del recinto carcelario para el control de los visitantes, lo que dio lugar a la incautación y posterior procedimiento que culminó en este juicio oral.

Atento a la posición de la defensa, debe analizarse si la conducta de la acusada constituye un acto preparatorio del delito de Entrega de sustancias estupefacientes, o si alcanza el grado de tentativa como pretende la fiscalía.

3) La doctrina entiende que el delito, en general, se desenvuelve recorriendo fases, de distinta relevancia penal. Así, se distingue una fase interna (ideación, deliberación y resolución) y una fase externa, que puede componerse de proposición, conspiración, acto preparatorio, tentativa, consumación y agotamiento del delito. En relación a la relevancia penal, existen disposiciones ampliatorias de la tipicidad y la punibilidad a etapas tempranas del proceso de formación del delito, básicamente a la tentativa. En algunos casos también se castiga el acto preparatorio, y más excepcionalmente, la proposición y la conspiración para cometer el delito (Chaves, Gastón.- El derecho penal desde la Constitución, UCU, año 2015, ps. 593-594).

Los delitos relativos a estupefacientes se incluyen en la categoría que sanciona el acto preparatorio, en tanto el art. 37 inc. 2° del Dec-ley 14.294 prevé que “el acto preparatorio será castigado con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado, pero el Juez podrá elevarla hasta la mitad, tomando en cuenta la gravedad del hecho cometido y la personalidad del agente”.

El acto preparatorio está regulado en el art. 7 inc. final del C.P., según el cual “el acto preparatorio se perfila cuando el designio criminal se concreta por actos externos, previos a la ejecución del delito”.

Por su parte, el art. 5 inc. 1° del C.P. que regula la tentativa dispone que “es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos los que exige su consumación por causas independientes de su voluntad”.

Entonces, el principio de ejecución es lo que delimita y diferencia ambas etapas: los actos realizados en forma previa al comienzo de la ejecución, son actos preparatorios (normalmente no punible); si la conducta ya inició la ejecución y se materializó por actos externos sin que llegue a consumarse, es tentativa (punible cuando la conducta constitutiva del delito admite fraccionamiento).





4) En el caso a decisión, esta jueza comparte la posición de la fiscalía, entendiendo que la acusada Rosario KelleMBERGER dio inicio a la ejecución del delito de Entrega de sustancias estupefacientes, al ingresar al recinto carcelario con la sustancia estupefaciente oculta en su cuerpo. La etapa del acto preparatorio –punible de acuerdo al art. 37 del Dec-ley 14.294- estaría constituida por los actos previos: la colocación del envoltorio en el recto y el traslado de la acusada desde su domicilio hasta el establecimiento. Una vez que ingresó al recinto carcelario, la ejecución del delito tuvo comienzo de ejecución, materializándose por el acto externo que fue su pasaje por el control del escáner, no ya una sino cuatro veces, debido a las circunstancias relatadas. Y la ejecución no se completó por causa extraña a su voluntad, cual fue la intervención de la funcionaria policial Pirez que advirtiendo a través de las imágenes del escáner que KelleMBERGER llevaba algo oculto en la zona pélvica de su cuerpo, procedió a llevarla al cuarto de inspección personal donde ésta hizo entrega del envoltorio conteniendo la sustancia incautada.

Se cumplen entonces todos elementos necesarios para configurar la tentativa, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 5 del C.P.: a) el dolo inicial de la acusada de cometer el delito de Entrega de sustancias estupefacientes; b) el principio de ejecución del delito mediante su ingreso al recinto carcelario con la sustancia oculta en su cuerpo; c) la ausencia de consumación por causa extraña a su voluntad, es decir, la intervención de la funcionaria policial que detectó la presencia del envoltorio (Cf. Chaves, ob. cit., p. 608).

5) En relación al segundo argumento, asiste razón a la defensa en cuanto estudios realizadas sobre las mujeres vinculadas al comercio ilegal de drogas han concluido que muchas mujeres suelen ser forzadas a transportar drogas (sea en su equipaje o en su cuerpo) como consecuencia de situaciones de chantaje e intimidación, tanto hacia ellas como hacia sus seres queridos. “Distintas investigaciones sugieren la existencia de situaciones de violencia como elemento configurativo de las experiencias de mujeres implicadas en los eslabones más bajos del tráfico internacional de drogas, en particular, de aquellas que no toman una decisión voluntaria. En estos casos, la función estratégica de las mujeres es la de ser meros vehículos de traslado, o bien sujetos “prescindibles” del mercado internacional de drogas, antes que la de su capacidad de ser agentes autónomas y exitosas en las actividades del tráfico”. La intimidación encuadra en una situación de violencia, de acuerdo a los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales de protección a la mujer contra la violencia, como la Convención de Belén do Pará, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la Recomendación General Nº 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, en tanto “las definiciones sobre violencia de los instrumentos internacionales y nacionales mencionados incluyen todos aquellos actos que provocan daños o sufrimientos físicos y mentales, las amenazas y las coacciones. Estas últimas constituyen una forma de violencia psicológica que ejerce extorsión y genera formas de sumisión que pueden provocarles daño a las mujeres y que actúan sobre su libertad de acción y decisión” (Anitua, Gabriel y Picco, Valeria.- ob. cit., p. 234-236).

Como consecuencia de esa coacción, la libertad de las mujeres estaría desplazada y correspondería analizar si merecen el reproche penal. Así en fallos dictados en Argentina, se ha entendido que pueden existir elementos constitutivos del estado de necesidad exculpante e, incluso, del justificante. Y en tales casos sería necesario “determinar si la reducción de libertad que éstas sufren impide que el Estado les formule un reproche penal por no haber actuado de otro modo. Por supuesto que la cuestión se refiere, entonces, a la inexigibilidad de otro comportamiento, y no a que su acto haya sido conforme a derecho (Anitua, Gabriel y Picco, Valeria.- ob. cit., ps. 236-241).

La suscrita comparte las consideraciones antes expuestas, pero más allá del marco teórico o conceptual, es necesario que ante el caso concreto, se acrediten -mínimamente- los extremos de hecho que justifiquen la coacción sufrida por la imputada y la consecuente inexigibilidad de otro comportamiento. De acuerdo a lo ya expresado en el Considerando IV nº 10 de esta sentencia, si bien no es dable exigir en el caso, la prueba directa de la entrega de la sustancia





ni la identificación de quien la entregó, sí es necesario contar con elementos convictivos, aún de naturaleza indiciaria, que justifiquen el contexto en el cual Rosario Kelleberger realizó la conducta que se le imputa. Esos elementos estuvieron ausentes en este juicio, por lo cual no es posible corroborar en modo alguno los dichos de la acusada.

Al respecto, se ha dicho que “para el desarrollo de una estrategia de defensa con perspectiva de género no se requiere solamente la elaboración de un marco teórico adecuado, sino que también es necesario realizar un ofrecimiento de prueba acorde con la defensa material y técnica presentada” (Di Corleto, Julieta y Carrera, María Lin, “Mujeres infractoras víctimas de violencia de género. Bases para la construcción de una defensa técnica eficaz”, en Revista Sistemas Judiciales, CEJA-INECIP, año 18, nº 22, ps. 120-121).

6) En mérito a todo lo expuesto, concluye la sentenciante que corresponde acceder a la requisitoria fiscal y condenar a la acusada por la comisión de un delito de Entrega de sustancias estupefacientes en grado de tentativa, por ajustarse su conducta a lo previsto en el art. 5 del C.P. y art. 34 del Dec-ley 14.294.

#### VI) LA PARTICIPACIÓN.-

La acusada deberá responder por la conducta incriminada *en calidad de autora*, pues dio comienzo a la realización de los actos constitutivos del tipo penal que se le imputa (art. 60 del C.P.).

Subjetivamente, el delito debe imputarse *a título de dolo directo*, dado que medió conciencia de la antijuridicidad de su accionar, habiéndose podido determinar de manera distinta a la forma en que lo hizo (arts. 3 y 18 del C.P.).

Como se explicitara anteriormente, si bien Kelleberger afirmó haber realizado su conducta por miedo a que hijo sufriera un ataque a su vida, no se presentaron medios probatorios que permitan concluir que la acusada haya sufrido una coacción que anulara su capacidad de determinarse.

#### VII) LAS CIRCUNSTANCIAS ALTERATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD.-

Se computarán las circunstancias alteratorias de la responsabilidad relevadas por el Ministerio Público por ajustarse a los extremos acreditados en el juicio, a saber:

**a) atenuante:** la primariedad absoluta y la confesión de los hechos realizada en audiencia de juicio oral, ambas en vía analógica (art. 46 nº 13 del C.P.);

**b) agravante específica:** haberse realizado la actividad delictiva en el interior de establecimiento carcelario (art. 36 nº 5 del dec-ley 14.294 en la redacción dada por la Ley 19.889), aplicable en razón que la nueva redacción fue establecida por posterioridad en el tiempo a la circunstancia prevista en el art. 60 nº 4 del mismo dec-ley.

#### VII) LA PENA.-

1) La medida de la pena se gradúa fundamentalmente de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad considerando a ésta como el fracaso de la persona responsable ante las





exigencias del derecho al ejecutar una acción antijurídica. La determinación del *quantum* punitivo es una potestad del Juez, pero no es una facultad arbitraria, sino discrecional y reglada. Esto significa que si bien se mueve entre una escala determinada, tiene la obligación de fundar sus conclusiones y debe obedecer a las pautas establecidas por el legislador (Cfme. Rev. Der. Penal, n° 13, c. 175, p. 826).

Respecto de la individualización de la pena, la jurisprudencia ha expresado en reiterados pronunciamientos, que “la pena se individualiza con el juego interrelacionado de dos tipos de juicios: a) el de responsabilidad, constituido por el evento y sus circunstancias, y b) el de peligrosidad, que atiende a la personalidad del agente y sus antecedentes personales” (Rev. Der. Penal, n° 12, c. 273, p. 406; Rev. Der. Penal, n° 13, c. 179, p. 828; Cf. Zaffaroni, “Manual de Derecho Penal”, p. 699). La peligrosidad debe constatarse mediante un juicio de probabilidad y que a diferencia del de culpabilidad, mira hacia el futuro, desde que supone un juicio acerca de la conducta futura de un hombre teniendo en cuenta sus antecedentes personales.

2) El tipo penal imputado a la acusada se castiga con una pena que fluctúa entre dos a diez años de penitenciaría (art. 34 del Dec-ley 14.294 redacción dada por el art. 71 de la Ley 19.889), debiendo elevarse el mínimo antedicho a tres años de penitenciaría dada la existencia de pasta base de cocaína en el envoltorio incautado (art. 35 bis del Dec-ley 14.294 redacción dada por el art. 73 de la Ley 19.889). Por otra parte, la agravante específica computada eleva la pena en forma tasada, la que se fija entre *cuatro y quince años de penitenciaría* (art. 36 n° 5 del Dec-ley 14.294 redacción dada por el art. 74 de la Ley 19.889).

3) Atendiendo a la imputación atribuida, la circunstancia agravante específica concurrente y los guarismos previstos en el art. 36 del Dec-ley 14.294 en su actual redacción, la pena requerida es legal.

A efectos de la fijación del monto de pena, esta sentenciante debe valorar: a) el accionar desplegado por la acusada que no logró su consumación, por lo cual, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 37 inc. 1° del Dec-ley 14.294, no llegó a ocasionar el daño que se pretende proteger por el tipo penal en cuestión; b) la escasa cantidad de sustancia objeto del delito; c) las circunstancias atenuantes de la responsabilidad concurrentes y la personalidad de la autora, según lo establecido en los arts. 50, 53 y 86 del C.P.

En este punto entiende esta sentenciante relevante poner de manifiesto que el exacerbado rigor punitivo previsto en la norma no se compadece con las directivas internacionales sobre el tema del combate a las drogas, especialmente en el caso de micro-tráfico llevado a cabo por mujeres.

Así, como señaló la defensa pública, , los Estados Miembros de la OEA se reunieron en junio de 2013 en ocasión del 43° período ordinario de sesiones de la Asamblea General en La Antigua (Guatemala) y emitieron la “Declaración de Antigua”. En relación a la participación de las mujeres en el tráfico de drogas, la Declaración resalta la importancia de que “...las políticas públicas relacionadas con el problema mundial de las drogas necesariamente deben ser diseñadas e implementadas con un enfoque de género, cuando corresponda” (“Mujeres y Drogas en las Américas... cit. ps. 16-17)

En el mismo sentido, el primer “Informe de la OEA sobre el Problema de las Drogas en las Américas” establece que “la mayoría de las mujeres que ingresan al mundo de las drogas ilícitas lo hacen al nivel más bajo, como portadoras humanas y como micro-trafficantes en pequeña escala, y por lo tanto no ocupan un papel de liderazgo en el proceso de comercialización”. El informe de la OEA reconoce que ... un promedio estimado del 70% de las mujeres reclusas en las Américas –muchas de ellas jefas de familia– se encuentran en la





cárcel debido a delitos no violentos de micro-tráfico de drogas. .... estas mujeres son jóvenes, pobres, analfabetas y con muy poca escolaridad, madres solteras y responsables por el cuidado de sus hijos y de otros miembros de su familia. En la mayoría de los casos, estas mujeres no tienen un papel preponderante en las redes de narcotráfico y se encuentran concentradas en los niveles más bajos de la cadena, en los cuales los premios son pocos y la violencia por lo general es muy común” (CICAD. “Drogas y Desarrollo” en El Problema de las Drogas en las Américas: Estudios. Washington, D.C.: Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, Organización de los Estados Americanos, 2013, [http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/drugsDevelopment\\_ESP.pdf](http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/drugsDevelopment_ESP.pdf) p. 27).

4) Todas estas circunstancias se evidencian en el caso de Rosario Kelleberger y fueron puestas de manifiesto en su declaración en juicio: se trata de una mujer de 58 años, sin antecedentes judiciales, de origen humilde, que cursó únicamente enseñanza primaria, madre de cinco hijos ya adultos, que pretendió ingresar una pequeña cantidad de sustancia estupefaciente para uno de sus hijos privados de libertad. Aún sin entrar a considerar la posible coacción sufrida y en tanto no se invocó por la fiscalía la pertenencia de la acusada a organización criminal alguna, se trata de un claro supuesto de micro-tráfico que la ley castiga con un rigor extremo.

Pero como expresó la sra. Fiscal en su alegato de clausura, la política criminal del país está marcada por las leyes que establecen las penas a las conductas delictivas. En tanto la acusada realizó los actos constitutivos del delito que se le imputa y no se aportaron elementos de convicción que permitan concluir en la inexigibilidad de otra conducta que la realizada, no es posible que esta jueza se aparte de los márgenes legales de la pena.

Atendiendo a la conducta realizada por la imputada y de acuerdo a las consideraciones expuestas, entiende esta jueza que el monto requerido por la acusadora es excesivo y que las circunstancias reseñadas ameritan la fijación de la pena en el mínimo legal de **cuatro años de penitenciaria**, con descuento del tiempo de prisión preventiva cumplido.

Corresponde asimismo por ser de precepto disponer el **decomiso y destrucción de la sustancia incautada**, de acuerdo a lo previsto por el 105 lit. a del C.P. y art. 50 inc. final del Dec-ley 14.294, comunicándose a ITF para su cumplimiento.

## X) EL DERECHO.-

Fundamentan la decisión a recaer los arts. 12, 18 y 22 de la Constitución de la República; arts. 3, 18, 46 n° 13, 50, 53, 60, 71, 75, 78, 79, 80, 81, 82, 86 y 105 lit. E del Código Penal; arts. 34, 35 bis, 36 n° 5 y 50 inc. final del Dec-ley 14.294 en la actual redacción dada por la Ley 19.889 y arts. 1, 2, 4, 13, 119, 120, 124, 141, 142, 143, 158, 173, 178, 270 y 271 del Código de Proceso Penal.-

## FALLO:

CONDÉNASE A **ROSARIO KELLEMBERGER** COMO AUTORA PENALMENTE RESPONSABLE DE **UN DELITO DE ENTREGA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES PROHIBIDAS ESPECIALMENTE AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA**, A LA PENA DE **CUATRO (4) AÑOS DE PENITENCIARÍA**, CON DESCUENTO DE LA PREVENTIVA CUMPLIDA, SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y DE CARGO U OFICIO PÚBLICO (ART. 81 Y 82 DEL C.P.) Y ACCESORIAS LEGALES CORRESPONDIENTES (ART. 105 LIT. E DEL C.P.).-





UR &gt; Asociación de Defensores de Oficio del Uruguay

Sentencia 2

1661

DISPÓNESE EL **DECOMISO Y DESTRUCCIÓN DE LA SUSTANCIA INCAUTADA**, OFICIÁNDOSE PARA SU CUMPLIMIENTO A ITF.

COMUNÍQUESE LA CONDENA RECAÍDA A ITF, JEFATURA DE POLICÍA Y CORTE ELECTORAL, OFICIÁNDOSE.-

DECLÍNASE COMPETENCIA ANTE EL JUZGADO LETRADO DE EJECUCIÓN Y VIGILANCIA QUE POR TURNO CORRESPONDA, AL QUE SE REMITIRÁ ESTA CAUSA PREVIA INTIMACIÓN A LA ACUSADA DE DESIGNACIÓN DE DEFENSOR QUE LA PATROCINE EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN.-

EJECUTORIADA, CÚMPLASE, LIBRÁNDOSE LA ORDEN DE PRISIÓN CORRESPONDIENTE.-

Dra. Beatriz LARRIEU DE LAS CARRERAS  
Juez Ldo.Capital



Validado por el PODER JUDICIAL  
29/04/2021REPÚBLICA  
ORIENTAL DEL  
URUGUAY  
PODER JUDICIAL**Sentencia Nro. 44/2021**

IUE 327-38/2021

Rivera, 29 de Abril de 2021

**VISTOS**

Para dictado de sentencia definitiva de primera instancia, estos autos caratulados: “ROBERT PEREZ LAGUNA C/ DIRECTOR DE UNIDAD Nº 3 PENAL DE LIBERTAD. HABEAS CORPUS” **IUE 327-38/2021**, en mérito al proceso de Habeas Corpus correctivo interpuesto por la Dra. Fiorella Ratti, defensora pública del imputado, con la intervención del Dr. Daniel Armand Ugón (defensor público subrogante), Dra. Luján Gómez (Fiscal Letrado Departamental de Rivera de 1er. Turno) y Dra. Gabriela González (letrado patrocinante del INR).

**RESULTANDO****Actuaciones cumplidas**

- 1) Con fecha 16 de marzo de 2021 compareció la Dra. Fiorella Ratti y dedujo acción de habeas corpus respecto del imputado Robert Alexis Pérez Laguna, persona que se encuentra formalizada en el expediente caratulado “Fiscalía Letrada de Primer Turno c/ Robert Alexis Pérez Laguna. Formalización”, imputado de la comisión de reiterados delitos de abuso sexual específicamente agravados, un delito de homicidio especialmente agravado y muy especialmente agravado y un delito de lesiones personales agravadas, todo ello en reiteración real, en los autos identificados con la IUE 2-25347/2020.
- 2) Esta Sede resulta competente atento a lo establecido en el art. 354.4 del NCPP, en tanto la persona privada de libertad está a disposición de la presente causa penal.
- 3) En la referida comparecencia promovió acción de habeas corpus correctivo con fundamento en lo previsto en los arts. 7, 18, 72 y 332 de la Constitución de la República; arts. 351 y ss. del NCPP y art. 8 y ss. de la Convención Internacional de Derechos Humanos.
- 4) La compareciente expresó en síntesis que el día 15 de marzo de 2021 y momentos antes de comenzar la audiencia fijada por la Sede, su defendido le comunicó una serie de hechos que le causaron preocupación. Según le manifestó desde el día 24 de diciembre de 2020, oportunidad en que fuera trasladado desde cárcel Central “Centro de diagnóstico y derivaciones” a COMCAR (Unidad N.º4), y luego al Penal de Libertad (Unidad N.º3), fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes y sometido a condiciones de reclusión violatorias de la





dignidad humana. En la fecha indicada refirió haber sido víctima de una golpiza que le ocasionó pérdida de piezas dentales. En otra oportunidad fue víctima de un ataque con corte carcelario y en varias ocasiones sufrió intentos de incendio en su celda. Manifestó que los presuntos autores fueron agentes carcelarios, que de ser cierto, reviste una gravedad aún mayor. Puntualizó el imputado que los referidos hechos ocurrieron en las Unidades números 3 y 4 y no en Cárcel Central donde no se produjo ningún incidente. Ofreció prueba, fundó el derecho y solicitó en definitiva que se dicte sentencia declarando el traslado de su defendido a otra Unidad que no sea la N.º 3 ni la N.º 4 a efectos de salvaguardar la integridad física y moral de Robert Pérez Laguna.

5) Por auto N.º 334/2021 de fecha 16 de marzo de 2021, se ordenó a ITF practicar pericia sobre el imputado por las lesiones mencionadas con un plazo máximo de 48 horas; se dispuso oficiar a UIPPL N.º 3 (Penal de Libertad) y UIPPL N.º 4 (COMCAR) a efectos de que en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción de los oficios informaran sobre las circunstancias que derivaron que el Sr. Pérez resultara lesionado, justificando el argumento legal de las actuaciones así como que se remita testimonio de lo actuado, solicitando además que se proporcionara los datos de las personas encargadas de supervisar el proceso de rehabilitación del Sr. Pérez. Por auto N.º 362/2021 de fecha 24 de marzo de 2021, se tuvo por presentado el informe de la Unidad N.º 3 con noticia de las partes urgiéndose la contestación de oficio pendiente así como la pericia dispuesta con un plazo de 24 horas, urgiéndose su respuesta, habilitándose los días inhábiles correspondientes a la semana de turismo a sus efectos (art. 356.3 del CPP). Por auto N.º 408/2021 del 8 de abril de 2021, se dispuso cumplir en forma urgente con lo pendiente en un plazo de 24 horas. Por auto N.º 424/2021 de fecha 15 de abril de 2021 se convocó a audiencia para el día 21 de abril autorizándose la comparecencia del imputado por vía zoom; y por auto N.º 447/2021 de fecha 20 de abril de 2021, atento a que no se citó al director del centro carcelario, se prorrogó la audiencia para el día 26 de abril de 2021, señalamiento que nuevamente se postergó para el día de la fecha dado que se había omitido citar al representante del INR.

6) En la fecha señalada se celebró la audiencia y se fijó el objeto del proceso en *“Determinar si corresponde amparar la pretensión de la parte actora y en su mérito disponer el traslado urgente del imputado Robert Alexis Pérez Laguna a una unidad penitenciaria diferente a los establecimientos de reclusión UIPPL 3 y UIPPL 4 y adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física y moral del referido”* y el objeto de la prueba en *“Determinar si existieron tratos crueles, inhumanos o degradantes hacia el recluso Robert Pérez Laguna en alguno de los centros de reclusión en los que ha permanecido desde que se dispusiera su prisión preventiva”*. Al señalamiento comparecieron los citados, se recibió el testimonio del imputado y del Director del Centro de Reclusión de la UIPPL N.º 3 (Libertad. Una vez concluida la etapa probatoria, las partes alegaron por su orden, habiéndose oído además a la representante fiscal.

### **Alegatos:**

- La defensa sostuvo en síntesis que el imputado Pérez Laguna fue sometido a tratos crueles e inhumanos que afectan su integridad física y moral por lo que solicitó en definitiva que se haga lugar al traslado de su defendido a otro centro de reclusión sin ser la Unidad N.º 3 ni la Unidad N.º 4.

- La representante del INR manifestó que no corresponde el traslado del imputado, en tanto por la etiología de las conductas atribuidas solo es el Penal de Libertad el centro adecuado para su alojamiento. Además cuestionó la dilación en realizar la denuncia destacando que el prevenido fue visitado varias veces por familiares y en esas ocasiones no manifestó nada al respecto. Finalizó expresando que las condiciones de reclusión son adecuadas.

- Por su parte la Fiscalía expresó que no surge probado que exista animosidad de personas





funcionarias carcelarias de otros centros de reclusión que pudiesen atentarse contra la vida del imputado.

### CONSIDERANDO:

1) Que se habrá de acoger el accionamiento instaurado por vía de Habeas Corpus en mérito a los fundamentos que se dirán. En este caso se aplicaría lo que en doctrina se denomina habeas corpus correctivo contemplado en el art 351 del CPP. Ello a efectos de amparar a la persona privada de libertad de forma legítima contra torturas y otros tratamientos crueles o condiciones de reclusión violatorias de la dignidad humana.

2) En efecto, de la prueba diligenciada (declaración del imputado y la testimonial vertida por el Director de Unidad Nº 3 Sr. Chávez así como de la prueba pericial practicada al imputado por parte de la Médico Forense, Dra. Mónica Ceresa) surge a las claras que el imputado López Laguna, sufrió agresiones físicas que atentan contra su integridad física, moral y emocional. Como se apunta anteriormente, las lesiones padecidas constan en la pericia forense de fecha 15 de abril de 2021 donde luce *“EXAMEN FÍSICO: lúcido, buen estado higiénico y nutricional, no se constatan lesiones recientes. Con respecto a su dentadura se constata fisura en las siguientes piezas dentarias: incisivo superior central, izquierdo, canino izquierdo, canino derecho, con caries en las caras laterales. Pérdida de incisivo superior central derecho. Cicatriz de herida cortante superficial en cara lateral de hemitórax derecho de 3 cm de longitud. Cicatriz de herida cortante en cara anterior de muñeca derecha”*.

3) De lo antes expuesto y valorando la prueba allegada a la causa, tomado en consideración de cada medio probatorio y del cúmulo en su conjunto, en base a las reglas de la sana crítica, resulta atendible el accionamiento planteado por la Defensa, por lo que se hará lugar a lo solicitado. Sin perjuicio de no haberse establecido a cabalidad los responsables de las agresiones sufridas por el imputado, (que por otra parte excede el objeto del presente proceso) resulta que Pérez Laguna ha padecido las lesiones constatadas en el informe forense glosado en autos, mientras se encontraba recluido en la Unidad Nº 3 (Libertad). Según lo informado por oficio N.º 675/21/JC/pg de fecha 9 de abril de 2021, por parte del Coordinador General del Complejo N.º 4 Comisario Jorge Camargo, el imputado no llegó a ingresar a dicho centro de reclusión *“...en referencia a la PPL PÉREZ LAGUNA, ROBERT, que si bien administrativamente surge pasaje del mismo por este Complejo de Unidades, debido a la conmoción producida por el delito cometido, el mismo no llegó a ingresar en Unidad Nro. 4”*. Tal informe da cuenta a juicio de este proveyente que si bien no se concretó su ingreso, ello obedeció a la conmoción imperante respecto del imputado y el presunto delito por él cometido. Va de suyo que no logró ingresar debido a que la autoridad administrativa debió haber valorado eso como riesgoso para la integridad física del privado de libertad. Corresponde precisar que hubo por lo pronto una omisión en cuanto al cuidado de las personas que se encuentran privadas de su libertad como es el caso de autos, lo que importa una violación al deber de guarda y de cuidado de quienes se encuentran recluidos. No surge del informe médico practicado que las lesiones hayan podido ser auto infringidas por lo que, a contrario sensu, las mismas fueron provocadas por un tercero (uno o varios). La falta de piezas dentarias, hacen inferir la violencia de los golpes padecidos que son congruentes con lo declarado por el imputado en audiencia. En Sentencia Definitiva n.º 210/2019 del TAP 4 se establece *“El Estado tiene una posición de garante frente a los derechos individuales de las personas privadas de libertad ambulatoria...El Estado no cumpliría su función de garantía solo declarando derechos y libertades, se necesitan instrumentos adecuados, para su tutela, para su garantía...La modalidad correctiva se dirige a resguardar las exigencias constitucionales en el marco de privaciones legítimas de libertad. En efecto es aplicable a las situaciones de aquellas personas que se encuentran legalmente privadas de su libertad pero ven arbitrariamente agravadas las condiciones en las que se cumple su detención, con el consiguiente desmedro de sus derechos esenciales. Se trata de una herramienta jurídica destinada a la dignidad del trato carcelario...Debe tenerse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió respecto a este instituto, consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva 8/87, momento en lo que refirió en lo pertinente que*





**UR > Asociación de Defensores de Oficio del Uruguay**  
Sentencia 3

1665



*“El Habeas Corpus para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad, de la privación de libertad exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el Habeas Corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.*

4) En cuanto a los agravios formulados por el INR, estos no son de recibo. Alegar la demora en la denuncia cuando se trata de una persona privada de libertad que realizó la denuncia ante su abogada en la primera oportunidad luego de verificados los hechos, lleva al franco rechazo de tales asertos. Cuestiones tales como la no realización de la denuncia por su hermano u otros familiares son totalmente ajenas a las posibilidades de una personas que se encuentra legalmente encarcelada por el estado y en una obvia situación de sujeción hacia este, que no cuenta con medios ni posibilidades reales de denunciar malos tratos u otras anomalías. Tampoco es de recibo el agravio relativo a que el penal de Libertad es el único centro apto para recibir personas formalizadas por los delitos presuntamente cometidos por Pérez Laguna. Si el estado no le pudo brindar las garantías para su seguridad no cabe fundarse en su propia culpa; será el estado el que deba reparar su omisión y brindar un centro de reclusión adecuado en el que esté debidamente asegurado para las instancias procesales correspondientes y en el que plenamente se respeten sus derechos como persona privada de libertad. Y claramente el centro en el que ha recibido una golpiza, no es el adecuado a tales efectos.

Sin perjuicio de que los malos tratos surgen plenamente probados y que cabe disponer el traslado del accionante a un centro de reclusión en el que se respeten sus derechos, no cabe la exclusión de otros centros de alta seguridad por razones de presencia de personas vinculadas a las víctimas, dado que ello no ha sido debidamente probado en infolios.

5) Corresponde finalmente y atento a que han sido denunciados por el accionante hechos con apariencia delictiva que pueden aparejar responsabilidad penal de las personas presuntamente agresoras, intimar al INR a realizar las investigaciones administrativas y poner en conocimiento de los hechos a la fiscalía competente.

En suma y a modo de conclusión, corresponde establecer que el imputado ha sufrido bajo la égida de la autoridad carcelaria las lesiones físicas que atentaron contra su integridad física y síquica, por lo que es admisible que se acoja lo peticionado por el amparista.

Por los fundamentos expuestos y normas citadas ya arts. 7, 72 y 332 de la Constitución, arts. 351 y 288 del C.P.P y art 8 y ss. de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica),

#### **FALLO:**

**AMPÁRASE EL ACCIONAMIENTO DE HABEAS CORPUS CORRECTIVO IMPETRADO RESPECTO DEL IMPUTADO ROBERT PÉREZ LAGUNA Y EN SU MÉRITO PROCÉDASE A SU INMEDIATO TRASLADO A OTRA UNIDAD CARCELARIA, DEBIÉNDOSE ADOPTAR TODAS LAS MEDIDAS TENDIENTES A SALVAGUARDAR SU INTEGRIDAD, OTORGÁNDOSE UN PLAZO MÁXIMO DE CINCO (5) DÍAS HÁBILES A TALES EFECTOS.**

**TÉNGASE POR NOTIFICADAS A LAS PARTES Y AL MINISTERIO PÚBLICO EN ESTE ACTO, ENTREGÁNDOSE COPIA DE LA PRESENTE.**

**NOTIFÍQUESE DE ESTA SENTENCIA AL CENTRO CARCELARIO PARA SU**



Validado por el PODER JUDICIAL  
19/11/2019REPÚBLICA  
ORIENTAL DEL  
URUGUAY  
PODER JUDICIAL**Sentencia Nro. 125/2019**

IUE 328-207/2018

Rivera, 19 de Noviembre de 2019

**VISTOS**

Para Sentencia definitiva de primera instancia, estos autos caratulados: “**IGOR MATEUS PACHECO CABALLERO - JUICIO. TESTIMONIO DE LA IUE 328-207/2018**”, seguidos con intervención de la Representante Fiscal de 3er. Turno, Dra. Bárbara Zapater y del Dr. Daniel Armand Ugón por la Defensa pública del imputado.

**RESULTANDO**

Actuaciones cumplidas

I. Ante la Sede Letrada de Primera Instancia de Rivera de 2º Turno se solicitó la audiencia de formalización por la Fiscal respecto del imputado de autos, la que tuvo lugar oportunamente conformándose las actuaciones individualizadas con la IUE 328-207/2018.

II. La Fiscalía dedujo en tiempo y forma demanda acusatoria y solicitó en definitiva que se condene al imputado de autos, por la comisión en calidad de cómplice de un delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, a la pena de 3 años de penitenciaría.

III. La defensa evacuó en forma temporánea el traslado conferido, manifestó no compartir la inicial ni la actual calificación jurídica ensayada por la Fiscalía, y abogó en definitiva por la absolución de su defendido.

No ofreció prueba de descargo.

IV. Con fecha 25 de julio de 2018, se realizó la audiencia de control de acusación también ante el homólogo de 2º Turno y posteriormente en la misma fecha, se dictó el auto de apertura a Juicio, en cumplimiento de lo previsto en el art. 269 del Código del Proceso Penal.

V. Por el referido auto de apertura a juicio se determinó que el órgano jurisdiccional competente para intervenir en el juicio oral de este proceso sería este Juzgado Letrado de Rivera de 7º Turno, razón por la cual se declinó competencia remitiéndose las actuaciones y contando esta Magistrado únicamente con el auto de apertura a juicio oral, y la prueba anticipada producida en autos, por así corresponder.

Asimismo, por auto N° 1249/2019 de fecha 12 de agosto de 2019 se fijó la audiencia de juicio oral ante esta Sede, para el día 15 de octubre de 2019.

Por motivos no atribuibles a la Sede, sino a la autoridad administrativa el imputado no fue conducido a la Sede por lo que se produjo su incomparecencia. Por auto N° 1800/2019 se convocó nuevamente a audiencia para el día 11 de octubre de 2019.

VI. En audiencia se recibieron los alegatos de apertura a juicio, se diligenció la prueba ofrecida, incorporándose la prueba anticipada (Declaración anticipada de testigos y Reconstrucción de hechos) y la documental ofrecida (Carpeta Policía Científica N° 248/2018, Informe pericial sobre el hecho que se introdujo mediante la declaración del funcionario Zana y Acta de Incautación que fue introducida mediante la declaración del funcionario Núñez).

Se realizaron acuerdos probatorios en cuanto a la prueba pericial (Informe de Autopsia de fecha 16 de julio de 2018 elaborado por el Dr. Alan Madruga y constancia de antecedentes judiciales del imputado).

VII. Se escucharon los alegatos finales, se tuvo por cerrado el debate y se dispuso la prórroga habilitada por el art. 271.1 del NCPP para dictado de sentencia definitiva de primera instancia para el día 18 de noviembre de 2019 a las 13 horas, quedando las partes notificadas en audiencia. Ante la incomparecencia del imputado a la audiencia por causas no atribuibles a la Sede se debió prorrogar la sesión para el dictado de la sentencia para el día de la fecha.


<https://validaciones.poderjudicial.gub.uy>

CVE: 00302502185826379ADO



### **CONSIDERANDO:**

VIII. De conformidad con lo establecido en el artículo 119.1, literal b), parte final, del Código del Proceso Penal, corresponde determinar, en forma bien articulada los hechos que se tienen por ciertos y los que han sido probados:

a.- Se tiene por cierto que el 15 de julio de 2018, en horas de la noche, se dio muerte en la vía pública a Rafael Maciel Castaño, mediante disparo de arma de fuego, siendo su autor Alison Martins Azambuya alias "Burriño" o "Burrito", quien cumple condena a través de lo resuelto en proceso abreviado. Hecho que por otra parte no fue controvertido por las partes; la causa de fallecimiento emerge de informe de autopsia de fecha 15 de julio de 2018 elaborado por el Médico Forense de la Sede Dr. Alan Madruga incorporado al juicio por acuerdo probatorio, del que desprenden las siguientes consideraciones: "Cadáver sexo masculino, raza blanca, pelo negro, iris marrón. Complejión mediana talla 170 cms. Peso aproximado 70 u 80 kg. Examen externo: rigideces constituidas. Livideces dorsales que respetan puntos de apoyo. No presenta huellas de lucha o defensa. En cara posterior de hemitórax derecho, en región escapular por debajo de la punta de la escápula presenta orificio de entrada de proyectil de arma de fuego sin tatuaje ni ahumamiento. Distancia talón orificio de entrada 130 cm y 14 cm de la línea media. Erosión con costra seca en rodilla izquierda. Tatuajes ornamentales en tronco y miembros superiores (ver fotos).

Causa de muerte y consideraciones médico legales: Causa de muerte: anemia aguda por hemotórax masivo por herida vascular (aorta) y pulmonar por proyectil de arma de fuego. Consideraciones: disparo con trayecto de atrás a delante, de derecha a izquierda y horizontal."

IX. Teniendo en cuenta las bases y los desafíos que presenta el nuevo sistema, habiendo analizado minuciosamente el caso que corresponde resolver en esta sentencia, habrá de absolverse al encausado por entender que, si bien la Fiscalía, en sus alegatos de apertura (art. 270.5 del CPP) dijo que en el juicio demostraría que el imputado Igor Pacheco, era el responsable de haber proporcionado el arma con la que, Alison Martins alias Burriño ultimó a Maciel, por lo que solicita la condena en calidad de cómplice por la comisión de un delito de homicidio especialmente agravado, extremo que ratificó en los alegatos finales (art. 271.6 del citado código), cuando desplegó su teoría del caso y presentó la prueba con la que acreditaría tales extremos, a juicio de esta sentenciante, no logró probarlo.

Como refiere el Profesor Dr. Santiago PEREIRA CAMPOS: "Es importante tener en cuenta, que conforme al art. 142.1, en el juicio oral, a diferencia de lo que ocurre en el proceso abreviado (art. 142.3), no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso plena prueba de la que resulte racionalmente la certeza del delito y la responsabilidad del imputado. Por ende, en caso de duda, deberá absolverse al imputado (art. 142.2)" (obra citada, pág. 83).

X. En su alegato final la representante fiscal concluye que Igor Pacheco no tenía la voluntad material de realizar el delito, pero facilitó su ejecución proporcionando a Alison Martins Azambuya el arma de fuego con la que ultimó a la víctima Rafael Maciel Castaño, ocasionándole la muerte. Expresa que todos los testigos son contestes en afirmar que el arma utilizada le pertenecía a Igor Pacheco, haciendo referencia a un arma corta, posible calibre 22, chica, de color gris. Luego afirma que los testigos Kethelyn Alves, Katerin Silva, Ana Silva y Jonathan Pacheco describen el arma en cuestión.

Por otra parte manifiesta que surgió probado que, días antes del homicidio, Alberto Martínez (tío del imputado a quien apodan Pio), tuvo una reyerta en la que sufrió lesiones, hecho que indignó a Igor; y según se desprende de su teoría del caso habría sido móvil suficiente para que éste tomara algún tipo de medida respecto de su tío Martínez.

Realizando un análisis de la prueba diligenciada en autos:

Prueba testimonial: de la declaración vertida por los siguientes testigos, se desprende:

- Testimonio de Kethelyn Alves: aporta dos versiones; en audiencia de prueba anticipada en calidad de testigo (Pista 10 y 11) en la cual no refiere al arma; posteriormente en sede de prueba anticipada de reconstrucción del hecho, si bien hace múltiples referencias a la misma, agregando además que ésta siempre quedaba en posesión de Igor, no logra aportar descripción alguna. Afirma refiriéndose al imputado "él sabía lo que había pasado porque él le dio el arma al Burro, y él sabía lo que tenía que hacer, eso se lo dijo el mismo día, creo que una hora antes, pero no sé, no sé que pasó con el arma, el arma es de Igor lo único que puedo asegurar" (lo dicho surge de acta de reconstrucción a fs. 6).

- Testimonio de Jonathan Pacheco (Pista 3 a 8) declara en la Sede, como prueba anticipada que luego de los hechos se fue a su casa sita en calle Zapicán N°373, allí se encontraban Burriño y su hermano Igor.

Dice que "El Burro fue quien disparó" aunque no lo vió. Y sigue "creo que el arma debe ser de





mi hermano Igor, era la única que estaba en casa. Esa es la única arma que tenía, no se distinguir, creo que es un calibre 32, color plateado chiquito de dos caños tipo reliquia siempre andaba Igor o el Burrito con esa arma”, “el que andaba con el arma las 24 horas era mi hermano”. Afirmo asimismo que a Burriño no lo ha visto armado, sin embargo dichos extremos se contradicen con lo declarado con los otros testigos que afirman que fue Burriño quien mató a Rafael, que lo habían visto en otras oportunidades efectuar disparos; e incluso se contradice con lo que él mismo declaró antes cuando afirma que fue el Burro quien disparó. Estas circunstancias tornan la declaración inconsistente o poco creíble.

Llama la atención a esta proveyente que los testigos antes referenciados a pesar de que convivían con el imputado, si bien refieren al arma en cuestión, no describen a cabalidad la misma, haciendo alusiones vagas e imprecisas.

- Testimonio de Héctor Alberto Borr (Pista que se corresponde con la reconstrucción de hechos y fs. 5 y vto. de la correspondiente acta.) En esa instancia expresa que “estaba parado en la esquina, ve parado en la calle a Martins Azambuya alias “Burriño” cuando escucha un disparo, vió a Rafael (víctima) cuando gritaban en el medio de la calle, fueron unos segundos, parecía un calibre 38”. Afirmo que vió a Burriño con otro, un tal Igor, eran como las 8 y cuarto o 9 de la noche, y los disparos fueron como a los 15 minutos, después no lo vio más a Igor”. Manifiesta que en la garita se pasaron “algo”, en primer momento manifiesta que era un arma; luego dice que no la vió, por lo que no la puede describir.

En otro orden, sin perjuicio de la deficiencia del audio, que no permite apreciar con total claridad la declaración, en virtud de la baja calidad y de las innumerables interferencias sonoras que se perciben, del interrogatorio efectuado por la fiscalía, no se logra extraer como dato de importancia, la distancia existente entre la ubicación del testigo y la garita donde supuestamente se habría efectuado la entrega del arma en cuestión, no se sabe a cabalidad si estaba lejos o cerca; lo que si se aprecia que era invierno y atento a la fecha de ocurrencia del hecho 15/08/2018 en horas de la noche (cercano a las 21 horas).

En este caso, se puede apreciar las discordancias en que incurre el testigo: en primer lugar referido a la entrega dice que vió “algo” ante la insistencia de la pregunta por parte de la fiscal, luego dice que fue un arma a la que no puede describir: la forma dubitativa en la respuesta a criterio de esa proveyente responde o bien a la circunstancia de que era de noche o bien a la distancia en la que éste se encontraba y no pudo apreciar en forma contundente lo que en la garita habría ocurrido. Luego manifiesta, en relación al homicidio que escuchó un disparo, y luego refiere a que fueron varios; por último expresa que el arma que dio muerte era calibre 38. En este punto llama la atención a esta magistrada, las diversas contradicciones que emergen de la declaración de este testigo, lo que lo hace por lo menos inconsistente y dudoso para su valoración.

- Testimonio de Carlos Alberto Martínez (pista 18 a 20 de la declaración anticipada). Dicho testigo es tío de Igor. Dos días antes de los hechos, según sus dichos, y fue corroborado por otros deponentes, fue víctima de una paliza que le habrían propinado Ana, el hermano de ésta y la víctima Maciel. Afirmo que Igor le preguntó si iba a tomar alguna actitud por lo sucedido, pero en ningún momento su sobrino manifestó que iba a hacer algo al respecto, y niega que éste le haya ofrecido algún arma para que en todo caso tomara represalias. Por ende, la presente deposición difiere de la planteada por la fiscalía en sus alegatos, donde sostiene que Igor le habría ofrecido un arma.

Otro punto relevante, y de importante entidad, a la causa es que la multicitada arma, nunca fue hallada. Como corolario lógico nunca pudo ser exhibida a los testigos para su reconocimiento, extremo que se torna de real importancia para la causa.

Siguiendo la línea de razonamiento de las pruebas allegadas a la acusa, se concluye por tanto, que lo que asevera la Fiscalía que el arma homicida es propiedad o fuera proporcionada por el imputado a Martins alias Burriño, es una mera suposición de quien acusa, ya que ésta no se encargó de demostrar a través de la prueba aportada, el extremo ensayado.

XI. Por su parte la Defensa en sus alegatos finales manifiesta: que como ya lo anunciara en sus alegatos iniciales y en etapa de formalización controvierte la calificación de la representante fiscal.

Sostiene por tanto que a su juicio, la prueba testimonial aportada por la contraria resulta insuficiente en tanto los relatos son disímiles y contradictorios.

Refiere a las contradicciones del testigo Borr en cuanto a la supuesta entrega del arma de su imputado a Burriño. Manifiesta que no resulta clara su versión, que además no pudo observar los hechos en tanto era de noche y atento a la distancia que había entre la ubicación del testigo y la garita donde se encontrarían Pacheco y Burriño.

Sostiene además que la fiscalía realiza una suerte de ensayo psicológico para justificar las disímiles y contradictorias versiones que brindaron los testigos, aduciendo que cada uno dio una versión subjetiva de lo ocurrido sin que ellos deba desacreditar los testimonios brindados.





Solicita en mérito a la insuficiencia de prueba de la contraria que se absuelva al imputado. XII. Ahora bien, ante la falta de prueba contundente, los indicios pueden ser considerados a efectos de ser tomados en cuenta para el arribo de un fallo condenatorio. Los mismos están regulados en el artículo 182 del nuevo Código del Proceso Penal, que reza: "Artículo 182(Concepto de indicio). 182.1 Indicios son cosas, estados o hechos personales o materiales, ocurridos o en curso, aptos para convencer en alguna medida, acerca de la verdad de las afirmaciones o de la existencia de un hecho que es objeto del proceso, toda vez que no constituyan un medio de prueba específicamente previsto. 182.2 Para que los indicios puedan servir de base a una resolución judicial, deberán estar plenamente probados, ser inequívocos y ligar lógicamente e ininterrumpidamente el punto de partida y la conclusión probatoria".(subrayado me pertenece).

En el ocurrenciente, los indicios a los que pretende aferrarse la Fiscalía para sustentar su teoría del caso y, en definitiva, su pretensión y la condena para el imputado, no tiene apoyatura probatoria, carecen de fuerza convictiva a criterio de esta proveyente, ya que los medios propuestos no revisten el peso legal requerido para hacer emerger de manera exitosa la plataforma fáctica ensayada por la representante fiscal.

XIII. En tal sentido el T.A.P. 1º (CAL (red.), NUÑEZ, RUIBAL PINO. S. 3 86/06, R.D.P. Nº 18, Caso 240, págs. (635/636), ha dicho:"...Que la prueba recogida en la causa, como viene de señalarse, no permite traspasar el umbral de la duda, ni menos aún alcanzar la razonable certeza que requiere la condena. Para llegar a ese estado, la carga de la prueba incumbe al acusador, la duda beneficia al acusado, jugando en su favor la presunción de inocencia. Sólo la certeza, esto es, la firme convicción de estar en posesión de la verdad, sobre la culpabilidad del imputado, emanada de la

conclusión lógica del examen analítico de los hechos, y de una apreciación crítica de los elementos de prueba, autorizará una condena en su contra. Una parte de la doctrina reclama "certeza apodíptica", es decir, la conclusión es así, y no puede ser de otro modo" (cf. F. DALBORA citado por CAFFERATA NORES, "La Prueba en el Proceso Penal", pág. 10). Para otro sector relevante de la doctrina, para condenar se requiere "no una certeza apodíptica, sino una certeza razonada, basada en medios de prueba positivos y probados que reduzcan los riesgos de error en una proporción ínfima". GORPHE citando a RILER, considera que: "se ha logrado una prueba cabal cuando no sería posible otra solución más que suponiendo circunstancias completamente extraordinarias y contrarias al curso normal de los acontecimientos". "Sin duda en la justicia no se podría pretender una exactitud rigurosa como la de la ciencia, la justicia seguirá siendo un arte humano y, en consecuencia, falible. Pero el progreso consiste en reducir los riesgos de error que son siempre graves. (Cfm. CAFFERATA, ob. cit., p. 6 y 7." (.) "Consecuentemente, el Tribunal integrado habrá de dictar sentencia absoluta en la presente causa".

Como afirma VELEZ MARICONDE: "para absolver no se necesita la convicción de que la acusación carece de fundamento; también tiene el mismo efecto la pura duda y la probabilidad (Cfm. Derecho Procesal Penal, T. I., p. 345 y nota 11)" (Sentencia Nº 347/2002, c. 466, Revista de Derecho Penal Nº 15; p. 668.).

Conviene recordar que el principio de inocencia es un estado jurídico que corresponde al imputado, quien es inocente hasta tanto no haya sido declarado culpable por sentencia firme y que se concilia con la existencia de presunciones o indicios suficientes para considerarlo partícipe o autor del delito imputado. Está recepcionado en el artículo 12 de nuestra Carta Magna y de él emanan concluyentes preceptivas, entre otras: a.- la circunstancia de que el encausado no tiene ni la carga ni el deber de probar los hechos que justifiquen su inocencia, ya que dicho estado no debe ser construido sino destruido, siendo los órganos oficiales quienes tienen la carga de probar la culpabilidad; y, b.- que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho, deberá estarse a la más favorable para el imputado (In dubio pro reo).

(MINVIELLE, Bernadette. "La convención americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Su aplicación en el Proceso Penal Uruguayo", R.U.D.P. Nº 2/87, págs. 124 y ss.).

"Como enseña Couture "El instante supremo del derecho no es el día de las personas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante realmente dramático es aquel en el que el juez modesto o encumbrado, ignorante o excelso profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia, esta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución.

Y para que el juez pueda resolver el litigio sometido a su consideración deberá atender ineludiblemente a la prueba que se haya incorporada a la causa. Ello en el bien entendido de que la facultad de ofrecer prueba y de que esta se diligencie constituye y justamente uno de los tres elementos que compone la tríada de garantías del debido proceso justamente con la facultad de invocar los hechos y de impugnar las resoluciones que causen agravio a las partes.





La vigencia del estado de inocencia supone básicamente que el juez ha de tomar la acusación como simple hipótesis, que solamente puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa, fundamento de todos y cada uno de los elementos de la imputación en el curso de la dialéctica probatoria.

Como aquella hipótesis no pueda entenderse confirmada habrá de prevalecer sin reservas frente a la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado". ( NICASTRO SEOANE "La vigencia del estado de inocencia y de la duda razonable frente a la delincuencia actual como garantías fundamentales de los derechos humanos" - Págs. 948 y 949).

En la especie, como ya se expresara, habiendo valorado en su conjunto todos y cada uno de los medios probatorios diligenciados, a la luz de las reglas de la sana crítica, se concluye que no existe plena prueba ni logra esta proveyente alcanzar la certeza razonable para dictar una sentencia de condena, manteniendo el imputado su estado de inocencia, por lo que se lo absolverá en la presente causa.

XIV. El artículo 119.3 del nuevo Código del Proceso Penal establece que la sentencia de absolución examinará el mérito de la causa y destacará la falta de prueba, lo que se ha hecho en este caso. El numeral 7 de esta norma, así como el artículo 124.2, disponen que corresponde ordenar la libertad del imputado.

Por los fundamentos expuestos, las normas citadas y lo establecido en los artículos 18, 20 y 22 de la Constitución de la República, artículos 1 y 18 del Código Penal, artículos 119.2, 119.3, 119.7 y 124 del C.P.P. y demás complementarias y concordantes,

**FALLO:**

**ABSUÉLVASE A IGOR MATEUS PACHECO CABALLERO DEL DELITO DE HOMICIDIO ESPECIALMENTE AGRAVADO EN CALIDAD DE CÓMPLICE POR EL CUAL LA FISCALÍA SOLICITÓ SU CONDENA.**

**CÚMPLASE CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 119.4 DEL C.P.P. OPORTUNAMENTE, CONSENTIDA O EJECTUORIADA, LÍBRENSE LAS COMUNICACIONES RESPECTIVAS Y ARCHÍVESE.**

Dra. Olga Isabel BELE RODRIGUEZ  
Jueza Letrada



**ASOCIACION DE DEFENSORES PUBLICOS DEL URUGUAY**

Adolescentes Infractores: Infracción gravísima a la ley penal calificada como delito de homicidio, cometido por impulso de la muchedumbre.

Defensora Pública Dra. Victoria Muraña

El presente caso refiere a un delito de homicidio cometido por impulso de la muchedumbre. En el hecho participaron más de 10 personas. En esta causa se trató la responsabilidad de 6 adolescentes.

La Fiscalía solicitaba que se le impusiera a DDDDD la calidad de autor del homicidio y a los demás adolescentes la calidad de coautores.

La Defensoras Públicas por AAAAA y DDDDD, no negaron la participación de sus defendidos en el hecho, pero si cuestionaron el régimen de la coparticipación que se pretendía imputar, entendiendo que se cometió por impulso de la muchedumbre como establece el artículo 65 numeral 2 del CP *“(De la participación en muchedumbre) Los principios expuestos, tratándose de la participación en delitos cometidos por una muchedumbre, serán sustituidos por los siguientes: 2. Si la reunión no tuviera por objeto cometer delitos y éstos se cometieran después, por impulso de la muchedumbre, en tumulto, responderán como cómplices todos los que hubieran participado materialmente en la ejecución, como autores los que revistieran el carácter de instigadores, hayan o no tenido participación material en la ejecución de los hechos delictivos y quedan exentos de pena los demás...”*.

La Sede de 1era Instancia y la de 2da Instancia hicieron lugar a la teoría del caso de la Defensa de AAAAA y DDDDD; específicamente la teoría desarrollada por la defensa de AAAAA, ya que se imputo DDDDDD como instigador del delito.

En virtud del carácter de “derecho penal mínimo” del derecho penal de adolescentes, y en virtud de que se debe procurar que las privaciones de libertad sean por el menor plazo posible lo que se corresponde con lo establecido en la Convención de Derechos del Niño y las Reglas de Beijin, la Sede de 1era Instancia y la de 2da Instancia hicieron lugar a este régimen excepcional de coparticipación, por lo solamente el instigador llevó la pena que corresponde al autor de una infracción gravísima calificada como un delito de homicidio y los demás adolescentes como cómplices de una infracción gravísima calificada como un delito de homicidio.

**Tribunal Apelaciones Familia 1ºT****DIRECCIÓN Pasaje de los Derechos Humanos 1309****CEDULÓN****AAAAAA****Muraña Vega, Victoria Erica****Montevideo, 18 de marzo de 2021****En autos caratulados:****1) BBBBBB.2) CCCCCC.3) DDDDD.4) EEEEE. 5) FFFFF .6) AAAAAA  
(20/2/2020)UN DELITO DE HOMICIDIO****Ficha 2-3681/2020**

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se

transcribe:

Sentencia : 41/2021, Fecha :18/03/21

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE 1º TURNO****Ministro Redactor: Dr. Álvaro Messere Ferraro.****Ministros Firmantes: Dres. María del Carmen Díaz Sierra y****Eduardo Cavalli Asole.****Ministro discordante: Dr. Gustavo Mirabal Bentos.**

Vistos:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: “1) BBBBBB. 2) CCCCC. 3) DDDDD. 4) EEEEE. 5) FFFFF. 6) AAAAAA (20/2/2020) UN DELITO DE HOMICIDIO”, IUE 2-3681/2020, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito a los recursos de apelación y adhesión a la apelación interpuestos contra la sentencia definitiva Nº 3/2020 del 13/3/2020 de fojas 569/603, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Pando de 7º Turno, Dra. Natalia Pereyra Capó.

Resultando:

1.- Por la sentencia definitiva recurrida, se falló: “Declárase a DDDDD como autor (instigador) responsable de una infracción gravísima a la ley penal calificada como delito de homicidio, cometido por impulso de la muchedumbre.

En su mérito, impónesele una medida socioeducativa privativa de libertad, acorde a su perfil, que se extenderá por el plazo de cuatro (4) años y cuatro (4) meses, que se computarán desde la fecha de internación provisoria, de acuerdo con lo señalado en la presente sentencia.



Declárase a EEEEE, a BBBBB, a CCCCC, a AAAAAA y a FFFFF como cómplices responsables de una infracción gravísima calificada como delito de homicidio, cometido por impulso de la muchedumbre.

En su mérito se les imponen las siguientes medidas privativas de libertad:

- a EEEEE, impónesele una medida socioeducativa privativa de libertad, acorde a su perfil, que se extenderá por el plazo de tres (3) años, que se computarán desde la fecha de internación provisoria, de acuerdo con lo señalado en la presente sentencia;

- a BBBBB, impónesele una medida socioeducativa privativa de libertad, acorde a su perfil, que se extenderá por el plazo de dos (2) años y seis (6) meses que se computarán desde la fecha de internación provisoria, de acuerdo con lo señalado en la presente sentencia;

- a CCCCC y a AAAAAA, impónesele una medida socioeducativa privativa de libertad, acorde a su perfil, que se extenderá por el plazo de veinticuatro (24) meses que se computarán desde la fecha de internación provisoria, de acuerdo con lo señalado en la presente sentencia;

- a FFFFF, impónesele una medida socioeducativa privativa de libertad, acorde a su perfil, que se extenderá por el plazo de veinte (20) meses, que se computarán desde la fecha de internación provisoria, de acuerdo con lo señalado en la presente sentencia.

En el caso de los adolescentes que ya hubieran adquirido la mayoría de edad, las medidas dispuestas deberán ser cumplidas de acuerdo con lo previsto en el art. 116 BIS literal E) del CNA.

Una vez que se informe cuáles serán los centros de internación a los cuales serán derivados los adolescentes, extráigase testimonio de estos autos y, en sobre cerrado, remítan se sin más trámite al tribunal de ejecución competente por razón de territorio, de conformidad con lo dispuesto por el art. 95 del C.N.A.

Dispónese la conservación de los antecedentes de los adolescentes DDDDD, EEEEE y BBBBB (art. 222 del C.N.A.), comunicándose.

Si no fuera impugnada, cúmplase, liquídese la pena y, aprobada que sea, comuníquese.

Téngase por notificada en la presente audiencia.

2.-A) La Fiscalía Letrada Departamental de Toledo, interpone recurso de apelación a fojas 978/989, manifestando en síntesis que los agravios a desarrollar se basan en la calificación jurídica realizada en la misma respecto de todos los adolescentes y el plazo de medida socioeducativa impuesto respecto de EEEEE, BBBBB, AAAAAA, CCCCC y FFFFF.

En la recurrida se alude a que los hechos que se dan por probados habilitan la aplicación del art. 65.2 del Código Penal. Los fundamentos esgrimidos por la sentenciante para arribar a dicha conclusión se fundan en qué si bien la ley no



define el concepto de muchedumbre, el mismo se extrae del análisis de la doctrina y jurisprudencia concluyendo que se han reunido los requisitos exigidos para dicha configuración. En tal sentido ha citado definiciones elaboradas por la doctrina.

Señala, que si bien el Código Penal no define que ha de entenderse por muchedumbre, y es necesario acudir a interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, no debe desconocerse que se trata de una solución excepcional a los principios que rigen la coparticipación y por ende ha de ser interpretada en forma restrictiva.

La referencia a la heterogeneidad, en el caso de autos no se está ante individuos de todas las edades, sino por el contrario, los adolescentes tienen entre 15 y 19 el más grande de ellos, perteneciendo a la misma franja etaria. No participaron entre quienes estaban, una variedad de hombres y mujeres, al referirse a ambos sexos, dado que solo se encontraba con ellos la novia de uno, quien no llegó al lugar del hecho propiamente dicho. Tampoco aplica al caso la cualidad de que sean de “todas” las clases, condición social, grado cultural; de hecho, son todos del mismo barrio, de una condición social y tal como se ve reflejado en los informes de INISA, de una cultura que ronda el mismo nivel y grado de moralidad, siendo la mayoría de ellos amigos entre sí. Cita jurisprudencia.

En referencia al elemento “inorgánico”, la misma lo es porque se forma sin previo acuerdo, súbitamente y de improviso. La definición de la Real Academia Española, de inorgánico es aquello o está organizado u ordenado. Señala que todos los adolescentes pertenecían a grupos, si bien es cierto que no conformaban todos, un grupo, si quedó claramente probado, tal como lo recoge la propia sentencia, que podemos hablar de dos o tres grupos que se juntaron en la plaza, los cuales claramente tiene su forma de organización. De hecho, varios eran amigos entre sí, de juntarse a tomar, ya fuera en sus respectivas casas, la plaza del barrio, el fútbol, diferentes instancias, las que evidencian con claridad manifiesta que no se trata de conformación inorgánica.

Testigos e imputados se refieren a sí mismos y los demás integrantes que estaban en la plaza como partes de uno o dos grupos, quienes nombran a los que participaron en el hecho, dado que los conocen sea por nombre por o apodo. Algunos porque son de su barra de amigos del barrio, y otros que son conocidos de estos. Incluso el hecho que dos o tres de estas “barritas” estuvieran en la plaza ese día, como era costumbre, tampoco la dota de esta característica que se pretende hacer encajar, para encuadrar la figura de la muchedumbre, la que al no constar de dos de sus características principales y definitorias, diluyen la figura en sí.

En los presentes se encuentran nueve individuos en total que agredieron a YYYYYYYY, quienes fueron claramente identificados, resultando probado el accionar y participación de cada uno, todo lo que fue acreditado por las declaraciones de testigos, cámaras de videovigilancia, análisis de las mismas y declaraciones de los adolescentes partícipes.



Al no existir dos de los elementos por excelencia constitutivos de ese fenómeno, no se configura en consecuencia, la muchedumbre, por lo que nunca puede surgir el alma colectiva, en la cual cada integrante pierde su capacidad de razonar, o la misma se ve disminuida, aflorando un salvaje incontrolable.

Y frente a participaciones bien disimiles, no puede hablarse de un alma de la masa colectiva, sino de participaciones individuales, claramente identificadas y que obedecen no al “alma de la pretendida muchedumbre” sino de factores personales de cada uno.

Sostiene que quedó demostrado con toda la prueba producida en audiencia, que los motivos que llevaron a los imputados a ir al lugar y reaccionar de la forma que lo hicieron, fueron diferentes. No fue el pretendido grito que indicó la sentenciante, el estímulo que influyó sobre la personalidad de los individuos provocando una sugestión colectiva, y en consecuencia lo que disparó la muchedumbre (porque no hubo tal figura). Los motivos por los cuales los adolescentes reaccionaron fueron diversos, tal como lo manifestaron los propios imputados, el abuso de alcohol, ir a ver, o que le pegaron a un compañero. Los tres adolescentes imputados no manifestaron en ningún momento verse influidos por la misma, sus compañeros o alguna persona, para hacer lo que hicieron.

Por ende, no se evidencia de todas estas declaraciones vertidas en el juicio, ni los videos, la perdida de razón, de capacidad de acción por parte de los partícipes.

Si bien la recurrente comparte la calificación de autor respecto de DDDDD , no lo es en la calidad de instigador de la muchedumbre, no solo porque no formó tal fenómeno, sino porque no quedó probada tal instigación. En efecto, al único que DDDDD le entregó el cuchillo supuestamente para pinchar a YYYYYYYY fue AAAAA, y ni siquiera en tal caso fue arrastrada su voluntad. Ninguno de los demás imputados o testigos reconoció a “Toto” como líder o instigador, no manifestaron que gritará ni agitara al resto a cometer el ilícito, accionar que tampoco surge de las cámaras aportadas.

No debe confundirse el delito cometido en muchedumbre al delito colectivo. La propia regla del código en referencia al concurso de delincuentes, está prevista en el art. 59 del CP. Cita doctrina.

Entiende el dicente que se está en el régimen de concurso de pluralidad de actores (art. 59), que opera como principio, siendo el de la muchedumbre una excepción a todo el sistema de la codelinuencia. Por tanto y viendo que lo que se contempló en el fallo resistido no encuadra en el régimen excepcional, debe atenderse a las normas de principio que son las que efectivamente se amoldan a los hechos acaecidos por la Fiscalía, y en tal sentido fueron entendidos por la sentencia que le agravia.

No puede, mediante una noma de excepción, entrar a tallar mecanismos que en cubran la participación probada y específicamente definida de autores y coautores. Hay un autor identificado y respecto del cual se probó que fue quien apuñaló a YYYYYYYY, los demás adolescentes, efectuaron diversos actos,



algunos pegaron patadas, otros, piñas, tiraron algún cascote, otro lo sujetó mientras le pegaba.

Los seis adolescentes que persiguieron en forma violenta a YYYYYYYYY más de una cuadra tirándole cascotes y piedras hasta hacerlo caer y darle muerte a patadas, golpes y puñaladas con un arma blanca, no constituyen muchedumbre y no resulta de aplicación el art. 65 nal 2 del C.P.

En cuanto al monto de la medida socioeducativa impuesta, El ministerio Público entiende que es sumamente benévola frente a la infracción cometida, por lo que el plazo de la medida socioeducativa estima debería ser la solicitada la Fiscalía.

Solicita, en consecuencia, que se revoque la impugnada, y se disponga: a- respecto de la calificación jurídica realizada, se impute una infracción gravísima, tipificada por la Ley Penal como un delito de Homicidio, en el caso de DDDDD en calidad de autor y en el caso de BBBBBB , EEEEE , AAAAAA, CCCCC y FFFFF en calidad de coautores; b- en cuanto al monto de la medida socioeducativa impuesta a los adolescentes, elevándose la misma a lo oportunamente solicitado por la Fiscalía, es decir, en el caso de EEEEE y BBBBBB de (3,8) tres años y ocho meses; AAAAAA, CCCCC y FFFFF, de (2,10) dos años y diez meses.

B) La Defensa del adolescente EEEEE, interpone recurso de apelación a fojas 990/993 manifestando en síntesis que no comparte las apreciaciones y valoraciones de la prueba, así como la calificación del tipo delictivo y por ende la pena aplicada en la impugnada.

Señala que en la sentencia impugnada se usa una ingeniería legal para sancionar la necesidad ejemplarizante invocada por la Fiscalía al momento de la presentación de la acusación. Reconoce la recurrida que la calificación realizada por la Fiscalía no es adecuada en la calificación de la participación como coautores, pero en un entramado lógico espectacular logra enmascarar la responsabilidad delictiva de una forma no acorde a Derecho, pero técnicamente un poco sustentable y con una pena dura para el presente caso.

Entiende el dicente que los buenos antecedentes de su defendido, el hecho de encontrarse influido por el alcohol y las drogas, todas situaciones atenuantes, poco hicieron para lograr una reducción de la pena.

Sostiene que en la sentencia la magistrada partió del máximo legal previsto y utilizó los atenuantes para reducir la condena, cosa que dista de los principios que se siguen en materia

de adolescentes infractores. Trasgrediendo totalmente el principio de culpabilidad impone el mantenimiento de antecedentes al adolescente recurrente cuando él no sabía de la existencia de armas blancas y solamente le pegó a YYYYYYYYY.

Considera que es aquí donde queda de manifiesta la intención de ser duro al extremo, injusto con el infractor, con un trato diferente al resto de los menores que idéntica participación tuvieron, equiparándolo a los más violentos del grupo.



La Magistrada valora la expresión que testigos dicen haber escuchado de “te vamos a matar” para fundamentarse en que es una vil agresión a una parte indefensa. Valoración incorrecta y que parte de una convicción personal sobre los hechos.

Puede coincidir de forma evidente que el hecho de aplicar puñaladas es algo desmedido, tan desmedida fue la agresión primigenia de YYYYYYYY cuando con una cadena agrede a una persona sin provocación previa o suficiente, cosa que le consta a todos los participantes y testigos. Ese es el origen de la riña.

Sostiene que surge de autos que todos los participantes creyeron participar en un enfrentamiento sin voluntad de muerte. Solamente aquellos que fueron armados al encuentro o bien tuvieron la intención de matar o no les molestó que esto pudiera suceder.

La magistrada valora solamente las palabras de los testigos, pero no valora las expresiones de los victimarios, las que demuestran su entender sobre su accionar, elemento clave para el juzgamiento del delito.

La expresión “te voy a matar” no debe entenderse literalmente sino como forma de mostrar mayor violencia y/o descargar la rabia o frustración existente. El dicho te voy a matar, es por demás común en todas las peles, al punto de ser tomado como figura dentro del humor con la frase que se usa en programas televisivos vulgares.

Volviendo a lo ya mencionado, la magistrada valora exclusivamente la prueba que es contraria a los imputados, pero no aquella que los beneficia o por lo menos explica su conducta, es por ello que se cree que existe una incorrecta y por lo tanto inadecuada valoración de la prueba que lleva a un fallo que no es acorde a Derecho.

Se pregunta el recurrente por qué se considera muchedumbre y no riña. La figura de riña fue por demás analizada por este letrado. La magistrada sostiene que no es una riña sino un delito en muchedumbre por una acción espontánea de un grupo indeterminado de personas contra una sola; lo cual no es cierto. Contrariamente, el grupo era claramente determinado, se puede contabilizar e identificar a cada uno de los partícipes; asimismo, el fallecido es quien comienza de forma iracunda e ilegítima un ataque contra uno de los victimarios, ataque que no se remite una acción en concreto sino a una convicción moral, arroja un cadenazo sin mediar palabra a uno de ellos por creerlo responsable de un delito; persigue por varios metros a uno de ellos agrediéndolo, encontrándose acompañado cuando comienza con la agresión por otras dos personas que se asustaron y se fueron.

Señala que la aplicación del delito en muchedumbre es una aplicación residual, una categoría para poder penar cuando no es posible la identificación de los actos específicos de los delincuentes, de un grupo innominado de personas.

Cuesta entender entonces como se quiere hacer entrar por la fuerza a un delito homicidio en muchedumbre, lo que se entiende claramente como una riña



calificada con el resultado de muerte, cuando entra de forma exacta en el tipo delictivo. Cita doctrina.

En consecuencia, solicita que se revoque la impugnada, aplicándose al recurrente el delito previsto en el art. 323 del Código Penal, abatiendo la pena al mínimo legal establecido en la calificación por el resultado muerte realizada por el Código; desestimándose el mantenimiento de antecedentes.

3.- A) La Fiscalía evacua el traslado conferido, fojas 1003/1009. Manifiesta en síntesis que los agravios sustentados por la Defensa de particular confianza del adolescente EEEEE se reducen en síntesis a la calificación jurídica, aduciendo que el delito no encuadra dentro de la del homicidio en muchedumbre, sino en la de un delito de riña calificada por el resultado muerte de acuerdo a lo previsto en el art. 323 del Código Penal.

Señala la Fiscalía, que si bien no comparte la calificación jurídica arribada por la sentenciante, lo que ameritó la vía recursiva interpuesta, lejos está de compartir la línea argumental de la Defensa, entendiendo que los aducidos agravios no son tales.

Señala que en absoluto es comparable el accionar de la víctima y de los adolescentes hoy condenados. No existió provocación de parte de la víctima. De la prueba en juicio ha resultado acreditado que DDDDD junto a RRRRRR y su novia se acercaron a YYYYYYYY que estaba sentado tranquilo en la plaza y nunca buscó problemas, sino que fueron los agresores quienes se acercaron a él. No hay una única versión respecto a lo que le dijeron, pero lo que sí claro es que fueron los agresores quienes se le acercaron a molestarlo, y lo que hizo la víctima fue solamente accionar frente a la provocación defendiéndose, lo cual surge no solo de las versiones testimoniales sino de los registros filmicos. No existe punto de comparación el golpe con la cadena desde lejos y a distancia que arrojó la víctima, a las 15 puñaladas asestadas por los autores por la espalda, en colaboración con el resto de los partícipes, quienes le arrojaban piedras, patadas y lo sujetaban en el piso. Tampoco es posible admitir el desconocimiento de EEEEE respecto a la existencia de armas blancas, porque los cuchillos fueron vistos por los testigos y por alguno de los propios adolescentes imputados.

No solamente el adolescente conocía su existencia en momentos previos al desenlace, sino que estuvo colaborando en el mismo momento que las armas blancas fueron empleadas, sujetando a la víctima e inmovilizándola mientras le daban las puñaladas. Del mismo video, se puede apreciar que se le sube a caballito y le sujeta con las piernas la cabeza a YYYYYYYY y lo agarra del pelo mientras el adolescente le propina puñaladas por la espalda.

Las expresiones de los agresores, también refirieron en el mismo sentido que testigos en lo que tiene que ver con la actitud de defensa asumida por YYYYYYYY y fueron además analizadas a la hora de dilucidar su responsabilidad.



Lo que respecta a la calificación jurídica y la aplicación del delito en muchedumbre, no ahonda la compareciente en esta figura en tanto fue objeto del recurso interpuesto por ella. Y si bien comparte con la Defensa en cuanto a que el régimen de la muchedumbre es de excepción al sistema de codelinuencia y no deviene aplicable al caso de autos, menos resulta de aplicación el delito de riña.

Si bien la riña se comete con pluralidad de agentes, lo que la caracteriza, es la existencia de una contienda entre dos bandos enfrentados con ánimo de pelear. En el caso que nos ocupa, ha quedado claramente probado, que YYYYYYYY fue agredido por los adolescentes condenados y que si bien le pegó a alguno con la cadena, fue sólo para defenderse de un incidente que no fue provocado por él y aún de haberlo sido nada justifica la brutal desproporción con que respondieron los agresores. Cita doctrina y jurisprudencia.

No existió lucha entre dos bandos, sino una persecución y brutal agresión por parte de este grupo de nueve personas, dos de ellas con cuchillo, contra uno solo en absoluta indefensión.

En lo que atañe al guarismo de la medida socioeducativa impuesta, la Defensa aduce que a su defendido se le ha dado un trato diferente al resto de los menores que idéntica participación tuvieron, equiparándolo a los más violentos del grupo." Lejos de compartir dicha manifestación, entiende la Fiscalía que la gravedad del accionar del adolescente, ameritaba una sanción aún mayor a la impuesta, lo que motivó la vía recursiva por esta parte. La participación del recurrente en absoluto ha sido "idéntica" a la de sus compañeros, no se limitó a pegarle o lanzarle piedras y patadas, sino que en su accionar salvaje, mientras le pegaba, se subió a caballito y lo sujetó e inmovilizó en el piso a la vez que los autores le asestaban las puñaladas mortales. En la escalada de violencia su participación fue más contundente y no bastando con la agresión física a la que lo sometió, sino que además impidió todo movimiento defensivo de YYYYYYYY, facilitando que lo apuñalaran de forma cobarde y feroz.

Tratándose sin duda de una conducta antisocial calificada como gravísima y las características de especial violencia que reviste el hecho por el que se juzga al adolescente, no procede el abatimiento de la medida impuesta, sino por el contrario corresponde disponerse la solicitada por Fiscalía.

Solicita que se confirme la Sentencia Definitiva salvo en lo que respecta a la calificación jurídica realizada respecto de todos los adolescentes, imputándoles una infracción gravísima, tipificada por la Ley penal como un delito de Homicidio, en caso de DDDDD en calidad de autor y en el caso de BBBBBB , EEEEE, AAAAA, CCCCC y FFFFF en calidad de coautores, salvo en el quantum de la medida socioeducativa impuesta a los adolescentes elevándose la misma a lo oportunamente solicitado por la Fiscalía, esto es, en el caso de EEEEE y BBBBBB de tres años y ocho meses; AAAAA, CCCCC y FFFFF de dos años y diez meses.

B) La Defensa de los adolescentes y CCCCC evacua el traslado conferido, fojas



1010/1016.

Señala que si bien la figura delictual que esta Defensa propuso y sostuvo durante todo el juicio respecto de sus representados nada tiene que ver, tanto por sus aspectos de estructura del delito, como así tampoco con la pena a recaer, no es menos cierto que luego del desarrollo del juicio toda la prueba diligenciada, la sentencia atacada recoge en forma contundente todos los aspectos de la figura delictual aplicada, por lo que se sostendrá el mantenimiento en todos términos de la sentencia recurrida.

Respecto del recurso interpuesto por Fiscalía señala que agravios expuesto se basan en la calificación jurídica y el quantum de las medidas socioeducativas impuesta, y tomando en consideración y como fundamento los propios vertidos por Fiscalía, analiza en sus distintos aspectos y con el concepto de los autores mencionados por Fiscalía, una referencia clara y más completa del delito de muchedumbre, el cual en la exposición fundamenta el recurso, al cual a criterio del compareciente está limitado y recortado en cuanto al contexto de la exposición total de dichos autores.

Señala que debe observarse que en el caso de autos surge, como lo expone la sentencia, que aparentemente YYYYYYYY se encontraba con dos personas más, que no participan, y luego RRRRRR y su novia se le acercan, le hablan y YYYYYYYY tomó una cadena que tenía en el bolso lanzó un golpe a RRRRRR. Hay diferentes versiones sobre lo escuchado, unos dicen que grito pidiendo ayuda, otros que “Le están pegando a RRRRRR”, lo que si quedó demostrado es que gritó, como dice la sentencia, y esto fue lo que desencadenó la feroz reacción, el grito constituyó el estímulo.

Siguiendo con el análisis de la doctrina expuesta por la recurrente, se objeta por parte de Fiscalía la heterogeneidad del grupo, de aceptarse como valedero e irrefutable esta condición, que no lo es, en el caso que nos ocupa tenemos: menores que van desde los 15 años los 17 años, y mayores de edad, dentro de este grupo, el propio sistema legal vigente los toma como diferentes, distintos, aplicando por eso dos sistemas punitivos y procesales diferentes, además si se exige para la heterogeneidad la diferencia de sexos, en autos surge claramente, no sólo como afirma Fiscalía la concurrencia de una sola mujer, pareja de RRRRRR, para lo cual esto bastaría porque en ningún lugar se exige cantidad, pero tampoco ello es así, basta con observar el video, donde se observa muy claramente la presencia de por lo menos tres mujeres que evidentemente estaban en ese grupo, de hecho a algunas de ellas se las ve caminando y mirando el hecho, sumado además en el caso de los comparecientes donde basta solo con leer el informe psicológico efectuado por INISA y contemplado en la sentencia recurrida, donde constan claramente las diferencias culturales entre ellos, dando el elemento que es reclamado por Fiscalía en cuanto a la diferencia respecto a la moralidad. Por lo que tampoco en este caso le asiste razón a la recurrente. Cita doctrina.

Siguiendo con el análisis que caracteriza el delito de muchedumbre, y aplicando las ideas expuestas por la doctrina también citada por la Fiscalía, considera al



delito de muchedumbre era aquel cometido por reunión inorgánica y transitoria de un número considerable de personas, identificadas por un ideal , interés o propósito común, actuando sin acuerdo previo para delinquir, contemporáneamente y en un mismo lugar” debiéndose tener presente lo declarado por el Oficial Milton García en donde manifiesta que la víctima YYYYYYYY se encuentra en el mismo salón de venta de bebidas con algunos de los integrantes del grupo en cuestión, y que allí no ocurre ningún incidente, cada uno compra su bebida y se van. Por lo cual queda totalmente evidenciado la falta de concierto previo y motivo aún para atacar ferozmente a YYYYYYYY, o cualquier otro hecho relacionado que supusiera el delinquir, exigido como requisito para la no configuración de la figura del delito muchedumbre.

En cuanto al elemento inorgánico reclamado como elemento fundamental para este tipo de figura, el mismo se evidencia con los testimonios de los distintos testigos, venían de diferentes lugares, en diferentes grupos, algunos se conocían otros solo de vista, además algunos llegaron casi de casualidad, dado que en principio iban hacia otro lado, es decir no hay un concierto previo, tampoco una organización siquiera rudimentaria, no menciona ni se comprueba la existencia de un líder dada su ausencia, estos elementos que reúne la sentencia recurrida son elementos que la jurisprudencia cita como fundamentales para que se configure el concepto de muchedumbre.

Solicita en definitiva que se mantenga la recurrida en todos sus términos, desestimándose los recursos interpuestos.

C) La Defensa del adolescente AAAAAA evacua el traslado conferido, fojas 1017/1028vto.

Expresa que en ocasión del Juicio Oral la Defensa anunció que no se opondría a la calificación jurídica, es decir “un delito de homicidio”, pero que compartía la participación que la Fiscalía pretendía imputarle al adolescente, es decir, la calidad de coautor.

Según se desprende de la recurrida, la Sede hizo lugar a la teoría del caso de esta Defensa y de la Defensa de , en el entendido que se trataba de un delito de “homicidio cometido por impulso de muchedumbre”.

Se comparte lo señalado por la Señora Magistrada respecto de que el delito cometido por las muchedumbres se encuentra regulado en el art. 65 del Código Penal, llegando a la conclusión de que el individuo dentro de la misma deja de ser tal para transformarse en un cerebro o una mano de esa masa humana.

La Fiscalía en su escrito de apelación, manifestó que el grupo, que a criterio de la Sentenciante y esta parte formaba una muchedumbre carecía del carácter de heterogéneo, carácter propio de este tipo de grupos.

Al respecto entiende el compareciente que la heterogeneidad requerida por el autor, sí se verificó en la presente causa, ya que la muchedumbre se formó entre adultos y adolescentes y había una mujer; aunque la Fiscalía señaló que no se acercó al lugar del hecho propiamente



dicho, quien era la novia de RRRRRR, imputado por hecho, pero que su causa corre por trámite separado por ser un adulto. Dicha joven declaró en calidad de testigo intimidada faltando a la verdad en su declaración; hecho que puesto de manifiesto por el resto de los testigos. La omitió decir que cuando YYYYYYYY le pega a RRRRRR ella sale gritando; “le están pegando, le están pegando”. La participación de la joven fue uno de los detonantes que prendió las alarmas de las personas que estaban en la plaza. La Fiscalía en su libelo recursivo cita la Sentencia Nº 279/2009 del Tribunal de Apelaciones de 2º Turno; sentencia que fuera citada por esta misma defensa en su alegato de clausura para explicar el por qué en un caso de tanta conmoción pública como fuere el homicidio del hincha de Cerro Héctor Da Cunha no se hizo lugar a la muchedumbre y así entender por qué aquí sí estábamos en presencia de la referida figura. Cita jurisprudencia.

Por otra parte, en cuanto a la referencia de la Fiscalía de que el caso no se cumplía con el carácter de “inorgánica” de la muchedumbre, comparte el dicente plenamente lo citado y sentenciado por la Juez.

Expresa que no se niega que algunos adolescentes se conocieran por nombre o apodo como afirma la Fiscalía, pero, como resultó probado a de las diferentes declaraciones brindadas en juicio, los jóvenes llegaron en grupos separados a la plaza.

Los elementos que intenta la Fiscalía hacer valer en su escrito recursivo, se encuentran plenamente probados.

En este caso no hay agente provocador, que no es indispensable, sino que bastará con que el factor precipitante conocido inmediatamente por la muchedumbre, es decir, “hable por sí mismo”. Dicho factor se trató de los gritos de la novia de RRRRRR y luego fue la victima corriendo a RRRRRR, FFFFF e DDDDD y luego girando una cadena que logra alcanzar a BBBB y pegarle en su hombro.

Llega a la conclusión de que el individuo dentro de muchedumbre deja de ser tal para transformarse en un autómatas que parte del “alma colectiva” a la que refiere la Fiscalía; y qué a criterio de esta parte, dicha “alma” se llegó a conformar.

En definitiva, y atento a todo lo expuesto, a criterio de la Defensa corresponde confirmar la recurrida entendiendo que se está ante un delito de homicidio donde el adolescente recurrente debe responder por participación en muchedumbre, lo que se traduce en la imputación en calidad de cómplice como señala el artículo 65 del Código Penal, considerándose pena impuesta por la Sr. Magistrada.

D) La Defensa del adolescente FFFFF FFFFF evacua el traslado conferido, fojas 1038/1039 v.

Aboga por mantener la medida impuesta al adolescente, siendo ésta sensiblemente menor a la solicitada por la Fiscalía, ya que el accionar de su defendido en los hechos que se ventilaron en autos no lo ingresaron en la categoría de co-autor para del delito que se debatió en Autos, sino en carácter



de cómplice, siendo la medida socio-educativa visiblemente menor a solicitada por el Ministerio Público, entendiendo esta defensa y la Sentenciante la misma no debía superar el mínimo legal para el delito de marras.

Aboga la Defensa por el mantenimiento de la sentencia de ya que los hechos ocurridos encuadran perfectamente en la figura de homicidio por muchedumbre y entiende claramente el adolescente recurrente no es instigador de la misma por lo que el reproche penal que debe caerle es el que fue recogido por la impugnada, no correspondiendo ningún cambio ni a la figura delictual, ni a la medida.

Como lo sostuvo la sede el accionar de FFFFF no es el de un incitador, sino residual ya que el mismo hasta que no fuera golpeado por el occiso no lo había atacado físicamente, sino que se había sumado al grupo, pero no había ejercido violencia directamente sobre él.

Solicita, en consecuencia, el manteniendo la Sentencia impugnada en todos sus términos.

E) La Defensa de DDDDD evacua el traslado conferido y adhiere al recurso en traslado, fojas 1040/1047.

En primer término, evacua el traslado en relación a los agravios esgrimidos por la Sra. Fiscal en merito a lo que se señala que: a) Del recurso de apelación presentado, surge que no se comparte la calificación jurídica realizada por la Sra. Magistrada respecto de todos adolescentes, esto es un delito de homicidio cometido por impulso de la muchedumbre y en el caso del dicente como autor instigador. Asimismo, sostiene fervientemente la aplicación de la infracción gravísima de homicidio cometido por impulso la muchedumbre, manifestando que: 1) Tal como quedara probado en la audiencia de juicio oral, el encuadre jurídico de los hechos configuró la figura del homicidio por impulso de la muchedumbre art 310, 65.2 del C.P.

Régimen que morigera la pena porque contempla el especial fenómeno que se da cuando el delito se comete por un colectivo de personas.

Manifiesta que comparte los argumentos de la a quo en cuanto a la calificación jurídica. Si bien es cierto que nuestro derecho positivo no describe que se entienda por muchedumbre, para ello debe recurrirse a las construcciones doctrinarias, a la doctrina más recibida y a la jurisprudencia.

Entiende que procede la aplicación del art. 65.2 de CP, porque el grupo humano que rodeó a YYYYYYYY en la plaza Constitución de Pando y luego lo siguió por calle Wilson Ferreira Aldunate como un malón, contaba con las características de la muchedumbre.

Queda claro que de toda la prueba diligenciada no hubo concierto para cometer el ilícito, requisito exigido por el art. 65.2, es decir el objeto de reunión, esto es si se reunió para cometer o no determinados delitos. Como surge de autos los



adolescentes fueron llegando a la Plaza de Pando de distintos lugares. Cita testimonios.

Sighele expresaba que “la muchedumbre es un agregado de hombres heterogéneos por excelencia, porque esta compuesta de individuos de todas las edades, de los dos sexos, de todas las clases y de todas las condiciones sociales, de todos los grados de moralidad y de cultura e inorgánicos por excelencia, porque se forma sin previo acuerdo, súbitamente de improviso” hay un elemento fundamental que distingue a la muchedumbre y es su carácter de transitoria, no constituye un agregado permanente o se forma súbitamente, sin previo aviso.

En el presente caso, ese agregado de hombres heterogéneo estaba compuesto por más de 12 adolescentes, entre hombres y mujeres (la novia de RRRRRR) de distintas edades pues hay destacar que había adolescentes y mayores de edad (RRRRRR, SSSSS, TTTT). No se comparte lo que esgrime fiscalía pues es más que claro que se trataba de un agregado de hombres heterogéneos, en su mayoría adolescentes, pero no de la misma franja etaria.

La Fiscalía pretende hacer creer que la novia de RRRRRR no tuvo ningún tipo de participación en los hechos pues, por el contrario, como ella misma declaró, fue la que se acercó junto con RRRRRR y DDDDD a pedirte fuego a la víctima, fue quien en determinado momento gritó, y así llamó la atención del resto.

En referencia al elemento inorgánico, se forma sin previo acuerdo, súbitamente y de improviso, en el caso que nos ocupa, no hay un solo elemento probatorio que haga presumir lo contrario, la reacción de los jóvenes fue inmediata, espontánea, ante el llamado alarmante de la novia de RRRRRR. Algunos de los adolescentes fueran amigos entre sí o que se conozcan del barrio no los hace ver como un grupo orgánico u organizado, con un líder que los dirigía. Fue justo después del grito de la novia de RRRRRR que los adolescentes reunidos en la Plaza salen a perseguir a YYYYYYYY si se observa los videos aportados.

Agravia al adolescente DDDDD el hecho de que la sentenciante calificara al adolescente como instigador de la muchedumbre ya que no quedó probado tal instigación.

En definitiva, teniendo presente todo lo señalado, es decir características con la cual la doctrina caracteriza a la muchedumbre, como los elementos de su constitución, es que compartimos la calificación jurídica realizada por la Magistrada.

Adhiere al recurso en traslado señalando que: la recurrida agravia por el período excesivo de la medida socio-educativa, 4 años y 4 meses de privación de libertad.

Si bien en su oportunidad esta Defensa compartió la calificación jurídica de la infracción atribuida (homicidio cometido por impulso de la muchedumbre), no se comparte el tiempo atribuido a la medida ya que agravia al adolescente. Cita jurisprudencia.



El quantum fijado provoca en el joven un desarraigo de sus vínculos familiares y de su entorno irreparables. En síntesis, el juzgador debe seleccionar un monto para la medida, que siga los criterios de proporcionalidad e idoneidad para lograr los objetivos de robustecimiento de los vínculos familiares que permitan la rehabilitación del adolescente.

Señala que nuestro ordenamiento jurídico, que recoge el sistema penal juvenil está regulado por el CNA y demás instrumentos internacionales que refieren a los adolescentes en conflicto con la ley, como la Convención Internacional sobre los derechos del niño, Asamblea Gral de las Naciones Unidas Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985, Reglas de Beijing Nº 5 sobre la proporcionalidad de las medidas, Regla de Beijing Nº17.b sobre los Principios rectores de la Sentencia que hace referencia al mínimo posible en la privación de libertad, Regla de Beijing Nº 19,1 “el confinamiento en establecimientos será por el más breve plazo”, Reglas de Tokio, Resolución 1997/30 de las Naciones Unidas.

En tal sentido las Reglas de Beijing Nº 19 pretende restringir el confinamiento en establecimientos, en dos aspectos: en cantidad (último recurso) y en tiempo (el más breve plazo posible). Esta regla recoge uno de los principios rectores básicos de la resolución 4 del Sexto Congreso las Naciones Unidas: un menor infractor no puede ser encarcelado (privado de libertad) salvo que no exista otra respuesta adecuada. La regla por consiguiente proclama el principio que si un menor debe ser de libertad, la pérdida de la libertad debe limitarse al menor grado.

Solicita, en consecuencia, que se abata la medida y se lo declare participe en el delito de homicidio cometido por impulso de la muchedumbre, debiendo responder en la calidad de cómplice y se mantenga la sentencia de primera instancia en cuanto a la calificación jurídica de una infracción de homicidio cometido impuso de la muchedumbre.

4. La Fiscalía evacua el traslado de la adhesión, fojas 1056/1060. Señala que en la recurrida se declaró al adolescente DDDDD como autor de un infracción gravísima calificada por la ley penal como delito homicidio cometido por impulso de la muchedumbre, imponiéndose le como socioeducativa privativa de libertad la internación en centros de INISA por el período de 4 años y 4 meses.

La Defensa de Oficio, al evacuar el traslado del recurso interpuesto por la Fiscalía presentó adhesión al mismo, reduciéndose los agravios sustentados al quantum punitivo, manifestando que “si bien en su oportunidad esta compartió la calificación jurídica de la infracción atribuida, no se comparte el tiempo atribuido a la medida...” solicitando se abata la media socioeducativa impuesta.

En cuanto al guarismo de la medida socioeducativa impuesta, la Defensa aduce que no refleja los criterios de proporcionalidad e idoneidad para lograr la rehabilitación del adolescente y que agudiza los efectos negativos siendo perjudicial el mismo.

Por el contrario, lejos de compartir lo argumentado por la Defensa, entiende la Fiscalía que la gravedad del accionar del adolescente, amerita una sanción como



la impuesta por la sentenciante. Entre la participación de todos los adolescentes la que reviste mayor gravedad es la de DDDDD y merece una medida si acorde a esa gravedad, que permita encausar suficientemente al que ha dado claras muestras de que no vacila en ejercer violencia contra semejantes, sin importar límite alguno. Dichas medidas socioeducativas impuestas cumplen con los principios de idoneidad, atendiendo a la finalidad de las mismas, asunción de su responsabilidad, el fortalecimiento por el respeto de los derechos y libertades de terceros y el fortalecimiento con sus vínculos sociales y familiares positivos. Expresa además que del informe remitido por INISA respecto de DDDDD, se extrae que ha vivido en un ambiente familiar donde no estaban establecidas claramente las normas de convivencia, careciendo del apoyo emocional necesario para el normal desarrollo que lo ha colocado en una situación de vulnerabilidad y riesgo social, desprendiéndose de su personalidad rasgos de inmadurez y de agresividad. Cita jurisprudencia.

Desde el punto de vista formal, advierte que si bien la Defensa en su petitorio además del abatimiento de la medida objeto del recurso de adhesión, hace referencia a la calificación jurídica, agravio que no fue contenido en la fundamentación del recurso interpuesto.

La Defensa en el petitorio solicita se le declare partícipe en el delito cometido por impulso de la muchedumbre en calidad de cómplice. Sin embargo, no fue argumentada dicha variación de la calificación en cuanto grado de participación, al fundamentar el recurso de adhesión. La Defensa manifestó compartir la calificación jurídica arribada por la sentenciante al evacuar el traslado del recurso interpuesto por esta Fiscalía, soslayando apenas, que DDDDD no debió calificarse como instigador de la muchedumbre y que quien incitó la reacción de los demás fue la novia de RRRRRR.

No obstante, no ser considerada por la Defensa como un agravio en el recurso interpuesto, no puede dejarse de rechazar enfáticamente dicha consideración. En este sentido, la Fiscalía si bien no compartió la calificación jurídica por la sentenciante, y que ameritara la vía recursiva interpuesta lejos está de compartir la línea argumental de la Defensa.

De la prueba producida en juicio ha resultado acreditado que DDDDD junto a RRRRRR fue quien provocó a la víctima. Cita testimonios.

Solicita, en consecuencia, que se confirme la Sentencia Definitiva salvo en lo que respecta a la calificación jurídica realizada respecto de todos los adolescentes, imputándoles una infracción gravísima, tipificada por la Ley Penal como un delito de Homicidio, en el caso de DDDDD en calidad de autor y en el caso de BBBBBB, EEEEE, AAAAAA, CCCCC y FFFFF en calidad de coautores, y salvo en el quantum de la medida socioeducativa impuesta a los adolescentes elevándose la misma a lo oportunamente solicitado por la Fiscalía.

5.- Por auto N° 119/2020 del 22 de setiembre de 2020, se franqueó la alzada con efecto suspensivo, en las formalidades de estilo. Por auto N° 716/2020 del 14 de octubre de 2020, se dispuso el pase a estudio de los Sres. Ministros, por su



orden. Se procedió a integrar la Sala, debido a la existencia de discordia, recayendo la suerte en el Dr. Eduardo Cavalli Asole.

Cumplido, puestos al acuerdo y reunido el número de voluntades requeridas se proceda a dictar sentencia.

Considerando:

I. La Sala integrada, por mayoría, habrá de confirmar la muy buena sentencia de primera instancia, por las razones que se expondrán.

II. A juicio de los Sres. Ministros María del Carmen Díaz, Eduardo Cavalli y el redactor, la calificación realizada en primera instancia, es ajustada a derecho, aunque en el caso del Dr. Cavalli, con la precisión que se dirá.

Señala Irureta Goyena en las “Notas explicativas del autor del proyecto”, en relación al Art. 65 del Código Penal, en la muchedumbre: “El concierto aparece reemplazado por una especie de contagio que iguala transitoriamente a los espíritus más desiguales, y el dolo, sustituido por un impulso general ajeno a la psicología de los individuos que integran la masa, provocando en ellos fenómenos más o menos definidos de verdadero automatismo” (cf. “Código Penal de la R.O.U., anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi”; 4ta. Edición, Pág. 220). C A DE 6809.

Por su parte, Langón, señaló: “Expresamente el codificador ha previsto que los principios del concurso de delincuentes en el caso de tratarse de la participación en delitos cometidos por una muchedumbre, serán sustituidos por otros expresamente indicados en la ley (art. 65 C.P.).

El tratamiento especial de esta situación deriva de la consideración de aspectos psicológicos de la multitud actuando en tumulto, por contagio...El legislador ha realizado una división básica entre reuniones que tengan por objeto cometer delitos, es decir reuniones de carácter criminal, y aquellas que no lo tuvieran como, por ejemplo, las convocadas por un concierto de rock, o la congregación de una muchedumbre para asistir al cierre de una campaña electoral, a escuchar a un orador político o a un líder religioso, o asistir a un espectáculo deportivo... C A D E 6809.

“Si la reunión no fuera criminal, y no tuviera por consiguiente, por objeto, cometer delitos..., responderán como autores los instigadores (hayan participado o no materialmente en la ejecución de los delitos) y como cómplices todos los demás que hubieren participado materialmente en la ejecución, quedando exentos de penas el resto” (Langón, Manual de Derecho Penal Uruguayo, FCU, 2006, p. 424. Cfm. Bayardo, DPU, t. III, p. 82. Sobre impunidad en esta categoría, Jiménez de Azúa, Defensas penales, T. II, Cap. XII, Delito de las muchedumbres, Losada, 1943, pp. 11/181).

III. Los participantes del homicidio se reunieron en la plaza, en forma inorgánico y comenzaron a tomar vino. No hubo un concierto previo y solo se conocían de diferentes lugares, a saber: del barrio, del fútbol, etc. Con ello se quiere significar que la organización no tenía vocación de perdurar en el tiempo.



En este rumbo, los participantes actuaron “por sugestión de la muchedumbre en tumulto”.

Algunos de los integrantes se acercaron a la infortunada víctima (no está acreditado qué se dijeron) y este reaccionó a la provocación, motivo por el que posteriormente se desencadenó la persecución y agresión mortal. Vale decir, se actuó por automatismo capaz de inhibir la psiquis individual, cuando el adolescente DDDDD instiga a la persecución y agresión mortal.

Sobre la participación en muchedumbre, entiende el Dr. Cavalli, que la significación que puede tener en el derecho penal de adultos es distinta a la que tiene en el derecho penal de adolescentes.

Ello por cuanto, en general la participación de varios en el ilícito es lo normal en la infracción a la ley penal por los adolescentes, reconociéndose como de mayor preocupación los casos donde el adolescente delinque solo.

Enseña COUSO que la intervención delictiva de los adolescentes en grupos es objeto de especial atención criminológica y político-criminal, especialmente en relación con el fenómeno de las bandas delictuales, que da origen a una reacción más bien opuesta a una consideración sensible de las diferencias entre adolescentes y mayores de edad, produciendo una creciente estigmatización y llamados a un endurecimiento en el tratamiento de la criminalidad de adolescentes cometida en grupos.

Sin embargo, los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo y por la criminología plantean el problema de la criminalidad y los grupos de pares desde una perspectiva distinta, que precisamente llama la atención sobre la necesidad de un juzgamiento diferenciado. En efecto, si, por un lado, la pertenencia y la convivencia cotidiana con grupos de pares, son una condición normal en el desarrollo de los adolescentes, y si, por otro lado, la comisión de ciertos hechos delictivos es relativamente normal durante la adolescencia, entonces puede comprenderse que con gran frecuencia (mucho mayor a la de las acciones delictivas realizadas por bandas criminales) los adolescentes se ven directa o indirectamente envueltos en acciones delictivas cometidas por alguno de sus amigos o compañeros de grupos, sin que la calificación de la conducta de cada uno de los que no intervino directamente sea sencilla, y sin que sea descartable que quienes lo hicieron, debido a complejas dinámicas de la relación grupal (asociadas con el peso desproporcionado que durante esta etapa tiene la opinión y la presión del grupo) hayan visto seriamente reducidas sus posibilidades de actuar de otro modo. En efecto, según Zimring, la dificultad para determinar una sanción apropiada o justa para los adolescentes (dada ya su menor culpabilidad) se ve agravada por el problema generalizado del adolescente con un papel accesorio en el hecho, pues prácticamente en todo delito de adolescentes habrá uno o más que se encontraban ahí, junto al ejecutor, sin necesariamente haber intervenido de forma activa.

En base a esas consideraciones, pero de forma muy aislada, algunos planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales, en Alemania, se hacen cargo de



esta problemática, tanto en relación con la tipicidad de la intervención delictiva, cuanto respecto de la culpabilidad de la misma.

La dinámica de la actuación en grupo, respecto adolescentes muy dependientes de la aceptación y susceptibles a la presión de sus pares, es considerada por alguna doctrina, en Alemania, como un factor que puede excluir o reducir la imputabilidad de un adolescente que no fue capaz de retirarse ante los demás o de oponerse a sus exigencias. También en España se destaca, por ej. en el planteamiento de Cruz Márquez, el impacto negativo que la dependencia del grupo -y también de la banda, propiamente tal- puede tener en la capacidad del adolescente de ajustar su comportamiento a la comprensión del injusto, sobre todo cuando se trata de adolescentes en situación de desatención y desarraigo socio-familiar, lo que llega a un extremo, cuando la banda pasa a ser referente social del menor, a veces como sustituto del grupo familiar, situaciones que en algunos casos plantean conflictos de lealtad.

Citando a Feld, agrega que en Estados Unidos de América también se aprecia alguna consideración diferenciada de la participación criminal por parte de adolescentes que actúan en grupo. Sintetizando esta tendencia, afirma que si bien la ley trata a todos los partícipes en un delito como igualmente responsables, y permite castigarlos del mismo modo, la susceptibilidad de los menores de edad a la influencia de los grupos de pares demanda una evaluación más matizada de su grado de participación, responsabilidad personal y culpabilidad. Por ello, algunas legislaciones estatales que ya reconocen la diversa culpabilidad de los adolescentes resultante del nivel de participación del niño en la planificación y ejecución del delito.

En esta línea, entiende el Dr. Cavalli en su voto que la sentencia de primera instancia es atinada en cuanto sus consideraciones jurídicas y la determinación de la respuesta.

El repulsivo incidente, la pérdida de una vida humana en forma gratuita lleva a que se considere acertada la imputación realizada, aunque discrepo con la perspectiva de aplicar el concepto de muchedumbre como si fueran adultos. Y como señala Couso, la hora de la madrugada en que se cometen los hechos son demostrativas de varias responsabilidades más.

En primer lugar, de las respectivas familias, pues de acuerdo a un mínimo de concepción modélica de familia, es evidente que estos jóvenes no han recibido una orientación mínimo ni criados con valores inculcados. El principal causante de la muerte, DDDDD proviene de un hogar disfuncional, con comportamientos disociales de sus progenitores. En el informe de fojas 245 y ss., se destaca que los padres no son referente firme y positivo, no representando en los hijos figuras de autoridad. Se le crió en ausencia de límites claros y firmes, se actuó en forma permisiva y naturalizando conductas transgresoras. Esto ha causado una situación de vulnerabilidad y riesgo social que desemboca en los hechos juzgados. Tiene experiencias con drogas desde los catorce años, sus padres son cocainómanos. Pero además agregó el consumo abusivo de alcohol.



Por tanto, en el conjunto de circunstancias que llevan a la muerte de autos, se advierte una explicación de qué hacía un joven de catorce años a las cuatro de la madrugada, bebiendo alcohol, participando en la compra de más alcohol a pesar de estar prohibido.

En segundo lugar, la plaza y la calle Wilson Ferreira Aldunate donde se concreta la agresión es muy próxima a la Seccional Séptima de Policía. Toda la secuencia de hechos probados es demostrativa de la ausencia del Estado en controlar jóvenes tomando alcohol de madrugada y promoviendo los desórdenes que terminaron en forma trágica. Si bien los registros no tienen audio, es de suponer el griterío fenomenal que debió acompañar estos hechos, todo lo que demuestra que la sociedad y el Estado han dado la espalda, cerrando ventanas y puertas y adoptando una actitud de soportar. Nada de esto hubiera pasado con una adecuada vigilancia de la venta de bebidas y con presencia policial adecuada. Por lo tanto, considerando todas estas circunstancias y que el derecho penal de adolescentes responde a una lógica de estándares que lo diferencian del derecho penal de adultos: i) juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal; ii) culpabilidad disminuida del adolescente y tratamiento punitivo privilegiado; iii) juzgamiento diferenciado de los elementos de la culpabilidad; y iv) juzgamiento diferenciado de la coautoría y la complicidad.

IV. En cuanto a la extensión de la medida socioeducativa, para la mayoría de los que conforman este pronunciamiento, se considera ajustada a derecho.

Se ha expresado en innumerables pronunciamientos: "El Derecho Penal General es una de las pautas para determinar la respuesta socioeducativa, la que debe ser aplicada en casos como el de autos, respetando las especialidades propias de un Derecho Penal Mínimo. Concretamente el de respuesta penal específica (artículo 43 de la Constitución Vigente Nacional) que implica que la sanción de privación de libertad es excepcional y debe aplicarse por el menor tiempo posible (C. D. N. art. 40.4; artículos 76 Num. 12 incisos 3º y 4º, 86 y 87 del C.N.A.). Pero a su vez conforme el artículo 79 del C.N.A. el otro principio al que deben ajustarse las medidas es al de idoneidad que hace al ajuste entre la medida seleccionada y la obtención de sus objetivos en el caso concreto. Objetivos que son para el legislador: asunción de responsabilidad de parte del adolescente, fortalecimiento por el respeto de los derechos humanos y las libertades de terceros, robustecimiento de los vínculos familiares y sociales. Se ha afirmado respecto de tales objetivos que: "Su descripción aleja el Derecho Penal de Adolescentes del principio meramente retributivo de la sanción, propio del Derecho Penal de Adultos y lo define como un Derecho Penal Especial, en el cual la medida tiene además y fundamentalmente la finalidad de construcción de ciudadanía responsable. En cuanto a la idoneidad de la medida debe ser idónea, apta, suficiente para cumplir el objetivo de inserción social, familiar y de asunción de ciudadanía responsable" (Código de la Niñez y Adolescencia Comentado y anotado de la Dra. JACINTA BALBELA y el Dr. PEREZ MANRIQUE, pág. 151). En consecuencia, la respuesta socioeducativa debe ser proporcional, la regla es que no puede exceder como máximo la exacta proporción, e idónea para lograr



los objetivos perseguidos” (Sentencia de la Sala N°240/2016, entre muchas otras). C A D E 6809.

La medida debe servir como sanción que indudablemente lo es, por el hecho ilícito cometido en el marco de la autonomía progresiva de la voluntad, así como también por el objetivo socio educativo de aquella, en el sentido de evitar que vuelva a ocurrir.

A su vez es necesario indicar que en el derecho penal juvenil el principio de privación de libertad es la última ratio y por el menor tiempo posible.

En función de ello, teniendo en cuenta las características del hecho ilícito cometido, así como las circunstancias atenuantes de la responsabilidad, el guarismo fijado en primera instancia se adecua plásticamente al supuesto en examen.

V. Finalmente, el agravio articulado por la defensa de EEEEE, es de franco rechazo.

Relevante jurisprudencia, expresó con relación al delito de riña: “La riña no se configura por un simple altercado sino por una acción constituida por un conjunto de agresiones mutuas, una participación no concertada sino impulsada por el ánimo de exaltación mutua, querida, sin que se conozca el rol que desempeña cada uno en la pelea, esto es, una contienda de bandos cuyo requisito es la acción constituida por un conjunto de hechos hostiles como golpes de puño,

lanzamiento de proyectiles, ataque con armas como ocurrió, didácticamente, en el presente caso donde como expresaba Bayardo “ la ausencia de identificación del autor de la muerte o lesión no enerva la posibilidad de impulsar la forma calificada de riña con resultado muerte o lesión a todos los corrientes” ya que, añadimos nosotros se ha probado plenamente que existió la lucha entre bandos con un dolo directo palmario: todos tuvieron la intención de reñir, el ánimo de lucha y todos los partícipes imputados en esta causa previeron el resultado que podía acaecer (artículo 18 inciso 4 del Código Penal) por la cantidad de golpes aplicados a la víctima fatal a fuerza de piedras, maderas, puntapiés de varias personas contra uno sólo y aún golpeándolo en el piso.” (cf. Sentencia N° 261/013 del TAP de 2°).

A la luz de los conceptos vertidos anteriormente, no existió riña, por la sencilla razón que no existieron bandos combatientes sino una provocación y posterior agresión mortal a la víctima.

Por los fundamentos expuestos, el tribunal, en mayoría, FALLA:

Confírmase la sentencia hostilizada.

Oportunamente, devuélvase a la Sede de procedencia.

DR.GUSTAVO MIRABAL BENTOS

MINISTRO



DISCORDE: En primer lugar por considerar que el agregado humano del episodio ventilado en la causa no configura una muchedumbre, numéricamente.

En según término por cuanto -siguiendo el hilo de razonamiento del Ministerio Público- aún de considerarse su número suficiente, no es cualitativamente equiparable a una muchedumbre.

1) El art. 65 CP no define el concepto de “muchedumbre”. Debe entonces recurrirse a su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (art. 18 CC) El “Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española” define al vocablo como: “Abundancia y multitud de personas o cosas” estableciendo que el término deriva del latín “multitudo” (Real Academia Española: “Diccionario de la lengua española” 23ª edición, edición del tricentenario, Buenos Aires, 2014, 2do. Volumen, pág. 1506). CORRIPIO, en tanto, lo describe como proveniente del vocablo latino “multitumen” de “multitudinis, multitudo. Y lo expresa como integrado a las letras hispanas desde el siglo XIII, como “gentío, enjambre” (CORRIPIO, Fernando: “Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana; Editorial Bruguera, 1980, pág. 313). Es claro por tanto que “muchedumbre” y “multitud”, propiamente son sinónimos, sin perjuicio de las diferencias que la sociología ha encontrado entre estos dos términos. MOLINER, en tanto, define al vocablo como “(1) Reunión de gran número de ciertas cosas; se aplica corrientemente sólo a conjuntos en que las cosas están separadas una de otras. (2) Reunión de gran número de personas” (MOLINER, María: “Diccionario de Uso del Español”, Editorial Gredos, Tomo III, pág. 467, subrayados del suscrito). COROMINAS, finalmente, define al vocablo “multitud” como a un cultismo del vocablo “muchedumbre” (COROMINAS, Joan: Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana. Editorial Gredos, Madrid, 1987, pág. 406, subrayado del suscrito). Dicho esto, doce personas aproximadamente, no constituyen una muchedumbre, ni una multitud, y distan mucho de serlo. Son meramente un grupo, en tanto “pluralidad de seres que forman un conjunto” (COROMINAS, op. cit., pág.305). Lo que es relevante desde el punto de vista de su devenir psicológico en acción.

2) Decía acertadamente BAYARDO que “En la muchedumbre, por reunión y fermento psicológico imprevisto o por íncubo colectivo, el individuo siente que su sentido moral se nubla y que disminuye su dominio sobre sí; por lo que puede llegar a cometer hechos que no hubiere realizado actuando solo”. Es por ello que “prosigue el autor- por vía del Proyecto FERRI de 1921, que estimó como atenuante ejecutar el hecho por impulso de muchedumbre, llegó al Código Rocco de 1931, que lo estableció como tal.

3) CAIROLI, siguiendo en un todo a BAYARDO, expresa que “En la muchedumbre el sujeto siente que se nubla su sentido moral y disminuye el dominio sobre sí mismo, y de ahí a cometer hechos que no hubiera cometido estando solo, hay un paso”. El autor citado se refiere a la distinta consideración de los que ocasionalmente fueron arrastrados (“menés”) y de los que impulsaron a la masa (“meneurs”), citando a FERRI.



4) Expresó la Suprema Corte de Justicia (Sent. Nro. 509/2010) que : Señala Irureta Goyena en las “Notas explicativas del autor del proyecto”, en relación al Art. 65 del Código Penal, en la muchedumbre: “El concierto aparece reemplazado por una especie de contagio que iguala transitoriamente a los espíritus más desiguales, y el dolo, sustituido por un impulso general ajeno a la psicología de los individuos que integran la masa, provocando en ellos fenómenos más o menos definidos de verdadero automatismo” (cf. “Código Penal de la R.O.U., anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi”; 4ta. Edición, Pág. 220). Sighele entendía que la muchedumbre es un agregado de hombres heterogéneos por excelencia, porque está compuesta de individuos de todas las edades, de los dos sexos, de todas clases y de todas las condiciones sociales, de todos los grados de moralidad y de cultura, e inorgánico por excelencia, porque se forma sin previo acuerdo, súbitamente y de improviso”. “Destaco, entonces un elemento fundamental que distingue a la muchedumbre y es su carácter de transitoria, no constituye un agregado permanente o como dice Sighele, se forma súbitamente, sin previo acuerdo”. “Dice Jiménez profundizando en el concepto, que es preciso distinguir muchedumbre de multitud; la primera es una reunión de individuos idénticos por temperamento o reunión de intereses, que operan en la misma circunstancia de tiempo y de lugar, motivada por causas únicas idénticamente concordantes; mientras que la multitud es la reunión de elementos heterogéneos, desconocidos, inorgánicos, destacando que en toda multitud está en germen la muchedumbre”.

5) En efecto, de la masa y su descarga no se aprecia en la causa. Dice CANETTI que “El fenómeno más importante que se produce en el interior de la masa es la descarga. Antes de ella la masa no existe propiamente: solo la descarga la constituye de verdad. Es el instante en el que todos los que forman parte de ella se deshacen de sus diferencias y se sienten iguales” (CANETTI, Elías: “Masa y Poder”; Galaxia Gutemberg, 2002, pág. 7).

6) En suma, el grupo de adolescentes infractores y acólitos acompañantes que ilustra la presente causa, en ningún momento se constituyó en muchedumbre o multitud, como para aspirar a un tratamiento más benigno, que se funda en la obnubilación psicológica que tales agregados humanos muchas veces generan. Y no en la mera pluriparticipación ocasional.

7) Aclarando que las medidas solicitadas por la Fiscalía aparecen como benignas, ante el total desprecio por la vida humana exhibido en los hechos que ilustra este expediente.

Por ello, entiendo que corresponde confirmar parcialmente la impugnada, estimando los agravios de la Fiscalía y fijando las medidas por ella solicitadas.



**AIDEF**  
Asociación Interamericana  
de Defensorías Públicas



**ANADEP**  
Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos