



# 2021 Boletín de JURISPRUDENCIA N°15



Elaborado por la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela

**ÍNDICE** **2**

**PRESENTACIÓN** **5**



## **1. REPÚBLICA ARGENTINA**

### **1.1. Defensoría General de la Nación Argentina**

1.1.1. Cardozo (causa N°440). **7**

1.1.2. OPK (Causa N° 8347). **19**

### **1.2. Asociación Civil de la Defensa Pública de la República Argentina - ADePRA**

1.2.1. Restitución internacional. **35**



## **2- REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL**

### **2.1. Defensoría Pública de la Unión de Brasil - DPU**

2.1.1. Renta Básica. **54**

2.1.2. Medida cautelar en la acción por incumplimiento de precepto fundamental (STF, Brasilia, Brasil, 2021.02.24, ADPF 742). **56**

2.1.3. 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). **136**



## **2.2. Defensoría Pública do Estado de Santa Catarina perteneciente al Colegio Nacional de Defensores Públicos-Gerais - CONDEGE**

2.2.1. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão histórica, modifica sua orientação sobre o reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal.

**179**



## **3. REPÚBLICA DE CHILE**

### **3.1. Defensoría Penal Pública de Chile**

3.1.1. Plantación de cannabis para uso medicinal SCS Rol 19.103-2021- Corte Suprema acoge Acción Constitucional de amparo.

**243**

3.1.2. SCS 25.388-2021. Sala Penal acoge recurso de nulidad deducido a favor de imputada que ingresa cigarrillo de marihuana a la cárcel a petición de su marido, se la condena por microtráfico, se esgrimen argumentos con enfoque de género (no considerados por el fallo), pero la absuelve Abajo van los considerandos más relevantes y que dan cuenta de que efectivamente hubo una "errónea aplicación del derecho".

**245**



## **4. REPÚBLICA DEL ECUADOR**

### **4.1. Defensoría Pública del Ecuador**

4.1.1. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

**278**

4.1.2. Privación Arbitraria.

**299**

4.1.3. Limitación a la sustitución de la prisión preventiva.

**330**



## 5. REPÚBLICA DEL PARAGUAY

### 5.1. Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

5.1.1. SENTENCIA 309. Robo agravado. **353**



## 6. REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

6.1. Asociación de Defensores Públicos del Uruguay – ADEPU **372**

6.1.1. Debido Proceso en la etapa de ejecución de la sentencia.



## 7. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

### 7.1. Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela

7.1.1. SENTENCIA 0367. Recurso de Amparo constitucional - Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, de la Región Centro Occidental. **381**

7.1.2. SENTENCIA 0035. Recurso de Amparo constitucional - Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. **395**



Para la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela, es un gran honor la elaboración y presentación de la edición N° 15 del Boletín de Jurisprudencia sobre derechos humanos del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur - BLODEPM; publicación en la que se compendian valiosos aportes jurisprudenciales, remitidos por las Defensas o Defensorías Públicas de la República Argentina, República Federativa del Brasil, República de Chile, República del Ecuador, República Oriental del Uruguay, República del Paraguay y la República Bolivariana de Venezuela.

El presente boletín contiene 16 fallos a favor de las Defensas o Defensorías Públicas y Asociaciones de Defensa Pública pertenecientes a los miembros del BLODEPM, en materia de derechos humanos, específicamente, en la protección de los grupos en situación de vulnerabilidad. En el caso de la República de Argentina, se presentan tres decisiones de especial interés jurídico, relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales que todo ser humano debe tener para acceder al sistema de salud; los derechos de las personas con discapacidad y la responsabilidad parental y, por último, en materia de protección, la restitución internacional donde se buscó la preponderancia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

La República Federativa del Brasil, por su parte, aporta cuatro importantes decisiones en las que se destaca la ordenanza, por parte del Tribunal Supremo al Gobierno Federal, para la protección de los ciudadanos en situación de vulnerabilidad socioeconómica, a través de la aplicación de programas de renta básica de ciudadanía a partir de 2022; un plan nacional para enfrentar la pandemia del Covid-19 en lo que concierne a la población quilombola, buscando medidas sanitarias y protocolos para asegurar el Derecho a la salud, y suspensión del desalojo de personas durante seis (6) meses a consecuencia de la pandemia de Covid-19. Por otro lado, la Corte Superior de Justicia, en sentencia histórica, modifica su orientación sobre el reconocimiento de las personas como medio de prueba en el proceso penal.

En lo que respecta a la República de Chile, se exponen dos fallos relacionados con el recurso de amparo constitucional a favor de una persona que utilizaba derivados del cannabis con fines medicinales; y un recurso de nulidad a favor de una imputada que ingresaba cigarrillos de marihuana a la cárcel a petición de su marido privado de libertad, donde se observa una "errónea aplicación del derecho".

En cuanto a la República del Ecuador, se pueden observar tres sentencias en las que se destaca el trabajo de la Defensa Pública para evitar la vulneración del derecho al debido proceso, ya que toda persona debe contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; así como, las detenciones arbitrarias y la limitación a la sustitución de la prisión preventiva.

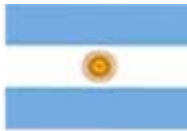
La República Oriental del Uruguay refiere un caso de ejecución penal, que rige los principios de contradicción y publicidad, donde se resaltan el respeto y garantía del derecho al debido proceso, en la etapa de ejecución de la sentencia.

En la decisión presentada por la República del Paraguay, se muestra la importancia de la prueba como medio para descubrir y valorar los elementos probatorios en la realización del hecho punible.

En lo que corresponde a la República Bolivariana de Venezuela, se presentan dos significativas sentencias que tutelan el derecho al recurso de amparo constitucional, respeto y garantía al debido proceso y petición de revisión de sentencia.

Finalmente, las decisiones o fallos que se exponen a continuación destacan la loable labor que realiza cada uno de los miembros del Bloque de Defensores Públicos del Mercosur - BLODEPM, en pro de la garantía, respeto y promoción de los derechos humanos.





## 1. REPÚBLICA ARGENTINA

### 1.1. Defensoría General de la Nación Argentina

#### 1.1.1. "Cardozo (causa N° 440)"

**Tribunal:** Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén


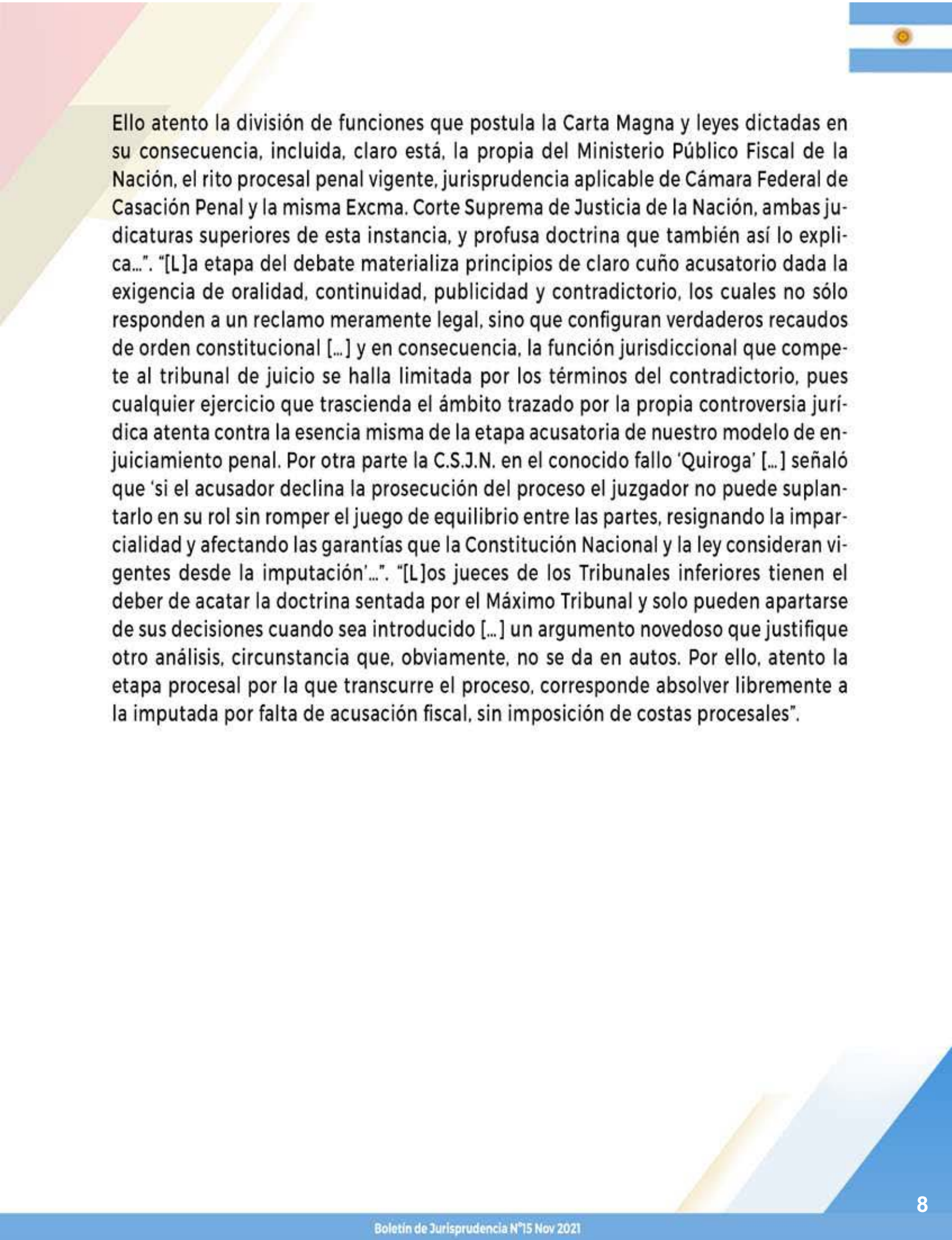
**Materia:** Tráfico de estupefacientes. Vulnerabilidad. Juicio abreviado. Principio acusatorio. Sentencia absolutoria.

#### Breve relación de los hechos

Durante un control fronterizo en el Paso Internacional "Cardenal Antonio Samoré" llevado a cabo por la Gendarmería Nacional, se revisó un micro de larga distancia mediante el empleo de un can antinarcoóticos. En determinado momento, el perro realizó gestos característicos vinculados al hallazgo de estupefacientes sobre una pasajera. Luego de requisarla, se encontraron 2,7 kilos de cocaína entre sus prendas. Por ese hecho, la mujer fue imputada por el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad tenencia con fines de comercialización. Durante el transcurso del proceso la defensa aportó pruebas respecto de la situación de vulnerabilidad de la mujer, así como de la necesidad que atravesaba ante la imposibilidad económica de hacer frente a una cirugía de alto riesgo que requería su hijo. Las partes suscribieron un acuerdo de juicio abreviado. Durante la etapa de juicio oral, el representante del Ministerio Público Fiscal señaló que la mujer era una víctima estructural ante la falta de acceso oportuno a bienes económicos, culturales y sociales. En ese sentido, sostuvo que terceras personas abusaron de su situación de extrema vulnerabilidad y la utilizaron para transportar estupefacientes. Sobre este aspecto, señaló que había realizado un trabajo de transporte de drogas en condición de "mula". Por esa razón, tuvo por acreditado un estado de necesidad que justificó la conducta, retiró la acusación y solicitó su absolución.

#### Decisión y argumentos

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, en forma unipersonal, homologó el acuerdo de juicio abreviado y absolvió a la imputada por falta de acusación fiscal (juez Coscia). 1. Tráfico de estupefacientes. Vulnerabilidad. Juicio abreviado. Acusación. Principio acusatorio. Deber de fundamentación. Sentencia absolutoria. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia. "En condiciones de dictar sentencia [se hace] lugar al pedido Fiscal General del caso. Sus argumentos superan el estándar mínimo de fundamentación puesto a cargo del Ministerio que representa y por tanto, no queda sino para este Magistrado acatar y respetar su postura como titular de la acción penal pública.



Ello atento la división de funciones que postula la Carta Magna y leyes dictadas en su consecuencia, incluida, claro está, la propia del Ministerio Público Fiscal de la Nación, el rito procesal penal vigente, jurisprudencia aplicable de Cámara Federal de Casación Penal y la misma Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, ambas judicaturas superiores de esta instancia, y profusa doctrina que también así lo explica...". "[L]a etapa del debate materializa principios de claro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal, sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional [...] y en consecuencia, la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal. Por otra parte la C.S.J.N. en el conocido fallo 'Quiroga' [...] señaló que 'si el acusador declina la prosecución del proceso el juzgador no puede suplantarle en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación'...". "[L]os jueces de los Tribunales inferiores tienen el deber de acatar la doctrina sentada por el Máximo Tribunal y solo pueden apartarse de sus decisiones cuando sea introducido [...] un argumento novedoso que justifique otro análisis, circunstancia que, obviamente, no se da en autos. Por ello, atento la etapa procesal por la que transcurre el proceso, corresponde absolver libremente a la imputada por falta de acusación fiscal, sin imposición de costas procesales".





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE NEUQUEN  
FGR 440/2019/TO1

**SENTENCIA N° 20/2.021:**

En la ciudad de NEUQUEN, capital de la Provincia del mismo nombre, a los 8 días del mes julio del año dos mil veintiuno e se constituye el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, integrado de manera unipersonal por el doctor Orlando A. COSCIA, asistido por el Secretario del Tribunal Dr. Victor H. CERRUTI, para pronunciar sentencia en los autos caratulados " **s/ Infracción Ley 23.737", Expte. N° 440/2019/TO1**, del registro de éste Tribunal, en los que se efectuó audiencia "de visu", artículo 431 bis CPPN, vía plataforma Zoom, en el día de la fecha con la intervención de Dr. Miguel A. PALAZZANI por el Ministerio Público Fiscal; de la acusada **F J**, -D.N.I. N° \_\_\_\_\_, de nacionalidad argentina, nacida el 6 de octubre de 1958 en la ciudad de Tartagal, Provincia de Salta, estado civil soltera, ocupación vendedora, instrucción primaria incompleta, hija de **F** y de **M** con domicilio en la \_\_\_\_\_ de la ciudad de Salta, actualmente detenida- y el Señor Defensor Oficial, Dr. Gerardo N. GARCÍA.

El juicio se realizó observando las reglas del proceso abreviado; las partes oralizaron el contenido del acuerdo, mismo que fue ratificado por los Abogados y la imputada en el día de la fecha. Establecido ello, resta entonces analizar si corresponde, o no, homologar en sentencia la propuesta arriada al Tribunal de juicio.

En la requisitoria fiscal a debate se le reprochó a **F J** "Haber intentado impedir el adecuado ejercicio que por ley le corresponde al personal de la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General de Aduanas, intentando egresar desde nuestro país hacia la República de Chile, sustancia estupefaciente, más precisamente clorhidrato de cocaína, en un peso aproximado de 2,722 kilogramos que

Fecha de firma: 08/07/2021  
Firmado por: VICTOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA  
Firmado por: ORLANDO ARCANGELO COSCIA, JUEZ DE CÁMARA



8339792179095731296#002-10708133830282

se encontraba distribuida en cuatro (4) paquetes con forma de ladrillos envueltos en bolsa plástica de color transparente; y en el interior de éstos, una sustancia oleosa con cinta de nylon color

transparente; los que transportaba en el interior de una bombacha de confección casera de color azul que tenía colocada entre sus prendas. La sustancia hallada fue secuestrada por personal de la Sección "Alférez Pedrozo" dependiente del Escuadrón 34 "Bariloche" de Gendarmería Nacional, el día 01 de Febrero de 2.019, siendo aproximadamente las 09,00 horas, en el Paso Internacional "Cardenal Antonio Samoré", a raíz del control llevado a cabo en Zona Primaria Aduanera de manera conjunta con personal de la antes mencionada AFIP-DGA; ello, en ocasión de haber arribado al referido Centro de Frontera, el vehículo automotor de transporte público de pasajeros de la empresa "Via Bariloche" procedente de la Ciudad de San Carlos de Bariloche (Provincia de Río Negro), que llevaba como destino final la Ciudad de Osorno (República de Chile); ocasión en que mediante el empleo del can antinarcoóticos de la AFIP, y al realizar un recorrido por el interior de dicha unidad de transporte, éste efectuara ademanes característicos a encontrarse ante la presencia de estupefacientes sobre las prendas que llevaba puestas la encantada." El hecho descripto fue calificado por la representante del Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior como constitutivo del delito de contrabando de exportación agravado por tratarse de estupefacientes, en grado de tentativa, en calidad de autora (art. 866, 1er. párrafo en función de los arts. 863 y 871 de la Ley N° 22.415, y art. 45 del C.P.)". Esta conducta fue legalmente calificada como tráfico de estupefacientes en la modalidad tenencia con fines de comercialización, en calidad de autor (art. 5, inciso "c" de la Ley 23.737 y art. 45 del CP.).

En el acuerdo traído a análisis el Fiscal General manifestó al tribunal, en sus partes principales, lo

*Fecha de firma: 08/07/2021*

*Firmado por: VÍCTOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA*

*Firmado por: ORLANDO ARCANGEL COSCIA, JUEZ DE CÁMARA*



#33978217#295731295#20210708133830282



## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE NEUQUEN  
FGR 440/2019/TO1

siguiente: "... que guíaran su enfoque del caso diversos principios constitucionales y convencionales. Entre ellos, el de mínima intervención penal y última ratio, de racionalidad en el ejercicio del poder penal del estado y de protección de la mujer". Explico que entiendo de plena aplicación a la solución del caso "el art. 9 inciso d) de la ley 27148, orgánica del MPP, lo obliga a "requerir la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado". De la misma manera, el caso se analizará a la luz de lo dispuesto en fecha 22/11/2019, por Resolución N° 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal, que dispuso la implementación de los artículos 19, 21, 22, 31, 34, 54, 82, 81, 210, 221, y 222 del CPPF, para todos los tribunales con competencia en materia penal en todas las jurisdicciones federales del territorio nacional. En ese orden, el artículo 22 del Código Procesal Penal Federal establece que "Los jueces y los representantes del Ministerio Público Fiscal procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social". Dijo también que para la solución del presente expediente "tendrá en consideración la condición de víctima (estructural) de la Sra. . . , ante la falta de acceso oportuno a los bienes económicos, culturales y sociales (Arts. 1, 18, 19, 75 inc. 22 Constitución Nacional, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "CONVENCIÓN DE BELEM DO PARA", la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Por ello, como se explicará, retirará la acusación contra la Sra. . . , toda vez que

Fecha de firma: 08/07/2021  
Firmado por: FICOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA  
Firmado por: ORLANDO ARCANGEL COSCIA, JUEZ DE CÁMARA



#33076217#296731295#20210708133830262



tiene por acreditado un estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3 del Código Penal) en base a la situación de vulnerabilidad que atravesaba y la necesidad de brindar una solución urgente y apremiante al problema de salud que padecía y aun padece su hijo

D.N.I . 5°. Realizó de seguido un pormenorizado análisis de la situación socio ambiental de la imputada y concluyó que se encuentra en un "contexto de vulnerabilidad y de extrema necesidad". Afirmó entonces que " es una mujer que pertenece a un sector socialmente desfavorecido, que se encontraba en una situación "desesperante" y de extrema necesidad ante la imposibilidad económica de hacer frente a una cirugía de alto riesgo que necesitaba su hijo y la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia. Frente a esta situación, terceras personas, abusando de su situación de extrema vulnerabilidad, la utilizaron para transportar material estupefaciente y de esta manera permitirle obtener el dinero necesario para que su hijo reciba adecuada atención médica. A partir de los elementos probatorios reseñados no quedan dudas a este Ministerio de que la Sra. o realizó un trabajo de transporte de drogas en condición de mula". Consideró también que "una decisión judicial que carezca de perspectiva de género es inadmisibles a la luz de las obligaciones asumidas por el Estado Nacional con relación a la protección de las mujeres (art. 1, 2 incs. a, b, c, d, f y ccts. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y art. 75 inc. 22 CN). Por ello, tales compromisos impactan en la solución que se dará al presente caso buscando no reproducir, mediante la criminalización de una mujer en graves condiciones de vulnerabilidad, la opresión a la que ya viene sometida previamente...".

Finalmente cito doctrina y jurisprudencia en sustento de su posición y concluyó diciendo "... De esta

Fecha de firma: 08/07/2021

Firmado por: VÍCTOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA

Firmado por: ORLANDO ARCANGEL COSCIA, JUEZ DE CÁMARA



#339782179295731295#20210708133830282





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE NEUQUEN  
FGR 440/2019/TO1

forma, en las condiciones que ha sido posible reconstruir y teniendo en cuenta la totalidad de las probanzas de autos, una decisión respetuosa de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de igualdad de género y de erradicación de la violencia y discriminación contra las mujeres, indica, en estas excepcionales circunstancias del caso, que actuó bajo un estado de necesidad justificante al verse obligada a transportar estupefacientes en su cuerpo para posibilitarle a su hijo el acceso a un adecuado tratamiento médico. Por los argumentos vertidos, el Sr. Fiscal manifiesta que no formulará acusación contra la Sra. ..., toda vez que se tiene por acreditado un estado de necesidad que justificó su conducta (art. 34 inc. 3 del Código Penal) solicitando en consecuencia su absolución..”.

En la continuidad de la audiencia hizo uso de la palabra el Dr. GARCÍA, Defensor Oficial, quien agregó detalles de la situación socio ambiental de su defendida, se remitió a la documental aportada como respaldo probatorio dirimente para la solución del caso, y finalmente expresó aceptar y ratificar el acuerdo al que arribaran oportunamente con la Fiscalía General.

Cedida la palabra a la Sra. ..., esta manifestó comprender todo cuanto había sido acordado por los profesionales y expresó conformidad con la solución del caso.

En condiciones de dictar sentencia anuncio hacer lugar al pedido Fiscal General del caso. Sus argumentos superan el estándar mínimo de fundamentación puesto a cargo del Ministerio que representa y por tanto, no queda sino para este Magistrado acatar y respetar su postura como titular de la acción penal pública. Ello atento la división de funciones que postula la Carta Magna y leyes dictadas en su consecuencia, incluida, claro está, la propia del Ministerio Público Fiscal de la Nación, el rito

Fecha de firma: 08/07/2021  
Firmado por: VICTOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA  
Firmado por: ORLANDO ARCANGEL COSCIA, JUEZ DE CÁMARA



#33978217#0295731295#20210706133830282

procesal penal vigente, jurisprudencia aplicable de Cámara Federal de Casación Penal y la misma Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, ambas judicaturas superiores de esta instancia, y profusa doctrina que también así lo explica. Paso a explicarme, con agregación de los criterios que antes indico.

Efectivamente, en este orden de ideas, reciente jurisprudencia ha afirmado que "... aun cuando el modelo de enjuiciamiento criminal pertenezca a Los denominados "sistemas mixtos" -hoy en periodo de paulatina modificación, en camino hacia el sistema acusatorio pleno (como sucedió en nuestro caso), la etapa del debate materializa principios de claro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal, sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de La Declaración Americana de los Derechos y lo Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) y en consecuencia, la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal. Por otra parte la C.S.J.N. en el conocido fallo "Quiroga" (Fallos: 327:5863, del 23/12/20a4) señaló que "si el acusador declina la prosecución del proceso el juzgador no puede suplantarle en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación" C.S.J.N. en autos "Quiroga"

Fecha de firma: 08/07/2021

Firmado por: VÍCTOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA

Firmado por: ORLANDO ARCANGEL COSCIA, JUEZ DE CÁMARA



#33978217#295731295#20210708133830282



## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE NEUQUEN  
FGR 440/2019/TO1

(Fallos: 327:5863, del 23/12/20 a4). "... Y, asimismo, que "La exigencia de la "acusación" -proyección de las garantías del debido proceso y el principio de imparcialidad- requiere que dicho acto provenga de un tercero, diferente de quien hade juzgar, de manera que éste no esté comprometido con la imputación que debe resolver..."(cfr.12001371/2012/TO2/CECl, CFCEP Sala IV, causa "MARCOLONGO, Reynaldo Oreste y otros s/ recurso de casación"; Registro nro.: 2038/19.4, sentencia del 10/10/2019).

Apegada a esta misma lógica María Angélica GELLI, en su comentario al art. 18 de la CN, expresa: "El principio constitucional de la defensa en juicio de la persona y los derechos requiere, en materia penal, la pertinente acusación previa a la condena" y que: "La exigencia de acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto de quien la formula" -comentario art.120-(GELLI, María Angélica. "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada": p.320 y585, Tomo I y II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011).

De larga data en la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación lucen criterios a considerar y aplicar para el caso de falta de acusación fiscal a partir de lo decidido en "TARIFEÑO" -(de fecha 29/12/1989, registro T.209.XXII autos "TARIFEÑO, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", ver Fallos 92.982, p. 11)-; "GARCIA" -(de fecha 22/12/1994, registro G.91 XXVII autos "GARCIA, José Armando s/ p.s.a. estelionato y uso de documento falso", ver Fallos 317:2043)-;"CATTONAR"(de fecha13/06/1995, registro C.408.XXXI autos "CATTONAR, Julio Pablo s/ abuso deshonesto", ver fallos 318:1234)-;"CASERES" -(de fecha 25/09/1997, ver fallos 320:1891); "MOSTACCIO" -(de fecha 17/02/2004, registro M. 528 LXXXV autos "MOSTACCIO, Julio Gabriel s/ homicidio culposo", ver Fallos 327:120; entre otros), no habiendo variado en este legajo condiciones

Fecha de firma: 09/07/2021  
Firmado por: VICTOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA  
Firmado por: ORLANDO ARCANGEL COSCIA, JUEZ DE CÁMARA



#33078217#295731295#20210708133830282



jurídicas que permitan, por novedosas o no tratadas con anterioridad, variar esos criterios superiores.

Las sentencias en cita, entre muchas otras pautas, fueron decisiones en las cuales el Supremo Federal estableció que *"...El Tribunal no puede condenar si el fiscal, durante el debate, solicitó la absolución del imputado..."*.

Igualmente estableció que *"... Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte Suprema sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos, ya que aquella reviste el carácter de interprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia"*(Fallos: 311:1644).

De la debida interpretación de estos conceptos surge que los jueces de los Tribunales inferiores tienen el deber de acatar la doctrina sentada por el Máximo Tribunal y solo pueden apartarse de sus decisiones cuando sea introducido - tal lo arriba anticipado - un argumento novedoso que justifique otro análisis, circunstancia que, obviamente, no se da en autos. Por ello, atento la etapa procesal por la que transcurre el proceso, corresponde absolver libremente a la imputada por falta de acusación fiscal, sin imposición de costas procesales.

Así las cosas, cualquier otro análisis, frente a la posición razonada y fundada del Ministerio Fiscal aparece claramente innecesario. Será declarado entonces admisible el juicio abrevio anexo y, en el marco de aquel, según posición del acusador oficial, se dictará la liberación de imputada del hecho por el cual fuera procesada y citada a debate, liberación que alcanza también a su persona del actual estado de detención que sufre. Así decido.

Se precederá igualmente a la destrucción por incineración de las muestras de sustancias estupefacientes remitidas a este Tribunal conforme constancia actuarial de fecha 14 de agosto de 2019,

---

*Fecha de firma: 08/07/2021*  
*Firmado por: VICTOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA*  
*Firmado por: ORLANDO ARCANGEL COSCIA, JUEZ DE CÁMARA*



#33978217#295731295#20210706133830282





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE NEUQUEN  
FGR 440/2019/TOI

con intervención de la Delegación Sanitaria local; a la devolución de los demás elementos secuestrados y se dejara sin efecto la inhibición general de bienes dictada por el Magistrado instructor en fecha 20 de febrero de 2019, con noticia al Registro de la Propiedad Inmueble (Art. 327 Inc. 3° del CPPN).

Por todo lo antes expuesto, luego de cumplidas las etapas procesales pertinentes, conforme el desarrollo que antecede, en aplicación de la ley 23.307, el

**TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE NEUQUEN, unipersonalmente integrado por el Dr. Orlando A. COSCIA, FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR ADMISIBLE** el concordato presentado por las partes y en consecuencia **HOMOLOGARLO** en esta sentencia.

**SEGUNDO: ABSOLVER** de culpa y cargo al \_\_\_\_\_, D.N.I. N° \_\_\_\_\_, de nacionalidad argentina, de otras condiciones personales obrantes en autos, en orden al delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad tenencia con fines de comercialización, en calidad de autor; **POR FALTA DE ACUSACIÓN FISCAL**, sin costas (art. 5° inc. "c" de la Ley 23.737 y 45 del Código Penal; arts. 402, 530 y cctes. del C.P.P.N.).

**TERCERO: DISPONER** la destrucción por incineración de las muestras de sustancia estupefaciente remitidas a este Tribunal, con intervención de la Delegación Sanitaria local, debiendo el Sr. Secretario oficial y coordinar tal cometido (artículo 30, Ley 23.737 y su modificatoria, Ley 24.112).

**CUARTO: RESTITUIR** los elementos personales incautados, y secuestrados en el marco de las presentes actuaciones.

Fecha de firma: 08/07/2021  
Firmado por: FICOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA  
Firmado por: ORLANDO ARCANGEL COSCIA, JUEZ DE CÁMARA



#33978217#256731295#420210708133830082

**QUINTO: DEJAR** sin efecto la inhibición general de bienes dictadas por el Magistrado instructor en fecha 20 de febrero de 2020, al dictar el auto de procesamiento, con noticia al Registro de la Propiedad Inmueble (Art. 327 Inc. 3° del CPPN).

**SEXTO: Regístrese, notifíquese y firme** que sea el fallo practíquense las comunicaciones de rigor. Librese Oficio a la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA) Unidad Operacional de Seguridad Aeroportuaria Preventiva Ezeiza, comunicando esta sentencia y ordenando la inmediata libertad de la procesada en los autos del rubro, debiendo verificar esa autoridad de manera previa a ejecutar la medida la eventual existencia, o no, de otras ordenes de detención que pudieran pesarsobre la involucrada. Librese igualmente los oficios de práctica levantando la orden de detención y captura oportunamente suscripta. Cumplido todo, archívese la causa.

DR. ORLANDO A. COSCIA  
Juez de Cámara  
TOCF NEUQUEN

Ante mí:

DR. VICTOR HUGO CERRUTI  
Secretario de Cámara  
TOCF NUEQUEN

Fecha de firma: 08/07/2021  
Firmado por: VICTOR CERRUTI, SECRETARIO DE CÁMARA  
Firmado por: ORLANDO ARCANGEL COSCIA, JUEZ DE CÁMARA



#33978217#295731295#20210708 133630282

### 1.1.2. “OPK (Causa N° 8347)”

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I

**Materia:** Personas con discapacidad. Responsabilidad parental. Alimentos. Mayoría de edad. Interpretación de la ley. Género. Perspectiva de género. Derecho de familia. Responsabilidad del estado.

#### Breve relación de los hechos

Una mujer vivía con dos hijos mayores de edad. El hijo de 20 años tenía una discapacidad. En consecuencia, la mujer y su otra hija iniciaron una demanda de alimentos contra el progenitor. Así, la madre representó a su hijo. El juzgado de familia hizo lugar a la demanda. En esa oportunidad, condenó al demandado al pago de una pensión alimentaria. Además, estableció que la obligación alimentaria a cargo del progenitor se extendería hasta que sus hijos cumplieran 21 años. Contra esta decisión, las actoras presentaron un recurso de apelación. Entre sus argumentos, la mujer expresó que la sentencia no contempló la discapacidad de su hijo. Por ese motivo, agregó que no correspondía fijar un límite temporal para la obligación alimentaria. Dada la situación de discapacidad de su hijo, manifestó que la cuota debía extenderse más allá de que cumpla los 21 años. Por su parte, el demandado consideró que la sentencia se ajustó a lo peticionado por la actora. Asimismo, luego de reconocer la discapacidad de su hijo, destacó que el joven desarrollaba tareas laborales.

#### Decisión y argumentos

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, por mayoría, hizo lugar al recurso y modificó de manera parcial la sentencia impugnada. En ese sentido, extendió la cuota alimentaria en beneficio del hijo con discapacidad más allá de los 21 años (jueces Rodiño y Igoldi). 1. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Código Civil y Comercial de la Nación. Responsabilidad parental. Alimentos. Mayoría de edad. Personas con discapacidad. Interpretación de la ley. Ley aplicable. “[L]a obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental se extiende hasta los 21 años de edad de los hijos (art. 658 Cód. Civil y Comercial). Se trata de un deber de contenido amplio que comprende lo necesario para la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir un oficio u profesión. En este sentido, el Código Civil y Comercial



mantiene la modificación que oportunamente introdujera la ley 26.579 –que conservaba la obligación alimentaria hasta los 21 años–, pese a fijarse la mayoría de edad a los 18 años. Dicho extremo encuentra su fundamento en el principio de realidad y solidaridad familiar. [S]i bien la situación traída [referida a la extensión de la obligación alimentaria después de los 21 años para un hijo con discapacidad] no se encuentra expresamente contemplada en el Código Civil y Comercial, es sabido que las normas que el mismo dispone deben ser interpretadas en el contexto. Así, en la especie cobra especial relevancia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual adquiriera jerarquía constitucional mediante ley 27.044. Es que dicha circunstancia nos impone a los magistrados la obligación de intervenir y resolver con perspectiva de discapacidad. [H]a de destacarse que el artículo 28 de la Convención referida señala el derecho de las personas con discapacidad a gozar de un nivel de vida adecuado. Dicha norma establece que “los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas adecuadas para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad” (CDPD, art.28 inc.1). [A]demás, de la propia norma civil surgen diferentes supuestos en los que la obligación alimentaria se extiende más allá de los 21 años como, por caso, el de hijos que se capacitan (art. 663). Estas excepciones a la regla general tienen su fundamento en la solidaridad familiar que debe regir en todas las cuestiones del derecho de familia, circunstancia que debe observarse mayormente en los vínculos entre progenitores e hijos. Así se ha dicho que “la obligación alimentaria entre parientes, se fundamenta en el principio de solidaridad familiar. (...) en todos los casos habrá de realizar una evaluación en cuanto a la vulnerabilidad de los parientes involucrados...”. “Puntualmente, sobre el tema traído explica Bossert que “la cuota alimentaria establecida durante la minoría de edad se mantendrá tras la mayoría o la emancipación, si en el respectivo juicio de alimentos se dejó acreditado que, por medio de ella, se atiende a necesidades y rubros indispensables, que el hijo no podría procurárselos, por ejemplo por incapacidad física o psíquica” [...]. En igual línea argumental se resolvió que “ha quedado acreditado [...] que existen posibilidades ciertas que le impiden procurarse su propio sustento. Y si bien ella se esfuerza para proveer las necesidades básicas, razones de fuerza mayor le imposibilitan llevar a cabo una vida totalmente independiente. Por ello no puede dejársela inerte frente a las consecuencias derivadas de su discapacidad y es su progenitor quien debe asumir el deber de asistencia fundando en el principio de solidaridad familiar...” (voto del juez Rodiño, al que adhirió el juez Igoldi). 2. Convención sobre la eliminación de todas las



formas de discriminación contra la mujer. Género. Perspectiva de género. Vulnerabilidad. Derecho de familia. Responsabilidad del estado. Cuidado personal. Alimentos. Estereotipos de género. Personas con discapacidad. “[C]orresponde agregar la debida evaluación del caso desde una perspectiva de género, e incluso, desde una mirada donde se entrecruzan las vulnerabilidades de los sujetos involucrados. Así, no puede dejar de señalarse que corresponde a los jueces que intervienen en los conflictos de familia el tratamiento de dichas cuestiones desde una intervención integral, y en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos. En tal particular contexto, esta Sala ya ha destacado en otros pronunciamientos la necesidad de recordar que el Estado argentino suscribió una serie de instrumentos internacionales por los cuales se ha comprometido a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia o cualquier tipo de discriminación contra la mujer, así como el de establecer procedimientos legales, justos y eficaces para aquéllas que hayan sido sometidas a violencia o discriminación [...]. Tales normas constituyen la estructura jurídica de la República Argentina en la materia, son de orden público y por ende de aplicación obligatoria por los jueces. Implican, en sustancia, que quienes tienen la obligación de juzgar deben hacerlo con perspectiva de género, es decir, propendiendo a garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres mediante una tutela judicial efectiva, con igualdad, evitando estereotipos y evaluando el contexto de situación en el que se desarrollaron los hechos que son objeto del fallo. En dicha línea, requiere una especial consideración la situación de las mujeres que tienen a su cargo el cuidado de hijos en situación de discapacidad. En cuanto a ello, en forma reciente el Comité de la CEDAW destacó que ‘tener hijos con discapacidad `socava la perspectiva de las mujeres de realizar su potencial de vida en mayor medida que en el caso de los hombres’. Por lo tanto, esas mujeres dependen de sus maridos’, por lo que el organismo internacional señaló que los Estados deben tener presente que, debido a las persistencia de estereotipos y otras causas estructurales, las mujeres dedican mucho mas tiempo que los hombres al trabajo no remunerado, incluido el cuidado de los hijos con o sin discapacidad (CEDAW./C/AND/CO/4). Es decir, resulta fundamental atender la situación de las progenitoras que en virtud de la atención al cuidado de los hijos con discapacidad se hallan en desigualdad con los hombres a los fines de poder desarrollar tareas laborales. Lo que [...], debe ser tenido en cuenta en el tratamiento de la materia alimentaria...” (voto del juez Rodiño, al que adhirió el juez Igoldi)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

**O. P. K. Y OTRO/A C/  
V. C. A. S/ ALIMENTOS**  
**Exp: LZ-8347-2017**  
**Juzgado de Familia N° 10 – LZ**  
**Reg. Sent. Def. N°: 21/2021**  
(a.s.)

En la ciudad de Lomas de Zamora, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20 y 3975/20), reunidos en Acuerdo ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, del Departamento Judicial Lomas de Zamora, doctores **Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño** con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa **LZ-8347-2017**, caratulada: "**O. P. K. Y OTRO/A C/ V. C. A. S/ ALIMENTOS**"; y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:

#### —CUESTIONES—

- 1°.- ¿Es justa la sentencia dictada?
- 2°.- ¿Qué corresponde decidir?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, última parte, Código Procesal), arrojó el siguiente orden de votación: doctores **Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi**.

#### —VOTACION—

A la primera cuestión, el Dr. **Javier Alejandro Rodiño** dice:

I. Que la magistrada titular del Juzgado de Familia N°10 de este Departamento Judicial dictó sentencia en fecha 08/06/20 haciendo lugar a la





PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

demanda de alimentos entablada por las Sras. P. K. O. —en representación de su hijo C. F. V.— y L. P. V. contra el Sr. C. A. V.

La señora Jueza a *quo* resolvió condenar al demandado al pago de una pensión alimentaria mensual en favor de su hijo C. F. en el equivalente del 20% de los ingresos que por todo concepto percibe, deducidos únicamente los descuentos obligatorios de ley. Asimismo, fijó el monto de la cuota alimentaria en favor de L. P. en el equivalente al 10% de sus ingresos. Mandó a practicar liquidación respecto de los alimentos devengados durante la tramitación del proceso y hasta los 21 años. Por último, impuso las costas al demandado vencido y difirió la regulación de honorarios para la oportunidad en que se encuentre determinado el monto de los alimentos.

Por otra parte, al fijar los porcentajes correspondientes a los montos de las cuotas alimentarias, la magistrada de la anterior instancia señaló que dicha cuota no podría ser inferior a \$20.000 (Pesos veinte mil) en el caso de C. F. y de \$10.000 en el caso de L. P. Frente a ello, se interpuso recurso de aclaratoria, resolviéndose en fecha 30/06/20 que dichos montos mínimos no podrían ser inferiores a \$14.400 y \$7.200 respectivamente.

Contra dicha forma de resolver, las coactoras O. y V. interpusieron sendos recursos de apelación, ambos en fecha 02/07/20, los que fueron concedidos en relación por auto del día 15/07/20. Las recurrentes expresaron agravios mediante escritos de fecha 20/07/20, los cuales merecieron réplica por parte del demandado a través de escrito adunado a la presentación del día 05/08/20.

Para finalizar, ha de destacarse que en virtud de las constancias de autos el joven C. F. V. se encuentra en situación de discapacidad, por lo cual arribados los presentes a esta Alzada se suspendió el llamado de autos para sentencia, y se confirió vista a la Asesoría correspondiente a efectos que asumiera su intervención.

Así, mediante dictamen del día 13/11/20 asumió intervención por C. F. V. la Asesoría de Incapaces N°5, procediendo a dictaminar conforme el estado de autos.





PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

Aribando nuevamente los presentes obrados a esta Sala, en fecha 24/11/20 se reanudó el llamado de autos para sentencia, pronunciamiento que se encuentra consentido y firme, y que habilita el dictado de la presente.

## **II. DE LOS AGRAVIOS.**

### **II. i. De la coactora Sra. P. K. O.**

Se agravia la actora por cuanto la magistrada de la anterior instancia no observó la situación de discapacidad de su hijo C. F. Entiende que en virtud de dicha circunstancia no corresponde fijar un límite temporal para la obligación alimentaria a cargo del demandado (hasta los 21 años).

Por otra parte, se queja en cuanto al monto de la cuota fijada. Entiende que el porcentaje resuelto es escaso para cubrir las necesidades de su hijo. A su vez, considera agravante la modificación efectuada por la magistrada en la aclaratoria de fecha 30/06/20, por la cual se modificaron las sumas mínimas de las cuotas alimentarias fijadas. Expresa que a fines de dicho cambio se tomó en cuenta sólo el sueldo básico, cuando —según su parecer— a los fines de dicha apreciación debería tenerse en cuenta tanto las sumas remunerativas como las no remunerativas percibidas por el demandado.

Por último, la señora O. destaca que en la sentencia en crisis no se ha apreciado el valor económico de los aportes en especie que efectuara la progenitora que mantiene el cuidado de C. F.

### **II. ii. De la coactora L. P. V.**

Mediante su expresión de agravios, la coactora V. se queja del porcentaje fijado en su beneficio como cuota alimentaria. Manifiesta que el 10% señalado no alcanza a cubrir las necesidades de manutención.

Por otra parte, en igual línea con la expresión de agravios de su progenitora, observa que la jueza de la anterior instancia no habría considerado los aporte efectuados por su madre a través de las tareas de cuidado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

Por último, también se agravia con relación a las sumas mínimas señalada en la sentencia y que fueran aclaradas en la resolución de fecha 30/06/20. En relación con ello, y al igual que su progenitora, entiende que deben valorarse tanto las sumas remunerativas como no remunerativas percibidas por el demandado.

### **II. iii. De la réplica del demandado.**

Al contestar las expresiones de agravios, el señor V. destacó que las sumas fijadas por la magistrada resultan ser exactamente las peticionadas por la actora en su escrito de demanda, por lo cual entiende que las mismas no pueden resultar en un agravio.

Con relación a la situación de su hijo C. F., si bien reconoce que el mismo es una persona con discapacidad, destaca que debido a su esfuerzo el mismo ha podido superar ciertas dificultades, desarrollando en la actualidad tareas laborales.

En cuanto a la falta de análisis de los aportes efectuados por la actora a través del cuidado, el demandado observa que en la sentencia atacada dicha circunstancia ha sido evaluada.

Por último, entiende que se encuentra ajustada a derecho la apreciación efectuada en la aclaratoria del día 30/06/20, por medio de la cual se tomaran las sumas brutas por él percibidas a los fines de fijar los montos mínimos de su obligación alimentaria.

### **III. CONSIDERACION DE LAS QUEJAS.**

**III. i.** Inicialmente he de poner de resalto que analizaré únicamente aquéllos elementos susceptibles de incidir en mi voto (conf. doct. C.S.J.N., S. 13-XI-96 in re: "Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica", entre otros), en tanto la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (FASSI, Santiago C., "Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado", T. I., pág.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

278; esta Sala Causa 41.194, entre muchas otras).

III. ii. Atendiendo a un buen orden metodológico comenzaré el tratamiento de los agravios partiendo del análisis relativo a la extensión de la obligación alimentaria del demandado, con relación a su hijo C. F. V. (de 20 años de edad), quien se encuentra en situación de discapacidad conforme la documentación agregada a fs.17 (certificado de discapacidad), circunstancia que a su vez ha sido expuesta por la peticionante y reconocida por el propio demandado (ver contestación a la expresión de agravios).

En cuanto a ello, es sabido que la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental se extiende hasta los 21 años de edad de los hijos (art.658 Cód. Civil y Comercial). Se trata de un deber de contenido amplio que comprende lo necesario para la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir un oficio u profesión.

En este sentido, el Código Civil y Comercial mantiene la modificación que oportunamente introdujera la ley 26.579 —que conservaba la obligación alimentaria hasta los 21 años—, pese a fijarse la mayoría de edad a los 18 años. Dicho extremo encuentra su fundamento en el principio de realidad y solidaridad familiar.

Ahora bien, en el caso de autos, se agravia la actora por cuanto la magistrada de la anterior instancia resolvió con relación a los alimentos fijados en favor de C. F., que debería practicarse la liquidación correspondiente hasta cumplidos los 21 años de edad, cuando a su entender —y en virtud de la situación de discapacidad de su hijo— la obligación alimentaria no debiera estar sujeta a la limitación temporal señalada, debiendo mantenerse más allá de la mayoría de edad de C. F.

Entiendo que asiste razón a la recurrente.

Ello por cuanto, si bien la situación traída no se encuentra expresamente contemplada en el Código Civil y Comercial, es sabido que las normas que el mismo dispone deben ser interpretadas en el contexto





PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

general de su articulado, cobrando especial relevancia lo establecido por los artículos 1 y 2 del digesto. Esto es, que los casos regidos por el Código se deben resolver según las leyes que resultan aplicables, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte.

Así, en la especie cobra especial relevancia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual adquiriera jerarquía constitucional mediante ley 27.044. Es que dicha circunstancia nos impone a los magistrados la obligación de intervenir y resolver con perspectiva de discapacidad.

Así lo ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al instar al Estado Argentino a promover una estrategia amplia e integral para el logro de todos los derechos consagrados en la Convención "teniendo debidamente en cuenta el modelo de Derechos Humanos de la discapacidad" (Observación Final del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRDP/C/ARG/CO/1, 27/09/2012).

En lo que interesa para la presente, ha de destacarse que el artículo 28 de la Convención referida señala el derecho de las personas con discapacidad a gozar de un nivel de vida adecuado. Dicha norma establece que "los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas adecuadas para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad." (CDPD, art.28 inc.1).

Por ello, atento la obligatoria aplicación de una perspectiva en discapacidad y como una medida razonable para salvaguardar el derecho a un nivel de vida adecuado, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja en cuanto al presente punto.

Es que además, de la propia norma civil surgen diferentes



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

supuestos en los que la obligación alimentaria se extiende más allá de los 21 años como, por caso, el de hijos que se capacitan (art. 663). Estas excepciones a la regla general tienen su fundamento en la solidaridad familiar que debe regir en todas las cuestiones del derecho de familia, circunstancia que debe observarse mayormente en los vínculos entre progenitores e hijos. Así se ha dicho que "la obligación alimentaria entre parientes, se fundamenta en el principio de solidaridad familiar. (...) en todos los casos habrá de realizar una evaluación en cuanto a la vulnerabilidad de los parientes involucrados." (DE SOUZA VEIRA, Viviana, "Alimentos entre parientes y la aplicación del Principio de solidaridad familiar", Revista de Actualidad Derecho de Familia, Ed. Jurídicas, N°3, p.52).

Puntualmente, sobre el tema traído explica Bossert que "la cuota alimentaria establecida durante la minoría de edad se mantendrá tras la mayoría de edad o la emancipación, si en el respectivo juicio de alimentos se dejó acreditado que, por medio de ella, se atiende a necesidades y rubros indispensables, que el hijo no podría procurárselos, por ejemplo por incapacidad física o psíquica. (BOSSERT, Gustavo A., Régimen Jurídico de los Alimentos, Astrea, CABA, 2006, p.252).

En igual línea argumental se resolvió que "ha quedado acreditado en autos que existen posibilidades ciertas que le impiden procurarse su propio sustento. Y si bien ella se esfuerza para proveer las necesidades básicas, razones de fuerza mayor le imposibilitan llevar a cabo una vida totalmente independiente. Por ello no puede dejársela inerte frente a las consecuencias derivadas de su discapacidad y es su progenitor quien debe asumir el deber de asistencia fundando en el principio de solidaridad familiar." (CNApel, Sala J, "G. M. C. c/ G. G. R. M. s/Alimentos", ED 247, 438, sent. del 21/03/2014).

A lo expuesto hasta aquí, entiendo que corresponde agregar la debida evaluación del caso desde una perspectiva de género, e incluso, desde una mirada donde se entrecruzan las vulnerabilidades de los sujetos involucrados.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

Así, no puede dejar de señalarse que corresponde a los jueces que intervienen en los conflictos de familia el tratamiento de dichas cuestiones desde una intervención integral, y en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos. (arts. 1, 2, 706 inc. a) y cccts. CCyC).

En tal particular contexto, esta Sala ya ha destacado en otros pronunciamientos la necesidad de recordar que el Estado argentino suscribió una serie de instrumentos internacionales por los cuales se ha comprometido a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia o cualquier tipo de discriminación contra la mujer, así como el de establecer procedimientos legales, justos y eficaces para aquéllas que hayan sido sometidas a violencia o discriminación. (Conf. esta Sala, *in re* "S. N. B. C/ S. V. T. I. S/ ALIMENTOS.", EXPTE. LZ-19076-2019, sent. del 23/09/20; .art. 75, inc. 22 y 23, Constitución Nacional; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belem do Pará; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); leyes 24.632 y 26.485; decreto reglamentario 1.011/10; y leyes 12.569 y 14.509; entre otras).

Tales normas constituyen la estructura jurídica de la República Argentina en la materia, son de orden público y por ende de aplicación obligatoria por los jueces. Implican, en sustancia, que quienes tienen la obligación de juzgar deben hacerlo con perspectiva de género, es decir, propendiendo a garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres mediante una tutela judicial efectiva, con igualdad, evitando estereotipos y evaluando el contexto de situación en el que se desarrollaron los hechos que son objeto del fallo.

En dicha línea, requiere una especial consideración la situación de las mujeres que tienen a su cargo el cuidado de hijos en situación de discapacidad.

En cuanto a ello, en forma reciente el Comité de la CEDAW





PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

destacó que "tener hijos con discapacidad socava la perspectiva de las mujeres de realizar su potencial de vida en mayor medida que en el caso de los hombres". Por lo tanto, esas mujeres dependen de sus maridos", por lo que el organismo internacional señaló que los Estados deben tener presente que, debido a la persistencia de estereotipos y otras causas estructurales, las mujeres dedican mucho más tiempo que los hombres al trabajo no remunerado, incluido el cuidado de los hijos con o sin discapacidad. (CEDAW,/C/AND/CO/4). Es decir, resulta fundamental atender la situación de las progenitoras que en virtud de la atención al cuidado de los hijos con discapacidad se hallan en desigualdad con los hombres a los fines de poder desarrollar tareas laborales. Lo que en mi criterio, debe ser tenido en cuenta en el tratamiento de la materia alimentaria.

Por los fundamentos expuestos, he de proponer al Acuerdo se deje sin efecto la limitación temporal señalada en la sentencia en crisis, debiéndose mantener la obligación del pago de una cuota alimentaria en beneficio del joven C. F. más allá de los 21 años de edad, y mientras se mantengan las circunstancias que surgen de autos.

III. iii. Ingresando ahora en el análisis de los porcentajes determinados para hacer frente a la obligación alimentaria he de adelantar que las quejas traídas no han de tener favorable acogida.

En este punto, se agravia la señora O. por entender que el 20% de los haberes del demandado resulta insuficiente para cubrir las necesidades de su hijo C. F., mientras que la coactora V. asumió igual temperamento respecto del 10 % fijado en su beneficio.

Cabe hacer notar, que en su escrito de inicio la señora O. solicitó se determinara como cuota alimentaria en favor de —por entonces— sus dos hijos menores de edad en el equivalente a un 30% de los haberes del accionado. Es decir, que atento la forma en la que ha quedado resuelta la cuestión, la jueza *a quo* no hizo más que dictar sentencia conforme lo peticionado, fijando sendas cuotas alimentarias que en su totalidad arriban al porcentaje peticionado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

En cuanto a ello, se sostuvo que "aun cuando el juez considere que la cuota debería ser superior al monto reclamado, la sentencia deberá limitarla a lo pedido en la demanda, pues de otro modo se incurriría en *plus petitio*". (BOSSERT, Gustavo A., ob. cit., Astrea, CABA 2006, p.459).

No obstante lo antes expuesto, entiendo que las sumas señaladas en la anterior instancia resultan adecuadas, tomando en consideración tanto las necesidades de los alimentados como las posibilidades del alimentante. (conf. art. 659 CCyC)

En consecuencia, he de proponer al Acuerdo la confirmación de esta faceta del decisorio apelado.

**III. iv.** Con relación al tercer agravio expuesto por las recurrentes, esto es, la falta de consideración de la contribución en especie de la progenitora que tuvo y tiene a su cargo el cuidado de los hijos, asiste razón al demandado en cuanto a que dicha circunstancia ha sido merituada por la magistrada de la anterior instancia.

Obsérvese que en el punto II de los considerandos de la sentencia en crisis se expresó que "Corresponde acotar que si bien ambos padres deben contribuir a los alimentos del hijo en proporción a sus respectivos ingresos han de considerarse -para estimar la contribución del que tiene la guarda- los aportes que realiza en especie"; lo que resulta suficiente para el descartar el agravio esbozado al respecto.

**III. v.** Por último, he de evaluar la queja referida al monto de los haberes del demandado tomados en cuenta para la fijación de la suma mínima por debajo de la cual no podrá constituirse la cuota alimentaria resuelta.

En cuanto a ello, se quejan ambas coactoras de que la magistrada haya tomado en consideración las sumas remunerativas percibidas por el señor V., omitiéndose —según su parecer— tomar en cuenta también las sumas no remunerativas.

Ello nos obliga a determinar el haber sobre el cual ha de calcularse el porcentaje fijado como cuota alimentaria. Y arribado a este punto, cabe



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

señalar que cuando la sentencia establece como cuota alimentaria un porcentaje sobre los ingresos del alimentista, este debe incluir todas las sumas que percibe regularmente el demandado por su trabajo.

En la especie, de las copias de los recibos de haberes agregadas a fs. 141/146 surge que el accionado percibiría en forma habitual —como sumas no remunerables— las correspondientes a los conceptos comida, viáticos y el 15% sobre los mismos.

En cuanto a las primeras, corresponde entenderlas como adicionales por refrigerio —pues el monto se vincula con los gastos que puede requerir el trabajador durante la jornada laboral para su alimentación— por lo que cabe deducir entonces que se tratan de sumas consumidas y, por ende, exceptuadas del porcentaje sobre el que se fija la cuota alimentaria. Respecto de los viáticos rigen similares fundamentos que determinan también su apartamiento, ello por cuanto se tratan de sumas abonadas para cubrir gastos que se vinculan con las tareas que se desempeñan.

En suma, tengo para mí que los agravios referidos al presente tópico también han de ser rechazados.

En virtud de todo lo hasta aquí expuesto, con la salvedad efectuada en cuanto al mantenimiento de la cuota alimentaria en beneficio de C. F. V., a la primera cuestión,

#### **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la misma primera cuestión, el Dr. **Carlos Ricardo Igoldi** dijo que, por compartir la fundamentación dada, adhiere y **VOTA TAMBIEN POR LA AFIRMATIVA.**

A la segunda cuestión el Dr. **Javier Alejandro Rodiño** expresa:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede corresponde confirmar en lo sustancial que decide en lo que fuera materia de recurso y agravios, con la salvedad efectuada en cuanto al





PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

mantenimiento de la cuota alimentaria en beneficio de C. F. V.

**ASI LO VOTO.**

A la misma segunda cuestión el Dr. **Carlos Ricardo Igoldi** expresa que, por compartir los fundamentos, adhiere y **VOTA EN IGUAL SENTIDO.**

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

**— SENTENCIA —**

En el Acuerdo celebrado quedó establecido que la sentencia apelada es sustancialmente justa, por lo que debe ser confirmada —con la salvedad efectuada en el punto. III. ii respecto al mantenimiento de la cuota alimentaria en beneficio de C. F. V. Las costas de Alzada, en virtud de cómo ha quedado resuelta la cuestión, han de imponerse por su orden (arts. 68 y 274 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad. (art. 51, leyes 8.904 y 14.967)

**POR ELLO, CONSIDERACIONES** del Acuerdo que antecede y **CITAS LEGALES**, corresponde confirmar la apelada sentencia en lo sustancial que decide, modificándose únicamente en lo relativo al mantenimiento de la cuota alimentaria en beneficio de C. F. V. en los términos expresados en el Acuerdo. Las costas de Alzada, en virtud de cómo ha quedado resuelta la cuestión, han de imponerse por su orden (arts. 68 y 274 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad. (art. 51, leyes 8.904 y 14.967). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE ELECTRONICAMENTE** (art. 135 del CPCC.; art. 11 de la Ac. 3845/17 de la SCBA., t.o. según Ac. 3991/20 de la SCBA.). Oportunamente, **DEVUELVA**. (SCBA., Ac. 3975/20 y Res. 480/20 y ampliatorias)

**JAVIER ALEJANDRO RODIÑO**  
**JUEZ DE CAMARA**

**CARLOS RICARDO IGOLDI**  
**JUEZ DE CAMARA**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



245200312026606838

**GERMAN PEDRO DE CESARE  
SECRETARIO**

**Domicilios electrónicos:**

27940043323@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

(parte actora P. K. O. - Dra. N. C.)

23304479809@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

(parte actora L. P. V. - Dr. M.)

23173047274@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

(parte demandada - Dra. M.)

MCVARELA@MPBA.GOV.AR

(Asesoría de Incapaces N° 5)

**REFERENCIAS:**

Funcionario Firmante: 18/03/2021 20:18:06 - RODIÑO Javier Alejandro - JUEZ

Funcionario Firmante: 19/03/2021 10:55:47 - IGOLDI Carlos Ricardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 19/03/2021 11:02:22 - DE CESARE German Pedro - SECRETARIO DE CÁMARA



245200312026606838

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA I - LOMAS  
DE ZAMORA**

**NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS**



## 1.2. Asociación Civil de la Defensa Pública de la República Argentina - ADePRA.

### 1.2.1. Restitución internacional.

**País:** República Argentina

**Tribunal:** Juzgado de familia de 2da nominación.

#### **Intervino la Defensa Pública Oficial: Sí**

En caso afirmativo, mencione los datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino:  
Sebastián Mastai.

**Derechos involucrados:** Restitución internacional

**Breve relación de los hechos:** Patrocinio del Sr. Martínez Coronel, progenitor requirente en el marco de una restitución internacional.

**Fundamentos de Derecho:** Convención de la Haya

**Resolución:** Se adjunta resolución.

**Contexto social y económico del caso:** Restitución internacional. Países involucrados:  
Argentina - Venezuela

**Instancia procesal en la que se emite la sentencia:** 1ra instancia

**Instrumento y/o criterio internacional invocado:** Convención de La Haya

Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)

Votación por la que fue adoptada (si corresponde)

Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)

Otros datos de interés





JUZGADO DE FAMILIA – 2º NOMINACIÓN

PROTOCOLO DE AUTOS

Tomo:.....

Folio:.....

Secretaría:

M. E. MEDRANO

## SENTENCIA:

Córdoba, veintiuno de octubre de dos mil veinte.- **Y VISTOS:** Los autos caratulados “**M. C., R. J. C/ Y. C., M. E. – RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NNA**” (**EXPEDIENTE N° 9354661**), de los que resulta que:

I) Con fecha 20/07/2020 se incorpora solicitud de restitución internacional realizada por R. J. M. C. respecto de su hijo R. A. M. Y. . En la comunicación de fs. 1/2, en ocasión de remitir al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba la petición de restitución internacional procedente de la República Bolivariana de Venezuela, la Directora de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto – Autoridad Central para la aplicación de la Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante CH 1980)- manifiesta que el niño fue sacado del país (Venezuela) en el año 2018, sin consentimiento del padre. Refiere que el traslado fue realizado por su madre M. E. Y. C. , en violación a una medida de protección decretada por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En consecuencia entienden que se configuraría la retención ilícita del niño en los términos del convenio referido. Relata que en un primer momento R. A. fue trasladado a la República de Perú (lugar donde no pudo ser localizado) y luego a Argentina, en donde fue ubicado en el domicilio sito en XXXXXXXXX, B° XXXXX, de esta ciudad. Por todo ello solicita se de intervención al Tribunal competente y se dicte medida cautelar de no innovar de domicilio a los fines de evitar cualquier intento de fuga. Asimismo se adjunta la documentación que avala tal petición (fj. 3/27).

2) Seguidamente se ordena la prohibición provisoria de salida del país, así como de la jurisdicción de este Tribunal y de mudar el domicilio real, de M. E. Y. C. y del niño R. A. M. Y. . Asimismo se ordena a Y. C. hacer entrega a este Juzgado del pasaporte y/o documento de identidad del niño. También se da intervención a la Fiscalía de Familia y Asesora de Familia (Ministerio Público) (fj. 28)

3) A fj. 34 se certifica que se reserva en Secretaría el pasaporte de niño R. A. M. Y. , N° XXXXXX (Venezuela). Por otro lado se ordena a M. E. Y. C. que en el plazo de un día restituya al niño R. A. a su centro de vida sito en la ciudad de Caracas, Venezuela y se la emplaza para que en el plazo de cinco días comparezca a estar a derecho, conteste la demanda y en su caso oponga excepciones, ofreciendo la prueba de que haya de valerse.

4) A fjs. 37 y 42 respectivamente, toman intervención la Asesora de Familia del Segundo Turno –representante complementaria- y la Fiscal de Cámara de Familia al tiempo que se notifican de todo lo actuado.

5) A fs. 65/67 comparece M. E. Y. C. con el patrocinio de la Ab. Norma Adriana Lencina y solicita el rechazo de la restitución peticionada. Niega los hechos relatados por M. C. y relata que *“me retiré de la par, del padre de mi hijo, por la mala vida que llevábamos a su lado”* (sic). Manifiesta que el peticionante es una persona violenta y que *“se la pasa consumiendo drogas y alcohol, sumado a que siempre tiene varias mujeres”* (sic). Añade que *“manda todo el tiempo mensajes, amenazándome, y amenazando a nuestro hijo”* (sic). Por otro lado dice que la situación en Venezuela es *“alarmante”* y que *“es imposible la vida ahí”* (sic). Dice que no tienen provisiones, alimentos, medicina, la educación es inexistente y la posibilidad de trabajo es casi nula. Afirma que ante esa situación junto con el progenitor acordaron que ella y su hijo se fueran del país en búsqueda de un futuro mejor; que M. C. firmó una autorización para salir del país ante el escribano A. M. en Caracas y que incluso colaboró con dinero a

**JUZGADO DE FAMILIA – 2º NOMINACIÓN**

**PROTOCOLO DE AUTOS**

**Tomo:**.....

**Folio:**.....

**Secretaría:**

**M. E. MEDRANO**

estos fines. Manifiesta que luego de la entrada a la Argentina, extravió esa autorización. Agrega que desde que salió de Venezuela el padre del niño no colaboró con sus gastos y que *“cuando le dije que iba a solicitárselos vía judicial, él con maldad y ardid, inició los trámites de extradición”* (sic). Continúa su relato diciendo que en Perú no encontró trabajo, por lo que viajó a Argentina donde consiguió empleo, un lugar donde vivir tranquila, médicos y medicamentos cuando enfermó. Agrega que está en este país desde 2018, que el niño está estudiando en el colegio XXXXXX y que aquí *“ha formado amigos, estudia, y tiene su médico”* (sic), es decir *“se encuentra con un nuevo centro de vida, aquí en Argentina”* (sic). Asimismo señala que R. A. no quiere volver a Venezuela *“mucho menos a volver a vivir el infierno que pasábamos con su padre”* (sic). Solicita se le otorgue el cuidado personal del niño y señala que ya posee la custodia del niño otorgada en su país. Por último manifiesta la imposibilidad de cumplimiento de retorno en virtud de la pandemia y las restricciones al transporte aéreo y terrestre; solicita se escuche al niño y ofrece prueba pericial psicológica.

6) A fs. 69 se corre traslado al requirente.

7) A fs. 72 Sebastián Mastai, Asesor de Familia del Quinto Turno, toma intervención en el carácter de letrado patrocinante de R. J. M. C. y a fs. 75/78 contesta el traslado que le fuera corrido. Niega los hechos relatados por Y. C. Relata que cuando R. se encontraba bajo la protección integral de su progenitor (medida de protección dictada con fecha 27/04/2017 por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), se fue de vacaciones con su mamá a la localidad de Cumaná. Al tomar conocimiento que se habían trasladado a Perú, comenzó las diligencias necesarias a fin de lograr la



restitución, pero que una vez localizado el paradero de Y. *“decide fugarse junto al niño a nuestro país”* (sic). En relación a las defensas esgrimidas por Y. C. expresa por un lado que no se encuentran dentro de las excepciones taxativamente enumeradas por el art. 22 de la ley 10.419 y que además sus manifestaciones no están acreditadas. Refiere que M. *“ha sido y es un padre presente y plenamente comprometido con su rol”* (sic) y que en autos consta que se ocupaba de la escolaridad, atención médica y desarrollo de actividades deportivas del niño. Dice que por el contrario, cuando el niño estaba con su progenitora presentaba bajo rendimiento escolar, dificultades de aprendizaje, inasistencias y que ello determinó la medida adoptada por el Consejo de Protección, que es posterior a la obtención de la *“custodia”* (sic) del niño que refiere la progenitora. Asimismo opina que la prueba pericial peticionada es improcedente, toda vez que la ley 10.149 en su art. 24 contempla esa posibilidad solo en caso de haberse planteado la defensa de grave riesgo por vía de excepción, circunstancia que no se verifica en autos. Además señala que el discurso de la progenitora *“luce contradictorio”* (sic) ya que a la vez que manifiesta no haber cumplido con la orden de restituir al niño dictada por este Juzgado por ser de imposible cumplimiento, rechaza el planteo restitutorio. Por otro lado en relación a la situación de Venezuela dice que cuenta con un trabajo estable y que el *“contexto económico que se vive en dicho país lo ha beneficiado económicamente de tal manera que hoy es un comerciante independiente dedicado al rubro de la óptica por lo que cuenta con los recursos necesarios para solventar todos los gastos de R. (h), tal como lo hizo siempre”* (sic).

**8)** A fj. 80 se fija audiencia a para tomar contacto personal con el niño y conforme lo que dispone el art. 26 de la ley 10.419.

**9)** A fj. 142, se certifica que la audiencia designada para tomar contacto personal con R. no tuvo lugar por su inasistencia y la de su progenitora. A fs. 143/144 obra acta de audiencia a la que comparecieron la Asesora de Familia del Segundo Turno y de forma

**JUZGADO DE FAMILIA – 2º NOMINACIÓN**

**PROTOCOLO DE AUTOS**

**Tomo:**.....

**Folio:**.....

**Secretaría:**

**M. E. MEDRANO**

remota el Asesor de Familia del Quinto Turno, en su carácter de letrado patrocinante de R. J. M. C. , la Fiscal de Familia, los Lic. Pablo Díaz Caballero y Gabriela Dini, integrantes del CATEMU y la Ab. Norma Adriana Lencina, en el carácter de letrada patrocinante de M. E. Y. C. . Luego de conceder la palabra a las partes presentes, teniendo en cuenta la ausencia injustificada de Y. C. , las constancias de autos, lo escuchado en la misma y lo peticionado por M. C. ordené la custodia policial del niño R. A. M. Y. y en función de lo dispuesto por el Art. 27 de la Ley provincial Número 10.419 procedí a abordar las cuestiones de la normativa citada: *“a) Resolver las cuestiones que obstan a la decisión final: en este sentido de la revista de la causa y de los términos de la solicitud de restitución internacional formulada por R. J. M. C. , la contestación de la demanda formulada por M. E. Y. C. y la contestación del traslado efectuada por M. C. requirente no surge la existencia de cuestiones previas que deban ser despejadas en esta instancia procesal y que obstan a la decisión final. b) Fijar los hechos que serán objeto de prueba: 1) si el “grave riesgo” de la restitución del niño a su residencia habitual lo expone a un peligro físico o psíquico en el supuesto contemplado en el art. 13 inc. b) de la convención sobre los Aspectos Civiles y Sustracción internacional de los menores de la Haya de 1980 art. 22 inc. b) de la Ley 10.419; 2) Que el propio niño, con edad y grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión se exprese en forma contraria a la restitución (art. 22 inc. c); c) Resolver la admisibilidad y conducencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes, rechazando in limine todos aquellos inadmisibles, inconducentes o manifiestamente superfluos; d) Ordenar el diligenciamiento de los medios probatorios:*

*Testimonial: en virtud de lo dispuesto por el art. 20 de la 10.419 no ha lugar por improcedente. Pericial Psicológica: no resultando necesaria su recepción por los motivos alegados: no ha lugar. Asimismo, atento lo expresamente solicitado por la parte requirente considere necesario fijar nuevo día y hora de audiencia de manera urgente a los fines de tomar contacto con el niño debiendo ser traído por su progenitora con la ayuda de la fuerza pública atento la inasistencia injustificada a la audiencia del día de la fecha.” Por ello se fija nuevo día y hora de audiencia a los fines de tomar contacto personal y escuchar al niño.*

**10)** A fs. 155 se certifica que con fecha 14/09/2020 tomé contacto personal con el niño R. A. M. Y. , quien fue escuchado en forma presencial en la sala de audiencias del Tribunal, a la que además asistieron los Lic. Pablo Díaz Caballero y Gabriela Dini integrantes del CATEMU. Asimismo se deja constancia que la Asesora de Familia del Segundo Turno y la Fiscal de Familia participaron de la escucha mediante comunicación directa por video llamada.

**11)** A fs. 156 se ordena correr vista a la Asesora de Familia del Segundo Turno, en su carácter de representante complementaria de R. A. , quien comparece a fs. 157/158 y luego de realizar una breve reseña de la causa estima que atento las constancias de autos, los estadios transcurridos desde la recepción de la petición de restitución internacional sin que la progenitora haya podido oponer alguna de las excepciones que prevé la Convención Internacional y la Ley 10.419, *“es claro que no obstante las expresiones de deseo efectuadas por su representado al momento de ser escuchado en orden a permanecer en Córdoba, su regreso a la República de Venezuela es procedente en derecho, contempla su superior interés y corresponde que así se efectivice, para lo cual, a fin de que se lleve a cabo de manera segura, y habiendo tomado conocimiento en las audiencias desarrolladas que los vuelos de repatriación a dicho país se realizan desde el aeropuerto internacional de Ezeiza, lo que implicará el viaje de R. desde*



**JUZGADO DE FAMILIA – 2º NOMINACIÓN**

**PROTOCOLO DE AUTOS**

**Tomo:**.....

**Folio:**.....

**Secretaria:**

**M. E. MEDRANO**

*Córdoba a Buenos Aires, sugiere que se establezca a cargo de su madre u otro miembro de la familia materna su debido acompañamiento, o bien, dadas las manifestaciones efectuadas por el Sr. M. C. en el sentido de contar con recursos y estabilidad económica para hacer frente al costo que implica el viaje de retorno de su hijo, que sea entonces el progenitor quien se ocupe personalmente de buscar a su hijo en esta ciudad logrando así su regreso a Venezuela en condiciones de seguridad”.*

12) A fs. 160 comparece Y. C. , acompañada de su letrado patrocinante, Ab. Ramiro Agustín M. y constituye nuevo domicilio legal.

13) A fs. 162/168 comparece la Fiscal de Cámaras de Familia y luego de reseñar brevemente los antecedentes de la causa, analiza la legitimación de las partes, la procedencia de la acción y la oposición de la demandada a la restitución. En relación a este punto, señala que *“no se deriva expresamente la oposición de excepciones en los términos del art. 22 de la Ley 10.419, pero de los términos puede inferirse la alegación de un grave riesgo ante conductas desarregladas del progenitor (inc. a), la invocada oposición del niño al regreso (inc. c) y la situación del Estado requerido en punto a violación de derechos humanos y libertades fundamentales (inc. e)”*. Así, luego de determinar la ilicitud del traslado y de analizar y descartar cada una de las excepciones, señala que el regreso del niño debe realizarse con el debido acompañamiento, *“con un integrante de la familia que lo asista”*, a los fines de disminuir los posibles riesgos. Por último sobre la actual situación de pandemia y la posibilidad de cumplimiento de la sentencia a dictarse dice que ello no resulta *“per se”* un obstáculo insalvable para no hacer lugar a la restitución impetrada y que en la audiencia el Sr. M. C. *“se*

*comprometió a averiguar vuelos de repatriación y otros extremos para un regreso seguro y en condiciones de sanidad*’.

14) Seguidamente se ordena hacer cesar la custodia policial del niño y se dicta el proveído de “autos”, el que se encuentra firme, por lo que la causa queda en estado de ser resuelta (fj. 184)

**Y CONSIDERANDO:**

I) **Competencia:** quien suscribe resulta competente para resolver la cuestión de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 21 inc. 1º y 16 inc. 9º de la Ley 10.305; art. 5º de la ley 10.149 y acuerdo N° 489 -Serie "A"- de fecha 09/08/2016, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

II) **Objeto:** A través de la Autoridad Central y mediante los mecanismos dispuestos por la Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, R. J. M. C. solicita la restitución de su hijo R. A. M. Y. a su lugar de residencia habitual, esto es Caracas Venezuela. Por su parte, M. E. Y. C. se opone a la restitución con fundamento en: **a)** Conductas violentas y hábitos “viciosos” del progenitor. **b)** Situación de Venezuela **c)** Nuevo centro de vida y opinión del niño contraria a la restitución. **d)** Restricciones al transporte aéreo y terrestre producto de la pandemia. Corrida vista a la representante complementaria y a la Fiscal de Cámara de Familia, ambas estiman que debe hacerse lugar al pedido de restitución del niño, debiendo arbitrar las medidas necesarias para que el regreso sea seguro.

III) Respecto a la Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, el art. 2642 del Código Civil y Comercial remite a las convenciones vigentes. En el caso traído a resolución es de aplicación la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (C.H. 1980), aprobado por Argentina mediante Ley 23.857 y ratificado por Venezuela el 16/10/1996. La finalidad del convenio, de rango constitucional, es garantizar la restitución inmediata de menores de edad

JUZGADO DE FAMILIA – 2º NOMINACIÓN  
PROTOCOLO DE AUTOS

Tomo:.....

Folio:.....

Secretaría:

M. E. MEDRANO

trasladados o retenidos de manera ilícita en otro país. Corresponde entonces: en primer lugar determinar la viabilidad de la acción intentada en relación a la legitimación activa y pasiva y el tiempo para ejercerla, para luego evaluar la licitud o no del traslado del niño R. A. y por último –en su caso- analizar las excepciones opuestas y su viabilidad a la luz de las normas mencionadas.

**-a- i)** En relación a la legitimación de las partes, cabe destacar que la acción se inicia ante este Juzgado luego de activarse mecanismos que involucran la actividad de organismos e instituciones de los países implicados. En efecto, conforme lo dispuesto por los arts. 8 y 9 de la C.H. 1980, la Autoridad Central del país solicitante es quien evalúa a prima facie si se encuentran cumplidos los requisitos de admisión de la solicitud allí dispuestos. Dicho esto, en relación a la legitimación activa el art. 8 de la C.H. 1980 otorga legitimación para accionar a “*toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia*”. De las constancias de autos (en particular fjs. 12/13) surge que el peticionante es titular del derecho de “custodia” del niño conforme la normativa vigente en el país de su residencia habitual, es decir Venezuela, por lo que se encuentra habilitado para impetrar la acción. En cuanto a la legitimación pasiva, la acción se dirige contra la progenitora del niño, M. E. Y. C. , que es denunciada como quien sustrajo y retiene ilegítimamente al niño en otro país, en este caso la República Argentina. **ii)** En relación al tiempo en que se interpone la acción, el art. 12 de la C.H. 1980 dispone que cuando el procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor de edad se iniciare habiendo transcurrido



un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, “*la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor*”. Por el contrario, cuando los procedimientos se iniciaren después de la expiración del plazo de un año, podrá denegar la restitución si se demuestra “*que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente*”. En el caso de marras, si bien el traslado del niño se produjo en el año 2018, de las copias agregadas a fs. 92/134 (no impugnadas por la demandada) surge que las gestiones para ubicar el paradero del mismo se iniciaron en noviembre de 2018. Es por ello que habiendo el progenitor comenzado los procedimientos para lograr la restitución de su hijo antes del plazo de un año, no corresponde en esta instancia analizar si el niño quedó integrado o no al nuevo centro de vida, sino solamente la ilicitud o no del traslado y retención.

**-b-** En relación a *la licitud o ilicitud del traslado o la retención*, la Convención establece en su art. 3 que el traslado o la retención de un niño o adolescente se considera ilícito cuando se produce en infracción a un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Se añade que esto se da siempre que este derecho se esté ejerciendo efectivamente al momento de peticionar la restitución, o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención. Además agrega que el derecho de “custodia” puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. En este sentido Y. C. manifiesta en su escrito de fjs. 65/67 que posee la “custodia” de su hijo otorgada en su país y acompaña resolución de fecha 31/03/2017 dictada por el Tribunal de Primera Instancia del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en la que se “*declara SIN LUGAR la demanda de MODIFICACIÓN DE CUSTODIA incoada por la Fiscalla Nonagésima Segunda (92ª)*”

**JUZGADO DE FAMILIA – 2º NOMINACIÓN****PROTOCOLO DE AUTOS**

Tomo:.....

Folio:.....

Secretaria:

M. E. MEDRANO

*del Ministerio Público, a solicitud del ciudadano R. J. M. C. (...) contra la ciudadana M. E. Y. C. ” (fs. 57/62). Sin embargo de la copia incorporada a fjs. 12/13 surge que con fecha 24/04/2017 el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio Bolivariana Libertador, de la Alcaldía de Caracas, resolvió provisionalmente, dictar medida de protección a favor del niño R. A. “*bajo la protección integral de su padre (...) domiciliado en calle los Flores Residencia Continental Suit Sabana Grande, Parroquia el Recreo*”. Además en el apartado sexto de dicha resolución se insta a las partes “*a que asistan a los órganos jurisdiccionales correspondientes a fin de que revise la Custodia otorgada por el Tribunal 1 de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de Primera instancia de Juicio*”. Asimismo a fs. 18/24 se adjuntan certificados e informes de los que surge que el niño acudió a controles médicos acompañado de su padre, así como también constancia de inscripción escolar y deportiva del niño en el año escolar 2018-2019 en la ciudad de Caracas, cuestiones que no han sido controvertidas por la progenitora, lo que me permite inferir que el padre tenía a su cargo la “custodia” de su hijo y la ejercía efectivamente en la ciudad de Caracas, lugar de residencia habitual del niño. Además que estas cuestiones no han sido controvertidas.*

-c- Estando establecida la ilicitud del traslado en los términos de la normativa aplicable solo resta determinar la viabilidad de las excepciones. En este sentido coincido con la opinión de la Fiscal de Cámaras de Familia en cuanto si bien de la contestación de la demanda no se deriva expresamente la oposición de excepciones en los términos del art. 22 de la Ley 10.419, conforme los términos de las defensas opuesta, es posible

encuadrarlas en las taxativamente dispuestas por la normativa aplicable: i) En primer lugar Y. aduce que en el momento del traslado del niño, fue consentido por su progenitor -art. 22 inc. a) de la Ley 10.419-. Afirma que juntos acordaron que ella y su hijo se fueran del país *"en búsqueda de un futuro mejor"* (sic), que M. C. firmó una autorización para salir del país ante escribano y que incluso *"colaboró con dinero a estos fines"* (sic). Por último manifiesta que al ingresar a Argentina extravió esta autorización. En este punto debo señalar que los extremos invocados por la progenitora (y negados expresamente por el progenitor) no se encuentran acreditados en autos. Se suma a ello su inasistencia a la audiencia, conducta pasiva que torna por demás ineficiente la defensa invocada. Es por ello que entiendo que la misma debe ser rechazada. Desde mi mirada además resulta absolutamente improbable la veracidad de este extremo, de acuerdo a como se realizó el traslado, primero y Perú y luego a la República Argentina. ii) Por otro lado la progenitora hace referencia a que M. es una persona violenta y que *"se la pasa consumiendo drogas y alcohol, sumado a que siempre tiene varias mujeres"* (sic). Añade que *"manda todo el tiempo mensajes amenazándome, y amenazando a nuestro hijo"* (sic). En términos de la ley 10.149 (art. 22. inc. b) la progenitora invoca la existencia de un grave riesgo que la restitución del niño lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable. Existe consenso en que *"no cualquier perturbación la hace procedente, sino que se requiere la demostración de un peligro calificado que pueda afectar al niño. Una situación en la que si se ordena el retorno, se afectaría la psicología del niño de forma inaceptable"* (Alberto Larghi en *"Restitución internacional de menores: doctrina judicial y rol de las autoridades centrales. Visión práctica"*, Directora: Graciela Tagle de Ferreyra, Advocatus, Córdoba, 2016, pág. 143). En este sentido la CSJN ha señalado que *"esta excepción, sólo procede cuando el traslado le irrogaría al niño un grado de perturbación muy superior al impacto*



**JUZGADO DE FAMILIA – 2º NOMINACIÓN  
PROTOCOLO DE AUTOS**

**Tomo:**.....

**Folio:**.....

**Secretaría:**

**M. E. MEDRANO**

*emocional que normalmente deriva de un cambio del lugar de residencia o de la ruptura convivencial con uno de los padres (Fallos: 318:1269; 328:4511)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q., A. c/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo, 25/10/2016). Desde esta perspectiva, la defensa intentada queda reducida a meras alegaciones de la progenitora, sin sustento probatorio alguno. Además al existir una resolución del país de origen que otorga la “custodia” del niño al progenitor y al no haberse aportado elementos que permitan acreditar -de manera cierta y fehaciente- sus aseveraciones, ni manifestado la imposibilidad de realizar denuncias o procedimientos en relación a la conducta intolerable del Sr. M. C. , ni tampoco demostrado que Venezuela no cuente con instituciones destinadas a tal fin, entiendo que la misma debe ser rechazada. Por otra parte, de la escucha del niño en la audiencia que se celebrara no surgió ninguno de los extremos invocados y si alguno de ellos se presentara deberán ser conocidos y analizados por el juez del lugar de residencia habitual, esto es Caracas. **iii)** En tercer lugar la progenitora refiere que la situación en Venezuela es “*alarmante*” y que “*es imposible la vida ahí*” (sic). Dice que no tienen provisiones, alimentos, medicina, la educación es inexistente y la posibilidad de trabajo es casi nula. En este punto, aun subsumiendo la defensa intentada en el inc. e) del art 22 de la ley 10.149 -en cuanto refiera a protección de los derechos humanos y libertades fundamentales- la misma carece de sustento probatorio por lo que debe ser rechazada. Así, si bien M. C. en su escrito de fs. 75/78 dice que cuenta con un trabajo estable y que el “*contexto económico que se vive en dicho país lo ha beneficiado económicamente de tal manera que hoy es un comerciante independiente dedicado al rubro de la óptica por lo que**

cuenta con los recursos necesarios para solventar todos los gastos de R. (h), tal como lo hizo siempre” (sic) - extremos que no se encuentran acreditados- tampoco se ha demostrado un conflicto férreo o un grave riesgo de afectación de los derechos humanos y libertades fundamentales del niño en el país de su nacionalidad y en donde vivió por 9 años, desde su nacimiento hasta su traslado ilícito en el año 2018. Por todo ello estimo que en el contexto de autos, no se configura la hipótesis -de interpretación restrictiva- prevista en el art. 20 de la CH de 1980. iv) Por último corresponde valorar la oposición del niño en sentido contrario a la restitución (art. 22 inc. e) de la Ley 10.149), manifestada por la progenitora en su escrito de fs. 65/67 y ratificada por el niño en la audiencia celebrada el día 14 de septiembre del corriente año. En este punto es preciso destacar que si bien la opinión de R. A. en ese momento fue clara en cuanto a su intención de continuar viviendo en esta ciudad de Córdoba, se mostró comprensivo ante la explicación de los miembros del CATEMU, representante complementaria y mía en cuanto a las circunstancias del caso y el posible regreso a su país de origen. En este sentido se ha dicho que no existe *“una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área específica, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar, psicológicamente genuino y no meramente instalado o declamado (v. dictamen de Fallos: 333:604 [v. esp. puntos X (6) y XIII y sus citas])”* (Dictamen de la Procuración General de la Nación, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 16 de agosto de 2011, V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia). En efecto es razonable entender que un niño que ha convivido durante dos años con su progenitora, sin aparente contacto con su padre, se haga eco de la posición de su madre.

**JUZGADO DE FAMILIA – 2º NOMINACIÓN  
PROTOCOLO DE AUTOS**

**Tomo:**.....

**Folio:**.....


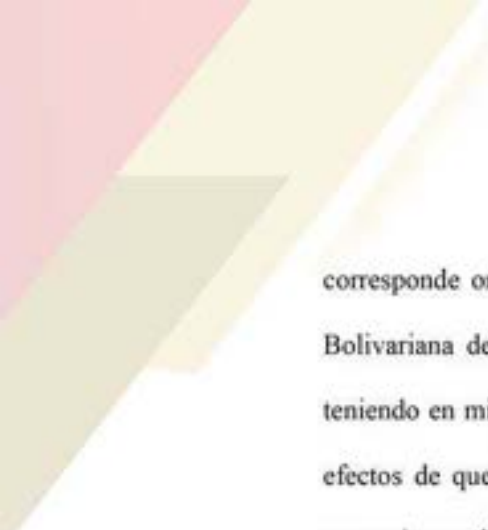
**Secretaría:**

**M. E. MEDRANO**

Por ello, no habiendo surgido de la entrevista con el niño un repudio irreductible y férreo a regresar a su país de origen, ni haber alegado circunstancias graves más que la mera preferencia en cuanto a su lugar de residencia, corresponde anteponer a la opinión del niño su interés superior, principio que orienta y condiciona toda resolución. Sin dudas el “interés superior del niño” es un concepto flexible, dinámico y amplio, pero no abstracto. Por el contrario toma una forma particular en cada caso englobando de manera integral cada uno de los puntos que atañen a la situación a resolver. En este sentido es unánime la doctrina en cuanto a que tanto la CH 1980 como la Convención sobre los Derechos del Niño, fueron celebrados y ratificados en el profundo convencimiento de que el bienestar del niño afectado se alcanza volviendo al “statu quo” anterior al desplazamiento o retención ilícitos. En el caso concreto surge de autos que R. A. fue separado de su progenitor de forma intempestiva e ilícita. Además, en esta misma línea debo destacar que -sin perjuicio de que no corresponda en esta instancia analizar si el niño quedó integrado o no al nuevo centro de vida, conforme lo expresado en el punto III) apartado -a- ii) de los considerandos- ninguna prueba se aportó en el sentido que se encuentre profundamente arraigado e integrado al nuevo ambiente en el que ilegítimamente fue retenido por la progenitora. Por ello entiendo que también debe rechazarse esta excepción.

**IV)** Conforme todo lo tratado, surgiendo del examen que antecede que la viabilidad del pedido restitutorio se sustenta en las disposiciones de la Convención de La Haya y en la inexistencia de los supuestos excepcionales de inconveniencia y riesgo contemplados por el mentado Convenio Internacional y en la ley Provincial 10.149, entiendo





corresponde ordenar el inmediato Reintegro del niño R. A. M. Y. a la República Bolivariana de Venezuela. En este punto, a los fines de no dilatar más el proceso, teniendo en miras el interés superior del niño y la rapidez que requiere el trámite a los efectos de que no se frustre la finalidad de la CH 1980, corresponde exhortar a los progenitores del niño a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los fines de evitar una experiencia aún más conflictiva. Por ello, a los fines de un regreso seguro del niño, considero conveniente que sea la progenitora quien acompañe a R. A. hasta la ciudad de Caracas, Venezuela. A tal fin deberá acreditar en el plazo máximo de diez (10) días la compra de los pasajes respectivos desde Córdoba y hasta el lugar de destino. Oportunamente se ordenará por la vía pertinente la entrega del pasaporte del niño a los fines de su salida del país. Pasado dicho plazo sin que se haya cumplido la manda judicial, corresponderá a R. J. M. C. arbitrar las medidas necesarias para retirar a su hijo del domicilio en Córdoba dónde actualmente reside y en día y hora hábil concurrir a la sede de los Tribunales de Familia (sito en Tucumán 360 - 3er Piso - Córdoba) a los fines de hacerle entrega del pasaporte de R. A. . Respecto a los costos del traslado del niño, conforme las propias manifestaciones del progenitor en cuanto a su solvencia económica, estarán a cargo de M. C. .

Por último, más allá de los tecnicismos y el lenguaje jurídico que debe contener una sentencia de este tipo, quiero recordarles a R. J. y M. E. que en esta instancia no se evalúa quién es el progenitor más apto para el cuidado del niño, materia ésta que escapa de la limitada jurisdicción a mí atribuida. Simplemente se trata de retrotraer una situación considerada ilícita a su estado anterior. Será en más el Estado Venezolano, a través de los mecanismos oficiales dispuestos, quien establezca y proteja los derechos de R. A. en cuanto a su cuidado y parentalidad. Es por ello que, en búsqueda de su bienestar y sin intenciones de excederme en mi competencia, deseo instar a ambos progenitores a asumir una actitud responsable y de diálogo que permita al niño un

**JUZGADO DE FAMILIA – 2º NOMINACIÓN  
PROTOCOLO DE AUTOS**

**Tomo:**.....

**Folio:**.....

**Secretaría:**

**M. E. MEDRANO**

crecimiento emocionalmente sano, con base y sostén en sus dos pilares fundamentales: sus padres, su familia.

Por todo lo expuesto, en consonancia con lo opinado por la Representante Complementaria y la Fiscal de Familia y normas citadas; **RESUELVO:**

**I)** Hacer lugar a la restitución internacional del niño R. A. M. Y. , C.I. xxxxx, Pasaporte N° xxxxxx (Venezuela), nacido el día 8 de abril de dos mil ocho en la República Bolivariana de Venezuela, reclamada por su padre R. J. M. C. , C.I. N° xxxxxx.

**II)** A los fines del cumplimiento de la restitución dispuesta, M. E. Y. C. deberá acreditar en estos autos, en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la compra de los pasajes respectivos desde Córdoba y hasta el lugar de destino. Oportunamente y por la vía pertinente se hará entrega a la progenitora del pasaporte de su hijo. Pasado dicho plazo sin que se cumpla la manda legal, corresponderá a R. J. M. C. arbitrar las medidas necesarias para retirar al niño del domicilio donde actualmente reside, esto es calle 15 de septiembre N° 3820, Barrio Ata Córdoba, Ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, debiendo comunicar al Juzgado su arribo al país para el debido control y seguimiento y concurrir en día y hora hábil a la sede de los Tribunales de Familia (Tucumán 360 - 3er Piso - Córdoba) dónde se le hará entrega del pasaporte del niño.

**III)** Establecer que los costos del traslado del niño son a cargo del Sr. R. J. M. C. .

**IV)** Solicitar a la Autoridad Central que arbitre las medidas necesarias a fin de garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del niño sin peligro, a cuyos efectos librese e-mail.



V) Hacer conocer la presente resolución a la Representante de la Red Internacional de Jueces de La Haya de la República Argentina, Graciela Graciela Tagle de Ferreyra, a cuyo fin comuníquese vía e-mail.

Protocolícese, hágase saber y dese copia.-





## 2. REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

### 2.1. Defensoría Pública de la Unión de Brasil - DPU

#### 2.1.1. Renta Básica

**Asunto:** El Supremo Tribunal Federal (STF) determina que el Gobierno aplicará el programa de renta básica de ciudadanía a partir de 2022.

#### Síntesis legal:

Se trata de una decisión legal que determina que el Gobierno Federal, dentro del ejercicio fiscal que sigue a la conclusión del juicio de mérito (2022), fije el valor previsto en el artículo 2 de la Ley nº10.835/2004 para el estrato de la población brasileña en situación de vulnerabilidad socioeconómica (pobreza extrema y pobreza - renta per cápita inferior a R\$ 89,00 y R\$ 178,00, respectivamente - Decreto no. 5.029/2004), debiendo adoptar las medidas legales pertinentes. Dentro de estas medidas, se incluye la modificación del Plan Plurianual (PPA), de la Ley de Directrices Presupuestarias (LDO) y de la Ley de Presupuesto Anual (LOA) de 2022, encargada de regular las cuentas públicas, haciendo un llamamiento a los Poderes Legislativo y Ejecutivo para que adopten las medidas necesarias para actualizar los valores de las prestaciones básicas y variables del programa Bolsa Familia (Ley no. 10.836/2004), por separado o en conjunto, y también para mejorar los programas sociales de transferencia de efectivo en vigor, unificándolos si es posible.

#### Enlace útil:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464858&ori=1>

---

<sup>1</sup> En torno de US\$ 17 dólares.

<sup>2</sup> En torno de US\$ 34 dólares.



**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.





## 2.1.2. Medida cautelar en la acción por incumplimiento de precepto fundamental (STF, Brasilia, Brasil, 2021.02.24, ADPF 742).

**Asunto:** El Tribunal Supremo ordena al Gobierno Federal que elabore un plan de lucha contra la Covid-19 para la población quilombola.

### 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 útil:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461129&tip=UN>





*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, 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. 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/comunidades-tradicionais/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)	: ANDRÉ BRANDÃO 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.	: ASSOCIAÇÃO 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)	: JOÃO PAULO DE GODOY
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: EDUCAFRÓ 2 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



## 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 Cançado 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.

2





## *Supremo Tribunal Federal*

Ínteiro 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*

Ínteiro 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*

Inferior 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. Salientam 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, coadunado, 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 contribuiu, 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 anencefálos 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 Sarmento, 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

6



## *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 Saúde<sup>1</sup> dão conta de o

<sup>1</sup> Disponível em: [covid.saude.gov.br](https://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 Estatística<sup>2</sup> 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\\_media/ibge/arquivos/9eab8499f5479b9751d5a6ef03bc38f.pdf](http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_media/ibge/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.

Cumpra 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/comunidades-tradicionais/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



## *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)	: ANDRÉ BRANDÃO 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.	: ASSOCIAÇÃO 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)	: JOÃO PAULO DE GODOY
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: EDUCAFRÓ 2 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





## 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*

Inferno 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 é 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)	: ANDRÉ BRANDÃO 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.	: ASSOCIAÇÃO 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)	: JOÃO PAULO DE GODOY
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: EDUCAFRÓ 2 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



## 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 e 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 destrinchá-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*

*II—(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 (EMSI) 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 continuas 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, morbidades (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](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.

Dai, adentrar-se nessa seara, sem informações logísticas constantemente atualizadas para determinar os comandos específicos requeridos, sem corpo técnico altamente qualificado, ressentir-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-contracovid-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.

Ponto, 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)	: ANDRÉ BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S)	: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARÃES
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: ORIEL RODRIGUES DE MORAES
REQTE.(S)	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO 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)	: JOÃO PAULO DE GODOY
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
ADV.(A/S)	: CAMILLA BORGES MARTINS GOMES
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES QUILOMBOLAS





## *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 79

**ADPF 742 MC / DF**

<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:TERRA DE DIREITOS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:GABRIELE GONCALVES DE SOUZA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:PEDRO SERGIO VIEIRA MARTINS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:CAMILA CECILINA DO NASCIMENTO MARTINS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO</b>

### **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

2



## Supremo Tribunal Federal

Ínteiro 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

pessoas 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.



## 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. : EDUCAFRÓ ; 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



## 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/comunidades-tradicionais/programa-brasil-quilombola>, abstando-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 Sarmento; 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.





*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 79

Carmen Lillian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/06/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 989D-ACAB-94B1-F0A7 e senha 7881-24DA-D0C3-7AC5



**2.1.3. 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)**

**Asunto:** Suspensión del desalojo de personas durante seis (6) meses a consecuencia de la pandemia de Covid-19.

### **Síntesis legal:**

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 útil:**

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>



*Supremo Tribunal Federal*

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 828 DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. ROBERTO BARROSO</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: DISTRITO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DO ACRE</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE ALAGOAS</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DO AMAZONAS</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DO AMAPÁ</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DA BAHIA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DO CEARÁ</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE GOIÁS</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DO MARANHÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE MINAS GERAIS</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DO PARÁ</b>





## 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 GASPARD GARCIA DE DIREITOS



## *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 DISTRIITAL 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

7





## *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 federação<sup>1</sup>, 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 8.245/1991<sup>2</sup>; (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 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**

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

fundiaárias 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, CF<sup>3</sup>). De outro lado, o requisito da

<sup>3</sup> 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 9.882/1999<sup>4</sup>.

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 arguição 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 arguição 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 (Connolly et al., 2020)”<sup>5</sup>.

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\\_dir%20n%2015\\_web.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200423_nt_dir%20n%2015_web.pdf)





## Supremo Tribunal Federal

### ADPF 828 MC / DF

decorrente do novo coronavírus (COVID-19)<sup>6</sup>. A Paraíba (Lei Estadual nº 11.676/2020), por sua vez, editou lei que proíbe o despejo por falta de pagamento durante a pandemia<sup>7</sup>.

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 nº 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: 1 – 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<sup>8</sup>. 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 alugueis 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)<sup>9</sup>, 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)<sup>10</sup>.

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 colchetas, 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).<sup>11</sup>

### ***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;

<sup>11</sup> Disponível em: [SR\\_housing\\_COVID-19\\_guidance\\_evictions.pdf \(ohchr.org\)](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/ADPF_828_MC_DF_guidance_evictions.pdf).



## Supremo Tribunal Federal

### ADPF 828 MC / DF

6º e 196, CF<sup>12</sup>). 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 contida<sup>13</sup>. 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-19<sup>14</sup>. 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 12.340/2010<sup>15</sup>. 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 criminosa<sup>16</sup>. 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 Confirmam-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 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



## *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 12.340/2010<sup>17</sup>;

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 adotarà 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 desintração 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



## 2.2. Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina pertencente al Colegio Nacional de Defensores Públicos-Gerais - CONDEGE.

**2.2.1. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão histórica, modifica sua orientação sobre o reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal**

**PAÍS:** Brasil

**SENTENCIA:** HC 598.886/SC

**FECHA:** 27 de outubro de 2020

**TRIBUNAL / SALA:** Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça

**NORMATIVA LEGAL:** Art. 226 do Código de Processo Penal brasileiro

**ASUNTO:** Reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal brasileiro.

**DESCRIPTORES:** Iara Maria Machado Lopes e Thiago Yukio Guenka Campos (integrantes do Centro de Estudos, Capacitação e Aperfeiçoamento da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina)

**SÍNTESES LEGAL:** No dia 27 de outubro de 2020, a 6.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Habeas Corpus 598.886/SC impetrado pela Defensoria Pública de Santa Catarina, acolheu a tese defensiva e prolatou uma decisão emblemática, em que estabeleceu novas orientações sobre o reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro.

**RESUMEN DE DATOS:** O caso concreto em discussão tratou de um assalto a um restaurante no estado de Santa Catarina pelo qual o acusado foi condenado apenas com base em reconhecimento fotográfico realizado na Delegacia de Polícia por duas vítimas. Foi exibida a elas apenas a fotografia do acusado (método show-up), sem colocá-la ao lado de outras. O que chamou a atenção foi o fato de as testemunhas ouvidas (inclusive as duas vítimas) terem afirmado que, além de estar com o rosto encoberto por um capuz, o assaltante tinha aproximadamente 1,70 metro de altura – mas o acusado, reconhecido pelas vítimas por fotografia, media 1,95 metro.





Além de absolver o acusado, a 6.ª Turma do STJ, seguindo o preponderante voto do ministro relator Rogério Schietti, estabeleceu, pela primeira vez, que o reconhecimento fotográfico não é prova válida para fundamentar a condenação de um acusado, servindo apenas como uma mera etapa anterior ao reconhecimento presencial. Ademais, o reconhecimento de pessoa precisa observar estritamente o procedimento previsto no art. 226 do CPP, sob pena de nulidade.

Por fim, a 6.ª Turma do STJ, cumprindo seu papel constitucional de uniformizar a interpretação da lei processual penal para que seja observada por todos os demais tribunais e juízes do país, determinou explicitamente que fosse encaminhada cópia da decisão aos presidentes de todos os tribunais, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos governadores, para que estes, por sua vez, levassem ao conhecimento de todas as delegacias de polícia.

**JUSTIFICACIÓN:** As duas principais razões pelas quais o reconhecimento fotográfico não é prova válida para fundamentar a condenação de um acusado, para o STJ, são por conta dele não ter previsão legal e também potencializar o risco de erros judiciais. Dessa forma, deverá servir apenas como uma mera etapa anterior ao reconhecimento presencial. Além disso, os procedimentos de reconhecimento de pessoas deverão observar estritamente o previsto no art. 226 do CPP, sob pena de nulidade, já que essas formalidades legais constituem garantias mínimas de credibilidade desse meio de prova que, por si só, já é altamente suscetível a falhas e distorções.

**CONCLUSIÓN:** O STJ reconheceu a ilegalidade do reconhecimento fotográfico como prova única e válida para fundamentar uma condenação, devendo ser uma mera etapa anterior ao reconhecimento presencial, e estabeleceu a obrigatoriedade de qualquer procedimento do tipo seguir com rigor o artigo 226 do Código de Processo Penal.

<sup>1</sup> CPP, Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.



## Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
 THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : VANIO DA SILVA GAZOLA (PRESO)  
**PACIENTE** : IGOR TARTARI FELACIO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**INTERES.** : INNOCENCE PROJECT BRASIL - "AMICUS CURIAE"  
**ADVOGADOS** : FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584  
 DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI - SP131054  
 RAFAEL TUCHERMAN - SP206184  
**INTERES.** : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO  
 THOMAZ BASTOS - "AMICUS CURIAE"  
**ADVOGADOS** : FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584  
 MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA - SP157282  
 HUGO LEONARDO - SP252869  
 GUILHERME ZILIANI CARNELOS - SP220558  
**ADVOGADA** : DOMITILA KOHLER - SP207669

### EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso

1





## *Superior Tribunal de Justiça*

porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o





## *Superior Tribunal de Justiça*

absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua insita função de *custos legis*, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo “processualmente admissível e válido” (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.



## *Superior Tribunal de Justiça*

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito – conforme reconheceu o Magistrado sentenciante – emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

### **12. Conclusões:**

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.





## *Superior Tribunal de Justiça*

13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com os esclarecimentos do Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dra. DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI,  
pela parte INTERES.: INNOCENCE PROJECT BRASIL

Dr. THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS(Protestará por  
Juntada)

, pelas partes PACIENTES: VANIO DA SILVA GAZOLA e  
IGOR TARTARI FELACIO

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ,  
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Brasília, 27 de outubro de 2020

Documento: 1996943 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 18/12/2020

Página 5 de 8





*Superior Tribunal de Justiça*

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
Relator





## *Superior Tribunal de Justiça*

**HABEAS CORPUS N° 598.886 - SC (2020/0179682-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : VANIO DA SILVA GAZOLA (PRESO)  
**PACIENTE** : IGOR TARTARI FELACIO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**INTERES.** : INNOCENCE PROJECT BRASIL - "AMICUS CURIAE"  
**ADVOGADOS** : FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584  
DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI - SP131054  
RAFAEL TUCHERMAN - SP206184  
**INTERES.** : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO THOMAZ BASTOS - "AMICUS CURIAE"  
**ADVOGADOS** : FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584  
MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA - SP157282  
HUGO LEONARDO - SP252869  
GUILHERME ZILIANI CARNELOS - SP220558  
**ADVOGADA** : DOMITILA KOHLER - SP207669

### **RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**VÂNIO DA SILVA GAZOLA e IGOR TÁRTARI FELÁCIO** alegam ser vítimas de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, que conheceu parcialmente da Apelação Criminal n. 0001199-22.2019.8.24.0075 e, nessa extensão, negou-lhe provimento.

Consta dos autos que os réus foram condenados, cada um, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, como incursos no art. 157, § 2º, II, do CP. A condenação transitou em julgado em 27/8/2020.



## Superior Tribunal de Justiça

A defesa aduz, em síntese, que o **paciente Vânio** foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico extrajudicial realizado pelas vítimas, o que não foi corroborado por outros elementos probatórios. Observa que, "no caso específico dos autos, as vítimas relataram que teriam indicado o autor do assalto com altura de 1,70 m, sendo que o Paciente VÂNIO possui 1,95 m de altura, ou seja, 25 centímetros a mais do que o afirmado pelas vítimas" (fl. 8).

Em relação ao **paciente Igor**, afirma que deve ser reconhecida a causa geral de diminuição de pena relativa à participação de menor importância e pondera que a denúncia atribuiu a ele "simplesmente a conduta de emprestar o carro utilizado pelos demais agentes para praticarem o assalto" (fl. 17).

Requer, liminarmente, sejam sobrestados os efeitos da condenação, até o julgamento final deste *writ*. No mérito, pleiteia a absolvição do réu Vânio e a redução da pena imposta ao paciente Igor, nos termos do art. 29, § 1º, do CP.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.

Às fls. 661-669, a defesa reitera o deferimento do pedido liminar, para que sejam suspensos os efeitos da condenação em relação ao paciente Vânio. O pleito foi por mim **concedido** "para sobrestar, até o julgamento final deste *writ*, o cumprimento da pena imposta ao paciente Vânio da Silva Gazola, nos autos do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075" (fl. 673).





## *Superior Tribunal de Justiça*

**HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)**

### **EMENTA**

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela



## *Superior Tribunal de Justiça*

autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua insita função de *custos legis*, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo “processualmente admissível e válido” (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma





## *Superior Tribunal de Justiça*

observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito – conforme reconheceu o Magistrado sentenciante – emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

### **12. Conclusões:**

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;





## *Superior Tribunal de Justiça*

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação.



## *Superior Tribunal de Justiça*

### VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

#### I. Contextualização

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, cada um, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, como incurso no art. 157, § 2º, II, do CP, porque, em tese, teriam sido os autores de delito de roubo realizado dentro de um restaurante, com emprego de arma de fogo. A condenação **transitou em julgado** em 27/8/2020, segundo informação constante da página eletrônica do TJSC.

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação de ambos os acusados em relação à prática do referido crime, assim fundamentou, no que interessa (fls. 531-534, grifei):

No que diz respeito à autoria, os depoimentos colhidos em ambas as fases são claros e não deixam margem para dúvidas quanto a união de esforços dos réus Igor e Vânio na prática da infração penal.

Por outro lado, o depoimento das vítimas encontram consonância em suas declarações, iniciando pelo relato de **Josinei** Moreira, narrando o que se recorda: Que estava jantando no restaurante Costelão, que é anexo ao posto Presidente; que entraram dois cidadãos e anunciaram o assalto; que primeiro foram no caixa do posto e limpavam o que havia ali; que na sequência foram até os clientes que estavam jantando; que pegaram os celulares e carteiras com dinheiro e documentação; [...] que não viu se os indivíduos estavam de carro ou à pé; que uma senhora que mora em cima do restaurante (ou ao lado), que era um hotel, quem mencionou que os indivíduos estavam com um corsa bordô;

[...] que o depoente viu dois assaltantes; [...] que estavam de bermuda, chinelo, moletom/agasalho; **que um dos indivíduos estava com um capuz (que tapava a boca e o nariz) e o outro com um capuz e um lenço tapando a boca e o nariz;** [...] que o depoente não viu arma, mas percebeu que havia algo por baixo da jaqueta/moletom parecido com uma arma ou pistola e que apontavam para as vítimas; que o outro indivíduo ficava na outro lado do buffet com outro pessoal, **que o depoente viu mais o indivíduo que estava com capuz na cabeça sem o lenço no rosto;** [...] que o depoente presenciou somente ameaça verbal; [...] que do depoente subtraíram celular e carteira com



## *Superior Tribunal de Justiça*

documentos e dinheiro; que não recuperou nenhum dos objetos; que o depoente não foi fazer reconhecimento na delegacia; [...]. (depoimento audiovisual fl. 417).

No mesmo sentido é o depoimento de **Tailor** Vieira, cliente do estabelecimento e que foi o primeiro dos clientes a ser abordado pelos assaltantes: Que o depoente estava no local jantando; que entraram dois assaltantes; que um deles ficou no caixa e o outro levou os pertences do depoente; **que estavam encapuzados, somente com os olhos descobertos**; [...] que levaram do depoente carteira com documentos e dinheiro (seiscentos reais) e celular; que o depoente não recuperou nada desses objetos; [...] que o indivíduo que abordou o depoente sinalizava por baixo das vestes que estava armado; que o depoente não viu arma; que foram feitas ameaças verbais; [...] que os indivíduos eram brancos, que tem certeza de que nenhum deles era negro porque a pele era clara; [...] **que acredita que tinha estatura de cerca de 1,70 (um metro e setenta)** e voz de “guizão”; [...]. (depoimento audiovisual fl. 418-419).

O funcionário do restaurante **Guilherme** Costa Flores Rodrigues, que também teve seus objetos roubados na oportunidade descreveu o que presenciou: Que trabalha no restaurante Costelão e trabalhava no dia em que ocorreu o fato; que o depoente estava trabalhando na copa e atendendo os clientes quando entraram dois indivíduos; que um deles se dirigiu ao caixa e o outro foi tirando as coisas dos clientes; que o primeiro que entrou pediu para o depoente ficar parado; que retiraram as carteiras e celulares dos clientes e saíram; [...] que do caixa do restaurante foi levado pouco dinheiro; [...] **que realizou o reconhecimento na delegacia mas não tem certeza porque estavam encapuzados**; [...] que um dos indivíduos era mais alto que o depoente [...]. (depoimento audiovisual fl. 418-419).

Por fim, o relato de **Viviany** Rech Bento Back, que estava no caixa no momento da ação criminosa: Que a depoente estava trabalhando no dia do fato; que por volta das 19h, **entraram dois indivíduos e anunciaram o assalto; que estavam com capuz de moletom cobrindo o rosto**; que um deles estava armado e foram recolhendo os pertences dos clientes que estavam no estabelecimento, dos funcionários e do caixa do restaurante; [...] **que o reconhecimento foi feito através das filmagens das câmeras porque os indivíduos estiveram no estabelecimento mais cedo, no período da tarde e trajavam a mesma roupa no assalto, que o proprietário do restaurante conseguiu reconhecer**; [...] que na delegacia a depoente conseguiu reconhecer com convicção o sujeito **Vanio Gazola, que era o indivíduo que ficou próximo da depoente**; [...] que foram subtraídos celulares e carteiras dos clientes, do restaurante





## *Superior Tribunal de Justiça*

foi subtraído o dinheiro do caixa; [...] que os indivíduos estavam em um carro prata; [...] **que a depoente confirma o relatado em seu depoimento de que o indivíduo que estava próximo de si tinha cerca de 1,70 (um metro e setenta) com base na altura da depoente, que é cerca de 1,60 (um metro e sessenta); [...] que a depoente não viu o indivíduo com nitidez, viu mais a parte da boca e o nariz (que era grande), barba por fazer; que estava de moletom com capuz; [...] que não tem dúvida de que o reconhecimento que fez na delegacia era relacionado à pessoa que estava próximo à depoente.** (depoimento audiovisual fl. 418-419).

[...]

Os elementos informativos e provas contidos nos autos demonstram a autoria do crime em relação aos acusados, que, em comunhão de esforços, com a intenção de alcançar vantagem patrimonial em detrimento do patrimônio alheio, mediante grave ameaça, subtraíram carteiras com documentos e dinheiro e celulares, retirando-os da esfera de vigilância das vítimas.

**Constata-se que as vítimas, em ambas as fases, mencionaram, categoricamente, que dois indivíduos chegaram e adentraram no estabelecimento anunciando o assalto e dividiram tarefas, sendo que um ficou próximo ao caixa do restaurante e após recolher o dinheiro que havia, ficou observando a ação do comparsa que, aparentemente armado, fazia ameaças e recolhia os pertences das vítimas. Ato contínuo, os réus assumiram a direção do veículo de Igor e empreenderam fuga.**

**A vítima Viviany Rech Bento Back foi categórica em seu depoimento e reafirmou que reconheceu o acusado Vânio da Silva Gazola, que estava próximo de si durante o assalto, e mesmo usando capuz, o qual caía várias vezes segundo relato, foi suficiente para a depoente notar as características físicas que a levaram ao reconhecimento do acusado.**

**A menção das vítimas sobre a estatura de um dos acusados, não deve ser tomado isoladamente, para, de modo totalmente contrário aos demais elementos colhidos, afastar a condenação.**

**Calha consignar que foram abordadas e surpreendidas dentro do restaurante enquanto jantavam, sendo ameaçadas para que não olhassem para os acusados.**

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento. Na ocasião, a referida Corte afastou a pretendida absolvição do réu Vânio, com base nos seguintes argumentos (fls. 617-618, destaquei):



## Superior Tribunal de Justiça

Assim, absolutamente possível o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, a despeito das disposições do art. 226 do CPP, especialmente em casos como o dos autos, em que o reconhecido não foi preso em flagrante.

Ademais, importante ressaltar que a vítima Viviany Rech Bento Back afirmou judicialmente que confirma o reconhecimento realizado na Delegacia de Polícia, apesar de na data da audiência afirmar que não teria condições de reconhecer novamente Vânio em razão do transcurso de tempo (registro audiovisual de fls. 418-419).

No que se refere à questão da altura do Apelante Vânio, que foi apontada pelas vítimas como sendo de aproximadamente um metro e setenta centímetros, quando consta do documento de fl. 24 que ele teria cerca de um metro e noventa e cinco centímetros, tem-se que não afasta a credibilidade do reconhecimento feito no dia seguinte aos fatos, uma vez que as vítimas apontaram detalhes da face de Vânio, que estava com o rosto apenas parcialmente coberto.

Não bastasse, as imagens apresentadas pela própria Defesa às fls. 475-576, também demonstram as semelhanças entre o autor do fato que aparece nas imagens das câmeras de segurança e Vânio, especialmente a estatura, o formato do nariz e até mesmo o corte de cabelo, o que corrobora o reconhecimento efetuado pelas Vítimas na Delegacia de Polícia.

Portanto, afasta-se a preliminar arguida.

### II. O reconhecimento de pessoas como meio probatório

A defesa aduz, em síntese, que o paciente Vânio foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico extrajudicial realizado pelas vítimas, que não foi corroborado por outros elementos probatórios, circunstância insuficiente para lastrear um decreto condenatório.

Antes, contudo, de adentrar o mérito da discussão, convém salientar que o exame da controvérsia **não demanda reexame de prova** – inviável no rito de cognição estreita do habeas corpus –, mas sim **valoração da validade de prova**, o que é perfeitamente admitido no julgamento do *writ*.

Feitos esses esclarecimentos, faço lembrar que, segundo o disposto no art. 155 do CPP, *in verbis*: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo**





## Superior Tribunal de Justiça

**fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**". É a chamada garantia do livre convencimento motivado.

O art. 157 do CPP, por sua vez, dispõe que **são inadmissíveis, no processo penal, as provas ilícitas**, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, e **as provas delas derivadas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente.

Sobre a matéria, é conhecida e usual a distinção, atribuída a Pietro Nuvolone, entre **provas ilícitas e provas ilegítimas**. Conforme lições de Grinover, Fernandes e Gomes Filho, "a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. **Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima** (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, **a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida**" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 131, grifei).

Antônio Scarance Fernandes, acerca do referido dispositivo legal, nesse sentido, assinala:

O tema da prova ilícita passou a ser objeto de tratamento no artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela lei 11.690/2008. O novo dispositivo define (*caput* do art. 157) **como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais**, devendo-se entender como normas legais apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais. Não se pode abranger, aí, as **normas processuais**, pois, em relação a essas, o regime é outro, de vez que, em caso de serem ofendidas, **resolve-se pela declaração de nulidade**, enquanto, em caso de ilicitude na produção da prova, deve ela ser desentranhada (*caput* do art. 157). (*Processo Penal Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86).

De fato, a existência de distinção entre as provas ilegítimas e as ilícitas, para além da natureza do direito violado (material ou processual), se dá, também, quanto aos efeitos ou à sanção aplicável (inadmissibilidade ou





## *Superior Tribunal de Justiça*

nulidade). **A inadmissibilidade da prova ilícita impede o seu ingresso (ou, se já produzida, sua exclusão) no processo, enquanto a ilegítima será sancionada com sua nulidade.** Vale dizer, as provas produzidas com violação das normas procedimentais serão nulas e não produzirão resultados no processo, o que, todavia, não impede que sejam refeitos os atos, em conformidade com a lei, de modo a possibilitar, assim, o aproveitamento da fonte de prova.

No tocante ao reconhecimento de pessoas e coisas, o Código de Processo Penal dedica três sucintos artigos ao ato do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226, 227 e 228). Em relação ao reconhecimento de pessoas, o art. 226 estabelece que o ato deverá ocorrer da seguinte forma: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento **será convidada a descrever o indivíduo que deva ser reconhecido** (art. 226, I); a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, **ao lado de outras que com ela tiverem semelhança**, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II); se houver razão para recear que a pessoa chamada para realizar o ato, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III); do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, **subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais** (art. 226, IV).

Guilherme de Souza Nucci conceitua o reconhecimento de pessoas como "o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa" (*Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 436). Segundo o autor, **a expressão "se possível", constante do inciso II do art. 226, refere-se ao requisito de serem colocadas pessoas que portem similitude com a que deva ser reconhecida, e não com a exigência da disposição de várias pessoas, umas do lado das outras.**

**O reconhecimento busca, em última análise, indicar com precisão a pessoa contra a qual se realiza determinada imputação.**

Em relação às exigências feitas pelo Código de Processo Penal, pondera Aury Lopes Júnior que **esses cuidados não são formalidades inúteis**; ao contrário, "constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país" (*Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 490).



## *Superior Tribunal de Justiça*

Nesse contexto, adverte o referido autor:

Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – **forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais**. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer 'reconhecimentos informais', admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado. (*op. cit.*, 2017, p. 488 - grifei).

Ainda na visão de Aury Lopes Júnior e de Joselson Calmon Braz Correia, "o reconhecimento pessoal falha nas duas dimensões: na legislativa porque nosso CPP disciplina parcamente a matéria; e na dimensão das práticas policiais, por falta de preparo e de agentes capacitados para realizá-lo com o menor nível de contaminação, indução e cautela necessários." (*Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal...* Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal#>. Acesso em: set. 2020).

Na espécie, não houve qualquer cuidado com a observância do procedimento previsto em lei para o reconhecimento formal do primeiro paciente, o que, como se aduzirá a seguir, induz à **nulidade** de tal elemento informativo e, por conseguinte, de sua invalidade para amparar juízo de condenação.

### **III. O valor probatório do reconhecimento de pessoas na jurisprudência do STJ**

Esta Corte Superior, ao interpretar os referidos dispositivos federais, entende que o reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial, como meio de prova, é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando observadas as formalidades legais e **corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa**. Ilustrativamente:

[...]

1. O reconhecimento fotográfico realizado em solo policial é material probante a ser considerado para efeitos de comprovação da autoria do delito, **desde que corroborado por outros elementos de prova**





## *Superior Tribunal de Justiça*

### **colhidos em juízo sob a luz do contraditório e da ampla defesa.**

2. No caso em tela, a única vítima realizou reconhecimento fotográfico em solo policial e, em juízo, afirmou que "por estar esquecido não reconhecia imediatamente na fotografia [...], entretanto confirma tê-lo reconhecido perante a autoridade policial".

3. Ausente, portanto, qualquer outro elemento probatório - somente o reconhecimento fotográfico realizado em solo policial e insuficientemente corroborado em juízo -, de rigor a absolvição do agravado por insuficiência de provas.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 469.563/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 21/11/2019).

[...]

1. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

2. Hipótese na qual as instâncias ordinárias destacaram que o reconhecimento fotográfico do paciente, que fora efetuado durante o inquérito, **foi ratificado em juízo pessoalmente, tendo ele sido corroborado por outros elementos de convicção amealhados nos autos, sendo, portanto, descabido falar em nulidade da prova e, por consectário, em carência de elementos de convicção para a condenação do paciente ou em condenação baseada exclusivamente em elementos informativos.**

3. A jurisprudência deste Tribunal Superior admite a possibilidade de reconhecimento do acusado por meio fotográfico, ainda que não observadas a totalidade das formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal. Com efeito, **o reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação.**

[...]

6. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 462.030/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 13/3/2020).

Eventualmente, reconhece-se a imprestabilidade do reconhecimento de pessoa em que não se observaram os requisitos formais previstos no art. 226 do CPP. Um exemplo se colhe do julgamento do **HC n. 232.960/RJ**, de minha relatoria, realizado em 15/10/2015 (DJe 6/11/2015), ocasião em que a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça anulou





## Superior Tribunal de Justiça

condenação lastreada em **reconhecimento fotográfico** na fase inquisitorial e sem observância das formalidades do art. 226 do CPP, **pois o ato não foi repetido em juízo ou referendado por outras provas judiciais**. Na oportunidade, por unanimidade de votos, o colegiado reconheceu que o referido ato era **inidôneo** para lastrear a condenação, pois, **na fase judicial, a vítima apenas confirmou o boletim de ocorrência e o reconhecimento em si**, mas não identificou novamente o acusado, nem sequer por meio de imagem. Colaciono, por oportuno, a ementa do julgado:

[...]

1. O reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando corroborado por outras provas, colhidas sob o crivo do contraditório.

2. O reconhecimento do paciente por fotografia - realizado na fase do inquérito -, sem observância das regras procedimentais do art. 226 do CPP, não foi repetido em Juízo ou referendado por outras provas judiciais, inidôneo, portanto, para lastrear a condenação em segundo grau. Na fase judicial, a vítima apenas confirmou o boletim de ocorrência e o reconhecimento em si, mas não identificou novamente o acusado, nem sequer por meio de imagem.

3. Não pode ser validada a condenação, operada em grau de recurso por órgão colegiado distante da prova produzida pelo Juiz natural da causa, baseada única e exclusivamente em reconhecimento fotográfico realizado na polícia, sem respeito às fórmulas do art. 226 do CPP. Não se trata de negar validade ao depoimento da vítima e, sim, de negar validade a condenação baseada em elemento informativo colhido em total desacordo com as regras probatórias e sem o contraditório judicial.

4. Sob a égide de um processo penal de cariz garantista, que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita a permanente avaliação de conformidade com a Constituição ("O direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado", dizia-o W. Hassemer), busca-se uma verdade processual onde a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo vincula-se a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional.

5. Não é despidendo lembrar que, em um modelo assim construído e manejado, no qual sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes no espírito do julgador hão de merecer solução favorável ao réu (*favor rei*). Afinal, "A certeza



## Superior Tribunal de Justiça

perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune (LUIGI FERRAJOLI)

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a condenação do paciente, restabelecer a sentença absolutória e ordenar sua soltura, salvo se por outro título judicial estiver preso.

(HC n. 232.960/RJ, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 6/11/2015).

Em outro *writ* de minha relatoria, **policiais militares**, no afã de solucionar crime praticado contra membro da corporação, **enviaram às vítimas, por correspondência eletrônica**, a foto do suspeito obtida durante a investigação de outro delito, acrescida da errônea informação de que ele teria praticado conduta semelhante. **Decidiu este Colegiado que tal procedimento viciou não somente o ato, mas também a prova judicial dele decorrente**, imprestável para sanar a dúvida sobre a autoria delitiva, principalmente ante o registro, na sentença, de que o réu, na data dos fatos, não possuía as características físicas descritas no boletim de ocorrência e não fora reconhecido por outra testemunha ocular do latrocínio. Concluimos asserindo que:

[...]

3. Ainda que produzida sob o crivo do contraditório, não é possível emprestar credibilidade e força probatória à confirmação, em juízo, de reconhecimento formal eivado de irregularidades. Se extirpado tal elemento informativo, não seria possível nem sequer denunciar o paciente, pois não foi colhido nenhum outro indício de sua participação no latrocínio." (HC n. 335.956/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 2/2/2016).

Essa também tem sido a compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Exemplificativamente, menciono o **HC n. 172.606/SP** (DJe 5/8/2019), de relatoria do Ministro **Alexandre de Moraes**, em que, monocraticamente, se absolveu o réu, em razão de a condenação haver sido lastreada apenas no reconhecimento fotográfico realizado na fase policial.

O problema maior se verifica quando o reconhecimento viciado,





## Superior Tribunal de Justiça

pessoal ou fotográfico – feito, neste último caso, em desacordo com o procedimento positivado no art. 226 do CPP e quase sempre a partir de fotos extraídas de albuns policiais (fotos de rosto ou busto) ou encontradas em redes sociais – acaba sendo "ratificado" em juízo pelo reconhecedor e é utilizado na sentença condenatória como argumento suficiente para a prova da autoria delitiva, mesmo sem o amparo de outras provas independentes e idôneas a tal fim.

### IV. O reconhecimento de pessoas e a memória humana

A análise da matéria posta em discussão neste habeas corpus – trazida a esta Corte em petição inicial redigida com muito esmero e técnica pelo nobre Defensor Público do Estado de Santa Catarina **Thiago Yukio Guenka Campos** –, acaba perpassando pela relação do processo penal com o fenômeno das **falsas memórias**, especificamente quanto aos seus reflexos na prova do reconhecimento pessoal. Parece claro que o debate sobre o reconhecimento de pessoas deve, inevitavelmente, lidar com um fato certo e incontornável: **a falibilidade da memória humana**.

No ramo da Psicologia, a **memória** é conceituada como "o meio pelo qual uma pessoa recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refer[indo]-se a um processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação" (STERNBERG, R. J. *Psicologia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000, p. 204).

O reconhecimento é, portanto, um juízo psicológico de identidade estabelecido por alguém, mediante **método comparativo** entre uma percepção presente e outra ocorrida ou vivida no passado.

Todavia, esse mecanismo não é isento de erros, visto que **mesmo um fato lembrado pode ser distorcido**. É o que a ciência denomina de "falsas memórias", definidas como **lembranças de eventos não ocorridos, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos ou de lembranças distorcidas** (ROEDIGER, H. L. III., & MCDERMOTT, K. B. Distortions of memory. In E. Tulving, & F. I. M. Craik, *The Oxford Handbook of Memory*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 149-162 e STEIN, L. M., & PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 14, 2001, p. 353-366). Ou, ainda, conceituadas como **lembranças para além da experiência direta, na qual se inserem interpretações ou inferências**, que podem, inclusive, refutar a





## Superior Tribunal de Justiça

própria experiência (REYNA, V. F., & LLOYD, F. F. Theories of false memory in children and adults. *Learning and Individual Differences*, 9, 1997, p. 95-123).

Essas memórias podem até mesmo, consoante já provado em estudos empíricos, **decorrer da convergência de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas**, tornando o indivíduo suscetível a esquecer a fonte da informação, bem como a não perceber a origem da informação sugestionada quando se é interrogado de maneira evocativa (LOFTUS, E. F. Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations. *Learning and Individual Differences*, 7, 2005, 133-137). Aliás, **não é porque o registro das memórias é expresso com confiança, detalhe e emoção, que necessariamente o evento tenha ocorrido tal como narrado** (LOFTUS, E. F. Make believe memories. *American Psychologist*, 277, 2003, p. 867-873). Isso porque as informações evocadas pela memória são **influenciadas por emoções e pelas variações decorrentes do nível de consciência da pessoa que faz o reconhecimento e do seu estado de ânimo.**

Loftus e Palmer, ao estudar a recordação de testemunhas oculares, observaram o "Efeito da Falsa Informação" (*Misinformation Effects*), no qual, imediatamente depois do evento, é apresentada uma informação coerente – mas falsa – para, em seguida, testar a memória. Verificaram que **os participantes do estudo apresentaram aumento nos índices de reconhecimento falso e diminuição nos de verdadeiro** (LOFTUS, E. F. Creating false memories. *Scientific American*, 1997, 70-75). Portanto, **as falsas memórias tanto podem se originar espontaneamente como podem ser implantadas.** As espontâneas são criadas internamente no indivíduo como resultado do processo normal de compreensão do evento, enquanto as sugestionadas dizem respeito às lembranças resultantes de um estímulo externo, intencional ou não, cujo conteúdo não pertence ao episódio vivido, embora seja coerente com o fato.

Partindo dos estudos realizados por Real Martinez, Fariña Rivera e Arce Fernandez, Aury Lopes Júnior observa que **há diversos fatores que modulam a qualidade da identificação, os quais não podem ser desconsiderados.** O resultado do reconhecimento depende, pois, tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de diversos aspectos externos que podem influenciá-lo. Exemplificativamente: **o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso); a gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos**



## Superior Tribunal de Justiça

**fatos, aspectos geográficos etc.); a natureza do crime (com ou sem violência física, grau de violência psicológica etc.)** (*Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493).

Em relação à influência do estado psicológico na memória, Izquierdo também afirma que a memória humana é armazenada de acordo com o desenvolvimento das células nervosas: quanto mais calma ou quanto melhor estiver o ânimo da pessoa, maior será a capacidade de armazenamento da sua memória. Ao contrário, quanto maior for a alteração psicológica, menor será a capacidade de reter informações (IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 12).

Fato é que há diversos estudos, notadamente no campo da Psicologia moderna, que demonstram **as falhas e os equívocos** que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Os estudos indicam que **a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível quando comparada à essência do evento**. Ao mesmo tempo, **as falsas memórias podem ser mais resistentes do que as verdadeiras**, com relatos mais vívidos em testes de recordação (REYNA, V. F., & LLOYD, F. F. Theories of false memory in children and adults. *Learning and Individual Differences*, 9, 1997, 95-123).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA aponta que **as falsas memórias podem ser mais detalhadas do que as verdadeiras**; são criadas por processos internos da própria pessoa ou por intermédio de informações implantadas pelo ambiente externo (*Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Série Pensando o Direito, n. 59, Brasília: Ministério da Justiça, 2015, p. 23).

Nesse contexto, vale mencionar a interessante conclusão de pesquisa realizada nos Estados Unidos, conduzida pelo professor Brandon Garrett, a qual apontou que **a repetição de procedimentos de identificação não confere maior grau de confiabilidade a um reconhecimento**. Há, no entanto, correlação entre a quantidade de vezes que uma testemunha/vítima é solicitada a reconhecer uma mesma pessoa e a produção de uma resposta positiva.

Em amostra com **161 condenações de inocentes revertidas** após a realização de exame de DNA, **57% dos casos contaram com mais de um procedimento de identificação**: a testemunha admitiu em juízo que, inicialmente, não tinha certeza quanto à autoria do delito e que passou a





## Superior Tribunal de Justiça

reconhecer o acusado somente depois do primeiro reconhecimento (Innocence Project Brasil. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 13).

Dai a razão pela qual as psicólogas Nancy K. Steblay e Jennifer E. Dysart recomendam não só que sejam evitados procedimentos de identificação que usam um mesmo suspeito como também que identificações produzidas por procedimentos repetidos não sejam consideradas tão confiáveis, justamente porque, quanto mais vezes uma testemunha for solicitada a reconhecer uma mesma pessoa, mais provável ela desenvolver falsa memória a seu respeito (STEBLAY, Nancy K.; DYSART, Jennier. E. Repeated eyewitness identification procedures with the same suspect. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* *apud* Innocence Project Brasil. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 13).

Não por outro motivo, Gustavo A. Arocena, ao se referir à doutrina jurídica argentina, afirma ser unânime naquele país o entendimento de que o reconhecimento pessoal é um ato definitivo e irreprodutível, porque **não se pode repeti-lo em idênticas condições** (El reconocimiento por fotografía, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles. In: *Temas de derecho procesal penal (contemporâneos)*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p. 97).

Na mesma linha argumentativa, Stein e Nygaard também consideram ser essencial que os aplicadores do Direito tenham conhecimento da memória humana, pois "os interrogatórios, ao buscar informações sobre experiências passadas de suspeitos, vítimas ou testemunhas, realizam verdadeiros testes de memória com essas pessoas envolvidas" (STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Naria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 43, abril/junho de 2003, Editora Revista dos Tribunais, p. 153).

O valor probatório do reconhecimento, portanto, deve ser visto com muito cuidado, justamente em razão da sua **alta suscetibilidade de falhas e distorções**. Justamente por possuir, quase sempre, um **alto grau de subjetividade e de falibilidade** é que esse meio de prova deve ser visto com reserva.

### V. Consequências do erro de reconhecimento





## Superior Tribunal de Justiça

Estudos apontam que o **reconhecimento equivocado** (*mistaken eyewitness identification*) tem sido **uma das principais causas de erro judiciário**, com a consequência – **deletéria** e muitas vezes **irreversível**, diga-se – de levar pessoas inocentes à prisão.

Dada a evidência de muitos casos de erros judiciários, foi criada nos Estados Unidos, em 1992, a **Innocence Project**, uma ONG fundada por advogados civilistas, especialistas em pedir indenização ao Estado em decorrência de **condenações de pessoas inocentes**. Segundo pesquisa feita por essa ONG, aproximadamente **75% das condenações de inocentes se deve a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento**. Em 38% dos casos em que houve esse erro, várias testemunhas oculares identificaram incorretamente o mesmo suspeito inocente. (Disponível em: [www.innocenceproject.org/.../What\\_is\\_the\\_innocence\\_Project\\_How\\_did\\_it\\_get\\_started.php](http://www.innocenceproject.org/.../What_is_the_innocence_Project_How_did_it_get_started.php). Acesso em: set. 2020).

Em 2019, o *National Registry of Exonerations* – banco de dados que reúne a maior quantidade de informações sobre os casos de erros judiciais já revertidos nos Estados Unidos – apontou que as causas mais frequentes de condenação de inocentes naquele país são: falsa acusação (59%); má atuação das autoridades (54%); **erro de reconhecimento – terceiro lugar, representando 29% dos casos** (INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 1).

Os exemplos **erros de reconhecimento no Brasil** também não são poucos. Cito alguns, apenas para ilustrar algo que se repete com relativa frequência na crônica judiciária.

Em 2014, o ator **Vinicius Romão de Souza** foi preso, após haver sido reconhecido por uma mulher que o acusou de tê-lo assaltado. Depois de permanecer 16 dias na prisão, a 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro concedeu habeas corpus em favor do acusado, depois que a vítima afirmou, em novo depoimento, que se enganou ao fazer o reconhecimento do ator como o suposto autor do delito.

Reporto, também, o caso de **André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso**, que ficou preso por 6 meses e 26 dias, entre outubro de 2013 e maio de 2014, por sete estupros que não cometeu. Aos 27 anos de idade, foi recolhido no Presídio de Bangu, após uma das vítimas do abuso haver anotado a placa do carro dele e entregue à polícia, afirmando ser o veículo do



## Superior Tribunal de Justiça

criminoso. Na delegacia, algumas das vítimas reconheceram André como o estuproador, que chegou a ficar 37 dias na "solitária", sem nenhum tipo de contato exterior. A absolvição, com a consequente liberdade, veio depois de o seu advogado conseguir autorização para feitura de DNA nos resíduos biológicos presentes nas vítimas e nas cenas dos crimes, enquanto ele estava preso. O resultado do teste provou não ser ele o responsável pelos delitos. (Informações obtidas a partir da reportagem publicada no Portal G1: BRITO, Guilherme. *'Aprendi a ter fé', diz inocentado após 7 meses preso por estupros no Rio*. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/10/aprendi-ter-fe-diz-inocentado-apos-7-meses-presos-no-rio.html>. Acesso em: set. 2020).

Registro, ainda, o recente drama vivido pelo violoncelista **Luiz Carlos Justino**, jovem de 23 anos, preso por engano no centro de Niterói – RJ em 2/9/2020, por um delito ocorrido em 2017. Segundo a acusação, Justino teria praticado um roubo nesse ano, na companhia de mais três pessoas e com emprego de arma de fogo. **A participação do referido indivíduo foi determinada por reconhecimento fotográfico**, realizado pela vítima ainda em 2017. Em 5/9/2020, o Juiz de primeiro grau converteu a prisão do acusado em domiciliar: "Em termos doutrinários, o reconhecimento fotográfico é colocado em causa em função de sua grande possibilidade de erro. A psicologia aplicada tem se empenhado em investigar fatores psicológicos que comprometem a produção da memória. Neste ramo, encontramos contribuições que dissecam as variáveis que podem interferir na precisão da memória", escreveu o Magistrado. (Informações obtidas a partir da reportagem publicada no site do Correio Braziliense: *Músico negro que teria sido acusado por engano é libertado no Rio*. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/09/4873670-musico-negro-que-teria-sido-acusado-por-engano-e-libertado-no-rio.html>. Acesso em: set. 2020).

Faço menção, também, ao caso de **Douglas Moreira**, que foi preso em janeiro de 2014 – ao voltar para casa depois de plantão realizado no hospital Pan-Americano, na Tijuca, zona norte do Rio de Janeiro –, sob a acusação de roubar um carro em Nova Iguaçu, a 39 quilômetros dali. **Policiais retiraram uma foto do auxiliar de serviços gerais do seu perfil no Facebook e apresentaram à vítima** que, equivocadamente, o reconheceu como sendo o autor do delito (Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/09/20/vida-travada-preso-com-base-em-foto-inocente-fica-ate-3-anos-na-cadeia.htm>. Acesso em: set. 2020).





## *Superior Tribunal de Justiça*

O caso de **Antonio Claudio Barbosa de Castro** – cuja absolvição foi proclamada em 2019 – foi assim descrito pelos integrantes do *Innocence Project Brasil*:

Em 2014, uma menina de apenas 11 anos ouviu a voz de Antonio em um cabeleireiro e a identificou como pertencente ao homem que, dias antes, a abordara e estuprara em uma passarela na periferia de Fortaleza. Acompanhada da mãe, a menina foi até a Delegacia de Polícia e, **já com a foto de Antonio que conseguiu por uma rede social, o apontou como o autor do crime. A Polícia Civil, que já investigava outros crimes com o mesmo *modus operandi*, considerou que Antonio seria o responsável por sete outros estupros que aconteceram na mesma região.**

A mídia local, então, passou a se referir a Antonio como “o maníaco da moto”, fazendo alusão à descrição dada pelas vítimas no sentido de que em todos os casos o agressor se apresentara dirigindo uma moto vermelha e as estuprara à luz do dia, sem retirar o capacete. Ao longo da fase de investigação, **as vítimas reconheceram Antonio pela mesma foto apresentada pela menina e que já circulava pelos grupos de Whatsapp da cidade.**

Porém, na fase processual, as sete outras vítimas disseram que já não podiam reconhecer Antonio e retiraram a acusação. Ele foi condenado a 9 anos de prisão pelo estupro da primeira menina que fez o reconhecimento inicialmente por voz e que manteve a afirmação durante todo o processo.

Uma ex-namorada de Antonio enviou o caso para o **Innocence Project Brasil e, depois de uma intensa investigação por parte da equipe do Projeto, foi possível identificar que os relatos das vítimas apontavam para um homem alto, de cerca de 1.84 m, o que contrastava diretamente com a baixa estatura de Antonio, que mede apenas 1.58 m.** As próprias investigadoras do caso, que não sabiam que Antonio ainda estava preso, se juntaram à equipe do Projeto.

Além disso, as pesquisas realizadas revelaram que crimes idênticos continuaram a ocorrer mesmo depois da prisão de Antonio Cláudio, descortinando ainda que, à época dos fatos, diversas evidências apontavam para um outro suspeito, já condenado por crimes sexuais, mas não receberam a devida atenção do então delegado responsável pelo caso.

**Por meio de uma perícia fotogramétrica que comparou imagens de câmera de segurança que registrara um dos episódios**





## Superior Tribunal de Justiça

criminosos com a real estatura de Antonio, detectando uma diferença de cerca de vinte e seis centímetros, o *Innocence Project Brasil* apresentou uma revisão criminal com pedido de absolvição, em parceria com a Defensoria Pública do Estado do Ceará.

A revisão foi julgada procedente e, em julho de 2019, Antonio foi inocentado e solto pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, depois de cinco anos preso injustamente. (INNOCENCE PROJECT BRASIL, *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun.2020, p. 28, destaquei).

Por derradeiro, e sem nenhuma pretensão de esgotar os diversos exemplos de afirmados erros de reconhecimento, registro o recente caso de **Lucas Moreira de Souza**, que chegou a ser condenado a quase 80 anos de prisão, por suposto envolvimento em uma série de assaltos. A Justiça do Distrito Federal, há poucos dias, reverteu a condenação, em razão das inconsistências na investigação: **a única prova apresentada contra o então suspeito era um reconhecimento impreciso feito por testemunhas** (Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/10/21/jovem-de-27-anos-e-absolvido-apos-ficar-quase-3-anos-presos-por-crimes-que-nao-cometeu-no-df.ghtml>. Acesso em: out. 2020).

### VI. O reconhecimento de pessoas e a seletividade do sistema penal

Relatório apresentado recentemente, em setembro de 2020, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apontou que **53 pessoas** foram acusadas com base em reconhecimento fotográfico falho ao longo dos últimos seis anos. Os casos têm em comum o fato de o(a) acusado(a) haver sido reconhecido(a) por meio fotográfico na fase inquisitiva (Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf>. Acesso em: set. 2020).

A análise, que levou em conta as 19 varas criminais do Estado do Rio de Janeiro e envolveu os casos recebidos entre 1º/6/2019 e 10/3/2020, **evidenciou falhas de procedimento da polícia na hora de se utilizar do reconhecimento fotográfico**. Todos os indivíduos foram processados por roubo, na forma simples ou com causa de aumento (em sua maioria, pelo concurso de pessoas ou pelo emprego de arma), à exceção de um deles,



## Superior Tribunal de Justiça

acusado de homicídio.

Com relação à prisão preventiva, o relatório apontou que, **em 86,2% dos casos**, houve a decretação da cautela extrema. Quanto à cor da pele, **apenas 20% dos indivíduos eram brancos** (consta do referido relatório que a informação sobre a cor da pele foi retirada dos registros policiais), o que sugere algo até intuitivo, o **racismo estrutural**.

Para o coordenador de Defesa Criminal da DPRJ, Emanuel Queiroz, **"O perfil dos injustiçados, em sua maioria, é o mesmo: pessoas negras, periféricas, pobres e com baixa escolaridade."**

Também há, no mencionado relatório, a seguinte informação:

Da leitura dos relatos, é possível notar que, em pelo menos metade os(as) acusados(as) tinham anotações anteriores, o que explica constarem nos registros fotográficos das delegacias de polícia, verificando-se ser comum que sejam apresentadas fotos de pessoas acusadas de outros crimes, **o que reforça a estigmatização criminal** (p. 3).

Não por outro motivo, Aury Lopes Júnior aponta que os **estereótipos culturais** (como cor, classe social, sexo etc.) **possuem grande influência na percepção dos delitos**, "fazendo com que vítimas e testemunhas tenham uma **tendência de reconhecer em função desses estereótipos**. [...] Ainda que o criminoso nato de Lombroso seja apenas um marco histórico da criminologia, é inegável que ele habita o imaginário de muitos (principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e, por consequência, alto índice de violência urbana como o nosso)" (*Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493).

Não há, pois, como ignorar que nossa realidade, infelizmente, demonstra que pensamentos que tais ainda habitam o imaginário de muitas pessoas. A situação torna-se mais preocupante "quando verificamos que a imensa parcela dos reconhecimentos, no Brasil, é feita sem a presença de advogado, sem oportunidade de recusa por parte do imputado (pois preso temporariamente ou até ilegalmente conduzido coercitivamente), no interior de delegacias de polícia, sem qualquer controle", conforme alerta Aury Lopes Júnior (*op. cit.*, 2017, p. 495).

### VII. O caso dos autos – paciente Vânio e as falhas do





## *Superior Tribunal de Justiça*

### **reconhecimento fotográfico**

O caso versado nestes autos ajusta-se plenamente aos relatos das falhas e das inconsistências do reconhecimento fotográfico anteriormente mencionados. E, mais ainda, evidencia como **a autoridade judiciária, ao sentenciar, se contentou com essa prova tão frágil e eivada de vícios, simplesmente se apegando a dados, portanto, absolutamente insuficientes para se afirmar a participação delitiva do acusado, além de uma dúvida razoável.**

Com efeito, o Juiz sentenciante, ao concluir pela autoria do delito em relação a ambos os pacientes, considerou que "os depoimentos colhidos em ambas as fases **são claros e não deixam margem para dúvidas** quanto à união de esforços dos réus Igor e Vânio na prática da infração penal (fls. 531-532).

Foram os seguintes os depoimentos, na sua dicção, claros e que não lhe deixam margem para dúvidas (fls. 531-533):

- a) Josinei Moreira, uma das vítimas do roubo;
- b) Tailor Vieira, o primeiro dos clientes do restaurante que foi abordado pelos assaltantes;
- c) Guilherme Costa Flores Rodrigues, funcionário do restaurante que também teve objetos roubados;
- d) Viviany Rech Bento Back, que estava no caixa no momento da ação criminosa.

Afirmou o Magistrado que "as vítimas, em ambas as fases, mencionaram, categoricamente, que dois indivíduos chegaram e adentraram no estabelecimento anunciando o assalto e dividiram tarefas, sendo que um ficou próximo ao caixa do restaurante e, após recolher o dinheiro que havia, ficou observando a ação do comparsa que, aparentemente armado, fazia ameaças e recolhia os pertences das vítimas. Ato contínuo, os réus assumiram a direção do veículo de Igor e empreenderam fuga" (fl. 534).

**Sem necessidade de nenhum exame mais detido, basta ler o conteúdo dos referidos depoimentos, para se constatar que, embora, de fato, tenham as vítimas mencionado de modo categórico que eram dois os assaltantes, o reconhecimento dos autores do roubo ficou longe de ser**





## Superior Tribunal de Justiça

aproveitável.

Efetivamente, a leitura da sentença condenatória, do acórdão impugnado e a análise do contexto fático já delineado nos autos pelas instâncias ordinárias permitem inferir que o **paciente Vânio foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado e confirmado em juízo por somente uma das quatro vítimas acima referidas e sem que nenhuma outra prova** (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) **desse o mínimo amparo ao reconhecimento. Nem se diga que houve ratificação do reconhecimento em juízo**, pois o que uma das vítimas apenas confirmou, perante a autoridade judiciária, foi haver realizado o reconhecimento realizado na delegacia.

Não se trata de situação em que as filmagens poderiam dar alguma credibilidade ao reconhecimento, mormente quando se utilizam, em subsídio, inovações tecnológicas como a reconhecimento facial e biométrico. Na espécie, ainda que conste, dos autos, a informação de que foram examinadas as câmeras do estacionamento e perceberam que duas pessoas com vestimentas similares às dos assaltantes passaram no local horas antes, não há indicativo de que foi a partir dessas filmagens que se extrairam as fotografias que importaram no reconhecimento de um dos suspeitos, até porque estavam eles encapuzados, o que tornaria inócua ou, pelo menos, frágil a identificação de ambos apenas porque estavam com roupas parecidas - sequer descritas pela autoridade policial - com as dos autores do roubo.

Confiram-se:

a) **Josinei Moreira** afirmou que "viu dois assaltantes; [...] que estavam de bermuda, chinelo, moletom/agasalho; que **um dos indivíduos estava com um capuz (que tapava a boca e o nariz) e o outro com um capuz e um lenço tapando a boca e o nariz**" (fl. 532). Esse ofendido afirmou, no entanto, que "**não foi fazer reconhecimento na delegacia**" (fl. 532);

b) **Tailor Vieira** (o primeiro dos clientes do restaurante a ser abordado pelos assaltantes) igualmente afirmou que os dois assaltantes "**estavam encapuzados, somente com os olhos descobertos**" (fl. 532); aliás, na fase do inquérito policial, já havia declarado que "ambos estavam com o rosto **aparecendo apenas os olhos**" (fl. 87);

c) **Jakson Roberto da Silva**, que também estava no estabelecimento jantando com o seu companheiro, declarou, em interrogatório



## *Superior Tribunal de Justiça*

realizado na fase policial, que, "em um determinado momento, **dois rapazes com a cara coberta** entraram no restaurante e anunciaram assalto" (fl. 153);

d) **Guilherme Costa Flores Rodrigues**, funcionário do restaurante, ressaltou que "**realizou o reconhecimento na delegacia, mas não tem certeza porque estavam encapuzados**" (fl. 532);

e) por fim, **Viviany Rech Bento Back**, que estava no caixa no momento da ação criminosa, asseriu que os dois indivíduos que anunciaram o assalto "**estavam com capuz de moletom cobrindo o rosto**" (fl. 532); ainda, "**que o reconhecimento foi feito através das filmagens das câmeras**, porque os indivíduos estiveram no estabelecimento mais cedo, no período da tarde e trajavam a mesma roupa no assalto, **que o proprietário do restaurante conseguiu reconhecer**" (fl. 532). [note-se que não se afirmou terem sido os réus reconhecidos pelo rosto, mas pela roupa, o que apenas indica que as duas pessoas que estiveram antes seriam as mesmas a cometer o roubo, mas como se chegou à pessoa do primeiro paciente - o outro nem mesmo foi reconhecido - não houve a menor explicação].

Não há dúvidas de que tal circunstância – **rosto encapuzado** –, relatada no depoimento de **todas as vítimas** mencionadas na sentença condenatória, modula a qualidade da identificação e, portanto, não pode ser desconsiderada, pois obviamente **dificulta o reconhecimento** de determinado suspeito acerca da prática de um crime.

Ademais, embora Viviany Rech haja afirmado, em juízo, que estava segura quanto ao reconhecimento de Vânio como sendo um dos autores do delito, testemunhou que "**não viu o indivíduo com nitidez, viu mais a parte da boca e o nariz (que era grande), barba por fazer**" e que "**ele tinha cerca de 1,70** (um metro e setenta) com base na altura da depoente, que é cerca de 1,60 (um metro e sessenta)" (fl. 533).

Vale ressaltar, ainda, que, também em juízo, essa vítima confirmou o seu depoimento prestado na fase inquisitiva de que o indivíduo que estava próximo de si durante o assalto – **Vânio Gazola** – "**tinha cerca de 1,70** (um metro e setenta)" e que "**não tem dúvida de que o reconhecimento que fez na delegacia era relacionado à pessoa que estava próxima à depoente**" (fl. 533). Aliás, todas as testemunhas ouvidas em juízo e na fase inquisitiva afirmaram que **o assaltante possuía cerca de 1,70 m.**

No entanto, conforme documento constante dos autos (fl. 52), **o paciente Vânio possui cerca de 1,95 m**, discrepância que reforça a





## *Superior Tribunal de Justiça*

fragilidade do reconhecimento para embasar a sua condenação, máxime se considerado que, à luz dos padrões brasileiros, uma pessoa com altura de quase 2 metros dificilmente passaria despercebida pela vítima de um assalto. A despeito disso, **tal característica não foi descrita por nenhum dos ofendidos.**

Chama atenção, igualmente, a afirmação do próprio Juiz sentenciante, de que as vítimas "foram abordadas e surpreendidas dentro do restaurante enquanto jantavam, **sendo ameaçadas para que não olhassem para os acusados**" (fl. 534). Certamente essa foi também uma das razões pelas quais os próprios ofendidos afirmaram, **em juízo**, que não podiam reconhecer, com a certeza necessária, os autores dos fatos.

Não há dúvidas, além disso, de que **o reconhecimento fotográfico foi induzido.** Conforme relatório policial juntado aos autos (fls. 204-213), no local do roubo, os policiais militares, diante das descrições realizadas pelas vítimas, mostraram imagens de **Vânio da Silva Gazola**, "tendo duas delas o reconhecido como um dos autores do roubo" (fl. 205), quais sejam, **Viviany e Guilherme.**

É dizer, **a polícia não realizou nenhuma medida para tentar fazer um reconhecimento fotográfico nos moldes do art. 226 do CPP;** ao contrário, "os policiais militares, diante das descrições delatadas pelas vítimas, mostraram imagens de Vânio da Silva Gazola, vulgo 'Vaninho', tendo duas delas o reconhecimento como um dos autores do roubo" (fl. 205), ressaltando a autoridade policial, na sequência, que: "Vânio é bastante conhecido no meio policial, inclusive encontrando-se foragido há tempos, ostentando contra si mandado de prisão ativo por homicídio. Sabe-se também do envolvimento de Vânio em crimes patrimoniais" (fl. 205).

Confira-se, a propósito, o **termo de reconhecimento de pessoa por foto** relacionado à vítima **Guilherme Costa Flores Rodrigues** (fl. 75, grifei):

Ao(s) vinte um dias do mês de setembro de dois mil e dezoito, nesta cidade de Tubarão, na Divisão de Investigação Criminal, onde presente se achava o senhor ANDRÉ MONTEIRO CRISOSTOMO, Delegado de Polícia, comigo, Jenifer Rodrigues, Escrivão de Polícia *ad hoc*, presentes ainda as testemunhas: Tadeu Leopoldo Siqueira Junior e Jose Roberto Larrovd, policiais civis lotados nesta Delegacia, todos abaixo assinados, **compareceu GUILHERME COSTA FLORES**





## Superior Tribunal de Justiça

**RODRIGUES**, a quem a autoridade deferiu o compromisso legal de dizer a verdade do que soubesse e lhe fosse perguntado, compromisso que foi prontamente aceito por ele(a). **A autoridade convidou-a para, na presença das testemunhas supramencionadas, reconhecer um dos autores do roubo ocorrido no dia 20/09/2018 sob o boletim de ocorrência 2011-2018-03528 quando, então RECONHECEU SEM A MENOR DÚVIDA VANIO DA SILVA GAZOLA como sendo um dos autores que praticaram o roubo no restaurante situado na Rodovia BR 101 Churrascaria O Costelão, ao lado do posto Presidente. Nada mais havendo a constar, mandou a autoridade que se encerrasse o presente termo [...]**

No que tange à vítima **Viviany Reck Bento Back**, o termo de reconhecimento de pessoa por fato foi lavrado nos seguintes termos (fl. 78):

Ao(s) vinte um dias do mês de setembro de dois mil e dezoito, nesta cidade de Tubarão, na Divisão de Investigação Criminal, onde presente se achava o senhor **ANDRÉ MONTEIRO CRISOSTOMO**, Delegado de Polícia, comigo, Jenifer Rodrigues, Escrivão de Polícia *ad hoc*, presentes ainda as testemunhas: Tadeu Leopoldo Siqueira Junior e Jose Roberto Larroyd, policiais civis lotados nesta Delegacia, todos abaixo assinados, compareceu **VIVIANY RECK BENTO BACK**, a quem a autoridade deferiu o compromisso legal de dizer a verdade do que soubesse e lhe fosse perguntado, compromisso que foi prontamente aceito por ele(a). A autoridade convidou-a para, na presença das testemunhas supramencionadas, reconhecer um dos autores do roubo ocorrido no dia 20/09/2018 sob o boletim de ocorrência 2011-2018-03528 quando, então **RECONHECEU SEM A MENOR DÚVIDA VANIO DA SILVA GAZOLA** como sendo um dos autores que praticaram o roubo no seu restaurante situado na Rodovia BR 101 Churrascaria O Costelão, ao lado do posto Presidente. Nada mais havendo a constar, mandou a autoridade que se encerrasse o presente termo [...]

Veja-se como são idênticos os atos de reconhecimento e como **não se faz nenhuma menção ao procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal**, nem ao menos para justificar eventual impossibilidade de seguir as diretrizes, com as necessárias adaptações, ali indicadas.

Constato, de igual forma, que o boletim de ocorrência, depois de descrever, brevemente, a prática do roubo no restaurante, narra a perseguição



## Superior Tribunal de Justiça

policia] ao ve]culo dos suspeitos, que abandonaram o autom]vel e se embrenharam em uma mata, sem ser detidos. H] men]o]o ao fato de que o documento do carro (que fora abandonado) estava no nome de Igor Tartari Fel]cio, por]m **n]o h] uma descri]o de como os policiais conclu]ram que um dos suspeitos seria V]nio** (apenas identificaram, pelas roupas, os mesmos indiv]duos que estiveram horas antes no restaurante como os que praticaram o roubo):

Dentro do ve]culo abandonado, foram localizadas algumas vestes usadas no roubo e reconhecidas pelas v]timas conforme imagens e um documento em nome de IGOR TARTARI FELACIO, dono do autom]vel, conforme declarado por sua m]e (Copcast 00066). Que o ve]culo e demais pertences foram conduzidos a Delegacia de Laguna pela PM4500 para os procedimentos cab]veis. Que durante o atendimento da ocorr]ncia foram verificadas as imagens do circuito interno do estabelecimento, bem como mostrado para as v]timas do roubo imagens de suspeitos. Que de pronto foram reconhecidos pelas v]timas os masculinos VANIO DA SILVA GAZOLA e IGOR TARTARI FELACIO como sendo os autores do roubo. De acordo com o propriet]rio do estabelecimento, os suspeitos estiveram na tarde de hoje no local, por volta das 16 hs, fato este que foi confirmado pelas imagens do circuito de monitoramento do restaurante. (fl. 100)

Ou seja, **os policiais n]o esclareceram como houve o reconhecimento de V]nio**. Reitero que, conforme o relato das v]timas, os autores do roubo estavam **com capuz de moletom cobrindo o rosto**; em um dos depoimentos, a v]tima Viviany afirmou que os agentes usavam capuz, "o qual ca]a v]rias vezes" (fl. 534), mas nenhuma outra v]tima disse isso e ela mesma, o tempo todo, **afirmou ter visto apenas o nariz e parte da boca do indiv]duo** (fl. 533).

Ressalto, por oportuno, que n]o se est]a, no caso, a negar a validade integral do depoimento das v]timas; mas sim, de **negar validade ] condena]o baseada em elemento informativo colhido em total desacordo com as regras probat]rias e nem sequer confirmado em Ju]zo** mediante exib]o]o de novas fotos aos sujeitos passivos do crime, distante, portanto, da possibilidade de refuta]o]o pelo exerc]cio do contradit]rio das partes.

] de se obterem, ainda, que **n]o h] raz]o que justifique correr-se o risco de consolidar, na esp]cie, poss]vel erro judici]rio, merc] da not]ria fragilidade do conjunto probat]rio**. N]o ] despendendo lembrar





## Superior Tribunal de Justiça

que, em um modelo processual onde sobrelevam princípios e garantias voltados à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, **dúvidas relevantes não merecem solução favorável ao réu (favor rei)**. Afinal,

A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85)

Um dos grandes perigos dos modelos substancialistas de direito penal – alerta o jusfilósofo peninsular – é o de que, em nome de uma fundamentação metajurídica (predominantemente de cunho moral ou social), se permita incontrolado subjetivismo judicial na determinação em concreto do desvio punível. Daí por que a verdade a que aspira esse modelo é a chamada "verdade substancial ou material", ou seja, uma verdade absoluta, carente de limites, não sujeita a regras procedimentais e infensa a ponderações axiológicas, o que, portanto, degenera em julgamentos privados de legitimidade, ante a ausência de apoio ético no modo de ser do processo.

De lado oposto, sob a égide de um processo penal de cariz garantista – o que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita a permanente avaliação de conformidade com a Constituição da República ("O direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado", dizia-o W. Hassemer) – busca-se uma verdade processual em que reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional.

Assim, **não é possível ratificar a condenação do paciente Vânio da Silva Gazola, visto que apoiada em prova absolutamente desconforme ao modelo legal, sem a observância das regras probatórias próprias.**

### VIII. Os requisitos mínimos para a validade do reconhecimento de pessoa

O reconhecimento de pessoas é, como já destacado, meio de prova disciplinado no art. 226 do Código de Processo Penal.





## *Superior Tribunal de Justiça*

O dispositivo em apreço estabelece um procedimento e requisitos mínimos para que essa importante fonte de informações possa ter valor probatório, mesmo que produzida na fase inquisitorial, **sem, portanto, o contraditório judicial e quase sempre sem o acompanhamento de um advogado ou mesmo do representante do Ministério Público.**

Eis por que **não se poderia transigir com a inobservância do procedimento probatório**, indispensável para que esse meio de prova produza seus efeitos no futuro convencimento judicial acerca da autoria delitiva.

**Mais ainda se revela frágil e perigosa a prova decorrente do reconhecimento pessoal quando se realiza por exibição ao reconhecedor de fotografia do suspeito**, quase sempre escolhida previamente pela autoridade policial, quer por registros já existentes na unidade policial, quer por imagens obtidas pela internet ou em redes sociais. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que **o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito comprometem a idoneidade e a confiabilidade do ato.**

Diferente seria a situação de uma prova de reconhecimento derivada de filmagens de um crime por câmeras de segurança ou de um aparelho celular, das quais se permitiria, sem margem a dúvidas, identificar a pessoa filmada durante a ação delitiva, sempre, evidentemente, com o apoio de outras provas, ainda que circunstanciais. Em tais casos, não se trataria de ato de reconhecimento formal, mas de prova documental inserida nos autos, a merecer avaliação criteriosa do julgador.

Registro, a propósito, a opinião qualificada – pela própria vivência profissional e acadêmica – de dois Delegados de Polícia e Mestres em Direito, acerca da **fragilidade epistemológica desse ato inquisitorial:**

É preciso colocar em discussão a metodologia informadora e a prática constitutiva desses reconhecimentos pessoais. Em outras palavras, quais são os critérios técnicos observados pelas agências criminais a garantir o nível de confiabilidade racional exigido para esse tipo de instrumento (re)cognitivo do caso penal? **Quais os parâmetros científicos** levados em consideração para um reconhecimento de pessoas que asseguram a validade de seu resultado final (positivo ou negativo)? **Na maioria das**



## Superior Tribunal de Justiça

situações não há técnica alguma, apenas um empirismo vulgar e orientador de injustiças criminais. É preciso levar mais a sério a complexa função (re)cognitiva da persecução penal, bem como os necessários mecanismos de controle epistêmico e standards de prova mais exigentes, próprios de um regime processual democrático. Não custa repetir que, em qualquer Estado minimamente preocupado com a tutela de direitos fundamentais, impõe-se à decisão criminal condenatória uma sustentação por elementos empíricos válidos e demonstráveis de forma objetiva e racional que indiquem a superação do nível de dúvida razoável que milita em favor do imputado. (*O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimen-to-pessoas-fonte-injusticias-criminais>. Acesso em: set. 2020).

Por sua vez, a jurisprudência dos Tribunais, inclusive desta Corte Superior, tem tolerado essas irregularidades, sob o argumento de que o **art. 226 do CPP constitui "mera recomendação"**, não ensejando nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes julgados:

[...]

3. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal **configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta**, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 13/6/2017).

[...]

(REsp n. 1.853.401/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 4/9/2020, grifei).

[...]

2. Considerando que o disposto no art. 226 do CPP configura, aos olhos deste Tribunal Superior, **mera recomendação legal**, a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade quando o ato for formalizado de forma diversa da normativamente prevista. 3. A questão refere-se ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, que já foi objeto de análise por esta Sexta Turma em habeas corpus, inexistindo motivo



## Superior Tribunal de Justiça

hábil para nova deliberação.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.340.162/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 12/9/2019).

[...]

7. A teor dos julgados desta Corte Superior, não é obrigatória a repetição das formalidades do art. 226 do CPP em Juízo, na confirmação do reconhecimento de pessoas realizado na fase inquisitorial. **Prevalece o entendimento de que as formalidades configuram mera recomendação e podem ser realizadas de forma diversa desde que não comprometida a finalidade da prova.**

[...]

(AgRg no AREsp n. 1.175.175/AM, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJe 15/12/2017).

[...]

2. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é **legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação.**

3. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o Magistrado é livre para formar sua convicção com fundamentos próprios a partir das evidências apresentadas no curso da instrução processual, não estando obrigado a ficar adstrito aos argumentos trazidos pela defesa ou pela acusação, nem tendo que responder, de forma pomenorizada, a cada uma das alegações das partes, bastando que exponha as razões do seu convencimento, ainda que de maneira sucinta.

4. Neste caso, o Tribunal apresentou motivação suficiente para rejeitar os argumentos que davam base à tese absolutória, solucionando a questão iuris de modo claro e coerente, não se vislumbrando deficiência de fundamentação apta a ensejar a nulidade do feito.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 474.655/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 3/6/2019, grifei).

Não obstante essa orientação jurisprudencial, proponho sejamos capazes de **rever essa interpretação, mercê da qual se convalida, de algum**





## Superior Tribunal de Justiça

**modo, o reconhecimento – tanto pessoal quanto fotográfico – feito em desacordo com o modelo legal, ainda que sem valor probante pleno, e que pode estar dando lastro a condenações temerárias.** Em verdade, o entendimento que se tem sufragado é o de que, havendo alguma prova que “dê validade” ao reconhecimento irregularmente produzido na fase inquisitorial, este meio de prova acaba por compor o conjunto de provas a ser avaliada pelo juiz ao sentenciar.

O problema de tal interpretação é que, não sendo raro a vítima confirmar em juízo um reconhecimento irregular, **esse meio de prova assume importância ímpar no destino do acusado**, porque “amparado” por mera ratificação em juízo de **algo que foge dos mínimos standards ou padrões epistemológicos para ser válido.**

Sobre o tema, é lapidar a doutrina de Badaró:

**O reconhecimento pessoal já foi apontado como a mais falha e precária das provas. A principal causa de erro no reconhecimento é a semelhança entre as pessoas.** A avaliação do valor probatório do reconhecimento envolve um fator essencial: o confronto entre a descrição antecipadamente feita e os traços físicos da pessoa identificada. Por isso, é necessária a estrita observância do procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP, para que o reconhecimento pessoal possa ser valorado como prova.

O reconhecimento fotográfico tem sido aceito como meio de prova válido, desde que não seja possível a realização do reconhecimento pessoal. O principal argumento para a aceitação do reconhecimento fotográfico é, justamente, que se trataria de um “meio de prova atípico”.

**Todavia, o reconhecimento fotográfico não é prova atípica, mas um meio de prova irritual, que vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226**, substituindo a segunda fase de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida pela comparação fotográfica. Não se trata, pois, de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial. **As formalidades de que se cerca o reconhecimento pessoal são a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova**, visando a obtenção de um elemento mais confiável de convencimento. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 490-491, grifei).

Com igual ênfase, leciona Aury Lopes Júnior:



## Superior Tribunal de Justiça

O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto nos arts. 226 e s. do CPP, e pode ocorrer tanto na fase pré-processual como também processual. O ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal: Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, **partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais.** Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.

[...]

Noutra linha, deve-se advertir que o fato de admitirmos as provas inominadas tampouco significa permitir que se burle a sistemática legal. **Assim, não pode ser admitida uma prova rotulada de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas.**

Exemplo típico de prova inadmissível é o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do CPP, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, excertos das p. 506-510 - grifei).

Prosegue o professor gaúcho, **apontando prática policial que parece ajustar-se plenamente ao caso presente:**

Muitas vezes, antes da realização do reconhecimento pessoal, a vítima/testemunha é convidada pela autoridade policial a examinar “álbuns de fotografia”, buscando já uma pré-identificação do autor do fato. **O maior inconveniente está no efeito indutor** disso, ou seja, estabelece-se uma “percepção precedente”, ou seja, um pré-juízo que acaba por contaminar o futuro reconhecimento pessoal. Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia noticia os famosos “retratos falados” do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma





## Superior Tribunal de Justiça

indução em erro. Existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora.

**Portanto, é censurável e deve ser evitado o reconhecimento por fotografia** (ainda que seja mero ato preparatório do reconhecimento pessoal), dada a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória. **Ademais, o reconhecimento pessoal também deve ter seu valor probatório mitigado, pois evidente sua falta de credibilidade e fragilidade.** (LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 512-513).

Na espécie, conforme já salientado anteriormente, o reconhecimento fotográfico – já por si de confiabilidade duvidosa – **não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no art. 226 do CPP.**

**Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida; não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a polícia uma foto de um suspeito que já cometeu outros crimes, mas que nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.** Chega a ser temerário o procedimento policial adotado neste caso, ao se escolher, sem nenhuma explicação ou indício anterior, quem se desejava que fosse identificado pelas vítimas.

Além disso, mesmo com a informação trazida em vários depoimentos de que os autores do roubo estavam encapuzados, **o acusado Vânio, ora paciente, foi reconhecido por seu nariz grande**, sem nem se preocupar a autoridade policial de indagar como a vítima Viviany, que confirmou o reconhecimento em juízo, explicava o fato de haver afirmado que o suspeito, que ficara ao seu lado durante o roubo, teria cerca de 1,70 m de altura, quando o indivíduo reconhecido tinha **1,95 m, uma característica particular e pouco comum nas pessoas em geral.**

### IX. Necessidade de adoção de novas rotinas pela Polícia Civil

A sucessão de falhas no procedimento em questão implica a **invalidação completa do reconhecimento fotográfico do paciente Vânio da Silva Gazola e sua consequente absolvição.**

De nada, porém, servirá esta decisão se continuarem os órgãos





## Superior Tribunal de Justiça

de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a coonestarem essa prática investigatória dissociada do modelo legal e constitucional de um processo penal minimamente ético em seu proceder e cientificamente exercitado por seus protagonistas.

Em verdade, essa indiscutível realidade em relação ao reconhecimento pessoal **"impõe aos operadores do Direito, desde o policial que atua no flagrante até os membros das mais altas cortes do Poder Judiciário, o desafio de se apropriarem de técnicas pautadas nos avanços científicos para que se promovam os ajustes necessários a evitar que os reconhecimentos equivocados sigam produzindo condenações de inocentes"**, conforme bem observam os integrantes do *Innocence Project Brasil (Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun.2020, p. 3).

Como pontuam Machado e Barilli,

As mudanças urgentes no campo probatório penal, que devem ocorrer a partir das contribuições da psicologia do testemunho, **não podem se limitar apenas ao âmbito dogmático (teórico) ou normativo (dever ser) mediante projetos de reforma legislativa do atual artigo 226 do CPP. Devem ser pensadas em diferentes níveis operacionais da Justiça criminal e, por óbvio, sem descuidar da realidade nacional. Do contrário, teremos apenas refinadas teorias ou excelentes normas, porém sem qualquer alteração real no cotidiano das varas criminais e delegacias de polícia país afora.**

A academia já foi capaz de produzir inúmeras pesquisas sobre as mazelas do sistema de persecução penal, inclusive das nefastas práticas policiais quanto às falsas identificações pessoais. **Faltam, agora, estratégias concretas que, acolhidas pelo poder público, possibilitem a devida instrução e correta implementação de protocolos técnicos de reconhecimento pessoal nos diferentes âmbitos da Justiça criminal brasileira** (Leonardo Marcondes Machado e Raphael Jorge de Castilho Barilli. *O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticias-criminais>> - grifei).

**A iniciativa para a devida conformidade dessa prova ao modelo legal deve partir das próprias Polícias (cíveis e federal), cumprindo, por sua vez, ao Ministério Público o papel de fiscalizar a**



## *Superior Tribunal de Justiça*

correta aplicação da lei penal, por ser *órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"* (art. 127, caput), bem assim da sua específica função de *"zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] ... promovendo as medidas necessárias a sua garantia"* (art. 129, inciso II).

Dai se infere que, independentemente de qualquer positivação legal, a nossa Carta Magna impõe ao Ministério Público o dever de agir, sempre, na defesa de direitos e de garantias individuais que são normalmente confrontados durante o exercício da ação penal pública, a qual, aliás, é promovida pelo *Parquet* de modo privativo (art. 129, I, da CF).

Em outras palavras, **ao mover a ação penal pública, como parte acusadora, o órgão do Ministério Público não se despe do dever de fiscalizar e, mais do que isso, respeitar as liberdades públicas**, eis que, por serem elas indisponíveis e por comporem a ideia de uma ordem jurídica sedimentada em um regime democrático, reclamam a tutela do próprio Ministério Público.

**Este Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ao conferir nova e adequada interpretação do art. 226 do CPP, sinaliza, para toda a magistratura e todos os órgãos de segurança nacional, que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais.**

Isso porque a missão do Superior Tribunal de Justiça é, precipuamente, a de **uniformizar a melhor interpretação da lei federal, formando precedentes que orientem o julgamento de casos futuros**. Deveras, estabelecer os parâmetros de aplicação das regras probatórias do processo penal requer do STJ a clara compreensão sobre sua razão de ser: conferir unidade ao sistema jurídico, **projetando a aplicação do Direito**, mediante sua adequada interpretação, com base no julgamento dos casos de sua competência. Como acuradamente assere Daniel Mitidiero (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim*), a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, a partir da interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.





## *Superior Tribunal de Justiça*

Mais ainda, é preciso que se determine, doravante, a **invalidade de qualquer reconhecimento formal – pessoal ou fotográfico – que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP**, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato – todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo – autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários.

Na precisa observação de Antônio Vieira,

[...] a prevenção de erros e, especialmente, de condenações errôneas, passa por uma importante **mudança de atitude em relação ao reconhecimento de pessoas, passando da postura – comum até então – de confiança exagerada e percepção de suficiência na prova de identificação para uma atitude de ceticismo epistêmico**” (VIEIRA, Antônio. Riscos Epistêmicos no Reconhecimento de Pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*. Ano 2. Nº 3. Salvador: IBADPP, p. 15-16).

Aliás, sobre a responsabilidade de um Tribunal Superior, quando enfrenta **temas sensíveis** e se vê premido a tomar uma posição que implique a anulação de um processo, a juíza da Corte Suprema dos Estados Unidos Sonia SOTOMAYOR, em voto dissidente proferido em debate sobre a licitude de provas (**Utah v. Strieff, 579 U.S., 136 S. Ct. 2056, 2016**), anotou, com muita propriedade, que:

When courts admit only lawfully obtained evidence, they encourage “those who formulate law enforcement policies, and the officers who implement them, to incorporate Fourth Amendment ideals into their value system.” *Stone v. Powell*, 428 U. S. 465, 492 (1976). But when courts admit illegally obtained evidence as well, they reward “manifest neglect if not an open defiance of the prohibitions of the Constitution.” *Weeks*, 232 U. S., at 394. **(Quando os tribunais admitem apenas evidências obtidas legalmente, eles encorajam “aqueles que formulam políticas de aplicação da lei, e os oficiais que as implementam, a incorporar os ideais da Quarta Emenda em seu sistema de valores”. Mas quando os tribunais também admitem evidências obtidas ilegalmente, eles recompensam “negligência manifesta, se não um desafio aberto às proibições da**





## Superior Tribunal de Justiça

Constituição” – tradução livre).

### X. Participação de menor importância – paciente Igor

Sustenta a defesa, ainda, que, no tocante ao **paciente Igor**, deve ser reconhecida a causa geral de diminuição de pena relativa à **participação de menor importância** e pondera que a denúncia atribuiu a ele “simplesmente a conduta de emprestar o carro utilizado pelos demais agentes para praticarem o assalto” (fl. 17).

Não descuro que um dos temas mais controvertidos da ciência penal é a delimitação da autoria (ou da participação) nos delitos em que há o concurso de pessoas. Tal circunstância acaba por se refletir na imputação e na amplitude dessa imputação que recai sobre o agente que é indicado logo no início da persecução penal *in judicio*, com a denúncia ofertada pelo Ministério Público.

Apesar de o Código Penal prever que todo aquele que concorre para o crime é considerado autor (art. 29, *caput*), reconhece a menor reprovabilidade de quem participa da ação delitiva de modo secundário, sem a mesma importância dos que executam a conduta descrita no tipo.

E, ao analisar a sentença e o acórdão proferidos na instância ordinária, entendo **assistir razão à defesa** ao afirmar que Igor Felácio teve, quando muito, **uma participação de menor importância** na dinâmica do roubo pelo qual foi condenado.

É bem verdade que a Corte estadual, ao concluir que **Igor Felácio** foi um dos autores do roubo pelo qual foi condenado, e não participe, assim fundamentou o ato decisório (fls. 629-630, grifei):

Sustenta o Apelante Igor, ainda, o reconhecimento da participação de menor importância no delito de roubo. Melhor sorte não o socorre.

Isso porque, infere-se dos autos que **o Apelante Igor foi quem disponibilizou o automóvel para que Vânio e um outro indivíduo não identificado, praticassem o roubo no estabelecimento comercial.**

**O veículo foi de fundamental importância**, uma vez que o restaurante era situado às margens da BR, sendo utilizado para ir até o local, bem como para a fuga, e abandonado na cidade de Laguna, em razão da presença da polícia.



## *Superior Tribunal de Justiça*

Dessa forma, do contexto fático-probatório apresentado, tem-se que o Recorrente Igor, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, típicos da coautoria, praticou o crime de roubo narrado na Denúncia.

[...]

Portanto, **não há falar em participação de menor importância na conduta delituosa por parte do Apelante Igor**, não merecendo reparos a Sentença condenatória.

Esclareço, ainda, que o Magistrado de primeiro grau afirmou, em sua sentença condenatória, que **"o agente também ocupou papel de destaque, fornecer (no mínimo) o veículo para a prática do crime, veículo este que, inclusive, foi decisivo no êxito na fuga, não se revela de diminuta importância para o sucesso da ação"** (fl. 535). No entanto, embora haja afirmado que **"o agente também ocupou papel de destaque"**, o próprio Juiz **põe em dúvida a participação direta desse acusado no delito de roubo**, o que é corroborado pela ausência de seu reconhecimento e pelo que foi descrito no relatório policial, a seguir mencionado, no que interessa (fls. 205-206):

Diante do encontro do documento de IGOR no interior do veículo utilizado pelos criminosos, os policiais militares, no afã de elucidar o fato, fizeram constar no boletim de ocorrência que ele também havia sido reconhecido pelas vítimas.

**Ocorre que, em depoimento prestado em sede policial, nenhuma vítima reconheceu Igor como sendo um dos assaltantes.**

**Também é possível verificar, claramente, através de análise das imagens registradas pelas câmeras de segurança, que nenhum dos suspeitos de encaixa nas características físicas de Igor.**

IGOR tem cabelo grande e possui compleição física mais avantajada, sendo perceptível que se encontra acima do peso. Já o suspeito que acompanha o sujeito reconhecido como VÂNIO não possui tais características, sendo possível afirmar com certeza que não se trata de IGOR nas imagens.

**Importante mencionar que tal fato não exclui a possibilidade de participação de IGOR no crime aqui apurado, seja como motorista de fuga, seja emprestando o seu veículo para os criminosos**, o que é bastante plausível diante da versão esdrúxula apresentada por IGOR em seu interrogatório.

**Ao que tudo indica, o paciente Igor, portanto, não influenciou, de maneira decisiva, no êxito da empreitada criminosa, visto que não participou dos atos de execução, ou seja, não executou a ação nuclear típica (ele não subtraiu bens nem exerceu grave ameaça ou violência**





## Superior Tribunal de Justiça

contra as vítimas). Quando muito, conforme reconheceu o Magistrado sentenciante, **emprestou o veículo** usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse da *res furtiva*, conduta que **não pode ser tida como essencial** para a prática e a consumação do roubo, até porque não se logrou demonstrar nem sequer se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo.

Essas circunstâncias permitem que seja reconhecida, em seu favor, a causa geral de diminuição de pena relativa à **participação de menor importância**, prevista no art. 29, § 1º, do CP.

Em relação ao *quantum* de diminuição de pena, considerando a conduta imputada ao paciente, de emprestar o veículo aos assaltantes, e a contribuição de sua conduta para o sucesso da empreitada criminosa, entendo – dentro do livre convencimento motivado – ser suficiente e adequada a redução da reprimenda no **patamar mínimo de 1/6**.

Diante de tais considerações, deve ser efetivada a nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida no mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda etapa, não há nenhuma agravante ou atenuante (fl. 536).

Na terceira fase, as instâncias ordinárias aumentaram a pena em 1/3, ocasião em que fizeram menção ao art. 157, § 2º, I, do CP (emprego de arma) (fl. 536), **já revogado por ocasião do cometimento do delito objeto deste writ**, perpetrado em 20/9/2018.

Esclareço, por oportuno, que a **Lei n. 13.654/2018** entrou em vigor em 23/4/2018, antes, portanto, da prática do crime de roubo imputado ao réu, e ela revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do CP, passando a prever, em seu lugar, o aumento de pena de 2/3 se a violência ou ameaça for exercida com emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A). Assim, a rigor, a reprimenda do paciente Igor deveria haver sido exasperada no referido patamar. No entanto, para não incorrer na inadmissível *reformatio in pejus*, mantenho a exasperação da sanção, nessa etapa da dosimetria, em 1/3.

Na sequência, reduzo a pena em 1/6, em decorrência da causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP) e, por conseguinte, **torno a reprimenda do paciente Igor Tártari Felácio definitiva em 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa**.





## *Superior Tribunal de Justiça*

### **XI. Conclusões**

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

### **XII. Dispositivo**

À vista do exposto, **concedo** a ordem, para:

- a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente **Vânio da Silva Gazola** em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC. Ainda, ratifico a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso;



## *Superior Tribunal de Justiça*

b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente **Igor Tártari Felácio**, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Voto, ainda, para que se dê ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. Dê-se ciência também aos Ministérios Públicos estaduais e federal, bem como às Defensorias Públicas.





## *Superior Tribunal de Justiça*

**HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : VANIO DA SILVA GAZOLA (PRESO)  
**PACIENTE** : IGOR TARTARI FELACIO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**INTERES.** : INNOCENCE PROJECT BRASIL - "AMICUS CURIAE"  
**ADVOGADOS** : FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584  
DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI - SP131054  
RAFAEL TUCHERMAN - SP206184  
**INTERES.** : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO  
THOMAZ BASTOS - "AMICUS CURIAE"  
**ADVOGADOS** : FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584  
MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA - SP157282  
HUGO LEONARDO - SP252869  
GUILHERME ZILIANI CARNELOS - SP220558  
**ADVOGADA** : DOMITILA KOHLER - SP207669

### **VOTO**

#### **O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:**

A falsa memória é grave risco à prova penal, especialmente relevante no reconhecimento de autores do crime, onde a emoção, o tempo e lapsos espontâneos levam ao erro, apenas aumentado em sucessivos reconhecimentos.

Forma é garantia legal de confiabilidade na prova. Mesmo impossível o reconhecimento sem erros, nosso procedimento legal busca estabelecer confiança razoável pela identificação de alguém entre semelhantes, após descrevê-lo e sem indecisões – o que disto se afasta reduz não somente o respeito à forma, mas à própria confiabilidade dessa prova.

Não chego como o Relator a admitir que qualquer descumprimento do rito probatório leve à inadmissão do reconhecimento, mas sim que quanto maior seja o grau desse descumprimento, menor será a confiança na prova, de modo que graves defeitos ao procedimento impeçam valorar como suficiente à admissão da autoria para a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração probatória adequada – independente e idônea.

Embora a realização posterior de prova em regra afaste a invalidade de semelhante prova anterior, no caso do reconhecimento isso não se pode permitir pelo natural vício da





## *Superior Tribunal de Justiça*

memória já identificadora de pessoa inicial com erro – a fixação da imagem do reconhecido tende a substituir aquela memória do dia do crime. Assim, não serve como prova independente e idônea o reconhecimento posterior em juízo, após grave falha no reconhecimento inicial.

Tampouco testemunhos apenas de relato do reconhecimento inicial, com grave defeito, servem como prova independente e idônea.

Finalmente, o reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser o reconhecimento fotográfico ratificado por reconhecimento pessoal assim que isto se torne possível, sendo incapaz de permitir a condenação sem corroboração independente e idônea.

Assim, minhas conclusões são:

O descumprimento ao procedimento de identificação de pessoas e coisas reduz a confiabilidade na prova e graves defeitos impedem valorar como suficiente à admissão da autoria para a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração probatória independente e idônea.

O reconhecimento fotográfico merece oportuna ratificação por reconhecimento pessoal, sendo incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração independente e idônea.

Concordando com o Relator no resultado do julgamento, dele divirjo apenas parcialmente da tese de invalidade a qualquer defeito de forma do reconhecimento – isto reservado ao que considere o julgador como grave descumprimento de rito.



## Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** Senhor Presidente, não tenho muito a dizer. O Ministro Rogério Schietti, como de praxe, esgotou o assunto. Enfrentou e esgotou a questão referente ao reconhecimento fotográfico e aos dispositivos legais e constitucionais que o orientam sob todos os ângulos possíveis.

Apenas tomo a liberdade aqui, eminente Relator, de trazer palavras que apenas endossam tudo aquilo que Vossa Excelência já explanou com enorme brilho.

Primeiro, cito Fernando da Costa Tourinho Filho:

**Reconhecimento.** Ato por que se faz a verificação e confirmação da identidade de pessoa ou coisa. No reconhecimento há a fusão de uma percepção presente com outra pretérita. A pessoa que procede ao reconhecimento faz uma evocação à reminiscência e procura ver a semelhança entre aquela figura guardada na memória e aquela que lhe é apresentada. Às vezes a memória não é boa. Por outro lado, quanto mais o tempo passa, mais se distancia a lembrança, o que dificulta seriamente o reconhecimento. Ademais, é muito comum a existência de pessoas que guardam impressionante identidade física. Daí o acerto desta v. decisão da Suprema Corte: "As formalidades previstas no art. 226 do CPP são essenciais à valia do reconhecimento, que inicialmente há de ser feito por quem se apresente para a prática do ato, a ser iniciado com a descrição da pessoa a ser reconhecida. Em seguida, o suspeito deve ser colocado ao lado de outros que com ele guardem semelhança, a fim de que se confirme o reconhecimento. **A cláusula 'se for possível', constante do inc. II do artigo de regência, consubstancia exceção, diante do princípio da razoabilidade.** O vício não fica sanado pela corroboração do reconhecimento em juízo, também efetuado sem as formalidades referidas. Precedentes." (Rel. Min. Marco Aurélio – RT, 752/516).

**Reconhecimento fotográfico.** E se se tratar de reconhecimento fotográfico? Depende do caso concreto. Se a autoridade solicita à pessoa que vai proceder ao reconhecimento a descrição daquela que vai ser reconhecida, e a seguir, exibe-lhe cinco ou seis fotografias de presos que guardem entre si certa semelhança para que ela aponte qual delas retrata o criminoso, tal ato, **aliado a outros elementos constantes dos autos, pode ser valioso.** Entretanto, o comum é a Polícia exibir fotografias de pessoas completamente diferentes... algumas trazendo dizeres como "aborto", "roubo", "homicídio", o que torna mais sugestivo o reconhecimento... Às vezes, sabemos todos, há fotografias que não retratam, com fidelidade, a pessoa; outras vezes há uma semelhança





## *Superior Tribunal de Justiça*

física impressionante... **Por isso tudo**, sem embargo da palavra sempre autorizada de Frederico Marques (...), **entendemos que o reconhecimento fotográfico deixa a desejar. É um perigoso meio de prova e que tem dado causa a inúmeros casos de erro judiciário.** (Código de Processo Penal Comentado, Tourinho Filho, vol. 1, Saraiva, fls. 225/226). (Grifos nossos)

E, a seguir, entendo preciso e adequado as razões do voto do Ministro Marco Aurélio (HC n. 75.331/SP), acima citadas por Tourinho Filho:

É sabença geral não se ter em qualquer dispositivo de lei preceitos inúteis. Cada qual tem uma razão de ser e, portanto, um objetivo. O artigo 226 do Código de Processo Penal é categórico ao revelar o procedimento a ser adotado quando se cuida do reconhecimento de pessoas. Em primeiro lugar, aquele que deva proceder ao reconhecimento há de ser convocado para descrever a pessoa a ser reconhecida. Em fase subsequente, visando a tornar extremo de dúvidas o reconhecimento e, portanto, colar-lhe a indispensável segurança jurídica, a pessoa que dele for alvo "será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la". Inegavelmente, apenas em uma única hipótese despreza-se esta fase, ou seja, naquela em que é impossível assim proceder-se. No caso dos autos, não há a menor notícia de óbice à observância do preceito; simplesmente, foi colocado em plano secundário como se não compusesse a ordem jurídica em vigor, emprestando-se-lhe inocuidade maior, chegando-se, a seguir, via reconhecimento à margem da prescrição legal, à condenação do Paciente, primário e de bons antecedentes. A luta por este empreendida, quer interpondo recurso, quer caminhando para a justificação prevista no artigo 423 do Código de Processo Penal, mostrou-se infrutífera. Ora, se de um lado é certo, não servir o habeas-corpus ao novo julgamento da causa, de outro não menos correto é que se mostra o meio adequado à aferição da ocorrência, ou não, de ilegalidade.

Senhor Presidente, **não posso desconhecer que esta é a derradeira oportunidade que o Paciente tem de ver observado o devido processo legal; de ser julgado após instrução regular da ação penal, o que não se verifica quando se aponta de importância menor formalidade relativa à única prova que serviu de base ao Juízo na condenação imposta, ou seja, a revelada pelo reconhecimento.** A persecução criminal é, sim, almejada por toda a sociedade. **Todavia, vivendo-se em um Estado Democrático de Direito, há de ocorrer com obediência irrestrita às normas instrumentais em vigor, evitando-se a consumação de erros judiciários que acabem por macular a vida de uma pessoa, colando estigma de efeitos permanentes.** Porque em jogo a própria liberdade, entendo que o Supremo Tribunal Federal não pode endossar quadro revelador da imposição de decreto condenatório, após negativa de autoria a partir de prova única, ou seja, reconhecimento levado a efeito ao arrepio da norma imperativa insculpida no artigo 226 do Código de Processo Penal. Não parto, no





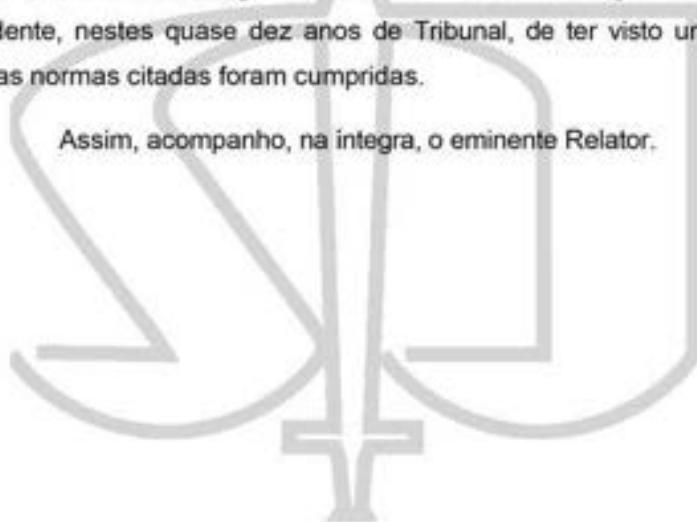
## *Superior Tribunal de Justiça*

juízo deste habeas, para o revolvimento de matéria fática. Não defino a inocência do Paciente. Asseguro-lhe, no entanto, o direito de ser julgado com absoluto respeito ao que disciplinado legalmente. (Grifos nossos)

Senhor Presidente, na verdade, não vejo mais como endossar a desobediência de formalidades impostas pela nossa norma processual sob a justificativa eterna de que o Judiciário (e aqui no caso a nossa polícia) não tem estrutura humana e material para tomar efetiva a letra da lei.

Aqui, a exceção – o não cumprimento dos procedimentos presentes nos incisos I, II, III e IV do artigo 226 do CPP – se tornou regra. Não me lembro, Sr. Presidente, nestes quase dez anos de Tribunal, de ter visto um único processo onde as normas citadas foram cumpridas.

Assim, acompanho, na íntegra, o eminente Relator.





## Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)

### VOTO-VOGAL

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Sr. Presidente, Srs. Ministros, quero, inicialmente, cumprimentar o Dr. Thiago Yukio Guenka Campos e, também, a Dra. Dora Marzo, que fez uma brilhante sustentação em sua manifestação como *amicus curiae*, e trouxe elementos importantes aos autos. Também saúdo o Dr. José Adonis, que falou em nome do Ministério Público, da preocupação do Ministério público, o qual até chegou a concluir pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

Eu também cumprimento o Exmo. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ pela substancialidade de seu voto.

No caso, observa-se da atenta leitura da sentença que a condenação do Paciente apoiou-se exclusivamente no reconhecimento fotográfico efetuado por uma das vítimas, confirmado em juízo.

O Tribunal de origem, ao manter a condenação, consignou o que segue (fls. 615-618; sem grifos no original):

*"Sustenta a Defesa, preliminarmente, a nulidade da Sentença por estar baseada em reconhecimento realizado pelas vítimas em sede policial, o qual teria desrespeitado o art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal.*

*Razão não lhe assiste.*

*Isso porque as disposições do art. 226 do Código de Processo Penal, que tratam do procedimento a ser observado para o reconhecimento de pessoas e coisas, são simples recomendações, cuja inobservância não importa, por si só, em invalidade processual.*

[...]

*Assim, absolutamente possível o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, a despeito das disposições do art. 226 do CPP, especialmente em casos como o dos autos, em que o reconhecido não foi preso em flagrante.*

*Ademais, importante ressaltar que a vítima Viviany Rech Bento Back afirmou judicialmente que confirma o reconhecimento realizado na Delegacia de Polícia, apesar de na data da audiência afirmar que não teria condições de reconhecer novamente Vânio em razão do transcurso de tempo (registro audiovisual de fls. 418-419).*

*No que se refere à questão da altura do Apelante Vânio, que foi apontada pelas vítimas como sendo de aproximadamente um metro e setenta centímetros, quando consta do documento de fl. 24 que ele teria cerca de um metro e noventa e cinco centímetros, tem-se que não afasta a credibilidade do reconhecimento feito no dia seguinte aos fatos, uma vez que as vítimas apontaram detalhes da face de Vânio, que estava com o rosto*



## Superior Tribunal de Justiça

### ***apenas parcialmente coberto.***

*Não bastasse, as imagens apresentadas pela própria Defesa às fls. 475-576, também demonstram as semelhanças entre o autor do fato que aparece nas imagens das câmeras de segurança e Vânio, especialmente a estatura, o formato do nariz e até mesmo o corte de cabelo, o que corrobora o reconhecimento efetuado pelas Vítimas na Delegacia de Polícia.*

*Portanto, afasta-se a preliminar arguida."*

Como se vê, embora a vítima tenha confirmado que realizou o reconhecimento fotográfico na fase extrajudicial, apontou que sequer teria "condições de reconhecer novamente Vânio em razão do transcurso de tempo".

Relevante destacar, ainda, a fragilidade do reconhecimento fotográfico realizado, no qual a vítima apontou que o autor do roubo teria cerca de um metro e setenta centímetros, enquanto o Paciente tem um metro e noventa e cinco centímetros, diferença considerável.

É certo que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que "as disposições insculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso" (AgRg no AREsp 1.291.275/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 11/10/2018).

Ocorre, porém, que, consoante destacado pelo Ministro Relator, o reconhecimento é prova com alto grau de subjetividade e a observância do procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal dá um norte ao Julgador com relação às formalidades mínimas que devem ser obedecidas na elaboração dessa prova, representando uma garantia ao Acusado, que não deve ser afastada pelo Poder Público.

Dessa forma, deve haver maior critério na observância da legislação atinente a essa forma de prova colhida pela autoridade policial.

Registro, ainda, que ouvi com muita clareza as observações feitas pelo Exmo. Ministro NEFI CORDEIRO, sobre sua preocupação no sentido de que mínimos descumprimentos do rito não podem gerar a inadmissão da prova, e não identifiquei uma divergência das conclusões, pelo menos com relação às conclusões do voto do Exmo. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, sendo certo que, no caso, houve um grave descumprimento ao disposto no art. 226 do CPP, por tratar-se de mero reconhecimento fotográfico.

Parabenizo, mais uma vez, o Exmo. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ por suas conclusões, por levar ao conhecimento de várias autoridades esta decisão que está sendo prolatada hoje, aqui, nesta tarde. Eu gostaria apenas de acrescentar, Ministro ROGERIO, que





## *Superior Tribunal de Justiça*

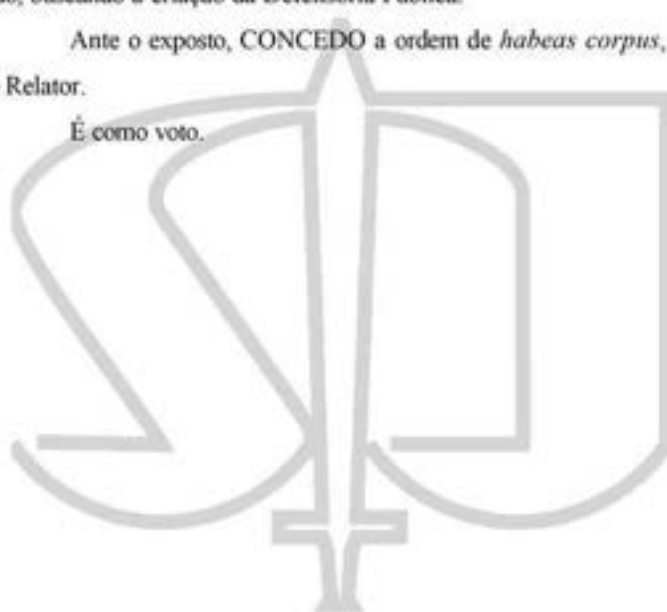
também fosse levada ao conhecimento da Defensoria Pública do Estado, de todos os Estados, esse trabalho, como incentivo.

Sou uma grande apoiadora da Defensoria Pública e acho interessante que as Defensorias Públicas estaduais tomem conhecimento desse trabalho tão importante realizado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina.

Recordo que Santa Catarina com o meu Estado de Goiás foram os últimos Estados a criarem a Defensoria Pública. Depois de muita luta, no meu Estado de Goiás, pedindo, pleiteando, buscando a criação da Defensoria Pública.

Ante o exposto, **CONCEDO** a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Relator.

É como voto.





# Superior Tribunal de Justiça

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0179682-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 598.886 / SC  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011992220198240075 11992220198240075

EM MESA

JULGADO: 27/10/2020

### Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	VANIO DA SILVA GAZOLA (PRESO)
PACIENTE	:	IGOR TARTARI FELACIO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES.	:	INNOCENCE PROJECT BRASIL - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI - SP131054 RAFAEL TUCHERMAN - SP206184
INTERES.	:	INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO THOMAZ BASTOS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA - SP157282 HUGO LEONARDO - SP252869 GUILHERME ZILIANI CARNELOS - SP220558
ADVOGADA	:	DOMITILA KOHLER - SP207669

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

### SUSTENTAÇÃO ORAL

Dra. DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI, pela parte INTERES.: INNOCENCE PROJECT BRASIL

Dr. THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS (Protestará por Juntada)

, pelas partes PACIENTES: VANIO DA SILVA GAZOLA e IGOR TARTARI FELACIO

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ, SUBPROCURADOR-GERAL DA



## *Superior Tribunal de Justiça*

REPÚBLICA

### **CERTIDÃO**

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com os esclarecimentos do Sr. Ministro Nefi cordeiro.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.





### 3. REPÚBLICA DE CHILE

#### 3.1. Defensoría Penal Pública de Chile

**3.1.1. Corte Suprema acoge amparo interpuesto por la defensa en favor de persona que utiliza derivados del cannabis con fines medicinales. Señala que la resolución recurrida carece de la debida fundamentación porque no consideró los antecedentes acompañados por la defensa que dan cuenta de tratamiento medicinal, por lo anterior, sustituye la prisión preventiva por la medida cautelar de arresto domiciliario parcial nocturno (CS 18.03.2021 rol 19103-2021)**

**Normas asociadas:** CPR ART. 21; CPP ART. 36; CPP ART. 140; CPP ART. 140 a; CPP ART. 140 c; L20.000 ART. 4; L20.000 ART. 8

**Temas:** Garantías Constitucionales; Medidas Cautelares

**Descriptor:** Recurso de amparo; Cannabis; Fundamentación; Prisión preventiva

**SÍNTESIS.** Corte Suprema acoge amparo interpuesto por la DPP en favor de imputado que se encontraba sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva por los delitos de microtráfico y cultivo de cannabis. La acción se sustenta en que la resolución que impuso la medida cautelar carece de fundamentación, toda vez que los hechos no son constitutivos de microtráfico, ni cultivo de cannabis, el imputado la utiliza para tratar patologías crónicas, lo cual supone extraer de las flores esencias para preparar macerados y ungüentos para tal efecto, además de aparecer del todo desproporcionado la cautelar más gravosa del ordenamiento cuando no existe la necesidad de cautela. La Corte sostiene que la resolución de la Corte de Apelaciones de Talca que confirmó la del Juzgado de Garantía de Talca carece de fundamentación porque no considera los antecedentes que fueron acompañados por la defensa que, indican que el amparado sufre de patologías crónicas - lumbalgia y glaucoma- que no han respondido a los tratamientos tradicionales paliativos del dolor, recetándosele ungüentos derivado de la cannabis para tal efecto, además que tampoco existen antecedentes que den cuenta de comercialización. En atención a lo descrito, se sustituye la prisión preventiva por la medida cautelar de arresto domiciliario nocturno (**Considerandos relevantes: 1 y 2**).

## TEXTO COMPLETO

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil veintiuno.

Al escrito folio N° 29338-2021 y 29368-2021: a todo, téngase presente.

**Vistos y teniendo únicamente presente:**

1.- Que de la revisión de los antecedentes, aparece de manifiesto que el amparado sufre de diversas patologías crónicas que, según dan cuenta los certificados médicos acompañados a los autos, no han respondido a los tratamientos tradicionales paliativos del dolor, recentándosele ungüentos derivado de la cannabis para tal efecto.

En el mismo sentido, consta del mérito de autos que no existen elementos probatorios relativos a la comercialización de las sustancias que le fueron incautadas al recurrente.

2.- Que no obstante lo anteriormente expuesto, la sentencia recurrida no se hace cargo de las alegaciones efectuadas por la defensa del amparado en tal sentido, limitándose a rechazar la acción constitucional intentada por razones meramente formales, de lo que se colige que el pronunciamiento impugnado carece de la debida fundamentación, lo que lo torna en arbitrario, afectando con ello la libertad personal del amparado, en cuanto éste se mantiene sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva sin que exista sustento fáctico ni cautelar alguno para ello.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de diez de marzo de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Talca, en el Ingreso Corte N° 36-2021, y en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo deducido en favor de S.H.P., quedando sujeto a la medida cautelar de arresto domiciliario nocturno.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Rol N° 19.103-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. y los Abogados (as) Integrantes Diego Antonio Munita L., Ricardo Alfredo Abuaquad D. Santiago, dieciocho de marzo de dos mil veintiuno.

En Santiago, a dieciocho de marzo de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



**3.1.2. SCS 25.388-2021 Sala Penal acoge recurso de nulidad deducido a favor de imputada que ingresa cigarrillo de marihuana a la cárcel a petición de su marido, se la condena por microtráfico, se esgrimen argumentos con enfoque de género (no considerados por el fallo), pero la absuelve Abajo van los considerados más relevantes y que dan cuenta de que efectivamente hubo una “errónea aplicación del derecho”.**

### Sentencia de Nulidad

**SÍNTESIS:** Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por errónea aplicación del derecho de los artículos 1° y 2° del Código Penal, artículos 1° y 4° de la Ley N°20.000, y los incisos noveno y décimo del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, pues se califica como delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material para sancionarla penalmente, pues la sustancia ínfima de cannabis sativa ascendente a 2,1 gramos estaba destinada a una persona determinada dentro del establecimiento penitenciario, no atentándose contra el bien jurídico protegido, debido a que no está destinada a persona indeterminada y a su circulación incontrolable.

La Corte sostiene, en virtud del principio de lesividad, y en relación con la afectación del bien jurídico protegido de la salud pública, se debe establecer la real dañosidad social de la conducta, y omitir ese análisis de peligrosidad implicaría una contravención a la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, por lo que se requeriría una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento integrante del tipo del delito.

Asimismo, en virtud del principio de ofensividad, agrega que el daño social que busca preverse con la tipificación de los delitos de la Ley N°20.000 no consiste en la autolesión, propia de la autonomía de los individuos, sino en la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud y la libertad de los demás. En ese sentido, llevaría a descartar la sanción de conductas que aparezcan exclusivamente dirigidas al concreto consumo de la sustancia en cuestión por parte de una persona individualizada, como ocurriría en el caso en auto, debido a que la sustancia incautada estaba destinada al consumo de un único interno, su cónyuge, en atención a la cantidad de droga y su destinatario,



no se puede concluir que la conducta de la imputada constituya un riesgo para la salud pública.

Acordado con voto en contra de Valderrama y Letelier, quienes están por desestimar la causal, porque no resulta posible razonar que la conducta desplegada por la acusada resulte atípica, pues se estableció que la droga estaba en la encomienda que entregó la acusada, que estaba destinada a otra persona, y que por el informe pericial se acreditó que se trataba de la mencionada sustancia, por lo que ameritaría sanción penal (considerandos relevantes: duodécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto).

1º) Que aun cuando se ha demostrado que la acusada, careciendo de la debida autorización, entregó una encomienda en el centro penitenciario de Santa Cruz, en cuyo interior se mantenía oculto en un calcetín, un envoltorio de nylon con 2,1 gramos de cannabis sativa, con el objeto de fuera entregado a su marido John Merino Morales, quien se encontraba recluido en ese establecimiento, para su consumo personal, por lo que la conducta de la acusada no puede ser calificada aisladamente del destinatario de la droga que la consumiría, así como la cantidad de la misma.

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

3º) Que encontrándose justificado en estos autos que la acusada portó y entregó la cannabis sativa con el fin de que fuera consumida únicamente por su marido, no se puso en riesgo el bien jurídico protegido por el artículo 4 de la Ley N° 20.000.

**Sentencia de Reemplazo:** Se dicta sentencia a continuación de sentencia de nulidad donde se decreta la absolución de la Acusada.

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

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 2, 14, 15 y 16 del Código Penal; 1 y 4 de la Ley N° 20.000; 48, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, se declara que: Se absuelve a CBFA de la acusación que le fuera formulada por el Ministerio Público de ser autora del delito de tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000.

Santiago, a cinco de julio de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

En esta causa RUC N° 2000593642-0 y RIT N° 8-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, por sentencia de veinticuatro de marzo pasado condenó a CAMILA BELÉN FUENTES ARAVENA a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y multa de cinco unidades tributarias mensuales como autora del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, ilícito previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, perpetrado el 11 de junio de 2020 en la comuna de Santa Cruz.

En contra de esa decisión, la defensa de la encausada interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de quince de junio pasado, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurso de nulidad deducido se funda, de manera principal, en la causal contemplada en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento del fallo se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de lo resuelto, y acusa la infracción de los artículos 1°, 4°, 42 y 43 de la Ley N° 20.000, artículos 1° y 2° del Código Penal; incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, pues se considera





como delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para sancionarla penalmente.

Explica que en el artículo 4 de la Ley N° 20.000 el objeto material descrito por el tipo penal hace referencia a que las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, deben ser productoras de dependencia física o síquica, o tratarse de materias primas que sirvan para obtenerlas, en consonancia con lo dispuesto en los incisos 1° o 2° del artículo 1° de la misma ley.

Añade que el artículo 1° de la Ley N° 20.000 expresa que las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, deben ser capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Así, para determinar si se trata de sustancias que produzcan graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, el legislador estableció en el artículo 43 de la citada ley, la obligación de elaborar un protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada, en el que debe identificarse el producto, su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como asimismo, un informe sobre los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que producen y la peligrosidad que reviste para la salud pública.

Señala que en el caso sub-lite, el tribunal estimó suficiente un informe que supuestamente entregaba la pureza, sin análisis alguno de la droga incautada, pues solo se hace referencias al efecto de la marihuana, sin analizar la droga incautada.

Concluye solicitando que se acoja la causal de nulidad deducida de forma principal, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero



separadamente, la sentencia de reemplazo que absuelva a su representada del delito acusado.

**Segundo:** Que, como primera causal subsidiaria, también se hizo valer la contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, al quebrantarse los artículos 1° y 4° de la Ley N° 20.000, artículos 1° y 2° del Código Penal; incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, lo que aconteció al considerar como delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para sancionarla penalmente, pues en el caso sub-lite su representada Camilia Fuentes lleva una encomienda dirigida a una persona determinada, su marido John Merino, y una cantidad ínfima de cannabis sativa (2,1 gramos).

Explica que en cuanto a los elementos que configura el tipo penal, cabe recordar que el daño social que el legislador tuvo a la vista al crear los tipos legales, en primer término, no fue la auto-lesión, expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares dispuestos a exponer su salud a riesgos, sino en la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud de los demás, estimando que dicho efecto no querido (difusión incontrolable), en esta caso una pequeña cantidad de droga (2,1 gramos), no tiene la capacidad de realizarlo.

Señala que en este caso se está ante una imputada que solo tiene una dosis, que no recibe remuneración alguna y que va dirigida a una persona en específico, no queriendo una difusión incontrolable, por lo que estima que el tribunal se olvida de principios rectores del Derecho Penal Chileno, como son los principios de lesividad, de proporcionalidad y de mínima intervención, los cuales



obligan al ente sentenciador a actuar conforme a éstos, más si se considera que se estableció que la acusada no era una persona que estuviese dedicada al microtráfico y que se consiguió este "pito", para entregárselo al interno porque era su pareja, padre de su hija, porque se lo pidió insistentemente y era solo para él, por lo que claramente el bien jurídico salud pública no se vio siquiera conmovido con esta conducta.

Finaliza pidiendo acoger esta causal de nulidad, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que absuelva a su representada del delito por el que fue acusada.

**Tercero:** Que como segunda causal subsidiaria se ha incoado por la defensa nuevamente la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues se quebrantaron los artículos 1° y 4° de la Ley N° 20.000, artículos 1°, 2° 15 N°1 del Código Penal; incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

Explica que en este caso se ha producido una errónea aplicación del artículo 15 N° 1 del Código Penal, al considerar a su representada como autora inmediata y directa de una conducta típica, en circunstancias, que los mismos sentenciadores señalan que ella llevó la droga solo a instancias de su pareja, es decir, lo que están reconociendo es que ella colaboró en el hecho de otro, que al menos la indujo a cometer esta conducta, pero lo curioso es que el inductor en este caso resulta impune, dado que se reconoce que la droga respecto de él era para su consumo personal y próximo en el tiempo en las dependencias del recinto penitenciario en que se encontraba, y que al ser su domicilio forzoso, permite excluirlo de sanción penal, o a lo más condenarlo por una falta, que en todo caso





estaría prescrita, pero se considera que ella, la inducida, sí realizó un tipo penal por el que se le impone una pena de tres años y años día de privación de libertad.

Agrega que el tribunal debió hacer una mejor interpretación del artículo 15 N° 1 del Código Penal, porque la imputada fue inducida a cometer este hecho, es decir, participar en un consumo de una persona y ella lo hizo por la cercanía que tiene con esa persona, por ello si los juzgadores hubiesen avanzado al siguiente punto de análisis, se habrían dado cuenta que solo existía una solución posible y es que como ella es la instigada por su cónyuge, quien será el instigador, su conducta está ligada siempre a la del instigador, quien subjetivamente está ligado a esa droga con la intención de consumirla, solo él, y como para el instigador la conducta es impune, la conducta de la imputada debe ser también considerada impune, sea porque se trata de una tentativa para cometer una falta o porque se considera que el consumo en la cárcel no es punible, para el que se encuentra encarcelado, por el principio de consunción inversa.

Agrega que de todas formas, al ser sorprendida su representada, la conducta solo se encontraba en grado de desarrollo de tentativa y, en consecuencia, para su cónyuge era una conducta atípica, porque el artículo 18 de la Ley N° 20.000 solo es aplicable a delitos y no a faltas, por lo que se aplican las reglas generales del Código Penal, que no castiga las faltas que se encuentran en grado de desarrollo de tentativa.

Termina solicitando acoger esta causal de nulidad, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que absuelva a su representada del delito acusado.



**Cuarto:** Que, como tercera causal subsidiaria, se ha esgrimido por la defensa de la imputada también la contemplada en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, al haberse aplicado la circunstancia prevista en el artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, que estima que no concurre en este caso porque el legislador señala que la pena deberá ser aumentada en un grado si el delito fue cometido en un "lugar" de detención o reclusión y lo que se dio por acreditado es que su representada entró a un centro penitenciario, sin que se sepa si ese lugar es de "detención o reclusión" que son palabras que están definidas en la ley expresamente.

Indica que lugar de detención claramente no es, porque la detención es una medida cautelar, que se dispone en las comisarias, no en los centros penitenciarios y reclusión es una pena, pero que no se cumple en todos los recintos penitenciarios. Por tanto, si el tribunal dio por acreditados los hechos, no pudo dar por acreditada la agravante en comento, sin hacer una errada aplicación del derecho, dado que ha asimilado el concepto centro penitenciario a lugar de detención o reclusión.

Concluye solicitando se acoja esta causal de nulidad, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que condene a su representada por el delito de tráfico de pequeñas cantidades, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio.

**Quinto:** Que el motivo de invalidación alegado de manera principal por la defensa, de conformidad al artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal, ha sido confiado excepcionalmente al conocimiento de esta Corte Suprema en el



evento que, con ocasión de dicha causal, se invoquen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores sobre la cuestión de derecho principal planteada en el recurso, esto es, la incidencia de la ausencia del informe de pureza en la decisión de lo discutido, lo que en la especie se demuestra con los pronunciamientos que se acompañaron a la presentación en análisis.

**Sexto:** Que los hechos establecidos por la sentencia recurrida son los siguientes:

*"Que, con fecha 11 de junio 2020, aproximadamente a las 15:00 horas, Camila Belén Fuentes Aravena, ingresó al Centro Penitenciario de Santa Cruz, ubicado en calle Arturo Prat N° 565, Santa Cruz, oportunidad en la que llevaba una encomienda dirigida al interno John Merino Morales, al revisarla en el sector de encomiendas por funcionarios de Gendarmería, estos verificaron que Fuentes Aravena al interior de dicha encomienda ocultaba, en una calceta de color negro, un envoltorio de nylon que contenía una sustancia color verde, que correspondía a cannabis sativa, que arrojó un peso bruto de 2,1 gramos, no teniendo aquella autorización para el porte de dicha sustancia ni para el ingreso de cannabis a internos del C.C.P. de Santa Cruz".*

Los hechos antes descritos fueron calificados jurídicamente como constitutivo del delito de tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000, correspondiéndole a la acusada la calidad de autora, al haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.





**Séptimo:** Que la conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, en relación a su artículo 1°, requiere que el objeto material lo constituyan "pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, esto es, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud", que se describen y clasifican en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la Ley N° 20.000.

**Octavo:** Que la disposición cuya configuración se ha tenido por probada no exige determinación de la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a "pequeña cantidad", concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado en este caso, aun desconociéndose su concentración, fuese cannabis sativa, sustancia capaz de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

**Noveno:** Que, por otra parte, este tribunal tiene presente que es la propia Ley N° 20.000, en su artículo 63, la que ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del citado cuerpo legal. A tal efecto, el D.S. 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. 565 del año 1995, clasifica las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica en dos listas (artículos 1° y 2°), dependiendo de si son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud o no, haciendo expresa mención a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 20.000, y la cannabis sativa, se encuentra contemplada en el artículo 1° del citado



Reglamento, entre aquellas drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

**Décimo:** Que, asimismo, resulta pertinente tener en consideración que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 -y respecto del cual se vale el recurso para sostener que se está ante una conducta carente de antijuridicidad material- no altera lo que antes se ha dicho, desde que éste no está destinado a cumplir el rol que el recurso pretende, y prueba de ello es que se encuentra regulado dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público y, específicamente, dentro del párrafo sobre "medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación", de manera que los elementos que allí se enuncian y sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud -peso, cantidad, composición y grado de pureza- le permitirán tener al juez un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión, cannabis sativa en este caso, deja de ser tal.

Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza o concentración de la droga constituirá una herramienta útil en la medida que el imputado pretenda exculparse alegando que aquella está destinada a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, puesto que para el análisis de la concurrencia de esta causal de justificación los sentenciadores deberán atender a la calidad o pureza del estupefaciente poseído, transportado, guardado o portado, ya que dicho elemento es crucial para determinar si es posible racionalmente suponer que aquél está destinado a tales fines, siempre que previamente se argumente dicho



consumo como defensa. De este modo, el elemento que en el informe se echa de menos tiene relevancia a la hora de decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que contempla el inciso final del artículo 4° de la Ley N° 20.000, incorporándolo como un elemento de juicio más y que, en el caso de estos antecedentes, no fue materia de discusión.

**Undécimo:** Que como consecuencia de lo expuesto precedentemente, la determinación del objeto material del ilícito se satisface con un protocolo de análisis que contenga las restantes menciones del artículo 43 de la Ley N° 20.000, como ocurre en el caso de estos antecedentes, cuestión que lleva a concluir que no ha existido error de derecho en el pronunciamiento de la sentencia a propósito de esta sustancia, por lo que la causal de nulidad, debe ser desestimada.

**Duodécimo:** Que para la adecuada resolución de la primera causal subsidiaria invocada en el arbitrio asilado en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por medio de la que se propone que la conducta desplegada por la acusada carece de la necesaria antijuridicidad material para sancionarla penalmente, pues la cannabis sativa, ascendente a 2,1 gramos, estaba destinada a una persona determinada dentro del establecimiento penitenciario, por lo que no se atenta contra el bien jurídico protegido en la Ley N° 20.000, pues no se dirige a personas indeterminadas y a la circulación incontrolable de la sustancia estupefaciente, cabe realizar las siguientes indispensables reflexiones.

Respecto del delito de tráfico de drogas hoy parece existir consenso en que el bien jurídico que se busca proteger es la salud pública, el que es de carácter colectivo y carente de individualización pues se refiere a la generalidad, y que ha sido entendido como la salud física y mental de aquel sector de la





colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas (Politoff y Matus, "Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes", en Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, 1998, p. 14).

Si bien se ha querido catalogar el tráfico ilícito de drogas como un delito de peligro abstracto -lo que ha sido denegado en fallos anteriores de esta Sala-, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro pues la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador y no un requisito del tipo (Roxin, C. Derecho Penal, Parte General, T. I, Trad. 2a ed. alemana, 1997, pp. 336 y 407), no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos. (Cobo del Rosal-Vives Antón. Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., 1999, pp. 319 y 324).

En efecto, una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social. Luego, ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho, y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las



personas frente a dicha organización estatal, propias de los regímenes totalitarios del siglo pasado (Politoff, Matus, y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 65).

En el mismo sentido, se exige que la conducta desplegada por el sujeto activo constituya *ex ante* un riesgo normativo típicamente relevante para el objeto de la tutela (Rettig, Mauricio, "Desarrollo previsible de la relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad", en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXII – N° 2, diciembre 2009, p. 185-203).

El principio de "lesividad" -que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico- se alza así como uno de los limitativos del *ius puniendi* del Estado y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como lo hace el artículo 4° en relación al artículo 1 de la Ley N° 20.000.

Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una "*praesumptio juris et de jure*" de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material (Politoff/Matus, cit., p. 18), cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3, inciso 7°, de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal. Así se ha sostenido que si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente habrán de carecer de legitimación conforme al principio enunciado los llamados delitos de peligro



abstracto, pues establecen una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una puesta en peligro (Bustos y Hormazábal, Nuevo Sistema de Derecho Penal, 2004, p. 90).

Es la citada proscripción constitucional la que demanda que para la sanción de un delito de peligro se requiera la posibilidad que de la conducta pudiera seguirse la difusión incontrolable o incontrolada de sustancias que pongan en peligro la salud y libertad de los demás; lo que conduce a descartar la aplicación de los preceptos que reprimen el tráfico ilícito si la acción de que se trata aparece exclusivamente dirigida al concreto consumo de ellos por una persona individualizada. De esa manera, según sean las circunstancias y el contexto de los hechos, podrá decidirse si se trata de un acto aislado vinculado al "uso personal exclusivo y próximo en el tiempo" de un individuo o si ese acto debe incluirse en las hipótesis de incitar, promover o facilitar la difusión de drogas nocivas susceptibles de producir dependencia. Tal peligro está directamente vinculado al trayecto de la droga en el circuito criminal y su acceso a los más vulnerables, en particular a los jóvenes (Politoff/Matus, cit., pp. 16-19).

Entonces, aún cuando el tipo de los delitos de peligro abstracto -en el evento que se lo estimare aplicable al artículo 4° de la Ley N° 20.000- no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, sí requiere una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito. Se trata de exigir, además de la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro, o lo que es lo mismo, el juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya





virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Conforme a esta variante, que configura ciertos delitos de peligro como delitos de "peligro hipotético", se puede decir que no se dará la tipicidad del delito de tráfico de drogas en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de este delito quede totalmente excluido porque falta la posibilidad del resultado de peligro (Muñoz-Soto. "El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo". Revista de Derecho Penal y Criminología, 2a Época, N° 7, 2001, p. 61).

**Décimo tercero:** Que, también debe tenerse presente que el principio de ofensividad que limita la potestad punitiva del Estado, excluyéndola, sobre aquellos supuestos en los que es la propia persona la que voluntariamente realiza comportamientos que representan un riesgo para su propia vida o salud, se vería quebrantado al entrometerse (punitivamente) el Estado en la esfera personal de quien voluntariamente ha decidido consumir determinadas sustancias (Escobar-Larrauri, "Legislación y Política Criminal en España en materia de drogas desde el nuevo Código Penal de 1995", en Gran Criminalidad Organizada y Tráfico de Estupefacientes, 2000, p. 99).

En ese entendido, dado que el daño social que el legislador tenía en vista al crear los tipos legales de tráfico ilícito de estupefacientes no consiste en la autolesión, expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares dispuestos a exponer su salud y su libertad a riesgos, sino en la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud y la libertad de los demás, nuestra ley sobre estupefacientes reconoce, siquiera parcialmente, el principio de la



autodeterminación sobre los riesgos a la propia salud al consagrar la impunidad, con algunas excepciones, de las acciones de tráfico de las sustancias de que se trata para el "uso personal exclusivo y próximo en el tiempo", de lo que debe inferirse que, de no mediar tales excepciones relativas a los sitios en que el consumo está prohibido y sancionado como falta, los actos de posesión, transporte, guarda o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (artículo 4, inciso 1°, en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000), o de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales productoras de la misma (artículo 8, inciso 1°, en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000), donde el destino de la sustancia sea el consumo personal exclusivo y próximo de la o las mismas personas que realizan las conductas antes enunciadas, no realizan el peligro general que se quiere evitar, sino, a lo más, pueden poner en peligro la salud del consumidor de esos productos, esto es, crear un peligro individual que la propia ley entiende no relevante a efectos penales (en términos similares, Politoff/Matus, cit., pp. 14, 15, 18 y 19).

**Décimo cuarto:** Que a la luz de las reflexiones anteriores cabe ahora centrarse en dilucidar si la conducta realizada por la imputada reúne las exigencias del tipo penal establecido en el artículo 4 de la Ley N° 20.000.

En el examen en referencia debe observarse si la conducta dubitada puede generar, incrementar o al menos potenciar el riesgo de difusión o propagación incontrolada de la droga o del tráfico de drogas en la comunidad o colectividad, lo que supone una cierta aptitud o posibilidad de que la conducta contribuya a la propagación, puesta a disposición o facilitación más o menos generalizada de alguna de las sustancias traficadas entre un número



indeterminado de consumidores finales, efecto o resultado que puede presentarse ya sea con un acto singular de venta de una dosis de droga a un único adicto o menor de edad, o por el contrario, puede estar ausente en el consumo privado de droga por una persona que se encuentra en un recinto penitenciario a la que le han proveído una cantidad pequeña de la misma.

Por ello es necesario establecer de un estudio global de los hechos informado por las restricciones que se derivan de la consideración del bien jurídico tutelado y del principio de lesividad, permite excluir totalmente el riesgo de difusión de la sustancia.

**Décimo quinto:** Que entrando ahora al caso particular de autos, la sentencia impugnada dio por establecidos los hechos consignados en el considerando sexto del presente fallo, agregando en el fundamento octavo, que la marihuana estaba destinada al consumo del cónyuge de la imputada con la finalidad de paliar los efectos del encierro.

**Décimo sexto:** Que sigue entonces revisar si en la especie concurren los presupuestos del artículo 4° de la Ley N° 20.000. Huelga señalar que este examen debe emprenderse respetando los hechos fijados por los sentenciadores, sin que quepa por tanto el examen o valoración de la prueba rendida en el juicio que llevó a su establecimiento.

En ese empeño debe determinarse si la conducta de la acusada realizada con el objeto de facilitar la sustancia obtenida a su cónyuge, quien se encontraba recluido en un establecimiento penitenciario, tenía como único propósito que él consumiera la cannabis sativa, o bien estaba destinada a otros internos.





Al respecto, en su considerando séptimo, la sentencia examinada establece que la acusada ingresó al Centro Penitenciario de Santa Cruz, en una encomienda, un envoltorio de nylon que contenía una sustancia color verde, que correspondía a cannabis sativa, que arrojó un peso bruto de 2,1 gramos, la que estaba destinada al interno John Merino Morales. A su vez, en el motivo octavo señala que el mencionado interno estableció el contexto que explican el hecho establecido, específicamente la petición realizada a su cónyuge (la acusada) de ingresarle marihuana para su consumo personal para paliar los efectos del encierro.

De esa forma, en los hechos y circunstancias que fijan los propios recurridos, la cannabis sativa incautada, ascendente a 2,1 gramos, estaba destinada al consumo de un único interno, su cónyuge, en atención a la cantidad de droga y al destinatario de la encomienda.

En consecuencia, no se ha asentado que se trate de una cantidad de droga que pueda ser destinada a un número elevado o al menos relevante de individuos y por un extenso período de tiempo.

Por ende, al no dar los jueces del grado por ciertas estas circunstancias u otras análogas, no es posible afirmar que la conducta de la acusada Camila Belén Fuentes Aravena haya tenido siquiera la posibilidad de constituir un riesgo para la salud pública que se protege en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, por lo que la puesta en peligro del bien jurídico protegido no concurre en este caso.

**Décimo séptimo:** Que por lo razonado se acogerá la primera causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal invocada en el recurso de nulidad por la errónea aplicación del artículo 4° de la Ley N° 20.000 con



influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, defecto relativo sólo a la sentencia impugnada, mas no el juicio, toda vez que la causal esgrimida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se aplicó una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

Atendido lo resuelto, y de conformidad al artículo 384, inciso 2°, del Código Procesal Penal, no se emitirá pronunciamiento sobre la segunda y tercera causales subsidiarias fundadas también en la letra b) del artículo 373 del mismo código.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376, 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada Camila Belén Fuentes Aravena y, en consecuencia, se anula la sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno, en la causa RUC N° 2000593642-0, RIT N° 8-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, por lo que se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

**Se previene que el Ministro señor Llanos**, estuvo también por acoger la causal principal del recurso de nulidad, en virtud de los siguientes argumentos:

1°) Que en este caso se trata de una hipótesis de tráfico ilegal de estupefacientes, pero en pequeña cantidad. Al respecto, esta Corte ha venido señalando en reiterados fallos sobre el tema propuesto que una innovación importante introducida en esta materia por la Ley N° 20.000, en relación a su antecesora la Ley N° 19.366, fue la obligación de indicar en los respectivos



protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma. Con esta modificación el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza del producto examinado. De modo que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material (SCS Roles N° 21.599-2014 de 1 de septiembre de 2014; N° 25.488-2014, de 20 de noviembre de 2014; N° 3.421-2015, de 14 de abril de 2015; N° 3.707-2015, de 28 de abril de 2015; 7.222-2015, de 20 de julio de 2015; y, N° 36.837, de 28 de enero de 2016, entre otras).

2°) Que, en ese orden, dado que en la infracción penal en examen, la lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública, derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza, es que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (SCS Roles N° 4.215-12, de 25 de julio de 2012; N° 21.599-2014, de 1 de septiembre de 2014; N° 25.488-2014, de 20 de noviembre





de 2014; N° 3.421-2015, de 14 de abril de 2015; N° 3.707-2015, de 28 de abril de 2015; y, N° 19.722-15, de 9 de diciembre de 2015, entre otras). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redunda en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado y, por ende, respecto de la existencia del delito.

3°) Que, en el caso que se revisa, se dice que la sustancia incautada corresponde a marihuana, sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza, ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, con efectivo peligro concreto del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que lo único acreditado fue que la acusada mantenía dosis de "algo" en lo que había marihuana, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

En estas condiciones, no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley, por ausencia de lesividad social del comportamiento enjuiciado y, por ende, de bien jurídico amagado.

4°) Que en mérito de lo razonado, al haber establecido la sentencia la comisión de la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley, incurrió en un error en la aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y por ende amerita su nulidad.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Valderrama y señora Letelier, quienes estuvieron por desestimar, además de la causal**



principal, también las tres subsidiarias teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

1º) Que, en cuanto a la primera causal subsidiaria del recurso, debe considerarse que la conducta tipificada en el artículo 4 de la Ley N° 20.000 sanciona -en lo que interesa- al *"que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo"*. Agregando en el inciso segundo que *"en igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro"*.

A su turno, el artículo 1º de la Ley N° 20.000 establece que las sustancias a las que se refiere son las *"capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud"*, y que además, no se cuente con *"la debida autorización"*.

2º) Que en lo que respecta a esta causal subsidiaria, el motivo octavo de la sentencia impugnada explica la razón que conduce a estimar ilícito el hecho al señalar que: *"...es posible tener por establecido que la sustancia incautada consiste en marihuana con presencia de cannabinoles y que esta sustancia es*



*productora de dependencia física o síquica, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. De esta manera es posible determinar que los efectos nocivos que para la salud produce la marihuana, concurren respecto de la droga que ha sido incautada en este caso, la que presenta las características de peligrosidad que requiere el tipo penal que se ha dado por configurado. De este modo, se puede tener por concurrente la afectación del bien jurídico, la salud pública, que supone la hipótesis legal, sin que, por tanto, existan déficits probatorios relativos a la antijuridicidad material que ella supone y que justifica, desde el punto del legislador, la incriminación de la conducta.”*

Luego, expresó que *“para estos efectos, cabe recordar que el tipo no exige alguna clase de dosificación de la droga, que la misma sea dirigida a personas indeterminadas o que su circulación sea de carácter incontrolada para la configuración del ilícito. Por el contrario, la legislación sólo prevé la impunidad en ciertas hipótesis de consumo personal, al tiempo de que la única forma de control compatible con ella consiste en la eventual autorización por parte de la autoridad de salud, de modo que las consideraciones político-criminales que sustentarían la intervención de la potestad punitiva estatal se encuentran plenamente justificadas en la forma en que jurídicamente han sido plasmadas en las normas jurídicas, que es lo único interesa a un tribunal de derecho”.*

3°) Que, según aparece de los hechos establecidos en el fallo no resulta posible razonar como lo hace el recurso en esta causal subsidiaria, en el sentido que la conducta desplegada por la acusada resulte atípica y, por consiguiente, impune, en atención a que la droga estaba destinado a una persona determinada, por lo que no afectaba a una gran cantidad de individuos ni estaba destinada a su





distribución incontrolada, considerando la exigua cantidad de cannabis sativa (2,1 gramos), pues se estableció que la droga estaba en la encomienda que entregó la acusada en el centro penitenciario; que estaba destinada a otra persona, un interno del establecimiento penitenciario, y que por el informe pericial se acreditó que se trataba de la mencionada sustancia, todo lo cual amerita la sanción del hecho tal cual lo hacen los jueces que dictaron el fallo recurrido, por cuanto la imputada portaba la droga, la entregó oculta en una encomienda y estaba destinada para que fuera consumida por un tercero, sin contar con la autorización de la autoridad competente, por lo que concurren en la especie los presupuestos del tipo penal.

4°) Que en cuanto a la segunda causal subsidiaria, también debe ser desechada, pues, conforme a lo expresado, la cannabis sativa que portaba la imputada en la encomienda estaba destinada para el consumo de un tercero, conducta que satisface el tipo penal del artículo 4° de la Ley N° 20.000, que sanciona la transferencia o facilitación de tal sustancia a cualquier tipo.

5°) Que en lo referido a la causal subsidiaria, por la que se postula la errónea aplicación al caso en análisis de la circunstancia contemplada en el artículo 19 letra h) de la Ley 20.000, que impone el aumento de la pena en un grado si "el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial", es necesario recordar que de acuerdo a la historia del establecimiento de sus antecesoras (concretamente, en la discusión que sirvió de antecedente para la sustitución de la Ley 18.403), aparece que ella fue introducida atendida la necesidad de "evitar el consumo de drogas por parte de los internos en los establecimientos carcelarios" (Informe de la Comisión



Especial del Problema de la Droga en Chile, boletín N° 653-07, Cámara de Diputados), siendo reproducida sin modificaciones en la Ley 19.366, adicionándose – a propósito de la dictación de la Ley 20.000- la referencia a los lugares “de reclusión” que se advierte en su redacción vigente, eliminando de su texto la referencia a “sus inmediaciones”, lo que restringe su aplicación a los delitos que se cometan en el interior del recinto penal. Lo anterior, entonces, da cuenta del interés del legislador penal en evitar la comisión de los delitos que la Ley en comento contempla, en el interior de – entre otros- recintos penitenciarios, atendida la afectación de derechos esenciales que tales conductas acarrearán a personas que se encuentran en situación de privación de libertad. En efecto, la redacción del precepto discurre exclusivamente en que el delito se haya perpetrado dentro de un centro de detención, sin hacer distinción alguna.

Así las cosas, la distinción que el recurso formula respecto a que no se estableció que se trataba de un recinto de detención o reclusión, aparece como artificial toda vez que los hechos se producen al interior del recinto que se encuentra bajo la tutela de Gendarmería de Chile destinada a mantener personas privadas de libertad.

6°) Que por lo expuesto, resulta evidente que la aplicación que los jueces del grado han hecho de la causal de agravación de pena contemplada en la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000 ha sido ajustada a derecho, ya que han considerado acertadamente que el ilícito se produjo en el interior del recinto penitenciario (considerando séptimo), de manera que no se ha producido el error de derecho denunciado.

Regístrese.





Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de la prevención y la disidencia,  
sus autores.

Rol N° 25.388-2021.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ  
MINISTRO

Fecha: 05/07/2021 13:18:27

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA  
REBOLLEDO  
MINISTRO

Fecha: 05/07/2021 13:18:28

LEOPOLDO ANDRES LLANOS  
SAGRISTA  
MINISTRO

Fecha: 05/07/2021 13:18:28

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER  
RAMIREZ  
MINISTRA

Fecha: 05/07/2021 13:19:57

JORGE LUIS ZEPEDA ARANCIBIA  
MINISTRO(S)

Fecha: 05/07/2021 13:18:29







Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. y Ministro Suplente Jorge Luis Zepeda A. Santiago, cinco de julio de dos mil veintiuno.

En Santiago, a cinco de julio de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

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



JXDMVGKXXQ

Santiago, a cinco de julio de dos mil veintiuno.

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

**Vistos:**

De la sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santa Cruz, se mantiene su parte expositiva y sus considerandos 1° a 7°, eliminándose todo lo demás, y de la sentencia de nulidad se reproducen los motivos 7° a 16°.

**Y considerando:**

1°) Que aun cuando se ha demostrado que la acusada Camila Belén Fuentes Aravena, careciendo de la debida autorización, entregó una encomienda en el centro penitenciario de Santa Cruz, en cuyo interior se mantenía oculto en un calcetín, un envoltorio de nylon con 2,1 gramos de cannabis sativa, con el objeto de fuera entregado a su marido John Merino Morales, quien se encontraba recluido en ese establecimiento, para su consumo personal, por lo que la conducta de la acusada no puede ser calificada aisladamente del destinatario de la droga que la consumiría, así como la cantidad de la misma.

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

3°) Que encontrándose justificado en estos autos que la acusada portó y entregó la cannabis sativa con el fin de que fuera consumida únicamente por su



marido, no se puso en riesgo el bien jurídico protegido por el artículo 4 de la Ley N° 20.000.

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

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

I. Se absuelve a Camila Belén Fuentes Aravena de la acusación que le fuera formulada por el Ministerio Público de ser autora del delito de tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000.

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

**Acordada con el voto en contra de los Ministros Sr. Valderrama y Sra. Letelier**, quienes en consideración a lo expuesto en su disidencia del fallo de nulidad, estuvieron por sancionar a la imputada como autora del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, en la forma que lo hace el fallo impugnado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 25388-2021.







HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ  
MINISTRO  
Fecha: 05/07/2021 13:18:30

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA  
REBOLLEDO  
MINISTRO  
Fecha: 05/07/2021 13:18:30

LEOPOLDO ANDRES LLANOS  
SAGRISTA  
MINISTRO  
Fecha: 05/07/2021 13:18:31

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER  
RAMIREZ  
MINISTRA  
Fecha: 05/07/2021 13:19:58

JORGE LUIS ZEPEDA ARANCIBIA  
MINISTRO(S)  
Fecha: 05/07/2021 13:18:31





Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. y Ministro Suplente Jorge Luis Zepeda A. Santiago, cinco de julio de dos mil veintiuno.

En Santiago, a cinco de julio de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

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



## 4. REPÚBLICA DEL ECUADOR.

### 4.1. Defensoría Pública del Ecuador

#### 4.1.1. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa

**SENTENCIA:** 4-19-EP/21

**FECHA:** 21/07/2021

**TRIBUNAL / SALA:** Corte Constitucional del Ecuador

**NORMATIVA LEGAL:** Art. 76 numeral 7 literales a), b), c), g) y h)

**ASUNTO:** Vulneración al derecho al debido proceso.

**DESCRIPTORES:** Acción Extraordinaria de Protección..

#### **SÍNTESIS LEGAL:**

“La Corte Constitucional analiza la acción extraordinaria de protección presentada en contra de las sentencias de apelación y casación dentro de un proceso penal. Tras el análisis correspondiente, la Corte encuentra que el tribunal de apelación vulneró el derecho al debido proceso de la accionante en las garantías reconocidas en el artículo 76 numeral 7 literales a), b), c), g) y h) de la Constitución, al conceder únicamente diez minutos para la preparación de la defensa por parte del defensor público asignado al momento de instalarse la audiencia de fundamentación del recurso de apelación. Por otro lado, la Corte descarta la alegada vulneración al derecho al debido proceso en la garantía de motivación por parte del tribunal de casación relacionada con una supuesta incongruencia argumentativa.”



## RESUMEN DE DATOS:

### 1.1. Antecedentes procesales:

1. El 3 de abril de 2017, ante el juez de la Unidad Judicial 2 de Garantías penales de Cañar (en adelante "juez de garantías penales" se llevó a cabo la audiencia de formulación de cargos por el presunto cometimiento del delito de estafa, tipificado en el inciso primero del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal ("COIP") en contra de Gloria Alexandra Balla Apugllón.

2. Tras la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, celebrada los días 7 y 15 de agosto de 20.17, el juez de garantías penales emitió auto de llamamiento a juicio en contra de la procesada por el presunto cometimiento del delito de estafa. El auto de llamamiento a juicio se redujo a escrito y notificó el 22 de agosto de 2017.

3. El 29 de septiembre de 2017, el Tribunal Segundo de lo Penal de Cañar (en adelante "el tribunal de juicio") dictó sentencia condenatoria contra Gloria Alexandra Balla Apugllón en calidad de autora del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186 inciso primero del COIP. El Tribunal impuso una pena privativa de la libertad de 5 años.

4. Gloria Alexandra Balla Apugllón presentó recurso de apelación y el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar (en adelante "el tribunal de apelación") convocó a las partes a la audiencia de fundamentación del recurso a celebrarse el día 07 de noviembre de 2017 a las 08h30. Una vez concluida la audiencia, el tribunal de apelación desechó el recurso de apelación y la sentencia por escrito fue emitida y notificada el 09 de noviembre de 2017. Gloria Alexandra Balla Apugllón solicitó ampliación y aclaración de la sentencia, pedido que fue rechazado por improcedente mediante auto de 21 de noviembre de 2017.

5. Gloria Alexandra Balla Apugllón interpuso recurso de casación, el cual fue admitido a trámite mediante auto de 23 de mayo de 2018 por el tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (el tribunal de casación).

6. Una vez concluida la audiencia de fundamentación del recurso llevada a cabo el lunes 09 de julio de 2018, éste fue declarado improcedente por el tribunal de casación. La sentencia fue emitida y notificada por escrito el 03 de octubre de 2018.

7. El 10 de octubre de 2018, Gloria Alexandra Balla Apugllón (en adelante “la accionante”) presentó acción extraordinaria de protección en contra de: (i) la sentencia de 09 de noviembre de 20 que resolvió el recurso de apelación y (ii) la sentencia de 03 de octubre de 2018 que resolvió el recurso de casación.

### **JUSTIFICACIÓN:**

“Sobre la alegada vulneración al derecho al debido proceso en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa, contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de ésta, ser escuchada en igualdad de condiciones y contar con un o una profesional del derecho particular o público”.

### **CONCLUSIÓN:**

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección Nro. 4-19-EP.
2. Declarar que el tribunal de apelación vulneró el derecho al debido proceso de Gloria Alexandra Balla Apugllón, en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa, de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación a la defensa, de ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, de ser asistida por una o un profesional del derecho particular o público y de presentar argumentos y pruebas y contradecir los de la contraparte.
3. Como medidas de reparación integral:
  - i. Dejar sin efecto la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar el 09 de noviembre de 2017 dentro del proceso No. 03282-2017-00101.

**ii.** Retrotraer el proceso hasta el momento anterior a la vulneración de derechos constitucionales, es decir, a la limitación temporal para la preparación de la defensa por parte del defensor público. En consecuencia, también queda sin efecto la sentencia de casación emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

**iii.** Disponer que, previo sorteo, otro tribunal de apelación convoque a la mayor brevedad posible a la audiencia de fundamentación del recurso de apelación correspondiente, sustancie el recurso respetando los derechos de todos los sujetos procesales y dicte la decisión judicial que corresponda.

**Link de acceso a la sentencia:**

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_D-WL\\_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYWlpdGUUnLCBlDWlkOidIYzFhOTNhYS05MTE0LTQ0OTAtYWVhOS1kNjVINjEONzYzYjIucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_D-WL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYWlpdGUUnLCBlDWlkOidIYzFhOTNhYS05MTE0LTQ0OTAtYWVhOS1kNjVINjEONzYzYjIucGRmJ30=)



Quito, D.M. 21 de julio de 2021

**CASO No. 4-19-EP**

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

**SENTENCIA No. 4-19-EP /21**

**Tema:** La Corte Constitucional analiza la acción extraordinaria de protección presentada en contra de las sentencias de apelación y casación dentro de un proceso penal. Tras el análisis correspondiente, la Corte encuentra que el tribunal de apelación vulneró el derecho al debido proceso de la accionante en las garantías reconocidas en el artículo 76 numeral 7 literales a), b), c), g) y h) de la Constitución, al conceder únicamente diez minutos para la preparación de la defensa por parte del defensor público asignado al momento de instalarse la audiencia de fundamentación del recurso de apelación. Por otro lado, la Corte descarta la alegada vulneración al derecho al debido proceso en la garantía de motivación por parte del tribunal de casación relacionada con una supuesta incongruencia argumentativa.

**I. Antecedentes y procedimiento**

**1.1. Antecedentes procesales**

1. El 3 de abril de 2017, ante el juez de la Unidad Judicial 2 de Garantías Penales de Cañar (en adelante "juez de garantías penales") se llevó a cabo la audiencia de formulación de cargos por el presunto cometimiento del delito de estafa, tipificado en el inciso primero del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal<sup>1</sup> ("COIP") en contra de Gloria Alexandra Balla Apugllón<sup>2</sup>.
2. Tras la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, celebrada los días 7 y 15 de agosto de 2017, el juez de garantías penales emitió auto de llamamiento a juicio en contra de la procesada por el presunto cometimiento del delito de estafa<sup>3</sup>. El auto de llamamiento a juicio se redujo a escrito y notificó el 22 de agosto de 2017.

<sup>1</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 186.- Estafa.- La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

<sup>2</sup> La causa se identificó con el No. 03282-2017-00101. Al concluir dicha diligencia, el juez dispuso el inicio de la instrucción fiscal y dictó las medidas cautelares de prohibición de salida del país, presentación periódica y prohibición de enajenar bienes.

<sup>3</sup> Además, el juez ratificó las medidas cautelares impuestas en la formulación de cargos.

3. El 29 de septiembre de 2017, el Tribunal Segundo de lo Penal de Cañar (en adelante “el tribunal de juicio”) dictó sentencia condenatoria contra Gloria Alexandra Balla Apugllón en calidad de autora del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186 inciso primero del COIP. El tribunal impuso una pena privativa de la libertad de 5 años.
4. Gloria Alexandra Balla Apugllón presentó recurso de apelación y el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar (en adelante “el tribunal de apelación”) convocó a las partes a la audiencia de fundamentación del recurso a celebrarse el día 07 de noviembre de 2017 a las 08h30. Una vez concluida la audiencia, el tribunal de apelación desechó el recurso de apelación y la sentencia por escrito fue emitida y notificada el 09 de noviembre de 2017. Gloria Alexandra Balla Apugllón solicitó ampliación y aclaración de la sentencia, pedido que fue rechazado por improcedente mediante auto de 21 de noviembre de 2017.
5. Gloria Alexandra Balla Apugllón interpuso recurso de casación, el cual fue admitido a trámite mediante auto de 23 de mayo de 2018 por el tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (el tribunal de casación).
6. Una vez concluida la audiencia de fundamentación del recurso llevada a cabo el lunes 09 de julio de 2018, éste fue declarado improcedente por el tribunal de casación. La sentencia fue emitida y notificada por escrito el 03 de octubre de 2018.
7. El 10 de octubre de 2018, Gloria Alexandra Balla Apugllón (en adelante “la accionante”) presentó acción extraordinaria de protección en contra de: (i) la sentencia de 09 de noviembre de 2017 que resolvió el recurso de apelación y (ii) la sentencia de 03 de octubre de 2018 que resolvió el recurso de casación.

#### **1.2. Procedimiento ante la Corte Constitucional**

8. Mediante auto de 13 de junio de 2019, la Sala de Admisión<sup>4</sup> de la Corte Constitucional admitió a trámite la demanda No. 4-19-EP.
9. El 7 de junio de 2021, la jueza sustanciadora solicitó al Pleno de la Corte Constitucional que, de manera excepcional, la acción extraordinaria de protección No. 4-19-EP sea conocida y resuelta obviando el orden cronológico de las demás causas que se sustancian en su despacho<sup>5</sup>. En sesión de 9 de junio de 2020, el Pleno aprobó la solicitud de priorización.

<sup>4</sup> Conformada por los jueces constitucionales Agustín Grijalva Jiménez, Ali Lozada Prado y la jueza constitucional Daniela Salazar Marín.

<sup>5</sup> En virtud del inciso final del artículo 7 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional y del artículo 5 numeral 2 de la Resolución No. 003-CCE-PL-2021 de 21 de abril de 2021.

10. El 10 de junio de 2020, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de la causa No. 4-19-EP y concedió a los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar y de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia el término de 10 días para la remisión de su informe de descargo.
11. El 24 de junio de 2021, el juez nacional Iván Saquicela Rodas presentó su informe de descargo. Por su parte, los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar no han cumplido con lo dispuesto por la jueza sustanciadora.

## **2. Competencia**

12. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción extraordinaria de protección de conformidad con lo previsto por los artículos 94, 429 y 437 de la Constitución y 58 y 191 número 2 letra *d* de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

## **3. Fundamentos de las partes**

### **3.1. Fundamentos de la acción y pretensión**

13. La accionante considera que las sentencias impugnadas vulneraron sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva; al debido proceso en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa, de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, de ser escuchada en igualdad de condiciones, de ser asistida por un profesional del derecho de su confianza y de motivación; y, a la seguridad jurídica. Tales derechos se encuentran reconocidos en los artículos 75, 76 numeral 7 literales a), b), c), g) y l) y 82 de la Constitución, respectivamente.
14. La accionante sostiene que el tribunal de apelación vulneró su derecho constitucional al debido proceso en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa, de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, de igualdad de armas y de contar con un defensor de confianza. La accionante afirma que ello ocurrió debido a que su abogado defensor no pudo comparecer a la audiencia de fundamentación del recurso, por lo que en ese momento el tribunal designó a un defensor público a quien le concedió 10 minutos para la preparación de la defensa. Además, señala que el defensor público “[...] apresurado en leer los medios probatorios y la sentencia, no pudo coordinar adecuadamente para hacer un análisis profundo y sobre todo argumentar y fundamentar adecuadamente, lo que sin duda me dejó [sic] en indefensión”. La accionante añade que a los jueces del tribunal de apelación “[...] no les importo [sic] que suplicaba el diferimiento de la audiencia ya que mi abogado defensor no compareció a la celebración de la misma por fuerza mayor o caso fortuito [...]”.



15. Con relación a la sentencia que resolvió el recurso de casación, la accionante sostiene que el máximo órgano de justicia ordinaria no analizó la fundamentación de la causa de nulidad alegada en el recurso de casación y originada en la audiencia de apelación. En ese sentido, señala que a pesar de haber argumentado como causa de nulidad lo relatado en el párrafo precedente, el tribunal de casación no tomó en cuenta dicho argumento y declaró improcedente su recurso, validando la actuación del tribunal de apelación que vulneró sus derechos constitucionales y la dejó en un estado de indefensión. En consecuencia, afirma que la sentencia de casación vulneró sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso en la garantía de motivación y a la seguridad jurídica.

16. La accionante señala que

*[...] es nacida, oriunda y miembro de la comunidad San Guisel Alto, perteneciente al Cantón Colta, Provincia de Chimborazo, conforme los siete documentos que se adjuntan, lo que sin duda se debe tomar en cuenta el convenio de la OIT en el art. 8, 9 y 10, ya que en vez de dictar una pena privativa de libertad se debió dar preferencia tipos de [sic] sanción distintas al encarcelamiento [...].*

17. En consecuencia, la accionante solicita que se declare la vulneración de sus derechos constitucionales, se ordene la reparación integral de sus derechos así como *"[...] las medidas necesarias para remediar el daño que se me ha ocasionado [...]"*.

### **3.2. Posición de la autoridad judicial accionada**

18. En su informe, el juez nacional Iván Saquicela Rodas refiere los antecedentes del proceso penal No. 03282-2017-00101 y aclara que a raíz de la entrada en vigencia del COIP *"[...] se dejó de considerar a la nulidad como un recurso, tal como estaba contemplado en el derogado Código de Procedimiento Pena, persistiendo actualmente en dicho cuerpo normativo como una posibilidad de sanear el proceso [...]".* Explica que eso implica que incluso ante la alegación sobre la existencia de una causa de nulidad por parte de algún sujeto procesal, la declaratoria de nulidad depende de que los juzgadores que conocen el recurso *"[...] observe[n] su existencia [...]".* Agrega que si el juzgador no observa un vicio de nulidad, *"[...] no tendrá el deber de pronunciarse al respecto ni efectuar un análisis sobre sus fundamentos, en virtud de que lo contrario representaría seguir considerando a la nulidad como un recurso, alternativa que no es viable según la normativa procesal actual".*

19. En ese sentido, señala que en el caso concreto el tribunal de casación

*[...] al no advertir la presencia de alguna causa que pueda generar nulidad, como en efecto se hace constar en la sentencia objeto de la acción, no tenía la obligación de revisar los elementos que sustentaban la alegación de la recurrente en ese sentido, ni tampoco emitir una resolución al respecto; no obstante, sin perjuicio de ello, en el considerando 5.3.2. de la sentencia se establece que, una vez revisado el expediente procesal, en la audiencia de apelación el defensor público expresó los fundamentos del recurso, lo cual fue sometido a contradicción, que la impugnante ejerció su derecho a la*

*defensa y obtuvo una resolución sobre el tema, motivos por los cuales no se observó ningún vicio en el procedimiento.*

*Con ello, pese a que el órgano jurisdiccional que conoció el recurso de casación no visualizó ninguna causa de nulidad en el proceso, realizó un análisis sobre el asunto y dio contestación a la alegación de la hoy accionante, por lo que no existe una transgresión a sus derechos constitucionales. Existe motivación en la sentencia ya que se consideró la proposición de la casacionista y obtuvo una respuesta por parte de los jueces. De la misma forma se configura una tutela judicial efectiva de sus , debido a que Gloria Alexandra Balla Apugllon (sic) tuvo acceso al órgano jurisdiccional, quien conoció y decidió sobre los cargos casacionales que fueron admitidos a trámite. Se respeta la seguridad jurídica y el debido proceso en razón de que se aplicaron las normas jurídicas correspondientes al asunto de que se trataba e interpretándolas de conformidad con las leyes y la Constitución.*

20. En consecuencia, concluye que el tribunal de casación no vulneró los derechos constitucionales de la accionante y que, al contrario, garantizó “[...] principalmente los derechos a una tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y al debido proceso de todos los sujetos procesales [...]”.

#### **4. Análisis constitucional**

21. Esta Corte ha determinado que los problemas jurídicos surgen, principalmente, de los cargos formulados por la parte accionante, es decir, de las acusaciones que esta dirige al acto procesal objeto de la acción por considerarlo lesivo de un derecho.
22. De la sección 3.1 *supra* se desprende que la accionante considera que el tribunal de apelación, al conceder solo 10 minutos para que el defensor público que asumió su defensa durante la audiencia de fundamentación del recurso de apelación prepare su intervención en la misma, vulneró su derecho constitucional al debido proceso (artículo 76 de la Constitución) en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa (numeral 7 literal a), de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa (numeral 7 literal b), de igualdad de armas (numeral 7 literal c) y de contar con un defensor de confianza (numeral 7 literal g). Sobre la base fáctica expuesta por la accionante, el análisis constitucional de esta Corte respecto de las actuaciones del tribunal de apelación se centrará en las referidas garantías. Además, en virtud del principio *iura novit curia*, esta Corte analizará también la garantía de presentar y ejercer contradicción respecto de argumentos y pruebas (numeral 7 literal h).
23. Además, señala que el limitado tiempo concedido a su defensor incidió en la sentencia de segunda instancia, por lo que planteó el recurso de casación argumentando las referidas violaciones cometidas en segunda instancia como causal de nulidad. Con relación al tribunal de casación, la accionante alega que éste vulneró sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (artículo 75 de la Constitución), al debido proceso en la garantía de motivación (artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución) y a la seguridad jurídica (artículo 82 de la Constitución)



al no haber tomado en cuenta la causa de nulidad alegada. Toda vez que de la demanda no se presenta una justificación jurídica que sustente cada uno de los derechos que se alegan vulnerados por parte del tribunal de casación, tomando en cuenta la base fáctica expuesta por la accionante, tales alegaciones se reconducen al análisis de la presunta vulneración al derecho al debido proceso en la garantía de motivación.

24. Por otro lado, la accionante afirma que por ser parte de la comunidad San Guisel Alto se debió dictar una medida distinta a la privación de libertad. Sin embargo, tras realizar un esfuerzo razonable, esta Corte Constitucional no identifica un argumento sobre vulneración a derechos constitucionales en tanto no existe una conclusión con relación a un derecho constitucional que se identifique como vulnerado, una identificación precisa de las actuaciones u omisiones de los tribunales de apelación y casación accionados, ni una explicación jurídica que fundamente la alegada vulneración. En ese sentido, esta Corte Constitucional no cuenta con elementos para pronunciarse sobre esta afirmación.

**4.1. Sobre la alegada vulneración al derecho al debido proceso en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa, contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de ésta, ser escuchada en igualdad de condiciones y contar con un o una profesional del derecho particular o público**

25. La accionante considera que el tribunal de apelación vulneró su derecho al debido proceso por cuanto éste le concedió únicamente 10 minutos para que el defensor público asignado para su patrocinio durante la audiencia de fundamentación del recurso de apelación pueda preparar su defensa. Las garantías que la accionante identifica como vulneradas son las relativas a no ser privada del derecho a la defensa, a disponer del tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, a la igualdad de armas y a ser asistida por un profesional del derecho particular o público. Para la accionante, el tiempo limitado para la preparación de su defensa fue determinante en la sentencia que resolvió desechar su recurso de apelación.

26. La Constitución reconoce las garantías del debido proceso que la accionante alega como vulneradas en los siguientes términos:

*Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]*

*7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*

*a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento;*

*b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*

*c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*

*[...]*



*g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*

*h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*

[...]

27. El derecho constitucional al debido proceso y las garantías que lo conforman asisten a todas las personas que se encuentren ante un procedimiento en que se discutan sus derechos y obligaciones, y con mayor razón aun en los procesos de carácter penal que pueden derivar en restricciones al derecho a la libertad personal<sup>6</sup>. El derecho a la defensa, como parte de éstas, debe ser “ [...] *garantizado de forma integral, sin excluir de forma indebida a ninguno de los sujetos procesales*”<sup>7</sup>. Las situaciones de indefensión de alguno de los sujetos procesales originan una vulneración de la garantía de no ser privado del derecho a la defensa y la imposibilidad de contar con tiempo suficiente para preparar la defensa técnica adecuada, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal b) de la Constitución, es uno de los supuestos que provocan indefensión<sup>8</sup>.

28. El artículo 76 numeral 7 literal a) de la Constitución reconoce la garantía de que ninguna persona sea privada del derecho a la defensa e “ [...] *implica que la posibilidad de ejercer el derecho de defensa no sea limitada de forma arbitraria en ningún momento del procedimiento*”<sup>9</sup>. Además, su importancia radica en que

*[...] es un medio de tutela dentro de un proceso judicial que consiste en la posibilidad de que las partes procesales dentro de una causa tengan acceso a exponer en forma oportuna todas las situaciones de hecho y de derecho que respaldan sus pretensiones materiales y jurídicas ante las autoridades jurisdiccionales competentes. De tal forma que a su vez se garanticen los principios de igualdad de las partes y de contradicción, para que se obtenga una decisión motivada*<sup>10</sup>.

29. Es decir, que se encuentra estrechamente relacionada con el derecho de los sujetos procesales de ser escuchados dentro del proceso de forma oportuna y en igualdad de condiciones, garantía reconocida en el literal c) del referido artículo 76 numeral 7 de la Constitución<sup>11</sup>. Asimismo, se relaciona con la posibilidad de presentar a la autoridad jurisdiccional los argumentos o pruebas que le asistan y la de contradecir los presentados por la contraparte, conforme lo reconoce el literal h) del referido numeral 7 del artículo 76 de la Constitución.

<sup>6</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1306-13-EP/20 de 21 de febrero de 2020, párr. 31;

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 43.

<sup>7</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 3068-18-EP/21 de 9 de junio de 2021, párr. 36.

<sup>8</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 37;

Sentencia No. 3068-18-EP/21 de 9 de junio de 2021, párr. 36.

<sup>9</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 38.

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1084-14-EP/20 de 26 de agosto de 2019, párr. 25.

<sup>11</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 39.

30. La garantía de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal b) de la Constitución, “[...] implica que tanto las personas cuyos derechos se discuten, como sus defensas técnicas, tengan la oportunidad y las condiciones apropiadas para ejercer una defensa efectiva, de acuerdo a las particularidades de cada caso”<sup>12</sup>. Como parte de ésta, los operadores de justicia deben asegurar, por ejemplo, que la persona acusada pueda conocer los cargos que se le imputan, la posibilidad de acceder al expediente y las piezas procesales con el fin de diseñar una estrategia de defensa, formular argumentos y prueba y ejercer la contradicción<sup>13</sup>. Adicionalmente, al analizar y aplicar esta garantía, los operadores de justicia deben tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso y evaluar el impacto en los derechos de los sujetos procesales<sup>14</sup>.
31. De otra parte, la garantía de ser asistido por una o un profesional del derecho particular o público, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal g) de la Constitución busca que los sujetos procesales “[...] cuenten con una asistencia legal que les permita ejercer su derecho a la defensa”<sup>15</sup>. Este Organismo ha señalado que “[e]n el ámbito penal, esta garantía es indispensable para evitar un desequilibrio procesal y tutelar los derechos de las personas sujetas a investigación o procesamiento frente al poder punitivo del Estado” y que ésta no se garantiza a través de la mera presencia de una o un profesional del derecho durante una diligencia<sup>16</sup>. Adicionalmente, “[...] dicha disposición debe entenderse en el sentido de que, a falta una defensa técnica particular, las personas cuentan con la garantía de ser asistidos por un defensor público, nombrado conforme la ley” mas no en el sentido de restringir una posible elección respecto de la actuación de una o un representante de la defensa pública<sup>17</sup>.
32. Además, esta Corte ha señalado que las garantías reconocidas en los literales b) y g) del artículo 76 numeral 7 de la Constitución son complementarias entre sí<sup>18</sup> y que los operadores de justicia deben asegurar su ejercicio efectivo en todas las etapas del proceso y con independencia de la intervención de defensores públicos o privados<sup>19</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, “[...] éstas adquieren una particular relevancia en los supuestos en que un nuevo profesional del derecho asume la defensa de uno de los sujetos procesales”<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 3068-18-EP/21 de 9 de junio de 2021, párr. 56.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 63.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 57.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párr. 63.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 62.

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 58.

<sup>19</sup> *Ibid.*, párr. 55.

<sup>20</sup> *Ibid.*



33. En el presente caso, la audiencia de fundamentación del recurso de apelación se instaló el 07 de noviembre de 2017 a las 8h30. Del primer archivo de audio<sup>21</sup> que consta en el CD que obra del expediente<sup>22</sup> se desprende que como parte de la defensa técnica de la ahora accionante, compareció el defensor público Christian Fernando Verdugo Gárate quien en su primera intervención manifestó que ha conversado con la procesada y ésta le expresó que cuenta con un abogado particular quien se vio imposibilitado de llegar a la diligencia por una "causa de fuerza mayor o calamidad doméstica". Además, señaló que se encuentra en condiciones para ejercer la defensa de la procesada, en caso de que ella lo autorice una vez que sea instruida sobre el artículo 451 del COIP<sup>23</sup>. A continuación, la presidenta del tribunal de apelación tomó la palabra y dirigiéndose a la procesada recurrente explicó que

*[...] la falta de comparecencia de su abogado particular implicaría el abandono del recurso, eso implica que la sentencia quedaría en firme, tendría que cumplirse esa sentencia. Sin embargo, usted en este momento puede autorizar a la Defensoría Pública a que haga la defensa suya en base a la sentencia que ha sido emitida en su contra.*

34. La presidenta concedió la palabra a la procesada recurrente, quien señaló que su abogado se estaba trasladando desde la ciudad de Riobamba hacia Cañar y que en el trayecto ocurrió un imprevisto de fuerza mayor. Además, expresó que, sin desmerecer al defensor público, ella cuenta con un profesional del derecho de su confianza que conoce el proceso y su situación. En ese sentido, manifestó su voluntad de continuar con el recurso de apelación de la sentencia dictada en su contra y solicitó que se fije una nueva fecha para que se celebre la audiencia, con el fin de "no quedar en indefensión". Frente a ello, la presidenta del tribunal tomó nuevamente la palabra y manifestó que la ley es clara y que si su defensa privada no comparece, corresponde declarar el abandono del recurso, a menos que acepte el patrocinio del defensor público. Posteriormente, la presidenta del tribunal preguntó a la procesada si acepta tal patrocinio. Al contestar, la procesada recurrente insistió en que ella cuenta con un abogado y agregó que el defensor público no conoce el proceso. Al respecto, la presidenta del tribunal indicó "[...] si usted le autoriza le daríamos diez minutos al doctor Gárate a que se ponga al tanto del proceso [...] es la última vez que le pregunto: le concede o no le concede [...]". A continuación, la procesada recurrente manifestó "está bien" y el defensor público agregó "gracias doctora". Con lo anterior, concluye el primer archivo de audio que se encuentra en el CD que consta en el expediente y por el nombre que lo identifica se deduce que esta intervención concluyó a las 08h34.

<sup>21</sup> Identificado con el nombre: 03112-03282-201700101-2017-11-07-08-34-33.mp3 con duración total de 4:08 minutos.

<sup>22</sup> Corte Provincial de Justicia de Cañar. Expediente judicial No. 03282-2017-00101, contraportada.

<sup>23</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 451.- Defensoría Pública.- La Defensoría Pública garantizará el pleno e igual acceso a la justicia de las personas, que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de una defensa legal privada, para la protección de sus derechos [...].



35. En el segundo archivo de audio<sup>24</sup>, que tiene una duración total de 15 minutos y 22 segundos y según el nombre que lo identifica se infiere que concluyó a las 09h03, se escucha a la presidenta del tribunal señalar que el tiempo prudencial concluyó y conceder la palabra al defensor público con el fin de que fundamente el recurso interpuesto, lo cual se dio entre los minutos 0:15 y 5:02 del referido audio. Posteriormente, se concedió la palabra por siete minutos al representante de la Fiscalía General del Estado con el fin de que ejerza la contradicción respecto de la fundamentación realizada por el defensor público de la procesada recurrente. A continuación, tanto el defensor público como el representante de la Fiscalía replicaron los argumentos expuestos por la contraparte y se suspendió la audiencia con el fin de que el tribunal delibere. Finalmente, del tercer archivo de audio<sup>25</sup>, que dura 43 segundos y por el nombre se deduce que concluyó a las 09h22, se desprende que se reinstaló la audiencia y la presidenta del tribunal de apelación anunció su decisión de desechar el recurso de apelación y de confirmar la sentencia de primera instancia<sup>26</sup>.
36. De lo expuesto anteriormente, esta Corte Constitucional aprecia que la procesada recurrente contaba con un defensor particular quien, por alegados motivos de fuerza mayor –relacionados con un imprevisto en su traslado desde otra ciudad–, no pudo asistir a la audiencia de fundamentación del recurso. Además, se desprende que en las ocasiones en que la entonces procesada tomó la palabra durante la audiencia, ésta solicitó una nueva fecha para la celebración de la audiencia, expresó que deseaba que su defensor de confianza ejerza su patrocinio debido a que éste es quien conocía el proceso y su situación y dejó claro que no pretendía abandonar el recurso de apelación interpuesto. Sin embargo, la respuesta que obtuvo por parte de la presidenta del tribunal de apelación fue que la falta de comparecencia de su defensor particular implicaba el abandono del recurso, a menos que la procesada acepte ser representada por el defensor público. Adicionalmente, la procesada recurrente insistió por una tercera ocasión en que su deseo era continuar con el patrocinio del abogado de su confianza y, además, manifestó su preocupación por el hecho de que el defensor público no conocía el proceso. Frente a ello, la presidenta del tribunal de apelación suspendió la audiencia por el tiempo de 10 minutos con el fin de que el defensor público prepare su defensa, lo que se deduce de la afirmación de la presidenta del tribunal, así como de la duración y nombres de los archivos de audio contenidos en el CD que consta en el expediente de apelación.
37. El recurso de apelación tiene por objeto garantizar que los sujetos procesales puedan recurrir del fallo de primera instancia y permite al tribunal de apelación realizar una revisión amplia de los hechos, la prueba y el derecho aplicable. Además, como parte de la libertad de configuración del legislador, la norma procesal penal establece que,

<sup>24</sup> Identificado con el nombre: 03112-03282-201700101-2017-11-07-09-03-07.mp3 con duración total de 15:22 minutos.

<sup>25</sup> Identificado con el nombre: 03112-03282-201700101-2017-11-07-09-22-05.mp3 con duración total de 00:43 minutos.

<sup>26</sup> La sentencia de segunda instancia se redujo a escrito y notificó a las partes el 09 de noviembre de 2017.

frente a la falta de comparecencia del recurrente, procede el abandono del recurso<sup>27</sup>. Si bien la figura procesal del abandono puede considerarse una regulación legal del derecho a recurrir, su aplicación resulta razonable en tanto éste “[...] se produzca por la voluntad expresa de las partes procesales o por su propia negligencia”<sup>28</sup>. En ese sentido, esta Corte ha señalado:

*45. Si la ausencia a la audiencia se produce por negligencia, sin debida justificación u otras causas imputables a la persona que ejerce la representación y la defensa, el juez o jueza podría designar un abogado o abogada de la Defensa Pública y hacer conocer el hecho a las autoridades disciplinarias competentes. Y, en el caso de que asuma un nuevo abogado o abogada defensor, deberá preverse que se cuente con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. En ese contexto, el tribunal podría señalar nuevo día y hora para que se realice la audiencia en la que se garantice la presencia de quien ejerce la defensa técnica de la persona procesada.*<sup>29</sup>

38. En el presente caso, esta Corte observa que el tribunal de apelación no declaró el abandono; pero de forma insistente hizo conocer a la procesada recurrente que si no aceptaba que el defensor público asuma su defensa para continuar con la audiencia, declararía el abandono de su recurso. Así, se verifica que el tribunal de apelación impuso a la accionante la aceptación del patrocinio del defensor público. Sin embargo, esta Corte considera que tal actuación fue incompatible con el artículo 652 numeral 8 del COIP que establece la posibilidad del abandono del recurso frente a la falta de comparecencia de los recurrentes al proceso. Además, el tribunal tampoco garantizó el derecho a la defensa de la accionante, en tanto privilegió la designación en ese momento de un defensor público al cual concedió un tiempo de 10 minutos para preparar la defensa técnica que acababa de asumir, en lugar de considerar la posibilidad de diferir la diligencia y garantizar los derechos de la entonces procesada<sup>30</sup>.
39. Como se mencionó anteriormente, el derecho a contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa implica la posibilidad de revisar el expediente y las piezas procesales relevantes. Adicionalmente, al evaluar el elemento de tiempo adecuado, se debe tomar en cuenta la complejidad del asunto, el momento procesal del que se trate y la posibilidad efectiva de que los sujetos procesales puedan ejercer su derecho a la defensa durante el tiempo concedido<sup>31</sup>. Tomando en cuenta que, en fase de apelación, el tribunal se encuentra facultado para analizar cuestiones fácticas y probatorias, la preparación adecuada de la defensa no solo alcanza a la revisión de la sentencia impugnada, sino también de otras piezas

<sup>27</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 652 numeral 8.

<sup>28</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 51.

<sup>29</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1989-17-EP/21 de 3 de marzo de 2021, párr. 45.

<sup>30</sup> Sin perjuicio de las sanciones administrativas previstas en la ley en caso de que el abogado patrocinador no haya logrado justificar la situación de fuerza mayor que le impidió comparecer a la audiencia.

<sup>31</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 076-13-SEP-CC de 18 de septiembre de 2013 dentro del caso No. 1242-10-EP, pág. 23.



procesales como la prueba que obra del proceso y la preparación de una estrategia. Además, una defensa adecuada también involucra la preparación de los argumentos que sustentan el recurso de apelación, con el fin de que se puedan ejercer de forma efectiva las garantías de ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, así como de presentar los argumentos y pruebas que asistan al sujeto procesal y de contradecir los presentados por la contraparte. Para esta Corte, dichas actuaciones que conforman medios adecuados para la preparación de una defensa, mencionadas de modo ejemplificativo, se vieron limitadas de forma irrazonable en el caso concreto debido al límite temporal de 10 minutos concedido por el tribunal de apelación. Del expediente del tribunal de juicio se desprende que tiene una extensión de 196 folios, por lo que 10 minutos no son suficientes para una revisión íntegra del mismo, así como para la preparación de la defensa en la audiencia.

40. Por otro lado, este Organismo considera oportuno tener en cuenta que, conforme se mencionó en el párrafo 31 *supra*, la mera designación de un defensor público no es suficiente para garantizar una efectiva protección del derecho a la defensa. Esta Corte considera que, en este caso, la designación de dicho defensor sin contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, lejos de garantizar el derecho de la accionante, implicó una vulneración de la posibilidad de ejercer una defensa efectiva debido a la limitación temporal arbitraria ya referida.
41. De otra parte, el hecho de que la acusación pública haya contado con alrededor de 2 meses mientras que el defensor público designado el día de la audiencia contó con 10 minutos para la preparación de su defensa, también evidencia una clara desigualdad en perjuicio de la entonces procesada recurrente.
42. Por lo expuesto, esta Corte concluye que en el presente caso la actuación del tribunal de apelación impidió que la accionante ejerza de forma efectiva su derecho a la defensa, sea escuchada en igualdad de condiciones y presente los argumentos y pruebas sobre la base de los cuales fundamentó su recurso de apelación. Además, dicha actuación no garantizó de forma efectiva que la defensa técnica de la accionante cuente con el tiempo adecuado para la preparación de su defensa, ni de ser asistida por un profesional del derecho de su elección. Es decir, se vulneraron las garantías reconocidas en los numerales a), b), c), g) y h) del artículo 76 numeral 7 de la Constitución.

#### 4.2. Sobre la alegada vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación

43. Para la accionante, el tribunal de casación vulneró su derecho al debido proceso en la garantía de motivación debido a que no analizó su cargo de nulidad fundamentado en la limitación temporal para la preparación de la defensa técnica por parte del defensor público analizada en la sección 4.1 de la presente sentencia.
44. El artículo 76 numeral 7, literal l de la Constitución prescribe:



*Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*

45. Esta Corte ha señalado que dicha garantía se satisface si los jueces cumplen con, al menos, los siguientes parámetros mínimos establecidos en el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución: (i) enunciación de las normas o principios en los que se funda su decisión y (ii) explicación de la pertinencia de la aplicación de dichas normas o principios a los antecedentes de hecho<sup>32</sup>.
46. Además, este Organismo también ha determinado que existe falta de motivación en dos supuestos: (i) inexistencia de motivación, que ocurre ante la ausencia completa de argumentación o (ii) insuficiencia de motivación, entendida como el incumplimiento de criterios que nacen de la Constitución como la coherencia, congruencia y/o pertinencia<sup>33</sup>. En ese sentido, la Corte ha sostenido que la motivación exige congruencia argumentativa, lo que implica que la autoridad jurisdiccional responda motivadamente, al menos, los argumentos relevantes alegados por las partes<sup>34</sup>.
47. El cargo formulado por la accionante en el presente caso está relacionado con el segundo escenario, pues ésta considera que el tribunal de casación no analizó la causal de nulidad invocada en la fundamentación de su recurso y, en lugar de ello, declaró su improcedencia por falta de fundamentación. En ese orden de ideas, el presente análisis se dirigirá a verificar si la sentencia de casación guarda coherencia argumentativa, en los términos expuestos en el párrafo que antecede. Así, esta Corte se referirá al contenido principal de la sentencia impugnada, la cual se organiza de la siguiente forma:

*ANTECEDENTES [...] PRIMERO, COMPETENCIA [...] SEGUNDO, TRÁMITE, [...] TERCERO, VALIDEZ PROCESAL [...] CUARTO, FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN [...] QUINTO, CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN, EL DERECHO A RECURRIR Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN [...] SEXTO RESOLUCIÓN [...].*

48. En el considerando "4.1. *Fundamentación del recurso de casación por parte del abogado Jorge Coello Hernández en representación de la procesada recurrente*

<sup>32</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1728-12-EP/19 de 02 de octubre de 2019, párr. 39.

<sup>33</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1236-14-EP/20 de 21 de febrero de 2020, párr. 19.

<sup>34</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1582-16-EP/21 de 24 de marzo de 2021, párr. 24 y Sentencia No. 273-15-EP/20 de 2 de diciembre de 2020, párrafo 21 y Sentencia No. 2344-19-EP/20 de 24 de junio de 2020, párr. 11.

*Gloria Alexandra Balla*” consta la síntesis de la fundamentación del recurso de casación dividida en cuatro cargos. El primero, relacionado con que la sentencia de apelación impugnada está viciada y debe declararse su nulidad conforme el artículo 652 numeral 10 del COIP<sup>35</sup> en tanto el tribunal de apelación concedió únicamente 10 minutos para la preparación de la defensa técnica durante la audiencia de fundamentación del recurso por parte del defensor público. Para la casacionista, esta vulneración de la garantía del derecho a la defensa reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal b) de la Constitución influyó en la decisión de la causa en tanto restringió un estudio del proceso y un debate sustentado en elementos fácticos y jurídicos precisos. Los tres cargos siguientes se refieren la alegada violación de la ley, concretamente, la presunta indebida aplicación del tipo penal por falta de cumplimiento de los elementos del tipo penal y, dado que no están vinculados a las alegaciones contenidas en la presente acción extraordinaria de protección, no serán detallados en la presente sentencia.

49. De otra parte, se observa que el considerando “*QUINTO, CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACION SOBRE LA IMPUGNACIÓN, EL DERECHO A RECURRIR Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN*” está conformado por los siguientes subnumerales:

*5.1. La impugnación y el derecho a recurrir.- [...] 5.1.2. Fundamentos del derecho de impugnación.- [...] 5.2. El recurso extraordinario de casación.- [...] 5.3. Sobre las alegaciones de la recurrente.- [...] 5.3.1.- Respecto de los cargos admitidos.- [...] 5.3.2. Consideraciones respecto de la alegación de la recurrente Gloria Alexandra Balla Apugllón.- [...] 5.4. Consideraciones respecto de la alegación de la Fiscalía General del Estado.- [...]*

50. Con relación al vicio de nulidad por vulneración del debido proceso invocado por la procesada recurrente, en la sección “*5.3. Sobre las alegaciones de la recurrente.-*”, el tribunal de casación señala “[*l]a defensa de la recurrente ha efectuado en primer lugar una alegación de nulidad, invocando el artículo 652 numeral 10) del Código Orgánico Integral Penal COIP.- [...]*”. Además, en la sección “*3.2. Consideraciones respecto de la alegación de la recurrente Gloria Alexandra Balla Apugllón.-*”, el tribunal establece:

*Este Tribunal, considerando el argumento que hizo el impugnante, respecto de que en la audiencia de apelación no habría comparecido el defensor privado, y por tanto se nombró un defensor público que pese a haber solicitado diferimiento para preparar con tiempo la defensa, no se le concedió; una vez revisado el expediente procesal, se tiene*

<sup>35</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 652.- Reglas generales. - La impugnación se regirá por las siguientes reglas: [...] 10. Si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso. Para los efectos de este numeral, serán causas que vicien el procedimiento: [...] c) Cuando exista una violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa. [...]

*que en la audiencia de apelación el defensor público, expresó los fundamentos de la apelación, ejerció el derecho a la defensa, lo cual fue sometido a contradicción y hubo una resolución al respecto. Por lo tanto, no encuadra ningún vicio ni indefensión [...].*

51. De lo anterior se sigue que el tribunal de casación tomó en cuenta y se pronunció acerca de la alegación planteada por la procesada recurrente relacionada con una presunta nulidad producida por la vulneración del derecho a la defensa ocasionada por la actuación del tribunal de apelación.
52. Sin perjuicio de lo señalado en la sección 4.1 de la presente sentencia, esta Corte Constitucional considera oportuno enfatizar que el tribunal de casación no haya acogido favorablemente el cargo de nulidad alegado por la entonces recurrente no implica una vulneración del debido proceso en la garantía de motivación.
53. En consecuencia, la sentencia de casación cumple con el criterio de congruencia argumentativa en tanto se pronuncia sobre los argumentos planteados por la ahora accionante y se desestima lo alegado en su demanda de acción extraordinaria de protección en cuanto a la presunta vulneración a la garantía de motivación.

## 5. Decisión

54. En mérito de lo expuesto, esta Corte resuelve:

1. **Aceptar** la acción extraordinaria de protección **No. 4-19-EP**.
2. **Declarar** que el tribunal de apelación vulneró el derecho al debido proceso de Gloria Alexandra Balla Apugllón, en las garantías de: no ser privada del derecho a la defensa, de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, de ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, de ser asistida por una o un profesional del derecho particular o público y de presentar argumentos y pruebas y contradecir los de la contraparte.
3. Como medidas de reparación integral:
  - i. **Dejar sin efecto** la sentencia dictada por Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar el 09 de noviembre de 2017 dentro del proceso No. 03282-2017-00101.
  - ii. **Retrotraer el proceso** hasta el momento anterior a la vulneración de derechos constitucionales, es decir, a la limitación temporal para la preparación de la defensa por parte del defensor público. En consecuencia, también queda sin efecto la sentencia de casación emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.



- iii. **Disponer** que, previo sorteo, otro tribunal de apelación convoque a la mayor brevedad posible a la audiencia de fundamentación del recurso de apelación correspondiente, sustancie el recurso respetando los derechos de todos los sujetos procesales y dicte la decisión judicial que corresponda.
- iv. **Ordenar** al Consejo de la Judicatura que dentro del término de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia:
1. Publique el texto íntegro de esta sentencia en el banner principal de su sitio web institucional por 3 meses consecutivos de forma ininterrumpida.
  2. Difunda esta sentencia a través de sus cuentas oficiales en redes sociales por 3 meses consecutivos con 2 publicaciones por semana.
  3. Envíe el texto íntegro de la presente sentencia a todos los órganos judiciales con competencia en materia penal, así como a los funcionarios de la Defensoría Pública, a través del correo electrónico institucional.
  4. Para justificar el cumplimiento integral de las presentes medidas, el Consejo de la Judicatura deberá remitir a esta Corte:
    - (i) dentro del término de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia la constancia de la publicación de la sentencia en el banner principal del sitio web de la institución, así como de la difusión a través de las redes sociales y el correo electrónico institucional; y,
    - (ii) dentro del término de 10 días contados desde el cumplimiento del plazo de 3 meses, un informe en el que se detalle el registro de actividades (historial log) respecto de las publicaciones en redes sociales y de la publicación del banner, en el que se advierta que efectivamente la entidad obligada publicó y difundió la sentencia conforme lo ordenado.
- v. **Llamar la atención** a los jueces del tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar, Sandra Catalina Maldonado López (ponente), Galo Aníbal Correa Molina y Víctor Enrique Zamora Astudillo, por la vulneración al derecho al debido proceso de Gloria Alexandra Balla Apugllón.

55. Notifíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES  
Firmado digitalmente por LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES  
Fecha: 2021.07.26 11:40:30 -0500

Dr. Hernán Salgado Pesantes  
**PRESIDENTE**

16



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaria, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Ali Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; sin contar con la presencia de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce; en sesión ordinaria de miércoles 21 de julio de 2021.- Lo certifico.

AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA  
BERNI

Firmado digitalmente por AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI

Dra. Aida García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**

## 4.1.2.Privación Arbitraria

**País:** República del Ecuador

**SENTENCIA:** 207-11-JH

**FECHA:** 22/07/2020

**TRIBUNAL / SALA:** Corte Constitucional del Ecuador

**NORMATIVA LEGAL:** Artículo 89 de la Constitución de la República del Ecuador

**ASUNTO:** Detención arbitraria de adolescentes infractores con procedimiento de suspensión a prueba

**DESCRIPTORES:** Habeas Corpus

**SÍNTESIS LEGAL:** La Corte, dentro de un caso seleccionado, determinó que al resolver una acción de hábeas corpus, los jueces están obligados a realizar un análisis integral, que incluye a la orden de detención y las alegaciones específicas planteadas en la acción, en particular respecto a la naturaleza y circunstancias de la detención al momento de presentación de la acción demanda y a las condiciones en las cuales se encuentra la persona privada de libertad.

Puntualizó que, si un adolescente en internamiento preventivo ha cumplido el tiempo máximo establecido por la ley y no cuenta con sentencia condenatoria en firme, debe ser puesto en libertad sin necesidad de orden judicial previa; y, si no es liberado de forma inmediata, el hábeas corpus resulta procedente. Estableció estándares a ser observados en los procesos de juzgamiento de adolescentes infractores, ejemplificó los supuestos en los cuales una detención resulta arbitraria; y complementó las definiciones desarrolladas en la sentencia 247-17-SEP-CC referentes al hábeas corpus, para brindar mayores herramientas a los jueces que conocen este tipo de acciones. Dispuso la adecuada difusión de esta sentencia a todos los operadores de justicia y demás funcionarios públicos vinculados con los derechos de los adolescentes infractores. Además, solicitó a las autoridades pertinentes informes sobre la situación de los adolescentes en internamiento preventivo que estén sin sentencia ejecutoriada.





## RESUMEN DE DATOS:

### Antecedentes Procesales

#### **Del proceso de adolescentes infractores No. 14253-2011-0016**

El 19 de abril de 2011, dentro del proceso penal No. 14253-2011-0016 seguido en contra del adolescente NN por la presunta violación de una adolescente, el Juez de Garantías Penales de Gualaquiza dictó orden de internamiento preventivo de 90 días en contra del procesado en el Centro de Adolescentes Infractores de Cuenca (en adelante, "CAIC").

El adolescente NN presentó recurso de apelación de dicho auto. Mediante resolución de 18 de mayo de 2011, la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago confirmó el auto de internamiento preventivo subido en grado.

El 1 de julio de 2011, el Juez de Garantías Penales de Gualaquiza dictó sentencia condenatoria en contra del adolescente NN por el delito de violación con uso de violencia, tipificado en el artículo 512 número 3 del Código Penal, vigente a la época. En consecuencia, el juez ordenó la medida socioeducativa de internamiento institucional por dos años.

El día 6 de julio de 2011, el adolescente NN interpuso recurso de nulidad y apelación en contra de la sentencia dictada por el juez de garantías penales, interrumpiendo la ejecutoria de la sentencia condenatoria<sup>5</sup>. Mediante auto de 7 de julio de 2011, el Juez de Garantías Penales de Gualaquiza concedió los recursos de nulidad y apelación y elevó el proceso a la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago.

En auto de 21 de julio de 2011, la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago rechazó el recurso de nulidad y convocó a audiencia para fundamentar el recurso de apelación para el 28 de julio de 2011<sup>7</sup>.

Mediante sentencia de 1 de agosto de 2011, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago negó el recurso de apelación y confirmó la sentencia venida en grado, rectificando la tipificación, sancionando al adolescente NN como autor y responsable del delito de violación tipificado en el artículo 512 numeral 3 del Código Penal e imponiéndole la medida socio-educativa de dos años de internamiento institucional.

Frente a dicha decisión, el procesado interpuso recurso de casación. Mediante auto de 29 de marzo de 2012, la Sala Especializada de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia declaró el abandono del recurso de casación interpuesto al no haber comparecido el recurrente y su abogado defensor a la audiencia de fundamentación del recurso.

### **Del proceso de habeas corpus**

El 20 de julio de 2011, una vez cumplidos los 90 días de internamiento preventivo ordenados el 19 de abril de 2011 dentro del proceso penal No. 14253-2011-0016, el abogado Washington Jiménez Morocho solicitó al director del CAIC, con base en el artículo 331 del Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante, "CNA"), la inmediata libertad del adolescente NNO. Mediante oficio No. 420-MJDHHCAIC-2011 de 21 de julio de 2011, Fernando Carvallo Carvallo, Coordinador del CAIC, respondió al requerimiento indicando que debía recibir disposición expresa del Juez que conoce la causa para dejar en libertad al adolescente.

En vista de la negativa del Coordinador del CAIC de liberar al adolescente, el 21 de julio de 2011, el abogado Washington Fabián Jiménez Morocho presentó una acción de hábeas corpus a favor del adolescente NN, en contra de Fernando Carvallo Carvallo, en su calidad de Coordinador del Centro de Adolescentes Infractores de Cuenca. En su demanda, el accionante argumentó que el Juez Penal de Gualaquiza dictó una orden de internamiento preventivo de 90 días en contra del procesado en el CAIC y que, habiendo transcurrido para ese momento 93 días desde su detención, se encontraba detenido ilegalmente en virtud de que no existía sentencia ejecutoriada en su contra.



Mediante sentencia de 22 de julio de 2011, la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay<sup>13</sup> desechó la acción de hábeas corpus por considerarla improcedente, afirmando que la orden preventiva concluyó con la sentencia condenatoria de 01 de julio de 2011, sin que afecte a sus fines los recursos interpuestos y declarando que no existió ilegalidad, ilegitimidad ni arbitrariedad en la orden de privación de libertad.

El 27 de julio de 2011, el accionante interpuso recurso de apelación, correspondiendo el conocimiento de la causa a la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia. Mediante sentencia de 11 de agosto de 2011, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia rechazó el recurso de apelación. Esto por cuanto concluyó que no existió ilegalidad ni arbitrariedad en la orden de privación de libertad en contra del adolescente NN, ya que el juez de primer nivel aceptó la formulación de cargos fue el competente para emitir la orden de privación de libertad de acuerdo con el procedimiento previsto por el ordenamiento jurídico.

### **JUSTIFICACIÓN:**

¿El análisis de una acción de hábeas corpus se agota con evaluar el momento de la privación de libertad de una persona?

¿Debe ser puesto en libertad un adolescente que ha cumplido el tiempo máximo de internamiento preventivo permitido por la ley y no cuenta con sentencia ejecutoriada en su contra?

### **CONCLUSIÓN:**

1. Declarar que la presente sentencia no tiene efectos para el caso en concreto. Los precedentes contenidos en esta sentencia tienen efectos vinculantes y deben ser observados por los jueces y juezas constitucionales en la resolución de las causas bajo su conocimiento.

2. Disponer la devolución del expediente original correspondiente al proceso penal No. 14253-2011-0016 a la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Gualaquiza, a fin de que se proceda a su cierre y destrucción en los términos ordenados por el artículo 317 del Código de la Niñez y Adolescencia.



3. Disponer al Consejo de la Judicatura publicar esta sentencia en la parte principal de su página web institucional durante al menos seis meses. En el plazo de siete meses contados desde la notificación de la presente sentencia, el Consejo de la Judicatura deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

4. Disponer al Consejo de la Judicatura difundir la presente sentencia por al menos una vez a través del correo institucional o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos los operadores de justicia del país, con particular énfasis en las áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. Asimismo, disponer al Consejo de la Judicatura incluir el contenido de esta sentencia en los procesos de capacitación a todos los operadores de justicia, con particular énfasis en las áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. En el plazo de sesenta días contados desde la notificación de la presente sentencia, el Consejo de la Judicatura deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

5. Disponer a la Defensoría Pública del Ecuador que remita a esta Corte en el plazo de seis meses un informe respecto a la situación de los adolescentes en internamiento preventivo que no cuentan con sentencia ejecutoriada y las medidas tomadas por la institución para aplicar los precedentes desarrollados en la presente sentencia.

6. Disponer a la Defensoría del Pueblo del Ecuador publicar esta sentencia en la parte principal de su página web institucional durante al menos seis meses. En el plazo de siete meses contados desde la notificación de la presente sentencia, la Defensoría del Pueblo del Ecuador deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

7. Disponer a la Defensoría del Pueblo del Ecuador difundir la presente sentencia por al menos una vez a través del correo institucional o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos sus funcionarios, con particular énfasis en las áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. En el plazo de treinta días contados desde la notificación de la presente sentencia, la Defensoría del Pueblo deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.



8. Disponer al Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores del Ecuador difundir la presente sentencia por al menos una vez a través del correo institucional o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos sus funcionarios, con particular énfasis en los funcionarios encargados de los centros de rehabilitación de adolescentes infractores y demás áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. En el plazo de treinta días contados desde la notificación de la presente sentencia, el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores del Ecuador deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

9. Disponer al Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores que en el término de dos meses contados desde la notificación de la presente sentencia, envíe a la Corte Constitucional un informe respecto a aquellos adolescentes infractores que actualmente se encuentren cumpliendo medidas de internamiento preventivo en el cual se evidencie que no se ha excedido el término máximo establecido en el artículo 331 del Código de la Niñez y Adolescencia.

10. Disponer a la Fiscalía General del Estado difundir la presente sentencia por al menos una vez a través del correo institucional o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos sus funcionarios, con particular énfasis en las áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. En el plazo de treinta días contados desde la notificación de la presente sentencia, Fiscalía General del Estado deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

11. Disponer al Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional publicar esta sentencia en la parte principal de su página web institucional durante al menos seis meses y difundir su contenido a las juntas cantonales de protección de derechos de niños niñas y adolescentes y a los Consejos Cantonales y Metropolitanos de Protección de Derechos. En el plazo de siete meses contados desde la notificación de la presente sentencia, el Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.



**Link de acceso a la sentencia:**

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic0ZGNjNTM0Mi03ZjZiLTRmNTQtYjMyOS1iNDIkMDI5NGI2OTUucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic0ZGNjNTM0Mi03ZjZiLTRmNTQtYjMyOS1iNDIkMDI5NGI2OTUucGRmJ30=)





Sentencia No. 207-11-JH/20  
 Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

Quito, D.M., 22 de julio de 2020

**CASO No. 207-11-JH**  
**(Hábeas corpus respecto del internamiento preventivo de adolescentes)**

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

**SENTENCIA No. 207-11-JH /20**

**Tema:** La Corte Constitucional resuelve que las juezas y los jueces constitucionales, al conocer una acción de hábeas corpus, deben pronunciarse respecto a todas las alegaciones del accionante sobre la ilegalidad o arbitrariedad de la privación de libertad y no limitar su análisis a la orden de detención. Asimismo, resuelve que un adolescente en internamiento preventivo que ha cumplido el tiempo máximo establecido por la ley y no cuenta con sentencia condenatoria, debe ser puesto en libertad sin necesidad de orden judicial previa.

1. Procedimiento ante la Corte Constitucional.....	2
2. Competencia.....	2
3. Hechos del caso.....	2
3.1. Del proceso de adolescentes infractores No. 14253-2011-0016 .....	2
3.2. Del proceso de hábeas corpus .....	3
4. Análisis constitucional .....	4
5. Resolución de los problemas jurídicos.....	6
5.1. ¿El análisis de una acción de hábeas corpus se agota con evaluar el momento de la privación de libertad de una persona?.....	6
5.2. ¿Debe ser puesto en libertad un adolescente que ha cumplido el tiempo máximo de internamiento preventivo permitido por la ley y no cuenta con sentencia ejecutoriada en su contra?.....	11
5.2.1. El proceso de juzgamiento de adolescentes en conflicto con la ley penal.....	11
5.2.2. Medidas cautelares aplicables a los adolescentes en conflicto con la ley penal .....	14
5.2.3. La duración del proceso para el juzgamiento de adolescentes infractores .....	15
5.2.4. Efectos del vencimiento del plazo máximo de internamiento preventivo permitido por la ley 17	
6. Decisión .....	22



### **1. Procedimiento ante la Corte Constitucional**

1. El 11 de agosto de 2011, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia emitió sentencia dentro de la acción de hábeas corpus No. 01111-2011-0713. El 18 de agosto de 2011, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia remitió el expediente a la Corte Constitucional. El caso ingresó a la Corte Constitucional con el número No. 207-11-JH.
2. El 13 de diciembre de 2011, la Sala de Selección de la Corte Constitucional seleccionó el caso No. 207-11-JH.
3. Una vez posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional, el Pleno de la Corte Constitucional efectuó el sorteo para la sustanciación de la presente causa el 19 de marzo de 2019, el cual correspondió a la jueza constitucional Daniela Salazar Marín.
4. Mediante providencia de 17 de junio de 2019 la jueza sustanciadora avocó conocimiento de la causa.
5. En auto de 2 de julio de 2019, la jueza sustanciadora, Daniela Salazar Marín, dispuso oficiar a la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Gualaquiza para que, en el término de cinco días, remita copias certificadas del expediente 14253-0016-2011 correspondiente al proceso de adolescentes infractores seguido en contra de NN<sup>1</sup>.
6. El 11 de julio de 2019, mediante oficio No. JF-UJMG-2019-0210-OF, Marco Vinicio Cárdenas Flores, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Gualaquiza, remitió el expediente original Nro. 14253-2011-0016 correspondiente al proceso de adolescentes infractores seguido en contra de NN.
7. El 07 de octubre de 2019, la Sala de Revisión, conformada por el juez Ramiro Ávila Santamaría y las juezas Karla Andrade Quevedo y Daniela Salazar Marín, avocó conocimiento del caso y aprobó el proyecto de sentencia elaborado por la jueza ponente.

### **2. Competencia**

8. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 2, número 3, y 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, "LOGJCC"), el Pleno de la Corte Constitucional es competente para expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante o precedente de carácter *erga omnes*, en todas las garantías constitucionales que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección.

### **3. Hechos del caso**

#### **3.1. Del proceso de adolescentes infractores No. 14253-2011-0016**

9. El 19 de abril de 2011, dentro del proceso penal No. 14253-2011-0016 seguido en contra del adolescente NN por la presunta violación de una adolescente, el Juez de Garantías

<sup>1</sup> Al tratarse de una víctima adolescente y un proceso penal seguido en contra de un adolescente, en atención a sus derechos reconocidos en los artículos 52 número 5; 54; y, 317 del Código de la Niñez y Adolescencia, se omitirán los nombres tanto del adolescente procesado como de la víctima.



Penales de Gualaquiza dictó orden de internamiento preventivo de 90 días en contra del procesado en el Centro de Adolescentes Infractores de Cuenca (en adelante, "CAIC")<sup>2</sup>.

10. El adolescente NN presentó recurso de apelación de dicho auto. Mediante resolución de 18 de mayo de 2011, la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago confirmó el auto de internamiento preventivo subido en grado<sup>3</sup>.
11. El 1 de julio de 2011, el Juez de Garantías Penales de Gualaquiza dictó sentencia condenatoria en contra del adolescente NN por el delito de violación con uso de violencia, tipificado en el artículo 512 número 3 del Código Penal, vigente a la época. En consecuencia, el juez ordenó la medida socioeducativa de internamiento institucional por dos años<sup>4</sup>.
12. El día 6 de julio de 2011, el adolescente NN interpuso recurso de nulidad y apelación en contra de la sentencia dictada por el juez de garantías penales, interrumpiendo la ejecutoria de la sentencia condenatoria<sup>5</sup>. Mediante auto de 7 de julio de 2011, el Juez de Garantías Penales de Gualaquiza concedió los recursos de nulidad y apelación y elevó el proceso a la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago<sup>6</sup>.
13. En auto de 21 de julio de 2011, la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago rechazó el recurso de nulidad y convocó a audiencia para fundamentar el recurso de apelación para el 28 de julio de 2011<sup>7</sup>.
14. Mediante sentencia de 1 de agosto de 2011, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago negó el recurso de apelación y confirmó la sentencia venida en grado, rectificando la tipificación, sancionando al adolescente NN como autor y responsable del delito de violación tipificado en el artículo 512 numeral 3 del Código Penal e imponiéndole la medida socio-educativa de dos años de internamiento institucional<sup>8</sup>.
15. Frente a dicha decisión, el procesado interpuso recurso de casación. Mediante auto de 29 de marzo de 2012, la Sala Especializada de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia declaró el abandono del recurso de casación interpuesto al no haber comparecido el recurrente y su abogado defensor a la audiencia de fundamentación del recurso<sup>9</sup>.

### **3.2. Del proceso de hábeas corpus**

16. El 20 de julio de 2011, una vez cumplidos los 90 días de internamiento preventivo ordenados el 19 de abril de 2011 dentro del proceso penal No. 14253-2011-0016, el abogado Washington Jiménez Morocho solicitó al director del CAIC, con base en el artículo 331 del Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante, "CNA"), la inmediata libertad del

<sup>2</sup> Fs. 40, expediente Corte Provincial de Morona Santiago.

<sup>3</sup> Fs. 106, *Ibid.*

<sup>4</sup> Fs. 189-191, *Ibid.*

<sup>5</sup> Fs. 194-197, *Ibid.*

<sup>6</sup> Fs. 199, *Ibid.*

<sup>7</sup> Fs. 201, *Ibid.*

<sup>8</sup> Fs. 203 vuelta, *Ibid.* El Tribunal modificó el tipo en relación a que haya existido violencia indicando que no se había probado este elemento.

<sup>9</sup> Fs. 204, *Ibid.*





adolescente NN<sup>10</sup>. Mediante oficio No. 420-MJDHCAIC-2011 de 21 de julio de 2011, Fernando Carvallo Carvallo, Coordinador del CAIC, respondió al requerimiento indicando que debía recibir disposición expresa del Juez que conoce la causa para dejar en libertad al adolescente<sup>11</sup>.

17. En vista de la negativa del Coordinador del CAIC de liberar al adolescente, el 21 de julio de 2011, el abogado Washington Fabián Jiménez Morocho presentó una acción de hábeas corpus a favor del adolescente NN, en contra de Fernando Carvallo Carvallo, en su calidad de Coordinador del Centro de Adolescentes Infractores de Cuenca. En su demanda, el accionante argumentó que el Juez Penal de Gualaquiza dictó una orden de internamiento preventivo de 90 días en contra del procesado en el CAIC y que, habiendo transcurrido para ese momento 93 días desde su detención, se encontraba detenido ilegalmente en virtud de que no existía sentencia ejecutoriada en su contra<sup>12</sup>.
18. Mediante sentencia de 22 de julio de 2011, la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay<sup>13</sup> desechó la acción de hábeas corpus por considerarla improcedente, afirmando que la orden preventiva concluyó con la sentencia condenatoria de 01 de julio de 2011, sin que afecte a sus fines los recursos interpuestos y declarando que no existió ilegalidad, ilegitimidad ni arbitrariedad en la orden de privación de libertad<sup>14</sup>.
19. El 27 de julio de 2011, el accionante interpuso recurso de apelación, correspondiendo el conocimiento de la causa a la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia<sup>15</sup>. Mediante sentencia de 11 de agosto de 2011, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia rechazó el recurso de apelación. Esto por cuanto concluyó que no existió ilegalidad ni arbitrariedad en la orden de privación de libertad en contra del adolescente NN, ya que el juez de primer nivel aceptó la formulación de cargos fue el competente para emitir la orden de privación de libertad de acuerdo con el procedimiento previsto por el ordenamiento jurídico<sup>16</sup>.

#### **4. Análisis constitucional**

20. Esta Corte observa que, en el presente caso, tanto en primera como en segunda instancia la acción de hábeas corpus fue negada después de que los jueces analizaran exclusivamente si la orden de detención del adolescente fue legal y dictada por un juez competente para ello. Así, en primera instancia, la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay negó el hábeas corpus afirmando que la orden de detención *"está sujeta al principio de la legalidad, emana de autoridad competente y no*

<sup>10</sup> Fs. 9, expediente Corte Provincial de Justicia del Azuay.

<sup>11</sup> Fs. 1, *Ibid.*

<sup>12</sup> Fs. 8, *Ibid.*

<sup>13</sup> De acuerdo al artículo 89 de la Constitución y 168.2 de la LOGJCC, corresponde a la Corte Provincial conocer las acciones de hábeas corpus planteadas respecto a ordenes de privación de libertad ordenadas por jueces penales.

<sup>14</sup> Fs. 16, *Ibid.*

<sup>15</sup> Fs. 18-19, *Ibid.* Correspondía a la Corte Nacional de Justicia conocer el recurso de apelación en virtud del art. 169 de la LOGJCC.

<sup>16</sup> Fs. 20-21, *Ibid.*

*es arbitraria pues constan los elementos necesarios para la procedibilidad de la medida coercitiva de privación de libertad<sup>17</sup>.*

21. Planteado el recurso de apelación respecto de dicha decisión, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia confirmó la decisión y negó el recurso de hábeas corpus a favor del adolescente NN, motivando su decisión en los siguientes términos:

*...en la sentencia de Hábeas Corpus, el Juez de primer nivel, acepta la formulación de cargos en contra de [NN], por cuanto no existe ilegalidad, ni arbitrariedad en la orden de privación de libertad en contra del menor [NN], por cuanto la Autoridad que expidió es la competente, y el ordenamiento jurídico positivo lo faculta así proceder, de esta forma existe disposición fundamentada en el principio de legalidad y emanada por Autoridad Competente, (...) por lo que no existen los elementos básicos para la procedencia de la acción de hábeas corpus<sup>18</sup> (Énfasis añadido).*

22. Los jueces de primera y segunda instancia concluyeron que no existían los elementos para la procedencia de la acción de hábeas corpus después de analizar si existió ilegalidad o arbitrariedad en la orden de privación de libertad emitida en contra del adolescente NN. Sin embargo, de la revisión de la acción presentada por Washington Fabián Jiménez Morocho en favor del adolescente, se observa que este jamás pretendió impugnar la orden de privación de libertad e inclusive se desprende que la considera válida.
23. Por el contrario, lo que el accionante afirmó es que la privación de libertad se había convertido en arbitraria al haberse excedido el tiempo máximo de internamiento preventivo establecido en el artículo 331 del CNA. Lo que los jueces debían verificar es si la alegación del accionante respecto a un cambio de condiciones habría tomado la detención en arbitraria, en este caso, por el transcurso en exceso del tiempo máximo de internamiento preventivo permitido por la ley.
24. A pesar del transcurso del tiempo entre la selección del caso y la emisión de la presente sentencia, esta Corte observa que las sentencias reflejan una indebida comprensión de los jueces sobre el alcance, naturaleza y elementos de procedencia de la acción de hábeas corpus, en particular cuando es solicitada en favor de un adolescente en conflicto con la ley penal.
25. Por lo tanto, toda vez que esta materia aún no ha sido atendida a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte considera oportuno pronunciarse respecto al análisis que deben realizar los jueces constitucionales al momento de resolver una acción de hábeas corpus presentada en favor de un adolescente en internamiento preventivo.
26. Por lo expuesto, esta Corte se plantea los siguientes problemas jurídicos:

*¿El análisis de una acción de hábeas corpus se agota con evaluar el momento de la privación de libertad de una persona?*

*¿Es procedente un hábeas corpus planteado en favor de un adolescente que ha cumplido el tiempo máximo de internamiento preventivo permitido por la ley y no cuenta con sentencia ejecutoriada en su contra?*

<sup>17</sup> Fs. 16, *Ibid.*

<sup>18</sup> Fs. 20-21, *Ibid.*



## 5. Resolución de los problemas jurídicos

### 5.1. ¿El análisis de una acción de hábeas corpus se agota con evaluar el momento de la privación de libertad de una persona?

27. En el presente caso, el accionante alegó que la privación de libertad del adolescente se habría convertido en arbitraria por el transcurso del tiempo. Esta alegación no fue atendida por los juzgadores, quienes se limitaron a afirmar que la orden de detención se había emitido legalmente. Por ende, es oportuno pronunciarse respecto al análisis que deben realizar los jueces que conocen una acción hábeas corpus para tutelar adecuadamente los derechos que protege esta garantía.
28. Para resolver este problema jurídico, esta Corte Constitucional considera relevante iniciar con el análisis del objeto y alcance del hábeas corpus como garantía jurisdiccional, para lo cual parte de la definición de esta garantía establecida en el artículo 89 de la Constitución, el cual establece que el objeto de la acción de hábeas corpus, es *“recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”*.
29. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su artículo 7.6 que *“ Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales (...)”*. Además, esta garantía se encuentra expresamente recogida en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos, en el artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
30. El hábeas corpus es una garantía fundamental, antecedente a todo el derecho procesal constitucional en cuanto cronológicamente constituye la primera garantía constitucional<sup>19</sup>. En su diseño original, está encaminado a proteger la libertad física y ambulatoria de una persona. En su desarrollo actual, esta garantía no se agota únicamente en la protección de la libertad, sino que además es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida, integridad u otros derechos conexos de la persona privada de la libertad<sup>20</sup>, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>21</sup>. Es por ello que el artículo 43 de la LOGJCC establece, al momento de regular la garantía de hábeas corpus, que esta garantía *“tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad”*.

<sup>19</sup> Distintas manifestaciones del hábeas corpus existen, entre otros, en Inglaterra desde 1215 con la Carta Magna; en España desde 1428 con el “recurso de manifestación de personas” del Reino de Aragón; en Francia desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en Estados Unidos desde la Quinta Enmienda de 1791. En Ecuador, el hábeas corpus como derecho y garantía constitucional aparece por primera vez en la Constitución de 1929.

<sup>20</sup> Por ejemplo, en la sentencia 295-15-JH/19 esta Corte estableció que la acción de hábeas corpus resulta procedente para proteger el acceso a servicios de salud de las personas privadas de su libertad. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 295-19-JH/19 de 12 de noviembre de 2019, párr. 34.

<sup>21</sup> Corte IDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, párr. 42.



31. El hábeas corpus constituye una garantía indispensable para la efectiva vigencia de estos derechos. En virtud de los artículos 7.6 y 25 de la CADH, para que cumpla su rol como garantía de los derechos a la libertad, vida, integridad física y otros derechos conexos, esta garantía debe ser efectiva, es decir, no basta con que exista y se resuelva la acción, sino que necesariamente esta debe dar resultados o respuestas a las alegaciones respecto a violaciones de derechos que hayan sido alegadas<sup>22</sup>. Para que el hábeas corpus sea efectivo, los jueces y juezas que conocen una acción de hábeas corpus no deben limitarse únicamente a analizar el momento de la detención, sino que deben efectuar un análisis más amplio de todo el proceso de privación de la libertad, que no se agota únicamente en la orden de aprehensión de una persona, más aún cuando lo alegado por el accionante no se refiere a la legalidad o arbitrariedad de dicha orden.
32. Los derechos que se protegen mediante esta garantía hacen necesario que –cuando sea alegado o cuando las circunstancias lo requieran– los jueces analicen la totalidad de la detención y las condiciones actuales en las cuales se encuentra la persona privada de libertad. En este sentido, una medida de privación de la libertad que en un inicio era constitucional, puede convertirse en ilegal, arbitraria o ilegítima, o ser implementada en condiciones que amenacen o violen los derechos a la vida o integridad de la persona<sup>23</sup> y, por ello, los jueces están en la obligación de verificar que, al momento de presentación de la acción, la detención no se haya tornado en arbitraria, así haya derivado de una orden de detención legal<sup>24</sup>:

*...la "privación de la libertad" es un concepto amplio. En tal sentido, no se agota únicamente en la orden de aprehensión de una persona. A contrario sensu, la privación de la libertad comprende todos los hechos y condiciones en las que esta se encuentra desde que existe una orden encaminada a impedir que transite libremente -y por tanto, pase a estar bajo la responsabilidad de quien ejecute esta orden-, hasta el momento en que efectivamente se levanta dicho impedimento. Como consecuencia de esta definición amplia del concepto, se puede afirmar que una medida de privación de la libertad que inició siendo constitucionalmente aceptable, puede devenir en ilegal, arbitraria o ilegítima, o ser ejercida en condiciones que amenacen o violen los derechos a la vida o integridad de la persona, por hechos supervinientes<sup>25</sup>.*

33. Ahora bien, en las resoluciones judiciales emitidas en este caso, se afirmó que la privación de la libertad del adolescente NN no era arbitraria en cuanto había sido emitida por autoridad competente. Así, los jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay afirmaron que la privación "no es arbitraria pues constan los elementos necesarios para la procedibilidad de la medida coercitiva de privación de libertad".

<sup>22</sup> Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 116; *Caso Choerón Choerón Vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 127; *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Sentencia de 5 de julio de 2011, párr. 95

<sup>23</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 247-17-SEP-CC de 09 de agosto de 2017 (caso No. 0012-12-EP).

<sup>24</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de febrero de 2006.

<sup>25</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 247-17-SEP-CC de 9 de agosto de 2017 (Caso No. 0012-12-EP), pág. 18; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 017-18-SEP-CC de 10 de enero de 2018 (Caso N.º 0513-16-EP), pág. 52.

34. Esto evidencia una clara confusión respecto a las nociones de legalidad, arbitrariedad e ilegitimidad de la privación de libertad, contenidas en el artículo 89 de la Constitución. El desarrollo jurisprudencial respecto a este punto, realizado principalmente en la sentencia No. 247-17-SEP-CC<sup>26</sup>, resulta limitado para que los jueces constitucionales puedan hacer frente al universo de situaciones que deben resolver al momento de conocer acciones de hábeas corpus. Por ello, esta Corte considera apropiado complementar las definiciones establecidas en dicha sentencia, recurriendo para ello al desarrollo que esta garantía ha tenido en el derecho internacional de los derechos humanos.
35. De acuerdo con el artículo 89 de la Constitución, el hábeas corpus existe para que una persona pueda recuperar su libertad cuando ha sido privada de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima. Con relación a la privación ilegal de la libertad, esta ocurre cuando una detención es ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Por ello, para considerar legal una privación de la libertad, esta debe analizarse desde un doble aspecto: material y formal. En el aspecto material, la detención debe haberse realizado en estricto apego a las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley y la privación de la libertad debe mantenerse exclusivamente hasta los límites temporales fijados por la legislación. En el aspecto formal, la detención y posterior privación de la libertad debe realizarse y mantenerse en cumplimiento del procedimiento objetivamente definido por la ley<sup>27</sup>.
36. Si la privación ilegal de la libertad tiene una relación directa con el incumplimiento de normas expresas del ordenamiento jurídico, la privación arbitraria de la libertad responde a un concepto más amplio, que engloba al primero. En este sentido, en el derecho internacional, las privaciones de la libertad ilegales, arbitrarias e ilegítimas forman parte de la prohibición contra privaciones arbitrarias de la libertad, la cual constituye una norma convencional, una norma de derecho consuetudinario y una norma imperativa o de *ius cogens*<sup>28</sup>. Respecto a la privación arbitraria de la libertad, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos ha expresado que *"nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad"*<sup>29</sup>. Asimismo, en los casos en que la privación de la libertad es utilizada como medida cautelar, la Corte Interamericana ha manifestado que del principio de presunción de inocencia se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad más allá de los límites estrictamente necesarios

<sup>26</sup> En la sentencia No. 247-17-SEP-CC se definió a la privación ilegal como *"aquella ordenada o ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico"*. La privación arbitraria de la libertad se definió como *"aquella ordenada o mantenida sin otro fundamento que la propia voluntad o capricho de quien la ordena o ejecuta"*. Finalmente, la privación de la libertad ilegítima se definió como *"aquella ordenada o ejecutada por quien no tiene potestad o competencia para ello"*; definiciones que han sido reiteradas, entre otras, en las sentencias No. 004-18-PJO-CC, (caso No. 0157-15-JH); y, 002-18-PJO-CC (caso No. 0260-15-JH).

<sup>27</sup> Corte IDH, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*, Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47; Criterio reiterado, entre otros, en las decisiones tomadas en el *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, párr. 140; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 69.

<sup>28</sup> Al respecto, *vid.* Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Resolución No. A/HRC/22/44, *Deliberación No. 9 sobre la definición y alcance de la privación arbitraria de libertad bajo el derecho internacional consuetudinario* párrs. 37-75.

<sup>29</sup> Corte IDH, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 47.



para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia<sup>30</sup>.

37. De igual forma, según el Comité de Derechos Humanos (en adelante, "el Comité"), la proscripción de la "arbitrariedad" en sentido estricto incluye tanto el requisito de que una forma particular de privación de libertad se realice de acuerdo con la ley y el procedimiento aplicable, como que ésta sea proporcional al objetivo buscado, y sea razonable y necesaria para dicho objetivo<sup>31</sup>. El Comité ha afirmado que, para evitar una caracterización de arbitrariedad, la detención no debe prolongarse más allá del período durante el cual el Estado puede proporcionar la justificación apropiada<sup>32</sup>. Asimismo, para que una detención no se considere arbitraria, la base legal que justifica la detención debe ser accesible, comprensible, no retroactiva y debe aplicarse de manera consistente y predecible a todos por igual<sup>33</sup>.
38. Por otro lado, los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal consideran a una detención como arbitraria cuando ocurre uno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando es manifiestamente imposible invocar fundamento jurídico alguno que la justifique;
- b) Cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de los derechos o libertades garantizados por los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, respecto de los Estados partes, por los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- c) Cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario;
- d) Cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de examen o recurso administrativo o judicial;
- e) Cuando la privación de la libertad constituye una violación del derecho internacional por motivos de discriminación (...) y tiene por objeto hacer caso omiso de la igualdad de derechos humanos o puede causar ese resultado<sup>34</sup>.

39. En el mismo sentido, en el artículo 43 de la LOGJCC se establece una serie de supuestos que, sin ser una lista taxativa, constituyen situaciones en las cuales la detención de una persona tiene un carácter arbitrario y por ende pueden ser tuteladas a través de la acción de hábeas corpus. Entre otras, estas situaciones incluyen el derecho a no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional; a no ser desaparecida

<sup>30</sup> Entre otros, Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 117.

<sup>31</sup> Comité de Derechos Humanos (CDH), *A. v. Australia; Marques de Morais v. Angola*, comunicación No. 1128/2002, 29 de marzo de 2005, párr. 6.1.

<sup>32</sup> CDH, *Mashini v. Argelia*, comunicación No. 1172/2003, 28 de marzo de 2007, párr. 8.4.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria: Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre Remedios y Procedimientos sobre el derecho de toda persona privada de libertad de llevar un procedimiento ante un tribunal, 6 de julio de 2015, A/HRC/30/37, párr. 10; véase también el Reporte del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, A/HRC/22/44, párr. 38.



forzosamente; a no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante; en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, a no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligren su vida, su libertad, su integridad o su seguridad; a no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias; y, a no ser incomunicada, o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana.

40. En definitiva, el concepto de privación arbitraria responde a aquellos casos en que una privación de la libertad, aunque haya sido realizada en cumplimiento de las normas legales, se ha realizado utilizando causas y métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos humanos del individuo. Así, toda privación ilegal de la libertad será automáticamente una privación arbitraria, ya que en ese caso la arbitrariedad ocurrirá por el incumplimiento de las normas expresas del ordenamiento jurídico. Pero existen además privaciones de la libertad que, aunque se podrían calificar como legales, constituyan privaciones arbitrarias por vulnerar derechos de la persona y son susceptibles de ser remediadas mediante un hábeas corpus.
41. Para que una detención no sea considerada arbitraria, por ejemplo, la detención no debe prolongarse más allá del periodo durante el cual la autoridad que ordenó la medida puede proporcionar una justificación apropiada. Esta Corte ya ha establecido que una detención fundada en motivos discriminatorios, aun si se realiza en cumplimiento de las normas legales, siempre debe ser considerada como arbitraria<sup>35</sup>.
42. Adicionalmente, en los casos en que la privación de libertad sea realizada por particulares, la Corte ha determinado que será la autonomía de la voluntad de la persona recluida la que determinará la arbitrariedad o no de la privación de libertad<sup>36</sup>.
43. Finalmente, respecto a la noción de privación ilegítima de la libertad, ésta se definió en la sentencia No. 247-17-SEP-CC como *"aquella ordenada o ejecutada por quien no tiene potestad o competencia para ello"*. Respecto a esta definición, se puede observar que la misma no provee un criterio distinto que la diferencia de las otras dos figuras, por cuanto una privación de libertad ordenada por quien no tiene competencia para ello será automáticamente ilegal y arbitraria.
44. De todo lo analizado en los párrafos precedentes, la Corte Constitucional responde el primer problema jurídico planteado en los siguientes términos:
45. En vista de que una medida de privación de la libertad que en un inicio era constitucional, puede convertirse en ilegal o arbitraria, el análisis de toda acción de hábeas corpus no puede limitarse únicamente al momento de la detención de la persona, sino que implica un examen más amplio de todo el proceso de privación de la libertad y las circunstancias en las que ésta se desarrolla a lo largo del tiempo.
46. Al resolver una acción de hábeas corpus, planteada a favor de cualquier persona, los jueces están obligados a realizar un análisis integral, que incluye a la orden de detención, pero también a las alegaciones específicas planteadas en la acción, en particular respecto a la

<sup>35</sup> Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 159-11-JH/19 (*El hábeas corpus y las personas en movilidad*) de 26 de noviembre de 2019, sección No. 4.

<sup>36</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 166-12-JH/20 (*privación de libertad por particulares*) de 29 de enero de 2020, párrs. 19-27.

naturaleza y circunstancias de la detención al momento de presentación de la acción demanda y a las condiciones en las cuales se encuentra la persona privada de libertad.

47. Asimismo, los jueces están obligados a presentar una respuesta motivada al accionante respecto de los argumentos que este haya esgrimido para afirmar que la privación de la libertad tiene el carácter de ilegal, arbitraria o ilegítima.
48. Todo lo anterior es obligatorio en cualquier acción de hábeas corpus, independientemente de si esta es planteada a favor de un adolescente o de una persona adulta.
49. En el presente caso, los jueces de primera y segunda instancia se limitaron a analizar la legalidad de la detención y no proveyeron una respuesta motivada a la pretensión del accionante respecto al estatus de la privación de la libertad del adolescente al haberse cumplido el tiempo máximo de internamiento preventivo establecido en el CNA, incumpliendo su deber de tutelar adecuadamente los derechos del adolescente. En atención a lo expuesto, en el segundo problema jurídico se analizan las consecuencias jurídicas del vencimiento del internamiento preventivo de un adolescente en conflicto con la ley penal.

**5.2. ¿Debe ser puesto en libertad un adolescente que ha cumplido el tiempo máximo de internamiento preventivo permitido por la ley y no cuenta con sentencia ejecutoriada en su contra?**

50. En el presente caso, la persona privada de la libertad en favor de quien se planteó el hábeas corpus era un adolescente procesado por el cometimiento de una conducta tipificada como delito. Por ende, para pronunciarse respecto al problema jurídico planteado, es necesario primero realizar ciertas precisiones respecto a la naturaleza jurídica del proceso y de las medidas aplicables a los adolescentes en conflicto con la ley penal y el consecuente tratamiento que se debe dar a la garantía del hábeas corpus cuando se la interpone para proteger los derechos de este grupo de atención prioritaria.

**5.2.1. El proceso de juzgamiento de adolescentes en conflicto con la ley penal**

51. Las niñas, niños y adolescentes gozan de los derechos comunes del ser humano y son titulares de derechos específicos derivados de su condición<sup>37</sup>. Por ello, el artículo 35 de la Constitución establece que los adolescentes pertenecen a un grupo de atención prioritaria y especializada y el artículo 175 establece que estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. Cuando se trata de adolescentes infractores, el artículo 51, número 6 de la Constitución reconoce el derecho a recibir un tratamiento preferente y especializado. Asimismo, el artículo 77 numeral 13 establece que para los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida.
52. En la sentencia No. 9-17-CN/19<sup>38</sup>, esta Corte afirmó que la Constitución establece un sistema especializado para el juzgamiento de adolescentes infractores, con medidas y finalidades distintas a la justicia penal ordinaria, en cuanto su aplicación está orientada a la

<sup>37</sup> Constitución, art. 45; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 54.

<sup>38</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 9-17-CN/19 (*Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores*) de 09 de julio de 2019.



protección de los adolescentes y sus derechos, a fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y a promover la reintegración del adolescente<sup>39</sup>. Por ello, los operadores de justicia deben aplicar el principio del **interés superior del niño** y la **doctrina de la protección integral** como principios rectores respecto de cualquier decisión o medida adoptada en relación con los adolescentes en conflicto con la ley penal.

53. El interés superior del niño, como principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento<sup>40</sup>. Este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo<sup>41</sup>. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que en todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de niños, niñas y adolescentes, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. En este sentido, ha manifestado que:

*Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia reformativa cuando se trate de menores delincuentes<sup>42</sup>.*

54. Por otro lado, esta Corte ya ha definido a la doctrina de la protección integral como el conjunto de normas e instrumentos jurídicos y doctrinas elaboradas por los órganos de protección de derechos humanos, que tienen como finalidad desarrollar el contenido y el alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes<sup>43</sup>. Entre los instrumentos que conforman la doctrina de la protección integral se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño, las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño<sup>44</sup>, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de los

<sup>39</sup> CNA, art. 309: "Objetivos de la investigación y de la determinación de la responsabilidad.- El proceso de juzgamiento, además de establecer el grado de participación del adolescente en el hecho del que se le acusa, tiene por finalidad investigar las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente y su conducta y el medio familiar y social en el que se desenvuelve, de manera que el Juez pueda, de acuerdo a las reglas establecidas en este Código, aplicar la medida socio-educativa más adecuada para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad".

<sup>40</sup> CNA, arts. 11 y 14; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3; principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

<sup>41</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC17/2002 de 28 de agosto de 2002, párrs. 56-58.

<sup>42</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Nro. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.

<sup>43</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 9-17-CN/19 *Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores* de 09 de julio de 2019, párr. 43.

<sup>44</sup> ONU, Comité sobre los Derechos del Niño (CRC), 17 Observaciones Generales emitidas desde abril de 2001 hasta octubre de 2014.





niños<sup>45</sup>, la Declaración sobre los Derechos de los Niños, entre otros. Sobre los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, son de particular relevancia la Observación General N. 10 (2007) del Comité sobre los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad ("Reglas de La Habana") y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil ("Directrices de Riad").

55. En aplicación de los derechos de los que son titulares los adolescentes, del principio del interés superior del niño y de la doctrina de la protección integral, el marco jurídico ecuatoriano contempla un proceso distinto y especializado para los adolescentes infractores que, si bien en principio se cibe al mismo diseño procedimental de la justicia penal de adultos para garantizar el derecho a un juicio justo y a un juzgador imparcial, persigue finalidades distintas y cuenta con normas específicas en atención a la condición jurídica de los procesados.
56. En el sistema jurídico ecuatoriano, los niños, niñas y adolescentes son penalmente inimputables<sup>46</sup> y, por lo tanto, "no pueden ser juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales"<sup>47</sup>. Al ser inimputables, carecen de la capacidad de culpabilidad y, por ende, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a una persona adulta.
57. Sin embargo, en atención a su grado de desarrollo y madurez<sup>48</sup>, los adolescentes pueden ser sujetos de responsabilidad jurídica por el cometimiento de infracciones tipificadas en la ley penal<sup>49</sup>. Cuando esto ocurre, la protección del interés superior del niño implica que los objetivos de la justicia de adolescentes en conflicto con la ley penal serán la protección de los adolescentes y sus derechos y la promoción de la reintegración familiar y social del adolescente<sup>50</sup>.
58. En consecuencia, en el juzgamiento de adolescentes infractores, el fin del proceso no es, ni puede ser, una **sanción penal** ni una sanción como tal, sino únicamente la imposición de "**medidas socio-educativas proporcionales a la infracción atribuida**"<sup>51</sup> encaminadas a la

<sup>45</sup> Entre otros, Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999; Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de setiembre de 2004; Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Sentencia 14 de mayo de 2013; y, en términos amplios, Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC17/2002 de 28 de agosto de 2002.

<sup>46</sup> CNA, art. 305 y 307; Desde la perspectiva penal, la imputabilidad –vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias– es la capacidad de culpabilidad de un sujeto.

<sup>47</sup> CNA, art. 305.

<sup>48</sup> CNA, art. 13.- "Ejercicio progresivo.- El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo con su grado de desarrollo y madurez".

<sup>49</sup> CNA, art. 306.

<sup>50</sup> CNA, art. 309; Comité de Derechos del Niño, Observación General 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 2007, párr. 10.

<sup>51</sup> Constitución de la República, art. 76, número 13.



satisfacción de las mencionadas finalidades. Estas medidas deben cumplirse en atención a dos elementos fundamentales: el fomento del bienestar del adolescente; y, la proporcionalidad de la medida socio-educativa, tomando en cuenta la gravedad del daño y las circunstancias personales del adolescente infractor<sup>52</sup>. Según el artículo 390 del CNA, las medidas socioeducativas deben seguir un modelo de atención integral, mediante el cual deben cumplirse de manera progresiva de acuerdo al programa individualizado para cada adolescente y en base a los cinco ejes del modelo de atención integral:

1. *Autoestima y autonomía: Se promoverá la concienciación sobre la responsabilidad de sus actos, su desarrollo humano integral y el respeto a la Ley.*
2. *Educación: se incentivará el constante aprendizaje, para ello se garantizará el ingreso, reintegro y permanencia en el sistema educativo, por lo que el uso del tiempo libre estará encaminado al aprovechamiento pedagógico educativo.*
3. *Salud integral: existirá una historia clínica y médica integral. Se realizarán chequeos constantes para la detección oportuna de posibles enfermedades y brindar una salud preventiva y curativa además de programas de auxilio, orientación y tratamiento en caso de adicciones y otros.*
4. *Ocupacional laboral: Para garantizar una formación de calidad que le posibilite al adolescente mayor de quince años desarrollar destrezas para la inserción en el mercado laboral, generando estrategias de micro emprendimiento, se implementarán actividades formativas en diferentes áreas.*
5. *Vínculos familiares o afectivos: Para promover el constante vínculo que beneficie la reinserción familiar y social se planificarán actividades orientadas a recuperar, construir, mantener y fortalecer los vínculos familiares del adolescente con su familia de origen o con aquellas personas que creó lazos de afecto y que son un referente para su vida<sup>53</sup>.*

#### **5.2.2. Medidas cautelares aplicables a los adolescentes en conflicto con la ley penal**

59. Como ya se ha afirmado, en el presente caso el adolescente se encontraba recluido en virtud de una orden de internamiento preventivo. En tanto el objetivo del proceso es el establecimiento de medidas socioeducativas y no de sanciones, el internamiento preventivo tiene como único objetivo "asegurar la inmediación del adolescente inculpaado con el proceso"<sup>54</sup> y no asegurar el cumplimiento de la pena, por cuanto, como ya quedó claro, no existen sanciones penales en este tipo de procesos. Por ello, se debe procurar, siempre que sea posible, recurrir a medidas cautelares alternativas al internamiento preventivo, en cuanto esta no es la medida más adecuada para cumplir las finalidades de este tipo de procesos.
60. Cuando a pesar de lo anterior se recurre a la privación de libertad como medida preventiva, el CNA y los estándares internacionales de derechos humanos exigen que la privación sea utilizada únicamente como "última y excepcional medida"<sup>55</sup>, cuando el adolescente represente un peligro inmediato y real para los demás<sup>56</sup> y, "por el período mínimo

<sup>52</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 9-17-CN/19 (*Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores*) de 09 de julio de 2019, párr. 50.

<sup>53</sup> CNA, art. 390.

<sup>54</sup> CNA, art. 323.

<sup>55</sup> CNA, art. 22; en el mismo sentido, CNA, art. 321, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37.b, Reglas de Beijing, regla 13; Reglas de Tokio, regla 6; Reglas de La Habana, regla 17; y, Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 230.

<sup>56</sup> ONU, *Informe del Experto Independiente de Naciones Unidas para el Estudio de la Violencia contra los Niños*, 29 de agosto de 2006, A/61/299, párr. 112. b.



necesario<sup>57</sup>. En aplicación de las disposiciones del CNA y de los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, el internamiento preventivo de adolescentes debe garantizar todos sus derechos y protecciones acordes a su edad, sexo y características individuales, y, en particular, deberá garantizarse su derecho a permanecer en "centros especializados que aseguren su separación de los adultos también detenidos"<sup>58</sup>, así como también de los adolescentes a quienes se les haya dictado las medidas correspondientes mediante sentencia ejecutoriada<sup>59</sup>.

61. El adolescente debe tener la posibilidad de solicitar que la legalidad del internamiento preventivo sea revisada periódicamente, con el objeto de revisar si los motivos que originariamente fundaron el internamiento aún subsisten y justifican que permanezca privado de su libertad<sup>60</sup>. Si bien no la única, la garantía del hábeas corpus es una vía idónea para que el adolescente pueda pedir la revisión de los motivos que fundamentaron el internamiento preventivo o de las circunstancias en las que éste se ejecuta. Por lo tanto, en el caso bajo análisis, el hábeas corpus era una medida idónea para solicitar la revisión de las medidas ordenadas en contra del adolescente en cuanto se alegaba que este había cumplido ya el término máximo de internamiento preventivo permitido por la ley.

### 5.2.3. La duración del proceso para el juzgamiento de adolescentes infractores

62. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la especialidad del sistema de justicia de adolescentes infractores tienen consecuencias también respecto de la duración del proceso y de las medidas cautelares que se dicten dentro del mismo. A través de pronunciamientos de organismos internacionales especializados, se ha evidenciado el impacto que posee el transcurso del tiempo, en general, y la duración del proceso penal, en particular, en la vida de los adolescentes<sup>61</sup>, por ello, el Comité de los Derechos del Niño ha entendido que "los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños"<sup>62</sup>.
63. Así también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado que el retardo injustificado en la resolución de los procesos seguidos a adolescentes es contrario a las normas internacionales que los protegen<sup>63</sup> y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que toda la duración del proceso penal afecta los derechos de los niños, independientemente de que estos estén privados de la libertad o no<sup>64</sup>. Fundado

<sup>57</sup> Constitución de la República, art. 76, número 13; en el mismo sentido, Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37 letra b.

<sup>58</sup> CNA, art. 322; Constitución de la República, art. 76, número 13.

<sup>59</sup> CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe respecto a Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, 13 julio 2011, párr. 276.

<sup>60</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N.º 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 83.

<sup>61</sup> Damián Muñoz, "Problemas actuales de la justicia penal adolescente y abordajes posibles de la defensa pública especializada," en *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*: 247, p. 22.

<sup>62</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), UNCR/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

<sup>63</sup> Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrs. 215 y 226.

<sup>64</sup> CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe respecto a Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, 13 julio 2011, párr. 204.



en ello, se alcanzó un importante consenso internacional en relación con la máxima brevedad que debe operar entre el inicio de la causa y su resolución definitiva, a fin de intentar garantizar las finalidades propias del sistema especializado y evitar el proceso de estigmatización de los adolescentes<sup>65</sup>.

64. Además, es esencial resaltar que la privación de libertad en adolescentes afecta su derecho al desarrollo integral reconocido constitucionalmente, en cuanto perturba gravemente el proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones. La detención prolongada genera daños físicos y psicológicos en los adolescentes que perduran en el tiempo:

*...el encierro, para un joven de entre 14 y 18 años, no solo será la oportunidad de sufrir la más cruda zozobra a la que se puede someter a un ser humano, sino que, además, el daño que ocasiona dejará huellas profundas y permanentes en todas aquellas áreas que le son indispensables para integrarse socialmente: Los procesos cognitivos se empobrecen por falta de estímulos y en muchos casos se retrocede y se pierden habilidades previas. Las instancias que fomentan la plasticidad neuronal, o que ocasionan nuevos procesos cognitivos, son pocas. Y las actividades recreativas que trabajen directamente la creatividad y/o el entrenamiento de habilidades cognitivas complejas son inexistentes<sup>66</sup>. Por ello, el Comité de Derechos del Niño ha afirmado que "los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible"<sup>67</sup>. En ese sentido, ha considerado que "el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible"<sup>68</sup>. Y es que, cuanto más tiempo pase, más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el adolescente tenga mayores dificultades intelectuales y psicológicas para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra<sup>69</sup>. Esto, a su vez, afectará la efectividad del proceso de reintegración del adolescente que se debe garantizar una vez cumplida la medida socioeducativa.*

65. Como una garantía para que el proceso de adolescentes tenga la menor duración posible, el artículo 5 número 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 316 del CNA imponen a los jueces, Fiscales de Adolescentes Infractores y demás operadores de justicia, incluidos los defensores públicos o privados que intervengan en un proceso en que están involucrados adolescentes infractores, la obligación de impulsar con la mayor celeridad las actuaciones judiciales y atribuir máxima prioridad a la rápida tramitación de esos casos, a fin de que la detención sea lo más breve posible<sup>70</sup>.

66. En atención a todo lo anterior, el procedimiento de juzgamiento de adolescentes infractores ha establecido plazos estrictos, inferiores a los contemplados en la justicia penal de adultos, que necesariamente deben cumplirse para garantizar los derechos de los adolescentes durante el proceso. Dado el impacto que el paso del tiempo tiene en los adolescentes, deben

<sup>65</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44º período de sesiones, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 51.

<sup>66</sup> Hugo Muñoz Jaramillo y Francisco Ubilla Pavés, 2009, "Privación de libertad adolescente en Chile: una reflexión desde la praxis", citado en UNICEF, *Adolescentes, seguridad y derechos humanos. Arquitectura para la gestión de un nuevo modelo socioeducativo*, p. 20.

<sup>67</sup> *Ibid.*, párr. 126.

<sup>68</sup> *Ibid.*, párr. 51.

<sup>69</sup> *Ibid.* Comentario a las Reglas de Beijing, A.G. res. 40/33, anexo, ONU Doc. A/40/53, 1985, p. 207.

<sup>70</sup> CNA, art. 315; *Reglas de la Habana*, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, párr. 17.

adoptarse todas las medidas para cumplir de manera irrestricta con los plazos establecidos para este procedimiento y no se puede justificar la extensión de los plazos límites de duración del internamiento preventivo. En atención a las Reglas de Beijing, la CIDH ha sido enfática en sostener que, una vez vencido el plazo máximo de internamiento preventivo establecido en la ley, no es posible conceder prórrogas y el adolescente debería ser puesto en libertad en forma inmediata<sup>71</sup>.

#### 5.2.4. Efectos del vencimiento del plazo máximo de internamiento preventivo permitido por la ley

67. En el presente caso, en la sentencia emitida por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay se afirmó que "la provisionalidad de la medida cautelar (sinónimo de preventivo) concluyó con la sentencia condenatoria ya citada, sin que nada afecte a los fines de su cumplimiento los recursos interpuestos"<sup>72</sup>. Por ende, es necesario analizar si la emisión de una sentencia condenatoria en primera instancia implica que la medida de internamiento pierde su carácter preventivo y cuál es el efecto de la presentación de recursos respecto a dicha sentencia con relación al internamiento preventivo.
68. Si bien quedaron establecidos los fines del proceso de juzgamiento de adolescentes infractores, las exigencias particulares de celeridad procesal y la naturaleza de las medidas socioeducativas y cautelares que se pueden aplicar para cumplir dichos fines, subsiste el problema generado por la tensión entre el vencimiento del plazo máximo de internamiento preventivo establecido en la ley y la falta de una sentencia ejecutoriada en contra de un adolescente, en razón de que el proceso continúe sustanciándose por la presentación de recursos.
69. En cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en la materia<sup>73</sup>, el artículo 331 del CNA establece claramente que el internamiento preventivo no puede exceder de 90 días y que, transcurridos esos días, el adolescente debe ser puesto en libertad inmediatamente y sin necesidad de orden judicial previa:

*Art. 331.- Duración del internamiento preventivo.- El internamiento preventivo no podrá exceder de noventa días, transcurridos los cuales el funcionario responsable del establecimiento en que ha sido internado pondrá en libertad al adolescente de inmediato y sin necesidad de orden judicial previa. El incumplimiento de esta disposición por parte de dicho funcionario será sancionado con la destitución del cargo, sin perjuicio de su responsabilidad penal y civil.*

70. El artículo 331, más que un mandato legal, es una garantía de los derechos constitucionales y convencionales de los adolescentes y es una consecuencia directa de la lógica y objetivos que rigen al proceso de adolescentes infractores y de las exigencias particulares de celeridad procesal indispensable en estos casos. Esto en cuanto, como ya se analizó en la sección 5.2.3 *supra*, el paso del tiempo tiene un efecto distinto en los niños y adolescentes y su detención prolongada afecta sus derechos de manera desproporcionada. Además, la demora

<sup>71</sup> CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, *Informe respecto a Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas* de 13 de julio de 2011, párr. 297.

<sup>72</sup> Fs. 16, expediente Corte Provincial de Justicia del Azuay.

<sup>73</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37, letra b y Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7, número 5.



en el proceso impide al adolescente tener certeza de su situación jurídica y afecta la efectividad de su posterior reintegración.

71. Asimismo, tal como ha manifestado la Corte Interamericana, los límites temporales a este tipo de medidas cautelares tienen como fundamento último el derecho a la presunción de inocencia de los adolescentes en conflicto con la ley penal<sup>74</sup>. Por ende, irrespetar estos límites afecta negativamente este derecho. Así, cuando la detención se prolonga más allá de los límites permitidos, se aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia y se la vacíe de contenido, ya que se estaría privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que solo se impone legítimamente a quien ha sido condenado<sup>75</sup>.
72. De acuerdo al artículo 311 del CNA, la inocencia de una persona adolescente se presume y debe ser tratada como tal *"mientras no se haya establecido conforme a derecho, en resolución ejecutoriada, la existencia del hecho punible y su responsabilidad en él"* (énfasis añadido). De este artículo se desprende que el derecho a la presunción de inocencia de una persona adolescente se mantiene hasta que no exista una resolución ejecutoriada. Toda vez que mientras existan recursos pendientes respecto de una resolución ésta no se encuentra ejecutoriada, el derecho de los adolescentes a la presunción de inocencia se mantiene intacto hasta que estos recursos sean resueltos. Estas particularidades corresponden al régimen propio de los adolescentes infractores.
73. Por ello, el legislador entiende que en cuanto la imposición de medidas socioeducativas tiene como finalidad *"la integración social del adolescente"*<sup>76</sup>, el internamiento prolongado del adolescente sin una resolución definitiva sobre su situación no es idóneo para alcanzar este objetivo. Todo esto en atención a los derechos derivados de su edad, a su condición de grupo de atención prioritaria, al principio del interés superior del niño y a la doctrina de protección integral, conforme los artículos 35, 51.6, 77.13 y 175 de la Constitución.
74. En este punto, vale recordar que el único fin del internamiento preventivo es asegurar la comparecencia del adolescente durante el proceso. En el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, bajo ningún concepto se podría interpretar al internamiento preventivo como una medida para asegurar el cumplimiento de la pena, en cuanto el proceso culmina con medidas socio-educativas y no con sanciones penales. Si una vez cumplido el tiempo máximo de internamiento preventivo existen razones para considerar necesario asegurar la comparecencia del adolescente en el proceso, el juez tiene a su disposición las demás medidas cautelares personales contempladas en el artículo 324 del CNA:

<sup>74</sup> CNA, art. 311.- "Presunción de inocencia.- Se presume la inocencia del adolescente y será tratado como tal mientras no se haya establecido conforme a derecho, en resolución ejecutoriada, la existencia del hecho punible y su responsabilidad en él"; Convención sobre los Derechos del Niño: "b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley." Vid. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180

<sup>75</sup> CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 125; CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 80.

<sup>76</sup> CNA, art. 369.



1. *La permanencia del adolescente en su propio domicilio, con la vigilancia que el Juez disponga;*
  2. *La obligación de someterse al cuidado de una persona o entidad de atención, que informarán regularmente al Juez sobre la conducta del adolescente;*
  3. *La obligación de presentarse ante el Juez con la periodicidad que éste ordene;*
  4. *La prohibición de ausentarse del país o de la localidad que señale el Juez;*
  5. *La prohibición de concurrir a los lugares o reuniones que determine el Juez;*
  6. *La prohibición de comunicarse con determinadas personas que el Juez señale, siempre que ello no afecte su derecho al medio familiar y a una adecuada defensa.*
75. En atención al análisis precedente, esta Corte resuelve el segundo problema jurídico planteado en el sentido de que un adolescente que ha cumplido el tiempo máximo de internamiento preventivo permitido por la ley y no cuenta con sentencia condenatoria en su contra debe ser puesto en libertad sin necesidad de orden judicial. En ningún caso un adolescente puede permanecer internado más allá de este límite, sin contar con una sentencia ejecutoriada que declare su responsabilidad en el cometimiento de una conducta tipificada penalmente. Si el adolescente cuenta con sentencia condenatoria de primera instancia en su contra, pero ha presentado recursos respecto de dicha decisión, no existe sentencia ejecutoriada que justifique retener al adolescente más allá del tiempo máximo de internamiento preventivo permitido por la ley.
76. Si en los procesos de adolescentes infractores ya ha transcurrido el término máximo para la conclusión del proceso y el adolescente no cuenta con sentencia ejecutoriada, el juez puede recurrir a la aplicación de otras medidas cautelares personales establecidas en el artículo 324 del CNA o poner en libertad al adolescente, según las circunstancias de cada caso. En estos casos, el hábeas corpus resulta procedente para tal efecto. Si es puesto en libertad, el adolescente deberá permanecer en libertad mientras se resuelvan los recursos que haya planteado y, en el momento que exista una sentencia ejecutoriada en su contra, deberá ser detenido para cumplir la medida socio-educativa que le haya sido impuesta.
77. En aplicación de estos estándares a los hechos del caso bajo análisis, podemos observar que la acción de hábeas corpus se planteó a favor del adolescente NN con fundamento en que la orden de internamiento preventivo de 90 días ordenada el 19 de abril de 2011 por el Juez Penal de Gualaquiza ya había concluido, y, por ende, se encontraba detenido ilegalmente en virtud de que no existía sentencia ejecutoriada en su contra.
78. En consecuencia, si bien la orden de internamiento dictada en contra del adolescente NN fue emitida de forma legal, desde el momento en que este cumplió el tiempo máximo permitido por la ley, esto es 90 días, y no fue puesto en libertad, su privación de la libertad se convirtió en ilegal por contravenir norma expresa. Esto por cuanto, al momento de presentación de la acción, el adolescente había apelado la sentencia de primera instancia y no contaba con sentencia ejecutoriada en su contra que hubiera justificado que permanezca internado.
79. Para la fecha de presentación del habeas corpus (21 de julio de 2011), quedaba pendiente la resolución de los recursos de nulidad y apelación planteados en favor del adolescente; y, para la fecha de resolución de la acción de habeas corpus en primera instancia (22 de julio de 2011) y segunda instancia (11 de agosto de 2011), quedaba pendiente de resolución el recurso de casación planteado por el adolescente. Por ende, el adolescente tenía derecho a ser considerado inocente y a que su medida socioeducativa no se ejecute hasta que no se

resuelva su recurso de casación. Esto implica que, una vez concluido el tiempo de internamiento preventivo, el adolescente debía ser puesto en libertad inmediatamente.

80. A pesar de lo anterior, cuando había transcurrido el término máximo establecido en el artículo 331 del CNA y se solicitó la inmediata libertad del adolescente NN, se observa que el coordinador del CAIC en el que se encontraba recluso respondió al requerimiento indicando que debía recibir disposición expresa del Juez que conoce la causa para dejar en libertad al adolescente. Esto evidencia una clara actuación ilegal por parte del coordinador del CAIC al haber actuado contra norma expresa, pues el artículo 331 del CNA especialmente les impone la obligación de liberar a los adolescentes cuando se cumpla el tiempo máximo del internamiento preventivo "Sin necesidad de orden judicial previa". En consecuencia, la negativa del coordinador del CAIC de liberar al adolescente implicó que su posterior privación de libertad hasta la conclusión del proceso con la declaratoria de abandono del recurso de casación constituyó una privación arbitraria de su libertad.
81. En vista de que el adolescente no fue liberado, se solicitó su libertad mediante la acción de hábeas corpus. A la luz de los hechos, el hábeas corpus debió ser concedido y el adolescente debió haber sido puesto en libertad. Una vez ejecutoriada la sentencia emitida en su contra, el adolescente NN debía ser detenido para que cumpliera el tiempo de internamiento institucional ordenado en dicha sentencia, debiendo ser descontado el tiempo que ya permaneció detenido.
82. En definitiva, en el presente caso los jueces que conocieron el hábeas corpus no garantizaron la efectividad del recurso en cuanto fallaron en su deber de analizar las alegaciones del accionante respecto a las circunstancias de la privación de la libertad del adolescente, en cuanto no podían limitar su análisis a la orden de detención sin considerar la situación en la que se encontraba al momento de presentación de la acción. Como quedó establecido, el hecho de que la privación de la libertad provenga de una orden legal, no implica que esta no pueda convertirse en ilegal o arbitraria si las condiciones cambian, como en este caso, si se excede el tiempo máximo de internamiento preventivo establecido por la ley.

\*\*\*

83. A la luz de lo anterior, esta Corte, con base en su atribución conferida en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, reitera los principales criterios vertidos en esta sentencia y que deberán ser tenidos en cuenta por parte de los operadores de justicia, sin perjuicio del carácter vinculante de todo precedente constitucional:
1. Al resolver una acción de hábeas corpus planteada a favor de cualquier persona, los jueces están obligados a realizar un análisis integral, que incluye a la orden de detención y las alegaciones específicas planteadas en la acción, en particular respecto a la naturaleza y circunstancias de la detención al momento de presentación de la acción demanda y a las condiciones en las cuales se encuentra la persona privada de libertad.
  2. Una privación de libertad es ilegal cuando una detención o privación de libertad es ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico, ya sea en el aspecto material o formal. En el aspecto material, la detención debe haberse realizado en estricto apego a las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley y la privación de la libertad debe mantenerse exclusivamente hasta los límites temporales fijados por la legislación. En el aspecto

20



formal, la detención y posterior privación de la libertad debe realizarse en cumplimiento del procedimiento objetivamente definido por la ley.

3. Una privación de libertad es arbitraria cuando se ha realizado utilizando causas y métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos humanos del individuo, aunque se haya realizado en cumplimiento de las normas legales. Si bien la determinación de cada circunstancia específica debe determinarse en cada caso y sin ser esta una lista taxativa, una detención es arbitraria si se cumple uno de los siguientes supuestos:
  - i. Cuando no es posible invocar sustento legal que justifique la privación de la libertad. Eso ocurriría, por ejemplo, al mantener una persona en detención tras haber cumplido la pena o a habiendo caducado la medida cautelar a través de la cual fue privada de su libertad;
  - ii. Cuando la privación de libertad es incompatible con los derechos constitucionales de la persona. Esto ocurriría en casos donde, durante la privación de su libertad, la persona sea incomunicada o sea sometida a tortura, tratos crueles o degradantes o tratamientos vejatorios de su dignidad humana;
  - iii. Cuando la privación de la libertad se da como resultado del ejercicio de otros derechos constitucionales o convencionales. Esto ocurriría, por ejemplo, si la privación de libertad se da como resultado de un ejercicio legítimo de libertad de expresión;
  - iv. Cuando la privación de la libertad es fruto de una grave vulneración de los derechos y garantías relativas a un juicio imparcial y al debido proceso;
  - v. Cuando la privación de libertad se funda en motivos discriminatorios;
  - vi. En casos de privación de libertad por parte de particulares, cuando esta se ha realizado atentando contra la autonomía de la voluntad de la persona reclusa;
  - vii. Cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de examen o recurso administrativo o judicial o existe el riesgo de devolución al país donde temen persecución o donde peligre su vida, libertad o integridad.
4. Un adolescente que ha cumplido el tiempo máximo de internamiento preventivo permitido por el artículo 331 del Código de la Niñez y Adolescencia y no cuenta con sentencia condenatoria en firme en su contra, mantiene intacta su presunción de inocencia y debe ser puesto en libertad sin necesidad de orden judicial. En ningún caso un adolescente puede permanecer internado preventivamente más allá de este límite, sin contar con una sentencia ejecutoriada que declare su responsabilidad en el cometimiento de una conducta tipificada penalmente. Si el adolescente cuenta con sentencia condenatoria de primera instancia en su contra, pero ha apelado dicha decisión, no existe sentencia ejecutoriada que justifique mantener al adolescente en internamiento preventivo. En estos supuestos, en virtud del artículo 331 del Código de la Niñez y Adolescencia, el adolescente debe ser puesto en libertad de forma inmediata por el funcionario responsable del establecimiento en el cual se encuentra internado. Si el adolescente no es liberado de forma inmediata, el hábeas corpus resulta procedente y el

21



juzgador deberá aplicar las sanciones establecidas en el artículo 331 en contra del funcionario responsable.

84. Finalmente, para que los estándares establecidos en esta sentencia sean efectivos y se garanticen los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, la Corte considera indispensable que la presente sentencia cuente con una adecuada difusión a todos los operadores de justicia y demás funcionarios públicos cuyas competencias tienen relación con los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

#### **6. Decisión**

85. La Corte Constitucional, conforme lo dispuesto en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución y el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resuelve:
1. Declarar que la presente sentencia no tiene efectos para el caso en concreto. Los precedentes contenidos en esta sentencia tienen efectos vinculantes y deben ser observados por los jueces y juezas constitucionales en la resolución de las causas bajo su conocimiento.
  2. Disponer la devolución del expediente original correspondiente al proceso penal No. 14253-2011-0016 a la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Gualaquiza, a fin de que se proceda a su cierre y destrucción en los términos ordenados por el artículo 317 del Código de la Niñez y Adolescencia.
  3. Disponer al Consejo de la Judicatura publicar esta sentencia en la parte principal de su página web institucional durante al menos seis meses. En el plazo de siete meses contados desde la notificación de la presente sentencia, el Consejo de la Judicatura deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.
  4. Disponer al Consejo de la Judicatura difundir la presente sentencia por al menos una vez a través del correo institucional o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos los operadores de justicia del país, con particular énfasis en las áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. Asimismo, disponer al Consejo de la Judicatura incluir el contenido de esta sentencia en los procesos de capacitación a todos los operadores de justicia, con particular énfasis en las áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. En el plazo de sesenta días contados desde la notificación de la presente sentencia, el Consejo de la Judicatura deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.
  5. Disponer a la Defensoría Pública del Ecuador que remita a esta Corte en el plazo de seis meses un informe respecto a la situación de los adolescentes en internamiento preventivo que no cuentan con sentencia ejecutoriada y las medidas tomadas por la institución para aplicar los precedentes desarrollados en la presente sentencia.
  6. Disponer a la Defensoría del Pueblo del Ecuador publicar esta sentencia en la parte principal de su página web institucional durante al menos seis meses. En el plazo de siete meses contados desde la notificación de la presente sentencia, la Defensoría del Pueblo del Ecuador deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

7. Disponer a la Defensoría del Pueblo del Ecuador difundir la presente sentencia por al menos una vez a través del correo institucional o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos sus funcionarios, con particular énfasis en las áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. En el plazo de treinta días contados desde la notificación de la presente sentencia, la Defensoría del Pueblo deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.
  8. Disponer al Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores del Ecuador difundir la presente sentencia por al menos una vez a través del correo institucional o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos sus funcionarios, con particular énfasis en los funcionarios encargados de los centros de rehabilitación de adolescentes infractores y demás áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. En el plazo de treinta días contados desde la notificación de la presente sentencia, el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores del Ecuador deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.
  9. Disponer al Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores que en el término de dos meses contados desde la notificación de la presente sentencia, envíe a la Corte Constitucional un informe respecto a aquellos adolescentes infractores que actualmente se encuentren cumpliendo medidas de internamiento preventivo en el cual se evidencie que no se ha excedido el término máximo establecido en el artículo 331 del Código de la Niñez y Adolescencia.
  10. Disponer a la Fiscalía General del Estado difundir la presente sentencia por al menos una vez a través del correo institucional o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos sus funcionarios, con particular énfasis en las áreas que se encargan de la atención a adolescentes en conflicto con la ley. En el plazo de treinta días contados desde la notificación de la presente sentencia, Fiscalía General del Estado deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.
  11. Disponer al Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional publicar esta sentencia en la parte principal de su página web institucional durante al menos seis meses y difundir su contenido a las juntas cantonales de protección de derechos de niños niñas y adolescentes y a los Consejos Cantonales y Metropolitanos de Protección de Derechos. En el plazo de siete meses contados desde la notificación de la presente sentencia, el Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.
86. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN  
BOLIVAR  
SALGADO  
PESANTES

Firmado digitalmente por  
LUIS HERNAN BOLIVAR  
SALGADO PESANTES  
Fecha: 2020.08.03  
11:58:25 -0500

**Dr. Hernán Salgado Pesantes**  
**PRESIDENTE**



**Sentencia No. 207-11-JH/20**  
**Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Ali Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes, en sesión ordinaria de miércoles 22 de julio de 2020. - Lo certifico.

**AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA  
BERNI**  
Firmado digitalmente por  
AIDA SOLEDAD  
GARCIA BERNI  
Fecha: 2020.08.03  
14:41:40 -05'00'  
Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**



### 4.1.3. Limitación a la sustitución de la prisión preventiva.

**País:** República del Ecuador

**SENTENCIA:** 8-20-CN/21

**FECHA:** 18/08/2021

**TRIBUNAL / SALA:** Corte Constitucional del Ecuador

**NORMATIVA LEGAL:** Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal

**ASUNTO:** Prohibiciones contenidas en el artículo 536 del COIP relativas a que no cabe la sustitución de la prisión preventiva en delitos sancionados con cinco años de pena privativa de libertad.

**DESCRIPTORES:** Consulta de Constitucionalidad

**SÍNTESIS LEGAL:** La Corte resuelve la consulta de constitucionalidad respecto al artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal relativo a la sustitución de la prisión preventiva. Luego del análisis correspondiente la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la prohibición de la sustitución de la prisión preventiva en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años del inciso primero del artículo 536 del COIP.

#### **RESUMEN DE DATOS:**

1. El 29 de enero del 2020, Jhonnathan Andrés Blanco Tovar, Andrés Fernando Martino Tovar y Yoendry David Barreto Rivera ("los procesados") fueron detenidos en presunto delito flagrante.

2. Durante la audiencia del 30 de enero del 2020, la Unidad Judicial Penal con competencia en infracciones flagrantes con sede en la parroquia Mariscal Sucre del D. M. de Quito calificó la flagrancia, formuló cargos por el delito de robo -tipificado en el artículo 189 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal ("COIP")- y ordenó la prisión preventiva de todos los procesados.
3. El 04 de febrero del 2020, se radicó el conocimiento de la causa No. 17282-2020-00210 en la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del D. M. de Quito ("Unidad Judicial").
4. El 06 de febrero del 2020, los procesados presentaron una solicitud de sustitución de medida cautelar al tenor de lo dispuesto en el artículo 521 del COIP. Mediante providencia de 04 de marzo del 2020, se convocó a audiencia de sustitución de la prisión preventiva y se declaró concluida la instrucción fiscal.
5. El 09 de marzo de 2020, durante la audiencia de sustitución de medidas cautelares, la jueza Paola Campaña Terán de la Unidad Judicial decidió suspender y elevar en consulta la constitucionalidad del artículo 536 del COIP. El 12 de marzo de 2020, la jueza de la Unidad Judicial dispuso remitir el proceso a la Corte Constitucional.
6. El 26 de agosto de 2020, la jueza de la Unidad Judicial decidió continuar con la tramitación del caso y convocó a la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio para el 07 de septiembre del 2020. En providencia de 31 de agosto de 2020, en contestación a un pedido de los procesados señaló que lo referente a la sustitución de la prisión preventiva sería resuelto en la misma audiencia.
7. El 21 de septiembre de 2020, la Unidad Judicial dictó auto de sobreseimiento a favor de los procesados en razón de "no existir elementos de cargo SUFICIENTES que permitan presumir que existe el delito de acción pública que fue acusado y que los procesados son autores o cómplices de la infracción". En consecuencia, revocó todas las medidas cautelares dictadas en su contra y dispuso su inmediata libertad. Inconforme con esta decisión, la agente Fiscal de Patrimonio Ciudadano 7 interpuso recurso de apelación.



8. El 25 de noviembre de 2020, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resolvió desechar el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes el auto de sobreseimiento.

### **JUSTIFICACIÓN:**

Sobre la prisión preventiva y su imposibilidad de sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a 5 años.

De la revisión de la consulta de norma se observa que la jueza consultó la constitucionalidad de las prohibiciones contenidas en el artículo 536 del COIP relativas a que no cabe la sustitución de la prisión preventiva (i) en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, así como (ii) cuando se trate de un caso de reincidencia. No obstante, de la revisión de los recaudos procesales se identifica que, al momento de efectuar la consulta de norma, la prohibición basada en la reincidencia todavía no entraba en vigencia y los procesados no se encontraban en el supuesto de ser reincidentes. De manera que la jueza consultante no ha justificado su posible aplicabilidad al caso concreto y pertinencia para la resolución de la causa. Es por ello que no corresponde que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de una prohibición que no resulta aplicable.

### **CONCLUSIÓN:**

Declarar inconstitucional la frase contenida en el inciso primero del artículo 536 del COIP que establece: “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”.

#### **Link de acceso a la sentencia**

<https://www.defensoria.gob.ec/wp-content/uploads/2021/08/8-20-CN-KAQ-Y-VC-RAS.pdf>





**Sentencia No. 8-20-CN/21**  
**(Limitación a la sustitución de la prisión preventiva)**  
**Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo**

Quito, D.M. 18 de agosto de 2021

**CASO No. 8-20-CN**

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

### SENTENCIA

**Tema:** La Corte resuelve la consulta de constitucionalidad respecto al artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal relativo a la sustitución de la prisión preventiva. Luego del análisis correspondiente la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la prohibición de la sustitución de la prisión preventiva en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años del inciso primero del artículo 536 del COIP.

#### I. Antecedentes

1. El 29 de enero del 2020, Jhonnathan Andrés Blanco Tovar, Andrés Fernando Martino Tovar y Yoendry David Barreto Rivera (**"los procesados"**) fueron detenidos en presunto delito flagrante.
2. Durante la audiencia del 30 de enero del 2020, la Unidad Judicial Penal con competencia en infracciones flagrantes con sede en la parroquia Mariscal Sucre del D. M. de Quito calificó la flagrancia, formuló cargos por el delito de robo -tipificado en el artículo 189 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal (**"COIP"**)- y ordenó la prisión preventiva de todos los procesados.
3. El 04 de febrero del 2020, se radicó el conocimiento de la causa No. 17282-2020-00210 en la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del D. M. de Quito (**"Unidad Judicial"**).
4. El 06 de febrero del 2020, los procesados presentaron una solicitud de sustitución de medida cautelar al tenor de lo dispuesto en el artículo 521 del COIP<sup>1</sup>. Mediante providencia de 04 de marzo del 2020, se convocó a audiencia de sustitución de la prisión preventiva y se declaró concluida la instrucción fiscal.
5. El 09 de marzo de 2020, durante la audiencia de sustitución de medidas cautelares, la jueza Paola Campaña Terán de la Unidad Judicial decidió suspender y elevar en

<sup>1</sup> COIP, Art. 521.- "Audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión de medida cautelar y protección.- Cuando concurren hechos nuevos que así lo justifiquen o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados, la o el fiscal, la o el defensor público o privado, de considerarlo pertinente, solicitará a la o al juzgador la sustitución de las medidas cautelares por otras (...)"

consulta la constitucionalidad del artículo 536 del COIP. El 12 de marzo de 2020, la jueza de la Unidad Judicial dispuso remitir el proceso a la Corte Constitucional.

6. El 26 de agosto de 2020, la jueza de la Unidad Judicial decidió continuar con la tramitación del caso y convocó a la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio para el 07 de septiembre del 2020. En providencia de 31 de agosto de 2020, en contestación a un pedido de los procesados señaló que lo referente a la sustitución de la prisión preventiva sería resuelto en la misma audiencia.
7. El 21 de septiembre de 2020, la Unidad Judicial dictó auto de sobreseimiento a favor de los procesados en razón de *"no existir elementos de cargo SUFICIENTES que permitan presumir que existe el delito de acción pública que fue acusado y que los procesados son autores o cómplices de la infracción"*. En consecuencia, revocó todas las medidas cautelares dictadas en su contra y dispuso su inmediata libertad. Inconforme con esta decisión, la agente Fiscal de Patrimonio Ciudadano 7 interpuso recurso de apelación.
8. El 25 de noviembre de 2020, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resolvió desechar el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes el auto de sobreseimiento.

#### **Proceso ante la Corte Constitucional**

9. Con fecha 16 de marzo de 2020, ingresó a la Corte Constitucional la consulta de constitucionalidad, cuyo sorteo recayó en la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo.
10. El 16 de marzo de 2020, la Corte Constitucional mediante resolución No. 004-CCE- PLE-2020 suspendió los términos y plazos de las acciones puestas en su conocimiento. Posteriormente, en la resolución No. 005-CCE- PLE-2020 de 12 de mayo de 2020, la Corte Constitucional resolvió reanudar los plazos y términos de los procesos puestas en su conocimiento a partir del 18 de mayo de 2020.
11. El 04 de junio de 2020, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la consulta de constitucionalidad presentada.
12. El 03 de julio de 2020, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de la causa.
13. El 10 de julio y 11 de agosto de 2020, los procesados presentaron escritos en los que insistieron en la resolución de la presente consulta.

#### **II. Competencia**

14. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente consulta de norma conforme lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la

República ("CRE") y los artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ("LOGJCC").

### III. Enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta

15. La norma cuya constitucionalidad se consulta está contenida en el artículo 536 del COIP<sup>2</sup>:

#### ARTÍCULO 536

*Art. 536.- Sustitución. La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.*

*Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.*

*Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia.*

### IV. Argumentos de la consulta de constitucionalidad de norma

16. La jueza consultante, una vez solicitada la sustitución de la prisión preventiva, previo a resolver, consultó a esta Corte la constitucionalidad de la limitación contenida en el artículo 536 del COIP que prevé, como excepción, para el caso particular de la prisión preventiva, que no procede su sustitución cuando la pena del delito por el que se procesa es superior a 5 años.
17. En este sentido, explica que en el caso concreto se acusó a los procesados por el delito de robo, mismo que se encuentra sancionado con pena privativa de libertad de 5 a 7 años y "(...) estaría abarcado por el espectro normativo del Art. 536 del precitado cuerpo legal". Es por ello que "para resolver las pretensiones de los procesados es necesaria su aplicación, limitando la posibilidad de realizar un análisis atendiendo las normas, jurisprudencia y principios que se han identificado como contrarios al artículo indicado que es el que se eleva en consulta". Por lo que considera que, con independencia de la sanción, en la prisión preventiva se deben observar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la misma conforme a la CRE y a los instrumentos internacionales.

<sup>2</sup> El 17 de febrero de 2021 se efectuó una reforma a este artículo que incorporó una nueva limitación para los "delitos de peculado, sobrepagos en contratación pública o actos de corrupción en el sector privado" con una *vocatio legis* de 180 días. Dado que esta reforma no es materia de la consulta de norma efectuada por la jueza consultante y que no estaba vigente al momento de la presentación de la consulta de constitucionalidad ni durante la etapa de sustanciación de la causa, esta Corte analizará únicamente la norma consultada aplicable al caso concreto del que se solicita control concreto de constitucionalidad.



18. En tal sentido, en cuanto al principio de excepcionalidad, establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de su jurisprudencia ha enfatizado que *“la medida de prisión preventiva debe ser la excepción, más (sic) no la regla general (...) en consonancia con la norma que mantiene nuestra Constitución en el artículo 77 numeral 1, ya que constituye la medida más severa que se puede imponer al procesado (...). Esta excepcionalidad, radica también en el carácter procesal más no punitivo que debe revestir a la medida, analizándose que las restricciones a la libertad deben valorarse en función de la necesidad y buscando que no se convierta en una medida de anticipo de la pena. La Corte inclusive ha llegado a establecer que la regla general debe ser la libertad, mientras se espera la resolución de la situación jurídica”*.
19. Por otra parte, menciona que la proporcionalidad implica que *“no puede establecerse para el presuntamente inocente un gravamen que corresponda o exceda al del condenado y en ningún caso extenderse de forma desproporcionada en el tiempo”* y agrega que la prisión preventiva *“debería mantenerse en constante revisión, para poder optar por medidas alternativas a ésta”*.
20. Finalmente, sobre el contenido del principio de necesidad argumenta que la medida de prisión preventiva debe adoptarse cuando *“sea estrictamente necesaria para garantizar el desarrollo eficiente de la investigación y la prosecución del proceso. Es decir, que la valoración debe estar enfocada en las consideraciones de obstrucción y evasión, debe por tanto determinarse que es posible la presencia de estas condiciones para su aplicación, caso contrario la medida se torna arbitraria”*. Agrega que, *“las restricciones a la libertad deben valorarse en función de la necesidad y buscando que no se convierta en una medida de anticipo de la pena”*.
21. Es por estas consideraciones que sostiene que en las medidas cautelares el juzgador debe aplicar estos principios a fin de no vulnerar los derechos de las personas procesadas. No obstante, a su criterio, el artículo 536 inciso primero del COIP *“impone un candado legal a los operadores de justicia, que les impide realizar un análisis de la prisión preventiva en torno a los principios que se han identificado anteriormente”*.
22. En tal sentido, sostiene que la norma consultada entra en claro conflicto con el artículo 77 numeral 1 de la CRE que determina que la privación de libertad no será la regla general, pues produce que en delitos con pena superior a cinco años, la prisión preventiva no pueda ser sustituida por otras medidas, aunque el solicitante reúna las condiciones necesarias para ello.
23. La jueza consultante señala que con base en el principio de mínima intervención penal, la prisión preventiva como medida cautelar debe ser considerada como el último recurso. En aplicación de la Constitución y demás normas expuestas, *“por tanto, limitar la posibilidad de sustitución a través de normas integradas a la legislación penal, impide que se cristalicen estos principios”*. Asevera que la norma

que se consulta como está, elimina la posibilidad de efectivamente convertir a la prisión preventiva en una medida excepcional, de última *ratio*.

24. En su consulta, como segundo punto, agrega que las últimas reformas del COIP al artículo 536 en el inciso tercero añade a la reincidencia como otra excepción. Lo que a su criterio limita *“la posibilidad de que la medida sea revisada en todos los delitos y para todos los procesados”*. Considera que el tipo del delito y su gravedad no deben ser tomados como elementos para la aplicación de una medida cautelar como es la prisión preventiva y menos aún deben incorporarse estas consideraciones en la legislación.
25. Sustenta que las condiciones relativas directamente al autor, como es la reincidencia, se contraponen a los principios antes señalados y al deber de no discriminación en función del pasado judicial reconocido en nuestra Constitución en el artículo 11 numeral 2 que dispone: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de (...) pasado judicial, (...) ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (...)”*. Asimismo, argumenta que se contrapone con las Reglas de Tokio,<sup>3</sup> específicamente con los numerales 2 y 6, que desarrollan los principios de aplicación de las medidas no privativas de la libertad, indicando que deben aplicarse sin discriminación alguna, puesto que a su criterio el considerar el pasado judicial para la sustitución de la medida cautelar, constituye una condición de discrimen.

## V. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

### 5.1. Delimitación de la consulta

26. De la revisión de la consulta de norma se observa que la jueza consultó la constitucionalidad de las prohibiciones contenidas en el artículo 536 del COIP relativas a que no cabe la sustitución de la prisión preventiva (i) en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, así como (ii) cuando se trate de un caso de reincidencia. No obstante, de la revisión de los recaudos procesales se identifica que, al momento de efectuar la consulta de norma, la prohibición basada en la reincidencia todavía no entraba en vigencia y los procesados no se encontraban en el supuesto de ser reincidentes. De manera que la jueza consultante no ha justificado su posible aplicabilidad al caso concreto y pertinencia para la resolución de la causa. Es por ello que no corresponde que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de una prohibición que no resulta aplicable.

<sup>3</sup> Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.



27. Al respecto, es importante mencionar que conforme al artículo 141 de la LOGJCC, la consulta de norma tiene como finalidad “*garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales*”. Así, en nuestro orden constitucional, la consulta de norma constituye un mecanismo de control concreto de constitucionalidad precisamente porque permite que los juzgadores consulten la constitucionalidad de una norma aplicable al caso concreto y no cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico.
28. Debe recordarse que la suspensión de la tramitación de la causa prevista en el artículo 428 de la CRE -y su respectiva incidencia para el normal desarrollo del proceso- encuentra justificativo constitucional únicamente en virtud de que la norma consultada resulta relevante para la decisión. No corresponde que mediante consulta de norma las autoridades jurisdiccionales consulten, en abstracto, la constitucionalidad de normas que, en principio, no resultan aplicables al caso concreto que deben resolver.
29. Por otra parte, es importante mencionar que si bien por el transcurso del tiempo el proceso efectivamente continuó su curso y la Unidad Judicial dictó auto de sobreseimiento y revocó las medidas cautelares en la audiencia en la que se resolvería la solicitud de sustitución de la prisión preventiva, conforme a lo previsto por el artículo 428 de la CRE y 142 de la LOGJCC, corresponde a esta Corte analizar la consulta de norma sobre la imposibilidad de sustitución de la prisión preventiva en delitos con pena privativa de libertad superior a 5 años.

#### **5.2. Sobre la prisión preventiva y su imposibilidad de sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a 5 años**

30. Derivado del reconocimiento constitucional de una tutela judicial que sea “*efectiva*”, el Estado no solo debe resolver los conflictos de las personas a través de su aparato jurisdiccional, sino también garantizar que la decisión final que se adopte efectivamente pueda ser ejecutada luego de la sucesión de etapas procesales que conforman el proceso<sup>4</sup>. Así, la tutela cautelar permite que el proceso se pueda desarrollar con todas sus garantías, sin riesgo de que la futura respuesta jurisdiccional no sea efectiva.
31. En el caso del proceso penal, precisamente, el legislador ha previsto distintas medidas cautelares como garantía de la eficacia del proceso penal a fin de asegurar la presencia del procesado, el cumplimiento de la posible pena y reparación integral; para prevenir el ocultamiento, alteración o destrucción de las fuentes de prueba y la

<sup>4</sup> Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha determinado de forma consistente que la tutela judicial efectiva tiene tres componentes, que podrían concretarse en tres derechos: (i) el acceso a la justicia, entendida ésta a través de los mecanismos propuestos por el Estado para la resolución de controversias; (ii) el derecho a un debido proceso judicial; y (iii) que la sentencia dictada se cumpla, esto es, la ejecutoriedad del fallo, que se traduce en el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 889-20-JP/21, 10 de marzo de 2021, párr. 110.



obstrucción de su práctica; impedir la paralización del proceso penal, entre otras, las cuales deben ser debidamente justificadas por el juzgador al momento de dictar una medida.

32. No obstante, junto al establecimiento de medidas cautelares, el COIP incorpora también la posibilidad de que estas puedan ser sustituidas, suspendidas o revocadas, pues -por su propia naturaleza- toda medida cautelar es de carácter instrumental, provisional y esencialmente mutable, lo que denota que estas pueden transformarse en otras si se modifican las circunstancias que inicialmente las fundamentaron y que, en definitiva, estas no pueden persistir si no subsisten los presupuestos que las justificaron.
33. Para el efecto, el artículo 521 del COIP permite que las partes soliciten la sustitución de las medidas cautelares *“cuando concurran hechos nuevos que así lo justifiquen o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados”*, siendo incluso posible que en virtud de su mutabilidad el juzgador dicte *“una medida negada anteriormente”*.
34. Pese a ello, concretamente, para el caso de la medida cautelar de prisión preventiva, el artículo 536 del COIP erige una limitación al establecer que *“no cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”*. Por lo que, en definitiva por esta limitación, una vez dictada, la prisión preventiva se vuelve insustituible por otra medida cautelar menos gravosa, aun cuando las circunstancias hayan cambiado, si la infracción presuntamente cometida es sancionada con una pena privativa de libertad superior a 5 años.
35. En el caso concreto, la Unidad Judicial Penal con competencia en infracciones flagrantes dictó prisión preventiva contra los procesados al considerar que sus requisitos se habían verificado y era necesaria para garantizar la eficacia del proceso penal. No obstante, en virtud de la existencia de nuevos elementos, los procesados solicitaron que se les sustituya la prisión preventiva por una medida menos gravosa<sup>5</sup>.
36. Es por ello que la jueza consultante mantiene una duda sobre la constitucionalidad de la limitación contenida en el artículo 536 del COIP, pues al haberse formulado cargos por el delito de robo sancionado con pena privativa de libertad de 5 a 7 años, de modo automático la norma impide sustituir la medida de prisión preventiva, aun si se hubiesen modificado las circunstancias que inicialmente la fundamentaron.
37. Al respecto, es preciso mencionar que la prisión preventiva constituye una medida cautelar que garantiza la eficacia del proceso penal a través de la privación preventiva de libertad de una persona procesada por un delito. No obstante, esta constituye la medida más gravosa que el Estado puede adoptar sin que aún exista

<sup>5</sup> Información constante en el extracto de la audiencia de sustitución de medidas de 09 de marzo de 2020, en el cual se suspendió el proceso para realizar la presente consulta.

previamente una sentencia condenatoria ejecutoriada<sup>6</sup>, pues supone una restricción al derecho a la libertad ambulatoria del procesado (artículo 66 numeral 14 de la CRE<sup>7</sup>) que, a su vez, tiene serias repercusiones sobre sus distintas actividades y relaciones familiares, sociales y laborales, así como sobre su integridad física y psíquica.

38. Así, a consideración de esta Corte Constitucional, en la prisión preventiva existe una clara tensión entre la salvaguarda de la eficacia del proceso penal y la garantía misma de los derechos del procesado. Es por ello que la prisión preventiva es una medida cautelar de última *ratio* que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional si (i) **persigue fines constitucionalmente válidos** tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE; (ii) es **idónea** como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es **necesaria** al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es **proporcional** frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria<sup>8</sup>.
39. Respecto a las finalidades constitucionalmente válidas de la prisión preventiva, el artículo 77 numeral 1 de la CRE, de forma general, establece que:

*“En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:*

*1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la*

<sup>6</sup> La Corte IDH precisamente ha señalado que la prisión preventiva “constituye la medida más severa que se puede imponer a una persona imputada, y por ello debe aplicarse excepcionalmente: la regla debe ser la libertad de la persona procesada mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador. 3 de febrero de 2020, pág. 16, párr. 65/ Cfr. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo. 1 de febrero de 2006, párr. 67, y el Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 72.

<sup>7</sup> Conforme al artículo 66 numeral 14 de la CRE “el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente. Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligra por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas. Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados”.

<sup>8</sup> Al respecto, la Corte IDH también ha previsto tres requisitos para garantizar que la prisión preventiva no sea arbitraria, a saber: “i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea [...] que el acusado no impida el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 93.



*pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley”.*

40. En decisiones anteriores, esta Corte ya ha establecido que la Constitución contempla a la prisión preventiva como una medida excepcional que tiene como finalidades exclusivas (i) garantizar la comparecencia de la persona procesada, (ii) garantizar el derecho de las víctimas a “una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones” y (iii) “asegurar el cumplimiento de la pena”<sup>9</sup>. Por lo que, en ningún caso, puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena<sup>10</sup>.
41. Por otra parte, en vista de que para que la prisión preventiva sea justificable constitucionalmente es preciso que la restricción a la libertad ambulatoria del procesado sea necesaria y no existan otras medidas cautelares menos gravosas que igualmente permitan cumplir el fin constitucional pretendido<sup>11</sup>, el artículo 77 numeral 11 de la Constitución exige que los jueces apliquen las “medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley”.
42. En esa misma línea, la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos establece que “los tribunales deberán examinar si las alternativas a la reclusión previa al juicio, como la fianza, los brazaletes electrónicos u otras medidas, harían que la reclusión fuera innecesaria en el caso concreto”.
43. Adicional a ello, el principio de excepcionalidad establecido por el artículo 77 numeral 1 de la CRE y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>12</sup> exigen que la prisión preventiva no constituya la regla general<sup>13</sup>, sino una medida personal de última ratio<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Corte Constitucional del Ecuador. 8-20-IA, 05 de agosto de 2020, párr. 54. Asimismo, es importante tomar en consideración que tanto el sistema universal como el sistema interamericano de derechos humanos prevén como fin de la prisión preventiva, garantizar la comparecencia del procesado en el juicio. En tal sentido, el artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es claro al señalar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, al disponer: “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”. Por su parte, el artículo 7 numeral 5 de la CADH establece: “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>10</sup> Véase, Corte Constitucional del Ecuador. 8-20-IA, 05 de agosto de 2020, párr. 54; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 103.

<sup>11</sup> Conforme a la Corte IDH este tipo de medidas restrictivas de la libertad deben ser “necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 93.

<sup>12</sup> Conforme al artículo 9 del PIDCP “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



44. Ahora bien, es preciso dejar claro que no basta con que estos requisitos se cumplan únicamente al momento de dictar la medida de prisión preventiva, pues la grave intromisión en las esferas de libertad del procesado debe mantener su justificativo constitucional a lo largo de toda su vigencia. Esto debido a que el transcurso del tiempo, efectivamente, puede provocar que la prisión preventiva se torne arbitraria, incluso si al momento de su adopción no existía tacha alguna.
45. Así, ante una modificación de las circunstancias que inicialmente fundamentaron la prisión preventiva, es posible que esta deje de ser constitucionalmente admisible. En tal sentido, la restricción a la libertad puede tornarse innecesaria por la concurrencia de hechos o evidencias nuevas que provoquen que otras medidas menos gravosas resulten igualmente idóneas para salvaguardar la eficacia del proceso penal.
46. Más aun, incluso si no existen hechos o evidencias nuevas, el mero transcurso del tiempo puede alterar el examen inicial de proporcionalidad de la medida adoptada previamente. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido que el peso del reclamo de libertad del procesado aumenta, justamente, con el paso del tiempo, a diferencia del interés constitucional detrás del procesamiento penal efectivo<sup>15</sup>.
47. En la misma línea, el artículo 77 numeral 9 de la CRE ha establecido un plazo máximo de caducidad de la prisión preventiva fuera del cual la salvaguarda de la eficacia del proceso penal nunca puede ser proporcional frente a la restricción a los derechos del procesado. Sin embargo, aunque efectivamente existe un plazo máximo de la prisión preventiva, esto no implica que el máximo de tiempo de la prisión preventiva sea el proporcional para todos los casos, pues la restricción a la libertad del procesado puede tornarse arbitraria antes de que la prisión preventiva caduque dependiendo de las circunstancias de cada caso.
48. De ahí que es preciso que la autoridad jurisdiccional continuamente pueda realizar una revisión de la prisión preventiva que verifique que la restricción a los derechos del procesado sigue siendo constitucionalmente admisible. Al respecto, la Corte IDH

---

*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>13</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile, 2014, párr. 310.

<sup>14</sup> En la sentencia 365-18-JH, la Corte Constitucional ha señalado que “el hacinamiento es a su vez consecuencia de una de las graves deficiencias estructurales en el sistema de administración de justicia, como es el uso excesivo de la prisión preventiva (...) las autoridades jurisdiccionales competentes están obligadas a dictar de forma prioritaria respecto a la prisión preventiva otras medidas que resulten más adecuadas, de conformidad con los principios de necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los fines del proceso, las particularidades del caso y la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva. También los fiscales y defensores públicos deben desempeñar sus funciones considerando estos criterios”. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 365-18-JH/21, 24 de marzo de 2021.

<sup>15</sup> Véase, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 2 BvR 2128/20, 3 de febrero de 2021.

ha establecido que es tarea del juez analizar periódicamente su proporcionalidad para efectos de determinar si la medida debe mantenerse<sup>16</sup>. En tal sentido, ha establecido:

*"en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse" (énfasis añadido)*<sup>17</sup>.

49. De igual manera, el Tribunal Constitucional de España ha determinado que la incidencia del paso del tiempo en la prisión preventiva exige que se posibilite su revisión en todo momento:

*"ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables (...) la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional "obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente". La particular característica de que los Autos referidos a la situación personal del imputado no alcancen en ningún caso la eficacia de cosa juzgada (...) conlleva que las partes puedan reiterar sus peticiones en esta materia —por más que hubieran sido ya total o parcialmente denegadas— obligando al juzgador a realizar una nueva reflexión sobre la cuestión ya decidida" (énfasis añadido)*<sup>18</sup>.

50. Contrario a esto, en el presente caso, como ya ha quedado anotado, el inciso primero del artículo 536 del COIP imposibilita, sin excepciones, que los juzgadores puedan evaluar siquiera la posibilidad de sustituir la prisión preventiva en todos los casos en que la infracción acusada sea sancionada con una pena privativa de libertad superior a 5 años. En tal sentido, incluso si se justificasen nuevas circunstancias que denotan que la restricción a la libertad ambulatoria del procesado es innecesaria y que esta en estricto sentido ya no es proporcional, la norma consultada prohíbe que se sustituya la prisión preventiva y la restricción al derecho a la libertad del procesado.
51. Cabe mencionar que esta limitación a la sustitución de la prisión preventiva que imposibilita examinar la necesidad y proporcionalidad de la misma no se ve saneada por la posibilidad de apelar la prisión preventiva, pues como ha quedado anotado esta puede perder su justificativo constitucional a lo largo de su vigencia. Asimismo,

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile. 2014, párrs. 340-341.

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 117;

Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina, párr. 76.

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional de España. STC 66/2008, de 29 de mayo; STC 66/1997, de 7 de abril.



aunque el artículo 535 del COIP prevé la posibilidad de revocatoria de la prisión preventiva, esta es únicamente para los casos de desvanecimiento de los indicios o elementos de convicción, sobreseimiento, caducidad y nulidad procesal. Por lo que la revocatoria opera en supuestos puntuales y distintos a la sustitución de la prisión preventiva en el que se examina si la prisión preventiva ha perdido su justificativo constitucional al existir otras medidas cautelares menos gravosas que igualmente resultan idóneas para garantizar la eficacia del proceso penal.

52. De modo que, aunque existan otros mecanismos de impugnación de la prisión preventiva, la limitación contenida en el inciso primero del artículo 536 del COIP imposibilita, sin excepciones, que en los casos en que la infracción acusada sea sancionada con una pena privativa de libertad superior a 5 años el juzgador pueda evaluar la posibilidad de sustituir la restricción a la libertad del procesado cuando esta se ha tornado arbitraria.
53. Precisamente esto ocurrió en el caso concreto bajo análisis, pues pese a que los procesados solicitaron la sustitución de la medida, la jueza consultante se encontraba impedida de hacerlo, por el simple hecho de que el delito por el cual estaban siendo juzgados tenía una posible pena de entre 5 y 7 años.
54. En decisiones anteriores, esta Corte Constitucional ha establecido que si bien la Asamblea Nacional como órgano de carácter representativo y legitimado por el poder democrático cuenta con libertad de configuración para el establecimiento de reglas, regulaciones, requisitos y procedimientos, esta libertad de configuración legislativa no es ilimitada y debe respetar el marco constitucional y los derechos de las personas<sup>19</sup>. De modo que, aunque el legislador puede configurar los distintos procedimientos que perfilan la sustitución de la prisión preventiva, estos procedimientos no pueden establecer condicionamientos u obstáculos que impidan, de forma irrestricta, la revisión de esta medida cautelar cuando ha perdido su justificativo constitucional, convirtiéndola en una situación jurídica rígida o insustituible mientras no opere la caducidad. Esto pervierte la propia naturaleza de las medidas cautelares, sobre la única base de la gravedad de la posible sanción.
55. Cabe recordar que en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, la Corte IDH ya determinó la responsabilidad internacional del Estado por haber establecido una excepción, sobre la base del tipo de delito, para la liberación de procesados después de haberse dictado la prisión preventiva. En tal sentido, la Corte IDH consideró que este tipo de excepciones a la libertad únicamente basadas en el tipo o gravedad del delito:

*"despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el*

<sup>19</sup> Corte Constitucional del Ecuador. 34-19-IN/21, 28 de abril de 2021, párrs. 98 y 100.



*artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso<sup>20</sup> (énfasis agregado)<sup>20</sup>.*

56. En función de las consideraciones expuestas, esta Corte Constitucional considera que la prohibición de sustitución de la prisión preventiva en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años del inciso primero del artículo 536 del COIP es contraria al artículo 66 numeral 14 y 77 numeral 1 de la CRE, pues determina la imposibilidad irrestricta de sustituir la prisión preventiva, cuando esta haya perdido todo fundamento constitucional y se haya tomado arbitraria.

### 5.3. Efectos de la sentencia

57. De conformidad con el artículo 143 de la LOGJCC, los efectos del fallo de una consulta de norma difieren dependiendo si el pronunciamiento de la Corte se limita a la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica o si esta versa sobre su compatibilidad con las normas constitucionales.
58. En el presente caso, en vista de que se examinó la compatibilidad constitucional del inciso 1 del artículo 536 del COIP, la presente sentencia tendrá los mismos efectos de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad conforme al artículo 143 numeral 1 de la LOGJCC, sin perjuicio de la aplicabilidad del principio de favorabilidad cuando corresponda.

## VI. Decisión

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

1. Declarar inconstitucional la frase contenida en el inciso primero del artículo 536 del COIP que establece: *“en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, n”*.
2. Devolver el expediente al tribunal de origen.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES  
Firmado digitalmente por LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES  
Fecha: 2021.08.25 11:24:55 -0500

Dr. Hernán Salgado Pesantes  
**PRESIDENTE**

<sup>20</sup> Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. 1997, párr. 98.



**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con cinco votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Ali Lozada Prado y Daniela Salazar Marín; y, cuatro votos en contra de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 18 de agosto de 2021.- Lo certifico.

CYNTHIA  
PAULINA  
SALTOS  
CISNEROS

Firmado  
digitalmente por  
CYNTHIA  
PAULINA SALTOS  
CISNEROS

Dra. Paulina Saltos Cisneros  
**SECRETARIA GENERAL (S)**

**SENTENCIA No. 8-20-CN**

**VOTO CONCURRENTE**

**Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría**

**I. Antecedentes**

1. Estoy de acuerdo con los argumentos y con la decisión en esta sentencia, con ponencia de la jueza Karla Andrade Quevedo. Me permito resaltar la importancia de esta sentencia y dar mis razones por las que concurro con mi voto.
2. En el caso se dispuso la prisión preventiva, dentro de un proceso penal por un supuesto delito contra la propiedad.<sup>1</sup> Los procesados pidieron sustitución de la prisión preventiva. La jueza que conocía la causa cuestionó la constitucionalidad del artículo 536 del COIP y consultó a la Corte Constitucional sobre su alcance. Meses más tarde, la Unidad Judicial dictó auto de sobreseimiento a favor de los procesados, revocó todas las medidas cautelares dictadas en su contra y dispuso la inmediata libertad de las personas procesadas.
3. La norma cuya constitucionalidad se consultó prohíbe la sustitución de la prisión preventiva en delitos sancionados con penas mayores a cinco años:

*Art. 536.- Sustitución. La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.*

*Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.*

*Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia.<sup>2</sup>*

4. La jueza penal, Paola Campaña Terán, consideró que hay principios constitucionales afectados por esta norma: excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. La jueza sostuvo que la regla general debe ser la libertad; que la prisión preventiva es un gravamen que puede exceder al del condenado; que debería poderse revisar la medida de prisión preventiva; que debe ser estrictamente necesaria.
5. Concuero con los argumentos esgrimidos por la jueza consultante. Me parece que, al plantear la duda, expuso argumentos constitucionales válidos, profundos y bien sustentados. Tomó con responsabilidad su labor jurisdiccional y los derechos

<sup>1</sup> Código Orgánico Integral Penal ("COIP"), 189, inciso primero (robo).

<sup>2</sup> COIP, artículo 536.



reconocidos en la Constitución. Juezas como ella hacen honor y dan sentido a la calificación de jueces y juezas “de garantías penales.” Hago votos por más jueces y juezas como ella, que toman en serio la Constitución, los derechos que reconoce y las garantías que hacen que no sean mero papel.

6. Como se puede apreciar por la votación, y también por los debates en el seno de la Corte sobre el tema y el caso, existen criterios divididos. Mi explicación tiene relación con las dos tendencias mayoritarias sobre el poder punitivo y sus límites. La una, que se acerca al funcionalismo penal, que pregona un uso utilitario del derecho penal, que va de la mano con la flexibilización de las garantías penales y de un endurecimiento de las penas y de las restricciones a la libertad.
7. La otra visión tiene que ver con el garantismo penal, que pregona el uso racional, excepcional, mínimo del poder punitivo. En esta lógica, tanto la función legislativa como la jurisdiccional tienen como objetivo y principal función limitar el poder punitivo que está en manos de la función ejecutiva. La historia del sistema penal en el mundo y en el Ecuador nos enseña que, cuando no hay límites al poder punitivo, se producen graves y sistemáticas violaciones a los derechos de las personas, como los genocidios, las torturas, las detenciones arbitrarias, el hacinamiento carcelario, los malos tratos, el abuso de la privación de libertad sin condena.
8. La Constitución vigente, nos guste o no, es garantista penal. No es funcionalista. Los legisladores, como bien dice la sentencia, no tienen libertad para configurar el proceso penal ni las penas. Cuando no hay suficiente justificación para restringir los derechos, deben prevalecer los derechos.
9. En Ecuador lastimosamente, y la norma consultada lo demuestra, como tantas otras normas del COIP, prevalece el funcionalismo penal y la expansión del poder punitivo. El miedo, los prejuicios, la irracionalidad, la indiferencia a las personas contra quienes opera el poder punitivo (mayoritariamente las personas más excluidas de la sociedad que el único servicio público que conocen es la cárcel), prevalecen frente a los derechos y garantías constitucionales.
10. La consulta y la sentencia van en contrasentido con el populismo o punitivismo penal. Los argumentos no solo provienen de la Constitución sino del derecho internacional de derechos humanos.<sup>3</sup> El garantismo que está en la Constitución, en otras palabras, no es una cuestión aislada del Ecuador sino que hay un consenso global sobre la necesidad de reconocer y proteger los derechos de las personas cuando tienen riesgo de perder su libertad por parte del Estado.

<sup>3</sup> Convenios y otros instrumentos internacionales, sentencias de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, Observaciones Generales de Comités de Naciones Unidas.

11. El garantismo es el resultado, en repúblicas democráticas, de una evolución del derecho y de la superación de varios siglos de un sistema inquisitivo, que produjo injusticias, dolor y autoritarismos.
12. He dicho que estoy de acuerdo con todos los argumentos esgrimidos en la sentencia, así que no quiero reiterarlos. Lo que quisiera es añadir algunas razones más para ratificar la importancia y el acierto de la sentencia.
13. No podemos dejar de mencionar el contexto en Ecuador. En este país, privar de la libertad a una persona, por disponer una medida cautelar o una pena privativa de libertad, por el hacinamiento y las masacres de los últimos meses, significa someterla al riesgo de que signifique una medida o pena que implica la muerte, estar sometido a un ambiente violento y a contar con servicios públicos básicos insuficientes, como la alimentación o la atención a la salud.
14. En este contexto, cualquier medida que evite que más personas sean privadas de libertad, a nivel legislativo, jurisdiccional o constitucional, significa salvar y proteger vidas.
15. Si yo fuera juez o jueza de garantías penales que ordenó la prisión preventiva y supiese que esa persona muere en un amotinamiento, no podría con mi conciencia. Sin dudar preferiría saber que es prófuga a que está muerta. Por eso, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, la proporcionalidad de las medidas de restricción de libertad (cautelares y condena) es extremadamente importante.
16. La prisión preventiva es una de las instituciones más abusadas en la historia de la región y de nuestro país. ILANUD llamó la atención sobre el drama de la prisión preventiva en los años 80.<sup>4</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que era un problema acuciante en Ecuador en los años 90.<sup>5</sup> Y el problema sigue existiendo actualmente y a pesar de los principios constitucionales.
17. No aprendemos de la historia ni queremos abrir los ojos a lo que pasa en nuestras cárceles.
18. La sentencia contribuye a abrir una ventanita más para poder evitar que las personas puedan ir a la cárcel. Antes de la sentencia, si una persona estaba procesada por un delito con penas mayores a cinco años simplemente tenía que estar presa. Ahora podría reclamar o pelear por su libertad sin importar la pena.
19. La prisión preventiva no debe depender del cumplimiento de requisitos formales, como si fuera un ejercicio matemático, tales como el caso consultado o si se demuestra arraigo. El juez o jueza tiene que mirar caso por caso. Puede ocurrir que

<sup>4</sup> Elías Carranza y otros, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe* (San José: ILANUD, 1983).

<sup>5</sup> CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador* (Washington D.C.: OEA, 1997).

un caso de muerte o de delitos graves existan garantías efectivas para que se cumplan los fines del proceso sin necesidad de privar de libertad a la persona procesada.

20. Un paréntesis con el famoso y popular “arraigo”, que es una práctica procesal generalizada y perversa en el Ecuador. El arraigo no está contemplado en la ley. A alguien se le ocurrió que si una persona demuestra tener domicilio o trabajo estable, entonces no hay peligro de fuga. Por el contrario, si no tiene domicilio ni trabajo (no tiene arraigo), se presume el peligro de fuga. Si no hay el supuesto arraigo, en la práctica se ha vuelto obligatoria la prisión preventiva. Práctica discriminatoria y, por eso, inconstitucional. Resulta que la gran mayoría de personas pobres, que no tienen domicilio ni trabajo formal, corren el riesgo de ir a la cárcel sin condena. No es justo. La vida es difícil para la gente más excluida. No puede ser que las prácticas procesales la empeoren cuando se las procesa penalmente.
21. Toda medida restrictiva de derechos debe ser estrictamente justificada, como la prisión preventiva. Una de las formas de analizar la justificación es a través del análisis de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad. Se podría considerar, a primera vista, que cuando la infracción es grave, del tipo muerte, genocidio, violación y más delitos que impliquen violencia contra las personas, la restricción de libertad podría tener asidero.
22. Cuando se trata de delitos que tienen que ver con la propiedad, como los hurtos o robos sin violencia contra las personas, el restringir la libertad es, a primera vista, desproporcionada. Esto seguro lo entienden mejor quienes ya han vivido la privación de libertad y pueden valorar que estar libres vale más que dinero o cosas.
23. Insisto. Quienes legislan deben ponderar cuando establecen requisitos para restricción de derechos, igual quienes juzgan también deben ponderar cuando establecen condenas de privación de libertad.
24. No hay que olvidar: las medidas cautelares y condenadas de privación de libertad, en nuestro país pueden significar muerte violenta. Y en nuestro país, la pena de muerte está prohibida.
25. No voy a agotar los argumentos en contra de la prisión preventiva pero quisiera formular uno adicional: la igualdad de armas entre las partes en un proceso. Si la prisión preventiva genera una desigualdad de armas, entonces no es legítima y debería evitarse su uso.
26. La defensa procesal de una persona no es igual si está privada de libertad una de las partes o si está en libertad. Cuando está en libertad, puede presionar a su abogado defensor en su oficina, puede buscar las pruebas, puede tener mejores condiciones para sobrevivir y preparar su defensa. Esto, por ejemplo, lo hacen los fiscales.



27. Cuando una persona está privada de libertad preventivamente, no puede visitar a su abogado o abogada, está a la merced de lo que quiera hacer el abogado (que muchas veces ni visita ni informa a la persona procesada), sus posibilidades de vida digna se limitan, si está sobreviviendo en la cárcel difícilmente pensará de forma adecuada en su defensa. Por eso hay que atender los fines de la medida cautelar. Si un fin es resguardar los medios de prueba. Que se los resguarden y que luego se disponga la libertad.
28. Cuando fiscales y personas procesadas se les prive simultáneamente de su libertad durante el proceso, o en ningún caso se les prive de libertad mientras se desarrolla el proceso, entonces se garantizará la igualdad de armas en el proceso penal.
29. La prisión preventiva otorga una ventaja injustificable a favor de la fiscalía y en desmedro de la persona procesada.
30. La consulta de normas era sobre el artículo 536 del COIP. La sentencia restringió el análisis al inciso primero, sobre la restricción en base a la pena del delito acusado, porque, según la sentencia, de eso iban los hechos del caso.
31. Considero que la Corte perdió la oportunidad para analizar el resto de disposiciones, y que podía hacerlo por el principio de conexidad. Las dos hipótesis descartadas son: i) prisión preventiva ante incumplimiento de medida sustitutiva; y ii) no sustitución de prisión preventiva frente a la reincidencia.
32. Ambas normas podrían ser cuestionadas por su presunta inconstitucionalidad. En el incumplimiento de la medida sustitutiva, podría argumentarse, en casos concretos, que hubo fuerza mayor y que el cumplimiento de la medida sustitutiva no era posible.
33. En la reincidencia se podría afirmar que no se puede atribuir a una persona, que se le promete rehabilitarse y se le sumerge en un ambiente de violencia en las cárceles. La reincidencia es la demostración del fracaso del sistema penitenciario y no el fracaso de la persona.
34. Finalmente, un comentario sobre la presunción de inocencia. La Constitución afirma que la presunción de inocencia implica que hay que tratar como inocente a las personas hasta que tengan sentencia condenatoria ejecutoriada: *"Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada."*<sup>6</sup>
35. El encierro dentro del proceso penal significa tratar como culpable a una persona. En encierro, dentro de una cultura penal vengativa y punitivista, es una pena anticipada. Quien diga que el encierro durante proceso es una mera medida cautelar, que vaya a la cárcel, viva un día y me diga la diferencia entre medida cautelar o condena. La

<sup>6</sup> Constitución, artículo 76 (2).

privación de libertad es un padecimiento se la llama como se la llame. La retórica jurídica no altera la realidad deplorable de un encierro.

36. En suma, el derecho penal mínimo, la presunción de inocencia, la proporcionalidad, la excepcionalidad y más principios constitucionales ordenan que la regla debe ser la posibilidad de que las personas procesadas penalmente se defiendan en libertad.
37. Si existiría certeza de que las personas podrían defenderse, durante el proceso, en libertad, seguramente no tendríamos tantas fugas y la calidad de la defensa penal mejoraría sustancialmente. Ahora sabemos que, como la prisión preventiva es la regla, la gente prefiere huir. Es tiempo de probar lo contrario y contribuir a que existan menos presos en las cárceles y ojalá menos violencia.

**RAMIRO FERNANDO  
AVILA SANTAMARIA** Firmado digitalmente por  
RAMIRO FERNANDO AVILA  
SANTAMARIA  
Fecha: 2021.08.26 16:33:36 -05'00'

Ramiro Avila Santamaría  
**JUEZ CONSTITUCIONAL**

**Razón.-** Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 8-20-CN, fue presentado en Secretaría General, el 19 de agosto de 2021, mediante correo electrónico a las 09:23; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

**CYNTHIA  
PAULINA  
SALTOS  
CISNEROS** Firmado  
digitalmente  
por CYNTHIA  
PAULINA  
SALTOS  
CISNEROS

Dra. Paulina Saltos Cisneros  
**SECRETARIA GENERAL (S)**

## 5. REPÚBLICA DEL PARAGUAY

### 5.1. Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

#### 5.1.1. DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ S/ ROBO AGRAVADO.

**SENTENCIA:** SENTENCIA NUMERO 309

**FECHA:** 23 DE SEPTIEMBRE DE 2020

**TRIBUNAL / SALA:** TRIBUNAL DE SENTENCIA N° 4

**NORMATIVA LEGAL:** CÓDIGO PENAL PARAGUAYO ART. N° 167 ROBO AGRAVADO

**ASUNTO:** ROBO AGRAVADO

**DESCRIPTORES:** PRESIDENTA DEL TRIBUNAL ABC. BLANCA IRENE GOROSTIAGA BEJARANO, MIEMBROS TITULARES ABC. ROSSANA MALDONADO, ABC. LOURDES PEÑA VILLALBA.

**SÍNTESIS LEGAL:** EN FECHA 10 DE JUNIO DEL AÑO 2017, SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 19:30 HORAS, NAYELI ARAMI MARTINEZZ VILLAMAYOR SE ENCONTRABA CAMINANDO SOBRE LA CALLE GRAL. SANTOS DIRIGIÉNDOSE A SU DOMICILIO, HASTA QUE AL LLEGAR A LA INTERSECCIÓN DE CALLE JOSÉ ASUNCIÓN FLORES, DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ DESCENDIÓ DE UNA MOTOCICLETA AGARRANDO POR DETRÁS EL CUELLO DE NAYELI ARAMI MARTINEZZ, VILLAMAYOR Y GOLPEÁNDOLA EN LA CERVICAL CON UN PISTOLA DICIENDO QUE SI GRITABA LA DISPARARÍA, A CONTINUACIÓN DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ SACO LA SUMA DE CUATROCIENTOS MIL GUARANÍES Y UN CARGADOR, PORTÁTIL DEL INTERIOR DE CARTERA DE SU VÍCTIMA Y LA HABRÍA TIRADO AL SUELO AMENAZÁNDOLA QUE NO HAGA NADA PORQUE TENDRÍA UNA BALA PARA ELLA. QUE, EN FECHA 20 DE JUNIO DE 2017 A LAS 18:50 HORAS APROXIMADAMENTE, NAYELI ARAMI MARTINEZZ VIILLAMAYOR SE ENCONTRABA CAMINANDO SOBRE LA CALLE GRAL. SANTOS PASANDO LA UNIVERSIDAD UNINORTE, LA MISMA OBSERVA QUE ALGUIEN SE LE ACERCA DESCUBRIENDO QUE NUEVAMENTE ERA DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ QUIEN LE PUSO UN CUCHILLO POR LA ESPALDA DICIÉNDOLE



EN GUARANI QUE SI NO LEE CLAVABA LE METERÍA PLOMO Y QUE NO ESTARÍA BIEN HASTA QUE LE HAGA ALGUNA COSA, POSTERIORMENTE DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ LE DIO UNA BOFETADA A NAYELI ARAMI MARTINEZZ VILLAMAYOR Y SALIÓ CORRIENDO LLEVANDO LA MOCHILA DE NAYELI ARAMI LA CUAL CONTENÍA SUS CUADERNOS DE COLEGIO Y DOS CELULARES NUEVOS EN CAJA DE LA MARCA SAMSUNG J5 Y UN SAMSUNG J7".

### **RESUMEN DE DATOS:**

VICTIMA: NAYELI ARAMI MARTINEZZ VILLAMAYOR

VICTIMARIO: DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ

**JUSTIFICACIÓN:** ANALIZANDO LA TIPICIDAD DEL HECHO, Y EN PRIMER TÉRMINO EL TIPO OBJETIVO, TENEMOS QUE EL BIEN JURÍDICO PRECAUTELADO EN EL TIPO DE ROBO AGRAVADO SON LOS BIENES DE LAS PERSONAS Y LA CONDUCTA CON QUE SE MENOSCABA ESE BIEN, MEDIANTE EL DESAPODERAMIENTO DE LA COSA MUEBLE AJENA MEDIANTE UTILIZACIÓN DE LA FUERZA CONTRA LA PERSONA PARA APROPIARSE DE LA COSA QUE SE ENCUENTRA EN PODER DEL PROPIETARIO, DESAPODERÁNDOLO Y ESTABLECIÉNDOSE UNA NUEVA POSESIÓN SOBRE LA COSA MUEBLE. PARA ESTE TRIBUNAL LOS HECHOS DENUNCIADOS EN EL PRESENTE JUICIO NO FUERON COMPROBADOS POR NINGÚN MEDIO DE PRUEBA SIN LUGAR A DUDAS. NO HA SIDO COMPROBADA LA EXISTENCIA DE LA COSA MUEBLE EN PODER DE LA VÍCTIMA TANTO EN EL PRIMER HECHO COMO EN EL SEGUNDO HECHO; TAMPOCO FUE COMPROBADA SIN LUGAR A DUDAS LA CONDUCTA DE DESAPODERAMIENTO A LA VÍCTIMA Y MUCHO MENOS SE COMPROBÓ LA FORMA DE REALIZACIÓN Y LA SUPUESTA VIOLENCIA EJERCIDA COMO SURGE DEL EXAMEN DE LOS MEDIOS PRESENTADOS COMO SUSTENTO DE LA ACUSACIÓN Y QUE FUERON UNO POR UNO DESACREDITADOS EN SU VALORACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL POR TANTO CORRESPONDE LA ABSOLUCION DE CULPA Y PENA DEL PRIMER Y SEGUNDO HECHO ACUSADO AL SEÑOR DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ POR DUDA Y CORRESPONDER EN DERECHO.

**CONCLUSIÓN:** CABE RECALCAR QUE LAS PROBANZAS ARRIMADAS EN EL DESARROLLO DEL PRESENTE JUICIO NO HAN SIDO CONTUNDENTES Y PRECISAS PARA DESTRUIR EL ESTADO DE INOCENCIA QUE GOZA TODA PERSONA SOMETIDA A JUICIO, LAS PRUEBAS SON LOS ÚNICOS MEDIOS PARA LLEGAR A LA VERDAD REAL, PARA DESCUBRIR Y VALORAR LOS ELEMENTOS PROBATORIOS EN LA REALIZACIÓN DEL HECHO PUNIBLE ACUSADO. NO ES POSIBLE DICTAR SENTENCIA CONDENATORIA POR SIMPLES SUPOSICIONES, INDICIOS SIN SUFICIENTE FUERZA PROBATORIA O DE DIRECCIONES SIN RAZONAMIENTO JURÍDICO. PROBAR ES DEMOSTRAR LA VERDAD, LA PRUEBA JUDICIAL, CONSISTE EN LA CONFRONTACIÓN DE LAS VERSIONES DADAS POR LOS TESTIGOS CON OTROS MEDIOS OFRECIDOS Y PRODUCIDOS. EN EL PRESENTE JUICIO; EL CAUDAL PROBATORIO HA SIDO INSUFICIENTE Y CONTRADICTORIO PARA DESTRUIR EL ESTADO DE INOCENCIA DEL PROCESADO. EL PRINCIPIO «IN DUBIO PRO REO» ES UN APOTEGMA JURÍDICO QUE SE CONVIERTE EN AUXILIAR DEL JUEZ A LA HORA DE INTERPRETAR Y VALORAR LA PRUEBA, DERIVADO DEL PRINCIPIO «FAVOR RCI», APLICABLE EN CASOS EN EL QUE EXISTIENDO PRUEBAS DE SIGNO INCULPATORIO, ÉSTAS DAN MARGEN A UNA DUDA RACIONAL, Y SI LA PRUEBA PRACTICADA NO ES BASTANTE PARA FORMAR SU CONVICCIÓN O APRECIACIÓN EN CONCIENCIA EN ORDEN A LA CULPABILIDAD O INOCENCIA DEL ACUSADO, LAS DUDAS HABRÁN DE RESOLVERSE SIEMPRE A FAVOR DEL REO. EL PRINCIPIO "IN DUBIO PRO REO" SE HALLA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 5 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, "EN CASO DE DUDA LOS JUECES DECIDIRÁN SIEMPRE LO SEA MÁS FAVORABLE PARA EL IMPUTADO", LA DUDA FAVORECE SIEMPRE AL ACUSADO EN ATENCIÓN AL DERECHO, Y A LA GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE GOZA TODO CIUDADANO, CONFORME A LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 4 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y EL ARTÍCULO 17, INC. 1º DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. EN EL CASO EN ESTUDIO, EL TRIBUNAL JUZGADOR NO CONTÓ CON CONTUNDENTE MATERIAL PROBATORIO QUE ROMPA CON EL ESTADO DE INOCENCIA QUE GOZA EL ACUSADO DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ. EN TALES CIRCUNSTANCIAS DIFÍCILMENTE SE, PODRÍA ARRIBAR A LA CONCLUSIÓN DE QUE EL ACUSADO HA PARTICIPADO EN EL HECHO PUNIBLE DE ROBO AGRAVADO Y MUCHO MENOS QUE SU CONDUCTA REÚNA LOS REQUISITOS DE UNA CONDUCTA PENALMENTE RELEVANTE.



ESTE TRIBUNAL DICE QUE AL NO DARSE LA TIPICIDAD YA NO CORRESPONDE SEGUIR ANALIZANDO LOS DEMÁS PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD, POR LO QUE CORRESPONDE ABSOLVER DE CULPA Y PENA AL ACUSADO DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ POR EL HECHO PUNIBLE DE ROBO AGRAVADO, CONFORME AL ART. 167 INC. 1 NUMERAL 1 Y 2 DEL CÓDIGO PENAL, POR SER INSUFICIENTE LO PROBADO EN JUICIO Y NO SUPERAR EL ESTADO DE DUDA.





B. Karina B. Manóvil  
Coord. y Sup. Jueces Crim.  
23 SET. 2020

CAUSA: "DENIS RAMON FERREIRA  
BENITEZ S/ ROBO AGRAVADO".  
Identificación N° 01-01-02-01-2017-4614.

S.D. N° 309 (Karascenton muer?)



En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay a los veinte y tres días del mes de Setiembre del año dos mil veinte, se constituyó el Tribunal de Sentencia, presidido por la Juez Penal de Sentencia N° 4; Abg. BLANCA IRENE GOROSTIAGA BEJARANO, como PRESIDENTE, como Miembros Titulares los Jueces Abg. ROSSANA MALDONADO y Abg. LOURDESPEÑA VILLALBA a objeto de dictar el veredicto que prescribe el Art. 396 y concordantes del Código Procesal Penal, en la causa penal N° 1-1-2-1-2017-4614 seguida a DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ, quien se encuentra acusado como autor penalmente responsable del Hecho Punible de ROBO AGRAVADO. Seguidamente y de acuerdo a lo establecido por el Art. 396 del Código Procesal Penal el Tribunal de Sentencia resolvió plantear y resolver las siguientes:

### CUESTIONES:



- 1- ¿ES COMPETENTE ESTE TRIBUNAL PARA ENTENDER EN LA PRESENTE CAUSA?
- 2- SE HALLA PROBADA LA EXISTENCIA DEL HECHO Y SU AUTOR?
- 3- CUÁL ES LA SANCIÓN APLICABLE?

PRIMERA CUESTIÓN: El Tribunal de Sentencia integrado por la Abg. BLANCA IRENE GOROSTIAGA BEJARANO como PRESIDENTE, y como Miembros titulares los Jueces Abg. ROSSANA MALDONADO y Abg. LOURDES PEÑA VILLALBA dijeron que: Este Tribunal es competente para resolver en esta causa, fundado en las disposiciones de los Arts.: 31, 32, 33, 36, 37 inc.1 y Art. 41 in fine del Código Procesal Penal Ley 1286/98 y conforme a la Acordada N° 154 de fecha 21 de febrero de 2000 que reglamenta la Organización Transitoria del Fuero Penal de los cuales se desprende la competencia material para entender en la presente causa como Tribunal de Sentencia Colegiado cuya designación fue realizada a través del sorteo público de fecha 7 de Octubre de 2019, conforme consta a fojas 113 del expediente judicial, donde fue designada como Presidenta del Tribunal la Juez de Sentencia N° 04, Abg. BLANCA GOROSTIAGA BEJARANO y como miembros titulares los jueces Abg. ROSSANA MALDONADO y Abg. LOURDES PEÑA, y como miembro Suplente el Dr. MANUEL AGUIRRE RODAS. Los presupuestos fácticos descriptos en la acusación tienen relevancia jurídica y se encuentran descriptos en el Código Penal vigente, es decir son de materia penal. Este hecho fue realizado dentro del territorio delimitado para la competencia material del Tribunal que fue constituido para dirimir los hechos de esta naturaleza; el Tribunal también se declara competente materialmente y territorialmente, pues los hechos punibles fueron

Abg. Lourdes E. Peña Villalba  
Jueza Penal Lit. y Sent. N° 1

Abg. Blanca I. Gorostiaga B.  
Jueza de Sentencia

Abg. Rossana Maldonado  
Jueza Penal de Sentencias

Escaneado con CamScanner

realizados en la jurisdicción de la ciudad de Asunción que corresponde a la circunscripción de Capital. Cabe señalar que ninguna de las partes ha cuestionado la competencia del Tribunal en todos sus aspectos. No habiendo sido impugnado ni existiendo causal de inhibición, este Tribunal de Sentencia imprimió el trámite pertinente, y declara su competencia para entender en la presente causa.

Que, al hacer el análisis correspondiente sobre la procedencia de la acción encontramos que la acción instaurada por el Ministerio Público se halla vigente en el procedimiento, ya que el juzgamiento de la causa se produce antes los cuatro años que establece el Código como plazo para la extinción de la acción, conforme a la Ley 4391/04, que modifica el Art. 136 del Código Procesal Penal, en su antigua redacción; así también con respecto a la procedencia de la pena conforme a los artículos 101 y 102 del Código Penal, este Tribunal por unanimidad dice que tampoco se halla prescripta la pena ya que el Ministerio Público ha ejercido la acción dentro del plazo establecido para la prescripción y la misma se halla vigente y corresponde la sustanciación del presente juicio.

**SEGUNDA CUESTION:** Los Miembros del Tribunal por unanimidad dijeron: La presente causa penal se ha generado a través de la imputación y posterior acusación realizada por el representante del Ministerio Público en contra de **MARCELO DAVID LOPEZ BENEGAS** por un supuesto hecho de **ROBO AGRAVADO**, según el Art. 167 inc. 1º, en concordancia con el art. 29 inc. 1º del Código Penal, presentada y relatada asimismo en el Juicio Oral y Público, en los siguientes términos: "...Que en fecha 10 de junio del año 2017, siendo aproximadamente las 19:30 horas, **NAYELI ARAMI MARTINEZ VILLAMAYOR** se encontraba caminando sobre la calle Gral. Santos dirigiéndose a su domicilio, hasta que al llegar a la intersección de calle José Asunción Flores, **DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ** descendió de una motocicleta agarrando por detrás el cuello de Nayeli Arami Martínez Villamayor y golpeándola en la cervical con un pistola diciendo que si gritaba la dispararía, a continuación **DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ** saco la suma de cuatrocientos mil guaraníes y un cargador portátil del interior de cartera de su víctima y la habría tirado al suelo amenazándola que no haga nada porque tendría una bala para ella. Que, en fecha 20 de junio de 2017 a las 18:50 horas aproximadamente, **NAYELI ARAMI MARTINEZ VILLAMAYOR** se encontraba caminando sobre la calle Gral. Santos pasando la Universidad Uninorte, la misma observa que alguien se le acerca descubriendo que nuevamente era **DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ** quien le puso un cuchillo por la espalda diciéndole en guaraní que si no lee clavaba le metería plomo y que no estaría bien hasta que le haga alguna cosa, posteriormente **DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ VILLAMAYOR** le dio una bofetada a **NAYELI ARAMI MARTINEZ VILLAMAYOR** y salió corriendo llevando la mochila de **NAYELI ARAMI** la cual contenía sus cuadernos de colegio y dos celulares nuevos en caja de la marca Samsung J5 y un Samsung J7".



En cuanto a la producción de los medios probatorios en juicio, el Tribunal por unanimidad ingresa los medios expuestos y producidos en juicio, realizando la valoración de los mismos. ....

Que este Tribunal por unanimidad al realizar la valoración de los medios de prueba, llega al convencimiento sobre los mismos teniendo por probado, los siguientes extremos: .....

Que este juicio es realizado por este Tribunal por el reenvío de la causa conforme el Acuerdo y Sentencia N° 43 de fecha 8 de agosto de 2019, dictada por el Tribunal de Apelación SEGUNDA Sala integrada por los jueces VIVIANA BENÍTEZ FARÍA, DELIO VERA NAVARRO y JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ que en su parte resolutive dispone: ANULAR la Sentencia N° 151 de fecha 20 de mayo de 2019, dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado, de conformidad a los fundamentos expuestos en la presente resolución. ....

Que, este tribunal en forma unánime llegó a la siguiente conclusión en cuanto a la existencia del hecho punible debemos decir que si bien el MINISTERIO PÚBLICO solicita e sus alegatos finales la ABSOLUCIÓN DE CULPA Y PENA DEL acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ; es importante considerar los fundamentos expuestos por la representante del Ministerio Público, quien manifestando en sus Alegatos Finales cuanto sigue: " S.S. y señoras miembros de este tribunal Colegiado luego de desarrollado este juicio y producidas todas las pruebas en este debate el Ministerio Público ha llegado a las siguientes conclusiones, en primer lugar tenemos como lo referido inicialmente que la agente Fiscal Fátima Brito formuló una acusación contra el Sr. Denis Ramón Ferreira en base al primer hecho que ocurrió el 10 de junio de 2017, refiere este primer hecho que siendo aproximadamente las 19:30hs. Nayeli Martínez se encontraba caminando sobre la calle en Graf. Santos dirigiéndose hacia su domicilio hasta que al llegar a la intersección de la calle José Asunción Flores Denis Ramón Ferreira descendió de una motocicleta agarrándola por detrás del cuello golpeándole en la cervical con una pistola diciendo que si gritaba la dispararía, a continuación Denis le saco la suma de 400 mil guaraníes y un cargador portátil del interior de la cartera de su víctima y le había tirado al suelo amenazándola que no haga nada porque tenía una bala para ella. Que es lo que tenemos en relación a esto en el primer hecho atribuido al señor Denis declaro ante este Tribunal la señora Roxana Martínez ella conto todo lo que le comentó su hija, refirió que su hija le comento que ese día ella efectivamente fue víctima de un asalto en fecha 10 de junio cuando se encontraba caminando y que el señor Denis era el autor de este hecho y que le había robado la suma de guaraníes 400mil, que era los fondos del curso esto refirió la señora Roxana también por ello formulo denuncia y reconocio la firma de la denuncia hecha con relación a este primer hecho, el día 10 de junio. También escuchamos a la Señorita. Nayeli

  
Abg. LOURDES E. PEÑA  
Jueza Penal  
Lic. y Sent. N° 1.  
Jueza Penal de Sentencias

  
Blanca I. Gorostiza B.  
Jueza de Sentencia  
N° 4  
Asunción - Paraguay

  
Jueza Penal de Sentencias



Martínez ella refirió este hecho de fecha 10 de junio de 2017 y señaló que el señor Denis primeramente señaló que él era su pareja aproximadamente 1 año que terminaron la relación que siempre le amenazaba y que ese día 10 de junio ella tenía la suma de 400mil guaraníes y que luego llegó una motocicleta, y una persona desciende de la motocicleta en calidad de acompañante, uno de ellos el conductor tenía casco, refiere que la otra persona estaba a cara descubierta y que la otra persona le agarra por detrás y que pudo observar el tatuaje un tatuaje que refiere que es del señor Denis Ferreira y que le había reconocido también por la voz ella refirió que este señor le habría apretado por la espalda con una pistola y también le había golpeado dijo no tan fuerte la parte de atrás indicando la parte del cuello, esto refirió la señorita Nayeli Martínez dijo también, que no llevó su cartera que le dejó nuevamente su cartera, en este sentido tenemos que con la declaración aportada por la señorita Nayeli Martínez, ante este tribunal específicamente todos los dichos que ella dijo ante este Tribunal en la audiencia de la fecha no arroja la certeza necesaria para que esta fiscalía solicite la condena en relación a este primer hecho con relación al Señor Denis Ramón Ferreira. En primer lugar porque ella refiere que vio a cara descubierta, y le conocía ella a esta persona porque era su pareja, y refirió a cara descubierta pero sin embargo dijo que al final no le vio no pudo distinguir si era o no Denis no pudo distinguir la cara de esa persona, entonces esa declaración y ese testimonio no arroja la certeza necesaria para decir que efectivamente esta persona pudo reconocer al señor Denis o que fue el señor Denis quien realizó este hecho en fecha 10 de junio también ella no refirió haber visto, un arma de fuego, le he preguntado para la descripción del arma y ella refirió haber sentido un objeto que sería un arma y haber sido golpeada pero no la declaración que ella arroja a esta audiencia refiere en esta fecha no aporta elementos suficientes para que la fiscalía pueda sostener con lo que ella dijo que efectivamente el señor Denis haya sido o que haya tenido un arma de fuego que le hayan amenazado o apretado o golpeado con un arma de fuego, entonces esos son los elementos o las situaciones que han surgido en esta audiencia y que no pueden dar crédito suficientes para que solicite la condena para el señor Denis en este sentido por la duda razonable de que existe en cuanto a ello en este sentido El art. 5 del Código Procesal Penal. refiere en caso de dudas los jueces decidirán lo que sea más favorable para el imputado, en concordancia con el Art. 54 del Código Procesal Penal que refiere el Ministerio Público regirá su actuación por un criterio objetivo dando por la correcta aplicación de la Ley y comando en consideración elemento de cargo y de descargo en relación del imputado. También en ese sentido, refirió algunas a la declaración prestada por la víctima en este tribunal ante este juicio oral como he referido arrojan dudas sobre la participación del señor Denis en este primer hecho en cuestión, refiriendo también la víctima también en esta audiencia que no se encontraba ninguna persona cerca del lugar del hecho, en anterior ocasión había referido que sí pudo conversar con un guardia e incluso con una señora en relación con posterioridad a este hecho, son situaciones o inconsistencias que se han dado en relación a la declaración anterior que la misma nos había aportado. También en esta audiencia que no se dieron en anotaciones anteriores en audiencia la misma no refirió haber visto el arma de fuego, eso fue lo que destaco de la declaración de la misma

10/06/2017 10:00:00  
10/06/2017 10:00:00  
10/06/2017 10:00:00

Escaneado con CamScanner

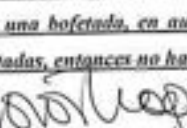
En relación al hecho de fecha 20 de junio de 2017, tenemos que la acusación o la descripción fáctica atribuida al señor Denis Ferreira refiere que el 20 de junio del 2017, a las 18.50 horas aproximadamente Nayeli Martínez se encontraba caminando sobre la calle Gral. Santos pasando la universidad UNINORTE la misma observa que alguien se le acerca descubriendo nuevamente que era Denis Ramón Ferreira quien le puso un cuchillo por la espalda diciéndole e guaraní que si no le clavaba le metería plomo y no estaría bien hasta que le haya alguna cosa, posteriormente Denis Ferreira le dio una bofetada a Nayeli Araní Martínez Villamayor y salió corriendo llevando la mochila de Nayeli con sus pertenencias y dos celulares nuevos en caja Samsung J5 y J7 en relación a este segundo hecho tenemos también la declaración de la Sra. Roxana madre de la víctima Nayeli Martínez quien conto que era una testigo de referencia lo que su hija le había comentado que nuevamente Denis le volvió a asaltar motivo por el cual ella formula también la denuncia que cuya firma fue reconocida en esta audiencia de juicio oral en este caso tenemos el testimonio de Nayeli que señala que efectivamente este 10 de junio se encontraba caminando sobre esta calle Gral. Santos y observa a Denis que se acerca caminando hacia ella, dice le agarra por la espalda y luego le aprieta por la pared dice ella pudo ver que era Denis porque le mira de frente cuando le aprieta por la pared y ella dice que ahí siente el cuchillo por su short, siente que lo que tenía él era un cuchillo en el short. También refiere que le pidió el teléfono, que tenía en su caja en la mochila que tenía el celular y le pidió el teléfono y ella le dio no grito que le dio el teléfono celular y ella refirió antes de esta audiencia ante este juicio oral esta audiencia pública refirió que Denis le muestra después el cuchillo después y se fue con sus cosas con los aparatos celulares tirando nuevamente la mochila de ella. En este sentido tenemos que la acusación dice que o el hecho factico atribuido al señor Denis aparte de la situaciones de las pertenencias es que dice que el la amenaza que le metería plomo y también dice le puso el cuchillo por la espalda, de la declaración de la señora Nayeli no se ha escuchado que el señor Denis le haya puesto el cuchillo por la espalda al momento esta agente fiscal le pregunto de qué manera le había agarrado por la espalda y ella refirió que le agarro de la mano me tiro así de la mano y me puso por la pared de frente, no he escuchado del testimonio de la misma que le puso el cuchillo por la espalda cuestión que si ha referido en audiencias anteriores, entonces he encontrado estas inconsistencias que puede ser por el tiempo trascurrido o por situaciones pero ella no refirió esta circunstancia habiendo referido en audiencias anteriores que si le había apretado con el cuchillo por la espalda incluso refirió en este momento dijo que sintió el cuchillo y después le mostro entonces esta es una inconsistencia encontrada en la declaración que generan dudas sobre la participación efectivamente del señor Denis Ferreira también en relación a este segundo hecho. Tenemos también que la acusación refiere que Denis le había dado una bofetada a Nayeli en esa segunda ocasión, la misma no ha referido en esta audiencia de juicio oral y público que le había dado una bofetada, en audiencias anteriores si hay constancias de haber referido que le había dado bofetadas, entonces no ha referido

  
Rosa Obaldado  
Jefa Penal de Sentencias

  
MARÍA ESTER OVIEDO CRUZ  
Act. J. Juz. 1

Abg. LOURDES ESTER  
Jefa Penal de Sentencias  
Liq. y Sant. N° 1



  
Blanca L. Gorostiza B.  
Jefa de Sentencias



en esta audiencia esta circunstancia esto es lo que considero como una inconsistencia genera la certeza para la fiscalía que se hayan desarrollado la forma tal en que se describe en la acusación también en el primer caso y disculpe que vuelva a atrás pero en el primer hecho refiere también la acusación que le había tirado al suelo a ella le tiro la mochila y luego la había tirado al suelo amenazándole que tenía una hacha para ella en este caso no he escuchado que la misma haya referido de que el 10 de junio la tiro al suelo entonces esas son circunstancias que hacen que generen dudas y que conforme al artículo 5 del código Procesal Penal debe estar en caso de duda se debe estar a favor del acusado esto lo hago conforme al Artículo 54 de la actuación del Ministerio Público también en este sentido tenemos que hay situaciones que se dieron como bien al momento de iniciar el juicio se dio lectura parcial al resolve del Acuerdo y Sentencia de la cámara de apelaciones, aquí se había anulado el juicio anterior y se ordenó un reenvío, y se habían en aquellas ocasión se había señalado circunstancias por la testigo Nayeli que hoy día no se han señalado por ejemplo de del arma juego refirió no haber visto como indico a este tribunal haber visto el arma y también en relación a este segundo hecho no refirió por ejemplo que le haya apretado por la espalda conforme había dicho en sus declaraciones anteriores entonces es por ello en esta audiencia esta Agente Fiscal considera que si existen hechos que generan dudas sobre la participación del acusado en el hecho en este sentido el tribunal de Apelaciones en el Acuerdo y Sentencia 43 de fecha 8 de agosto del año 2019, refirió en un extracto de la resolución que hago referencia dijo que no puede estar avalado la condena con la declaración en juicio de la víctima más aun cuando han existido inconsistencias en el testimonio y se ha considerado dudas respecto al primer hecho por lo que no se baso en fundamento jurídico sostenible para fundar una sentencia condenatoria a esto había referido un extracto de lo fundamento de la cámara de apelaciones que también es atendida por esta agente fiscal y evaluado luego de haber escuchado la declaración de la víctima y también de la madre y también luego de haberse producido la lectura de todas las instrumentales en este juicio es por todo lo señalado también voy a referir la situación una cuestión señalada por la cámara de apelaciones como llamativo refirió como un dato curioso que traigo a colación en las dos ocasiones los objetos hurtados son del curso refirió una de las miembros del tribunal de apelaciones y que se adhirieron los demás miembros en primer lugar el dinero para depositar en una cooperativa y en segundo lugar celulares para sorteo refirió que esta circunstancia no fueron sin embargo lo traigo a colación a los efectos de este acto de alegatos presentados por esta agente fiscal también una situación señalada por Nayeli el día de hoy que no he escuchado en otra audiencias anteriores que en el segundo hecho en fecha 10 de junio del 2017 había referido que el señor Denis le había dicho porque le dejo, voy a hacerte las cosas le quiso besar, esas situaciones no pueden darse quizás por el tiempo transcurrido pero son situaciones nuevas que han surgidos hoy en este testimonio entonces no dan el testimonio brindad por la misma no aporta elementos de convicción suficientes para poder solicitar esta fiscalía la condena del señor Denis Ramón Ferreira en base al art 5 del Código Procesal Penal solicitándose así la Absolución del mismo por dudas.”-----

10/27/2021 10:24:07 AM

Escaneado con CamScanner



También para este Tribunal la defensa solicita la **ABSOLUCIÓN DE CULPA Y PENA PARA** el acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ en los Alegatos Finales, quien manifiesta cuanto sigue: "Sra. Presidencia y Sras. Miembros, luego de haberse desarrollado y producido todas las pruebas que incluye esta audiencia de juicio oral y público no nos quedan dudas de la inocencia de mi representado, el sr Denis Ramón Ferreira, en los supuestos hechos que le son atribuidos tanto el supuestamente ocurrido el 10 de junio de 2017 como también el supuestamente ocurrido el 20 de junio del mismo año. Esta postura lo sustentamos en las graves y serias incongruencias en que incurrieron ambos testigos que vinieron a deponer el día de hoy ante este tribunal; y no solamente el día de hoy, sino que las mismas han incurrido en estas mismas serias, graves y contundentes contradicciones ya en audiencias anteriores. Algunas de estas incongruencias que podemos referir son primeramente la Sra. Roxana manifiesta que a ella nada de lo que iba a venir a declarar le constaba de manera personal o directa sino fueron dichos que su hija le refirió, en este sentido la Sra. Roxana también manifestó conocer a Denis Ramón Ferreira porque el mismo fue pareja, novio, chico'l -como la misma utilizó la expresión- de su hija por más de un año. Primamente aclaro fueron amigos, seguidamente iniciaron una relación de noviazgo sentimental y esto se prolongó más allá de un año. Durante estos un año nunca ocurrió una situación similar a esta, nunca se dio una denuncia en contra de este muchacho, este muchacho frecuentaba la casa de ellas. La joven Nayeli Arami manifestó que a los seis o siete meses él empezó consumir, y en partes de su declaración manifestó que a ellos se les conocía porque cuando suelen cometer este tipo de hechos hablan en guaraní; sin embargo, ella nunca realizó denuncia alguna de haber tenido conocimiento que el mismo se vio involucrado en algún hecho de robo o de hurto anterior; no consta, no se dio una prueba que indique que la misma tuvo conocimiento de que el mismo realizaba otro tipo de hechos y cometía delitos similares a este. También, la misma reiteró y repitió en reiteradas ocasiones, que en el primer supuesto hecho no le vio la cara a la persona, pero le reconoció por el tono de voz y el tatuaje que llevaba. Esto también nos llama la atención puesto que la misma refirió que había quedado en shock, que ni siquiera le dio posibilidad de emitir palabra alguna, a una persona por la que le mantuvo relación sentimental de más de un año no fue tan siquiera capaz de llamarle por el nombre en ese momento, de decirle 'Ramón, sos vos, ¿qué te pasa?', todas estas situaciones llaman poderosamente la atención a esta defensa porque ella refirió no haber podido reacción de ninguna manera pero, sin embargo, dijo haberlo reconocido por la voz y el tatuaje que tenía en el brazo en el lado derecho. También llama la atención que la misma manifestó que él ya le venía amenazando por Messenger, que si no volvía le iba a hacer cosas y cuestiones similares, incluso que le amenazaba que no le conocía en su faceta y que le iba a hacer cosas malas, sin embargo, ante la gravedad que engloba esta situación ella no hizo denuncia alguna de este hecho, no dejó constancia escrita, no comunicó a las autoridades pertinentes de estas amenazas que la misma

  
Abg. J. J. Caldeira  
Jueza Penal de Sentencia

  
Abg. COURDES E.  
Jueza Penal  
Liq. y Sent. N° 4

  
Abg. Blancos I. Gorostiaga B.  
Juez de Sentencia

  
Corte Suprema de Justicia  
Juzgado Penal de Sentencia N° 4  
Asunción - Paraguay

  
Abg. J. J. Caldeira  
Abogado de la Corte Suprema de Justicia

supuestamente estaba recibiendo. Otra cosa que llama poderosamente la atención es que la mamá, la Sra. Roxana Vanessa Villamayor, al deponer ante este tribunal manifestó que estas situaciones ya se dieron hace mucho tiempo, incluso dicho por ella misma 'no recuerdo si fue quince días o un mes después un hecho de otro'. Creo yo, a criterio de esta defensa, que cuando uno es víctima y vive una situación como la que supuestamente involucró a esta familia, donde una persona que fue pareja te realiza en reiteradas ocasiones, uno tras otro, un robo agravado; yo creería que sabría con fecha, hora, minuto y segundo, los momentos que ocurrieron estos hechos, por más que transcurran ya varios años posteriores a ello. Estas son situaciones que realmente llama poderosamente la atención a esta defensa, así como también ciertas contradicciones que en audiencias anteriores las mismas refirieron, por ejemplo que el monto supuestamente sustraído en la primera ocasión iba a ser destinado a depositar en una cooperativa, esa situación no fue mencionada durante esta audiencia de juicio oral y público, y llama poderosamente también la atención que lo sustraído era siempre o monto recaudado del curso o celulares destinados para realizar un sorteo del curso; y que coincidentemente la mamá -tal y como manifestó Nayeli al deponer ante el tribunal- era la encargada de guardar esas sumas de dinero. Ya el primer tribunal de sentencia que estuvo al frente del desarrollo de la primera audiencia de juicio oral y público, no encontró mérito suficiente y pudo notar las graves inconsistencias e incongruencias que existieron en la declaración tanto de la supuesta víctima como de la mamá de la misma; y notaron que no existían elementos suficientes que acrediten con total certeza la supuesta participación de Denis Ramón Ferreira en el hecho ocurrido específicamente en fecha 10 de junio; y por tal motivo, han resuelto declarar no probado en juicio ese hecho. Sra. Presidenta y Sres. Miembros, la presente causa ha contado con el testimonio de tres personas, dos de ellas ofrecidas por el Ministerio Público, dos personas que vinieron a deponer ante el tribunal, una serie de pruebas documentales, y sin embargo no se ha podido probar con exactitud la supuesta participación de mi defendido en estos hechos atribuidos. Las declaraciones, como ya bien lo puntualizamos, se ven viciadas de serias y graves contradicciones e incongruencias. Las documentales por su lado, la prueba documental n°1 consiste en un acta de denuncia que efectivamente fue radicada ante una comisaría, eso no es discutido por esta defensa; también la segunda documental es la ampliación de la denuncia, tampoco discutimos que las personas hayan concurrido ante la comisaría a hacer una ampliación de esa denuncia; posteriormente, tenemos como otra prueba documental los antecedentes penales de mi asistido, donde se puede ver que se trata de un joven sin antecedente penal alguno, ya con 19 años de edad o no recuerdo exactamente cuántos años tenía al momento de ocurrir el hecho, pero una persona que nunca antes tuvo tan siquiera una sola denuncia radicada en su contra, un chico estudiante como bien lo refirió su mamá, un chico que estaba viviendo con su abuelo. Siguiendo el recuento de las pruebas documentales, la otra prueba es un certificado médico de la señorita Nayeli Arami, donde el diagnóstico es un trauma cervical, la misma refirió acá que poseía justamente problemas en la cervical debido a un accidente en moto que tuvo varios años atrás, esto no es prueba de ningún golpe sufrido en ese momento, lo único

Escaneado con CamScanner



que refiere es que la misma tenía un problema de cervical, que dicho por la misma ocurrió por un accidente de motocicleta ya un tiempo antes. Como corolario tenemos que el 21 de septiembre se le encuentra a mi representando Denis Ramón Ferreira caminando por la calle, donde proceden los oficiales del linco su aprehensión porque producto de estas dos denuncias previas existía una orden de detención por parte del Ministerio Público; estos agentes de linco hicieron constar tanto en la documental 7, 8 y 9, en la nota donde comunican su aprehensión y en los actos de procedimiento, que procedieron a su inspección y, sorpresivamente en esa ocasión no tenía nada en su poder, ningún objeto, ni arma alguna, arma de fuego o arma blanca, ni objeto punzante, nada; porque evidentemente se trataba de un chico de buen andar, que no tenía nada que esconder, que andaba caminando por la calle, que fue sorprendido por los oficiales de linco, detuvo la marcha ante el pedido de los mismos, le solicitaron que entregara su documento de identidad y así lo hizo, saltó efectivamente una orden de detención en su contra; y desde ese momento se dio esta situación tan injusta hasta el día de la fecha en que se encuentra privado en su libertad por más de dos años. A esta defensa no le quedan dudas de la inocencia de mi representado, que no ha podido ser desvirtuada ni mucho menos acreditar su participación, como bien la representante del Ministerio Público haciendo honor al criterio de objetividad establecida en nuestra legislación procesal penal que debe regir las actuaciones de los agentes fiscales, solicitando por ello mismo que se aplique la duda a su favor, legislada también en nuestra norma procesal, por tanto a nosotros tampoco nos quedan dudas de la inocencia del mismo. Queremos referir acá también que nos encontramos ante una persona joven, hoy día ya padre de familia de una niña que necesita de la presencia, del cuidado y del acompañamiento de su padre durante su crecimiento, una persona que bien pudo haber tenido problemas incluso haber caído en drogas, esa situación nosotros no negamos ni siquiera la traemos a colación porque es una realidad que lastimosamente afecta a gran parte de adolescentes y jóvenes el tema de las drogas, pero de ninguna manera y muy lejos está configurar eso un tipo penal tan grave como lo es un robo agravado, esa situación reiteramos no se demostró en esta audiencia de juicio oral y público. También queremos hacer mención, como ya lo hicimos al momento de alegar inicialmente, que la primera sentencia ya no tuvo por probado el supuesto hecho ocurrido el 10 de junio, condenándolo al mismo único y exclusivamente por el segundo hecho supuesto ocurrido el 20 de junio; y esa condena tan solo fue objeto de recurso por parte de esta defensa; por tanto, se aplica lo supuesto en el art. 457 de la prohibición de la reforma en perjuicio. En base a todos los argumentos jurídicos que ya hemos manifestado al tribunal, solicitamos que se aplique la duda a favor de mi representado, plenamente garantizado por nuestra legislación procesal penal en su art 5º; y, consecuentemente, disponga la absolución de culpa y pena del Sr. Denis Ramón Ferreira ordenando la inmediata libertad del mismo.

  
Abg. Rogelio Callejón  
Jueza Penal de Sorribas

Abg. LORDES E. PEÑA  
Jueza Penal  
Liq. y Sent. N° 1

  
Abg. M. C. E. E. CURRIEL  
Abogada Judicial





Este tribunal. llega a la siguiente conclusión, respecto al análisis de la existencia del hecho punible de ROBO AGRAVADO conforme a los medios probatorios expuestos existen dos declaraciones recibidas en juicio, de la madre de la supuesta víctima la Sra. Roxana Vanesa Villamayor Ozuna y de la supuesta víctima Nayeli Mabel Martínez Villamayor. En ese sentido al analizar esas dos declaraciones precisamente encontramos el relato de dos hechos, el primero ocurrido en fecha 10 de junio y el segundo el 20 de junio todos del 2017. En ambos hechos la madre Rossana Vanessa Villamayor es una testigo de referencia del relato de la hija la víctima Nayeli Mabel Martínez Villamayor, quien le contó a su madre y realizaron las 2 denuncias ante la Comisaría. En el primer hecho denuncia ocurrido en fecha 10 de junio de 2017, la víctima dicen que cuando supuestamente ella venía por la calle Gral. Santos fue tomada por una persona que manejaba una moto y tenía casco, con un acompañante que estaba a cara descubierta quien le atacó tomándole de hacia atrás, luego dice la misma que no le llegó a ver, pero que en su brazo vio un tatuaje que ella reconoció que pertenecía a su ex novio DENIS porque tenía su nombre y fecha de aniversario y que ella también le reconoce por la voz cuando le exige que le entregué lo que tenía en este caso eran los 450.000 guaraníes que ella traía supuestamente, ¿por qué supuestamente?, porque este extremo no fue comprobado en juicio de que ella tenía ese dinero, ni de que era delegada, ni de que era tesorera; este hecho no fue comprobado por este Tribunal por ninguno de otros medios ingresados a juicio; solo existe la declaración de la víctima y su madre. Con respecto al reconocimiento, del autor ella afirma que le reconoció por un tatuaje que tenía, pero tampoco fue comprobado en juicio que el acusado tuviera dicho tatuaje solo consta sus dichos y además agrega que no le vio pero le reconoció, sin embargo, porque le agarró de hacia atrás y le escucho que hablaba en guaraní; tampoco señala que decía solo referenció que Denis hablaba en guaraní cuando realizaba estos tipos de hechos, queriendo señalar la sospecha de que se dedicaba a robar, este extremo tampoco fue corroborado por este Tribunal y fue desacreditado por que el acusado no cuenta con antecedentes penales, estudia es un chico de familia contrariamente a lo manifestado en juicio por la supuesta víctima quien en su declaración ante este Tribunal dice que entro en pánico y no grito ni había nadie en la calle; esto último según la fiscalía es contrario a lo denunciado y declarado en el otro juicio que supuestamente hablo con un guardia pero tampoco este extremo fue comprobado con el guardia; también para este Tribunal no es creible que a las 19:30 horas no haya gente en la calle en la zona de Emergencias Médicas y de la Universidad Uninorte. También que tenía 450.000 guaraníes del curso y que venía de una reunión de delegados y ella era la encargada de guardar la plata del curso porque era la tesorera. Para este Tribunal no quedó corroborado que la víctima tenía esa suma de dinero que en su monto difiere de la acusación; tampoco quedo corroborado que era el dinero del curso no se ha ofrecido ni diligenciado ningún medio que corrobore dicho extremo como declaración de alguna compañera acta de reunión de delegados, y mucho menos que el acusado tuviera un tatuaje en el brazo. Otro extremo no comprobado y que según el ministerio Publico difiere con lo denunciado y declarado ante el mismo es que dice que le golpea en la cervical con un arma en la denuncia, otro extremo que ha creado duda en este Tribunal porque dijo que se atendió del golpe y luego afirma que tenía una lesión

cervical por un accidente en moto. Es decir para este Tribunal no quedo corroborado de que tenía ese dinero, de que en esa zona a esa hora a las 19:30 como ella pretende justificar, que no existieran otras personas en la calle para pedir auxilio, y que nadie pudo haberse enterado de esta situación de robo que estaba supuestamente sufriendo, que supuestamente ella vino corriendo hasta su casa y le contó a su mamá que ella no pudo ni gritar, que no pudo ni siquiera expresar de alguna forma cuando se le diera evidenciar que estaba siendo víctima de ese primer robo, también el supuesto golpe, que presenta un certificado médico de una lesión cervical que declara en juicio que es una lesión cervical sufrida en un accidente de moto, es decir no queda comprobado y genera duda, si esa lesión es del hecho o es una lesión anterior, tampoco ha sido asegurado y genera duda. En las declaraciones de la Srta. Nayeli y su mamá existen incongruencias entre una y otra en la forma en que ocurrieron tanto el PRIMERO como SEGUNDO hecho que "no puede avalar una condena con la declaración en juicio de la víctima más aun cuando han existido inconsistencias en el testimonio y se ha considerado dudas respecto al primer hecho porque los detalles del hecho se contradicen y no constituyen fundamento jurídico sostenible para fundar una sentencia condenatoria. Para este Tribunal existen extremos que no han sido comprobados, afirmaciones hechas en juicio que en la misma declaración se contradicen de cómo fue realizado el PRIMERO hecho y no se comprueban de que el acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ haya sido el responsable del hecho de robo agravado, porque no ha sido comprobado sin lugar a dudas". En cuanto al SEGUNDO hecho "en aquella ocasión se había señalado circunstancias por la testigo Nayeli que hoy día no se han señalado por ejemplo la utilización del arma juego que refirió en su denuncia no haber visto y sí como indico a este tribunal haber visto el arma y también en relación a este segundo hecho no refirió por ejemplo que le haya apretado por la espalda conforme había dicho en sus declaraciones anteriores; entonces para este Tribunal en esta audiencia se dijeron hechos como el cuchillo debajo del pantalón, el beso, el reclamo de la rotura de la relación y la amenaza de que iba seguir haciéndole cosas malas que fueron ya hechas por mesingerd con anterioridad y no fueron denunciadas por ella. Es decir para este Tribunal si existen hechos que generan dudas sobre la participación del acusado luego de haber escuchado la declaración de la víctima y también de la madre, luego de la lectura de las instrumentales en este juicio en primer lugar el dinero para depositar en una cooperativa y en segundo lugar celulares para sorteo refirió que esta circunstancia no fueron tampoco comprobados por ningún medio de la rifa una situación señalada por Nayeli el día de hoy y que la Fiscal dice que no he escuchado en otra audiencias anteriores que en el segundo hecho en fecha 20 de junio del 2017 había referido que el señor Denis le había dicho porque le dejo, voy a hacerte las cosas, le quiso besar, esas situaciones no pueden darse quizás por el tiempo trascurrido pero contrariamente son agregadas son situaciones nuevas que han surgidos hoy en este testimonio entonces ante el Tribunal que hacen dudas al Fiscal y no aporta elementos de convicción suficientes para poder solicitar esta fiscalía la

Abg. LOURDES ROSA  
Jueza Penal de Sentencia  
Lto. y Sent. N.º 11

Abg. Blanca I. Gernstlich B.  
Juez de Sentencia

JURADO PENAL DE SENTENCIA Nº 4  
Asunción - Paraguay

SECRETARÍA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA  
Asistencia Judicial



*condena del señor Denis Ramón Ferreira en base al art 5 del código procesal penal solicitándose así la absolución del mismo por dudas.* La víctima declara ante este Tribunal de que supuestamente el señor Denis le agarró del brazo y le pone con la espalda hacia la pared y mirando hacia adelante suyo, amenazándole que le va seguir haciendo porque le dejó y también resulta ser que ahí él ya agarró los dos celulares donde uno supuestamente era también de su curso para un sorteo, tampoco existe evidencia de que eso haya sido así de que ella verdaderamente tenía eso, si era una cuestión de la escuela, podría haber venido cualquiera de las compañeras a testificar, pero si tenemos la declaración de ella, no tenemos ningún otro elemento de juicio para poder decir es veraz ese relato con respecto a la existencia de los dos celulares J5 y J7 marca SAMSUNG ;Con respecto a que ve y reconoce al acusado el señor DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ no coincide con el relato fletico de la acusación que no habla de esta situación que dice luego de la bofetada salió corriendo llevando la mochila, en ningún momento habla de los detalles totalmente contrapuestos como: que le reconoce porque le tiene de frente, que recibe amenazas y reclamos por parte del acusado DENIS RAMÓN porque supuestamente le dejó, también recibe amenazas para junto a su pareja actual, con la amenaza d que seguirá haciéndole mal si no vuelve con ella. Tampoco se ha podido todos estos extremos comprobar en juicio de que existieron estas amenazas previas como nos relató en su declaración, a pesar de que fueron supuestamente previas y realizadas por Messenger y mucho menos se hicieron denuncias de las mismas, ni se ha producido en juicio ningún medio que evidencie esta situación que supuestamente estaba aconteciendo. Tampoco hay evidencia del hecho de que la víctima vino corriendo, no hay filmación a pesar de que en la zona hay cámaras, del supuesto guardia, no tenemos evidencia de que haya sido así, de que alguien le haya auxiliado, en esta declaración no se refiere a nadie así, pero en la sentencia de la Cámara habla de esa situación; en la declaración ante este Tribunal habla de que supuestamente el acusado DERLIS RAMÓN le saca los celulares, también a parte de no existir otros medios que acrediten la posesión de dichos celulares es demasiada casualidad y poco creíble para este Tribunal de que justamente en los dos hechos ella tenía dinero por un lado y celular del curso, tampoco tenemos esos extremos asegurados dentro del juicio en donde pudieron haber venido alguna compañera o algún registro en donde ella era la depositaria de esos objetos. También, con respecto al primer caso donde le reconoce por el tatuaje, tampoco tenemos evidencias de que tipo de tatuaje, ni fotos, ni nada por el estilo, es decir, en este juicio tenemos dos declaraciones y estas declaraciones tienen detalles que no han sido corroboradas y otros hechos agregados en este juicio que genera un estado de duda primero sobre la credibilidad de dichos testimonios por diferir en la acusación y las declaraciones realizadas ante ambos Tribunales que genera un estado de DUDA que es insuperable, ¿por qué es insuperable?, porque acusar a una persona de un hecho con la cual tuvo una relación sentimental que difieren en el tiempo, a parte que tampoco son corroborados por ningún otro medio de prueba, así como tampoco no tenemos evidencias de ningún arma, no tenemos evidencias de ningún cuchillo, ella se refiere que cuando se le acercó sintió que como que era un cuchillo y después resulta ser que en la determinación de qué tipo de cuchillo, tampoco nos dice detalle sobre el mismo, como tampoco sobre el arma, no se evidencia



signos de violencia y mucho menos de la sustracción, y finalmente existen dudas de como finalmente ocurrieron los hechos, por la variación en las declaraciones con la acusación. Para este Tribunal hay duda de que haya habido esos objetos que se han sacado mediante la fuerza, que se haya utilizado un cuchillo o que se haya utilizado arma, y de que haya sido el acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ, es decir, no podemos superar ese estado de duda con los simples relatos que no generan la convicción sobre la veracidad de los mismos, siendo insuperable el estado de dudas por la falta de otras pruebas que acrediten la existencia del hecho y la responsabilidad en los hechos acontecidos en fecha 10 y 20 de junio de 2017 del acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ por no comprobarse en juicio, en consecuencia corresponde ABSOLVER DE CULPA y PENA al acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ por DUDA. -----

Que, el tipo penal que castiga el ROBO AGRAVADO está previsto en nuestro derecho positivo en el Art.167 inc. 1º numeral 1 y 2 del Código Penal, en los siguientes términos: -----

... 1º "Cuando el autor robara:

1. Portando, él u otro participante, un arma de fuego;
2. Portando, él u otro participante, un arma u otro instrumento o medio para impedir o vencer la resistencia de otro mediante fuerza o amenaza de fuerza.-----

Que, ahora corresponde preguntarnos por la punibilidad del acusado, DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ, en carácter de autor del conforme al Art.167 inc. 1º Numeral 1 y 2 del Código Penal, en concordancia con el art. 29 inc. 1º del mismo cuerpo legal.-----

Que, analizando la tipicidad del hecho, y en primer término el tipo objetivo, tenemos que el bien jurídico precautelado en el tipo de robo agravado son los bienes de las personas y la conducta con que se menoscaba ese bien, mediante el desapoderamiento de la cosa mueble ajena mediante utilización de la fuerza contra la persona para apropiarse de la cosa que se encuentra en poder del propietario, desapoderándolo y estableciéndose una nueva posesión sobre la cosa mueble. Para este Tribunal los hechos denunciados en el presente juicio no fueron comprobados por ningún medio de prueba sin lugar a dudas. No ha sido comprobada la existencia de la cosa mueble en poder de la víctima tanto en el primer hecho como en el segundo hecho; tampoco fue comprobada sin lugar a dudas la conducta de desapoderamiento a la víctima y mucho menos se comprobó la forma de realización y la supuesta violencia ejercida como surge del examen de los medios presentados como sustento de la acusación y que fueron uno por uno desacreditados en su valoración por parte del Tribunal por tanto corresponde ABSOLUCION DE CULPA Y PENA del primer y segundo hecho acusado al señor DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ por DUDA y responder en consecuencia -----

*[Handwritten signatures and stamps]*

Abg. J. GURDES E. PEÑA  
Jefe de Sala  
Lit. y Sent. Nº 13

PODER JUDICIAL  
Juzgado Penal de Sentencia  
IP 4  
Asunción - Paraguay

Abg. Blanca I. Gorostiaga B.  
Jefe de Sala

ABOG. GIL ISABELA BOVEDA CURRIL  
Asesora Judicial

Cabe recalcar que las probanzas arrojadas en el desarrollo del presente juicio, no han sido contundentes y precisas para destruir el estado de inocencia que goza toda persona sometida a juicio, las pruebas son los únicos medios para llegar a la verdad real, para descubrir y valorar los elementos probatorios en la realización del hecho punible acusado. No es posible dictar sentencia condenatoria por simples suposiciones, indicios sin suficiente fuerza probatoria o de direcciones sin razonamiento jurídico. Probar es demostrar la verdad, la prueba judicial, consiste en la confrontación de las versiones dadas por los testigos con otros medios ofrecidos y producidos. En el presente juicio; el caudal probatorio ha sido insuficiente y contradictorio para destruir el estado de inocencia del procesado. El principio «in dubio pro reo» es un apotegma jurídico que se convierte en auxiliar del Juez a la hora de interpretar y valorar la prueba, derivado del principio «favor rei», aplicable en casos en el que existiendo pruebas de signo inculpatario, éstas dan margen a una duda racional, y si la prueba practicada no es bastante para formar su convicción o apreciación en conciencia en orden a la culpabilidad o inocencia del acusado, las dudas habrán de resolverse siempre a favor del reo. El principio «in dubio pro reo» se halla previsto en el artículo 5 del Código Procesal Penal, *“En caso de duda los jueces decidirán siempre lo sea más favorable para el imputado”*, la duda favorece siempre al acusado en atención al derecho, y a la garantía de la presunción de inocencia que goza todo ciudadano, conforme a lo dispuesto por el artículo 4 del Código Procesal Penal y el Artículo 17, inc. 1º de la Constitución Nacional. En el caso en estudio, el Tribunal Juzgador no contó con contundente material probatorio que rompa con el estado de inocencia que goza el acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ. En tales circunstancias difícilmente se, podría arribar a la conclusión de que el acusado ha participado en el hecho punible de ROBO AGRAVADO y mucho menos que su conducta reúna los requisitos de una conducta penalmente relevante.

Que este Tribunal dice que al no darse la tipicidad ya no corresponde seguir analizando los demás presupuestos de la punibilidad, por lo que corresponde ABSOLVER DE CULPA Y PENA al acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ por el hecho punible de ROBO AGRAVADO, conforme al Art. 167 inc. 1 Numeral 1 y 2 del Código Penal, por ser insuficiente lo probado en juicio y no superar el estado de DUDA.

Que, con respecto a las costas, conforme lo dispone el art. 261 y demás concordantes del C.P.P, la misma deberá ser impuesta en el orden causado.

POR TANTO, este Tribunal Colegiado de Sentencia, por unanimidad en nombre y representación de la República del Paraguay;

**RESUELVE:**

1) DECLARAR, la competencia del Tribunal Colegiado de Sentencia integrado por la Juez Abg. BLANCA IRENE GOROSTIAGA BEJARANO como Presidente del mismo, y como Miembros los Jueces ROSSANA MALDONADO y LOURDES PEÑA VILLALBA, para entender en el presente juicio y la procedencia de la decisión.

*[Signature]*  
 ASISTENTE A LA JUEZA VILLALBA  
 Asistente Judicial

*[Signature]*  
 Jueza Penal de Sentencias

*[Signature]*  
 Abg. LOURDES E. PEÑA  
 Jueza Penal  
 Lit. y Sent. Nº 1

*[Signature]*  
 Abg. Blanca I. Gorostiaga  
 Jueza de Sentencia



2) **DECLARAR** no probada la existencia del Hecho Punible de **ROBO AGRAVADO**, conforme al Art. 167 inc. 1, Numeral 1 y 2 del Código Penal respecto al acusado **DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ**.....


3) **ABSOLVER** de reproche y pena a **DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ**, con C.I. N° 5.966.949, sin sobre nombre, ni apodo, de nacionalidad paraguaya, de estado civil soltero, nacido en Asunción, el 17 de agosto de 1998, hijo de doña Nancy Adriana Ferreira Benitez, habiendo cursado hasta el séptimo grado, de profesión empaquetador, domiciliado en la vivienda del abuelo sito en la casa de las calles Acá Verá c/ Cerro Cora, Barrio Kambala de la ciudad de Asunción, por el hecho punible de **ROBO AGRAVADO**.....

4) **LEVANTAR** las medidas cautelares impuestas a **DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ**, con C.I. N° 5.966.949, impuesta por A.I. N° 615 de fecha 23 de setiembre del 2017.....


5) **COSTAS**, en el orden causado.....


6) **FIRME** esta resolución, librar oficio a la Sección de Antecedentes Penales del Poder Judicial y a la Justicia Electoral para su registro correspondiente.....

7) **ANOTAR**, registrar, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia. ....

  
ABG. ROSSANA MALDONADO  
MIEMBRO



  
ABG. LOURDES PEÑA VILLALBA  
MIEMBRO

  
ABG. BLANCA I. GOROSTIAGA B.  
PRESIDENTE

ANTE MÍ:

  
D. C. LA ESCOBEDA CURELL  
Oficina Judicial



## 6. REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

### 6.1. Asociación de Defensores Públicos del Uruguay – ADEPU

#### 6.1.1 Debido Proceso en la etapa de ejecución de la sentencia.

**SENTENCIA:** 521/2021

**FECHA:** 16/09/2021

**TRIBUNAL/SALA:** TRIBUNAL EN LO PENAL DE TERCER TURNO.

**NORMATIVA LEGAL:**

**ASUNTO:** Ejecución penal rige los principios de contradicción y publicidad.

**DESCRIPTORES:** Revocación del régimen de libertad a prueba. Se debe de convocar audiencia para debatir sobre el fondo de la cuestión. Principio de contradicción y publicidad.

**SÍNTESIS LEGAL:** Condenado cumple régimen de libertad a prueba. Fiscalía solicita su revocación por incumplimiento grave. Juez hace lugar a la revocación sin convocar audiencia. Posteriormente, la defensa solicita la nulidad de la resolución de la sede judicial por no haber convocado audiencia, a lo que el Juez hace lugar. Fiscalía Interpone recurso de apelación contra dicha resolución. Tribunal de Apelación Confirma nulidad de la mencionada resolución.

**JUSTIFICACIÓN:** El Tribunal destaca que de acuerdo a los principios básicos consagrados en el ordenamiento procesal penal vigente, el proceso penal-sin distinguir de conocimiento o de ejecución- será público y contradictorio en todas sus etapas, con las limitaciones que se establecen en este Código (art. 9 NCPP), integrando ese principio de contradicción el elenco de garantías del debido proceso. El contradictorio se identifica pues, con el derecho a ser oído que tienen las partes en un plano de igualdad antes de que el tercero imparcial Juez se pronuncie sobre la cuestión planteada. Principio de igualdad de las partes que el

artículo 12 NCPP también hace aplicable al proceso penal. En el caso de incumplimiento de medidas impuestas en la libertad a prueba, el Legislador autoriza expresamente a revocar el beneficio sin necesidad de contar con la aquiescencia, vista previa o audiencia de la Fiscalía, pero no de la Defensa porque en definitiva no pierde de vista las garantías que le asisten al penado con miras a invocar circunstancias anormales que le hayan impedido cumplir las medidas, que bien puede conducir a una intensificación de condiciones de cumplimiento como solución de previa ponderación a la pena de privación de libertad. ante la expresa solicitud de revocación del beneficio multicitado por parte del Ministerio Público, el Magistrado actuante debió convocar, cuando menos a la penada debidamente asistida por su Defensor, al comparendo donde articular la justificación del incumplimiento y ello no es más que observar las reglas que rigen la sujeción e intervención del imputado, que de conculcarse, aparejará nulidad insubsanable. ¿Por qué? Porque es el único camino con que cuenta el penado para ser oído antes que la resolución judicial se dicte, con la posibilidad que se abre, una vez opere el pronunciamiento, de impugnarlo, vale decir, cuestionar algo ya resuelto.

**CONCLUSIÓN:** La sentencia deja en claro que en la etapa de ejecución rige en forma plena los principios de contradicción, oralidad y publicidad.

### **TEXTO DE LA SENTENCIA.**

En autos caratulados: **SUAREZ PEREZ YAMILA ANABEL UN DELITO DE HURTO EN GRADO DE TENTATIVA EN REITERACION REAL CON UN DELITO DE HURTO ESPECIALMENTE AGRAVADO FISCAL APELA DECRETO N° 604**

Ficha 240-139/2021

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

**Sentencia:** 525/2021, Fecha :16/09/21

**Min. Red. Dr. Pedro María Salazar Delgado**



## VISTOS

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia éstos caratulados: **SUÁREZ PÉREZ, YAMINA ANABEL UN DELITO DE HURTO EN GRADO DE TENTATIVA EN REITERACIÓN REAL CON UN DELITO DE HURTO ESPECIALMENTE AGRAVADO. FISCAL APELA DECRETO N° 604? (FICHA IUE 240-139/2021)** venidos a conocimiento ante éste Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, contra la **Resolución N° 604/2021** de 17 de mayo de 2021, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Durazno de 1er. Turno **Dr. Jorge TABARES MAIZ**.

Intervinieron en estos procedimientos en representación del Ministerio Público la Sra. Fiscal Letrada Departamental de Durazno de 2° Turno **Dra. Bárbara ZAPATER** y el Sr. Defensor Público **Dr. Federico FASCIOLI**.

## RESULTANDO

I.- Por sentencia definitiva N° 117/2020 de 28 de diciembre de 2020 dictada en proceso abreviado seguido en IUE 2-65639/2020 se condenó a Yamila Anabel SUAREZ PÉREZ como autora penalmente responsable de un delito de Hurto en grado de tentativa en reiteración real con un delito de Hurto especialmente agravado por la penetración domiciliaria y pluriparticipación, a la pena de catorce (14) meses de prisión en régimen de libertad a prueba. Asimismo, se condenó a Jesús Gastón BOGA PEREZ como autor penalmente responsable de un delito de Hurto especialmente agravado por la penetración domiciliaria y pluriparticipación, a la pena de doce (12) meses de prisión en régimen de libertad a prueba, atento a lo previsto en el artículo 295 Bis num. 1 a 4.

Ambos deberán cumplir los primeros tres meses de arresto domiciliario nocturno de 22:00 ? 06:00 AM en el domicilio de Pedro Larrique S/N° casi Batalla de Guayabos. Deberán prestar servicios comunitarios durante 3 meses, 4 horas semanales (fs.2v-4v).

II.- A fs. 5 compareció la Fiscalía Letrada Departamental de Durazno de 2° Turno solicitando la revocación inmediata del beneficio de la libertad a prueba en atención al incumplimiento contumaz del arresto domiciliario que les fuera



impuesto a Bogapérez y SUÁREZ, fundando su derecho en lo dispuesto en el art. 295 Bis del CPP.

III.- Por Decreto N° 22/2021 de 13 de enero de 2021 la Sra. Jueza Letrada de FERIA de Durazno Dra. Alexandra DEL PUERTO señaló: *“corresponde la revocación de la libertad a prueba, desde que los mismos no han dado cumplimiento a la misma desde la fecha en que se cometió la violación grave, surge de autos que los mismos no han cumplido desde el primer día. Notifíquese a los Sres. Jesús Bogapérez y Yamila Suárez, a su Defensa y a la Fiscalía Departamental de Segundo Turno”(fs.6)*

IV.- Por providencia 216/2021 de 8 de marzo de 2021 el Sr. Juez dispuso: *“De conformidad a las resultancias emergentes de la Sentencia N° 117/2020 recaída en los presentes, atento a que los mismos no han dado cumplimiento al arresto domiciliario dispuesto en autos, revócase a los penados de autos el beneficio de la Libertad a Prueba que oportunamente fue dispuesto en la referida sentencia y en su mérito, teniendo en cuenta lo antedicho, dispónese el cumplimiento del saldo restante de pena en prisión; cometiéndose y oficiándose a Jefatura Departamental de Policía a los efectos dispuestos con anterioridad. Notifíquese a los Sres. Jesús Bogapérez y Yamila Suárez, a la Defensa de éstos (vale decir, Dr. Federico Fascioli), y a la Fiscalía Letrada Departamental de Segundo Turno? (fs.8).*

V.- Por dispositivo N° 598/2021 de 14 de mayo de 2021 se resolvió por el Sr. Juez: *“En virtud de que el suscrito fue informado en el día de la fecha que fue habida la Sra. Yamila Suárez Pérez y atento a la falta de tiempo material para conferir traslado incidental a la Defensa de la misma en función de las resultancias emergentes de la providencia N° 216/2021, convócase a las Partes a Audiencia para el día Lunes 17/05/21 a la hora 13:00, la cual se realizará mediante la modalidad zoom?? (fs.9)*

VI.- Celebrada la referida audiencia la Defensa promovió incidente de nulidad respecto a las Resoluciones Nros. 22/2021 de fecha 13 de enero de 2021 y 216/2021 de fecha 8 de marzo de 2021. Su fundamento radicó en el art. 379 literal c) del CPP por infracción a las disposiciones que rigen la sujeción, intervención, asistencia y representación del imputado. La omisión de la Sede de dar traslado previo a

adoptar resolución ha violentado derechos fundamentales de la defendida y por lo tanto vician de nulidad el procedimiento desde ese momento, tratándose de nulidad insubsanable al amparo del art. 380 CPP. Con ese traslado se puede invocar alguna causa que justifique el referido incumplimiento. Reconoció que le fueron notificadas las resoluciones, pero ello no subsana ni convalida una nulidad. No se podía ejercer ningún medio idóneo porque la resolución ya adoptada tendría un efecto no suspensivo y por lo tanto la misma se debería hacer efectiva; en estas condiciones un recurso ante un Tribunal de Apelaciones, al no seguir el tracto del art. 365 CPP, hubiera demorado la decisión con la imputada privada de libertad, cuando perfectamente se podría haber resuelto con un traslado previo con posibilidad de explicar el incumplimiento.

Solicitó en definitiva se disponga la nulidad de las dos resoluciones mencionadas (Pista 3).

VII.- La Fiscalía abogó por el mantenimiento de las resoluciones cuestionadas, en el entendido que la norma no prevé la tramitación de ningún incidente para el caso de incumplimiento de la libertad a prueba.

No se puede hablar de nulidad cuando el decreto fue notificado a la Defensa.

La LUC le abrió un margen de discrecionalidad al Juez para que considere el incumplimiento grave como una circunstancia y proceda a la revocación inmediata (Pista 4).

VIII.- Por Resolución N° 604/2021 dictada en audiencia el Sr. Juez *a-quo* hizo lugar a lo solicitado por la Defensa declarando la nulidad de la interlocutoria N° 22/2021 de fecha 13 de enero de 2021 e interlocutoria N° 216/2021 de fecha 8 de marzo de 2021, en base a los principios de contradicción y bilateralidad atento a que en los presentes no se confirió traslado incidental a la Defensa de la penada (fs.10-10v y pista 6).

IX.- La Fiscalía anunció recurso de apelación contra la interlocutoria N° 604/2021 que fundamentó en tiempo útil a fs. 12-15.



Señaló como sustento de su disenso que ante un proceso de ejecución de sentencia no corresponde abrir un debate con la Fiscalía para argumentar a favor o en contra del debido cumplimiento de la misma, por el simple hecho de que las sentencias deben cumplirse.

Al constatarse el incumplimiento se le comunicó a la Sede esa situación y tal como lo dispone el art. 295 bis del CPP se solicitó la revocación del beneficio y así fue resuelto por la Sra. Jueza de Feria por Decreto N° 22/2021.

Adujo que el art. 295 bis del CPP en ninguna parte establece que ante el incumplimiento se daba dar el trámite de proceso incidental, como pretende la defensa; es más entendió que la Fiscalía ni siquiera debe participar en el proceso de ejecución.

Las decisiones atacadas de nulidad jamás dejaron en estado de indefensión a la imputada ya que las mismas fueron notificadas en tiempo y forma a su defensor. Podía la Defensa, cuando se le notificó la revocación, haber interpuesto los recursos correspondientes e incluso ahí impetrar la tan mentada nulidad; pese a ello lo hace varios meses después y cuando la imputada es habida e ingresada al centro carcelario para que cumpla la sentencia dictada meses atrás.

Consideró asimismo que la nulidad es extemporánea citando una sentencia de la Sala Homóloga de 2° Turno señalando que no procede la vía incidental para plantear una nulidad cuando estaba habilitada la Defensa para utilizar la vía recursiva.

Solicitó en definitiva se revoque el Decreto N° 604/2021, confirmándose los Decretos Nros. 22/2021 y 216/2021.

X.- Evacuando el recurso en traslado, la Defensa abogó fundadamente por el mantenimiento de la providencia impugnada (fs.20-21v).

XI.- Por despacho N° 859/2021 de fs. 27, se franqueó la alzada con las formalidades de estilo.



XII.- Llegados los autos al Tribunal, se asumió competencia, pasaron a estudio por su orden y se acordó sentencia interlocutoria, procediendo al dictado de la presente decisión.

### **CONSIDERANDO:**

I.- En el orden adjetivo, el recurso interpuesto es el que legalmente corresponde para la revisión en segunda instancia de la sentencia que resuelve un incidente de nulidad y lo fue en tiempo y forma, observándose las garantías del debido proceso.

II.- En lo sustancial, con el número de voluntades legalmente requerido, la Sala habrá de confirmar la sentencia impugnada por los siguientes fundamentos.

El Tribunal destaca que de acuerdo a los "principios básicos" consagrados en el ordenamiento procesal penal vigente, "el proceso penal -sin distinguir de conocimiento o de ejecución- será público y contradictorio en todas sus etapas, con las limitaciones que se establecen en éste Código" (art. 9 NCPP), integrando ese principio de contradicción el elenco de garantías del debido proceso.

El contradictorio se identifica pues, con el derecho a ser oído que tienen las partes en un plano de igualdad antes de que el tercero imparcial "Juez" se pronuncie sobre la cuestión planteada. Principio de "igualdad de las partes" que el artículo 12 NCPP también hace aplicable al proceso penal.

Justamente, en citas que recoge GARDERES en su trabajo sobre "Principios de publicidad y contradicción. Principio acusatorio. El derecho a un proceso de duración razonable", publicado en la obra colectiva del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal "Curso sobre el Nuevo CPP" Ley 19.283-?, Vol.1, pags. 171 ? 162, COUTURE haciendo referencia al principio de igualdad establecía que "es, a su vez, una manifestación particular del principio de igualdad de los individuos ante la ley. Su fórmula se resume en el precepto ya mencionado *audiatur altera pars* (oíase a la otra parte).

Oír a la otra parte es la expresión de lo que se denomina bilateralidad de la audiencia en las doctrinas alemana y angloamericana.

Este principio consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición. Conforme a este principio el Juez no procede de plano sino en aquellas situaciones en que la ley lo autoriza expresamente...? (?Fundamentos del Derecho procesal Civil?, Tercera edición, Depalma, pág. 183).

En el caso de incumplimiento de medidas impuestas en la libertad a prueba, el Legislador autoriza expresamente a revocar el beneficio ?sin necesidad de contar con la aquiescencia, vista previa o audiencia de la Fiscalía?, pero no de la Defensa porque en definitiva no pierde de vista las garantías que le asisten al penado con miras a invocar circunstancias abnormes que le hayan impedido cumplir las manidas medidas, que bien puede conducir a una intensificación de condiciones de cumplimiento como solución de previa ponderación a la pena de privación de libertad.

ABAL, por su parte, destaca al analizar el principio de igualdad que ?consecuencia necesaria de este principio es la bilateralidad del proceso; conforme a la cual, si una parte está habilitada para realizar una actividad procesal la otra parte debe siempre tener la misma posibilidad?. En cuya virtud, si la Fiscalía ?podrá, valorando las circunstancias del caso, solicitar al tribunal la revocación del beneficio? (art. 295 bis in fine) podrá la Defensa oponerse a ello.

Otra necesaria consecuencia del principio de igualdad, ya comprendida en la anterior, pero que se suele destacar por su trascendencia, es la vigencia de la regla general de la contradicción, según la cual ante toda alegación de una parte, antes de adoptar una decisión se debe escuchar la opinión de la otra (según COUTURE, este principio que estudiamos se resume, precisamente, en el precepto ?audiatur altera pars?:oí-gase a la otra parte)? (?Derecho Procesal?, Tomo I, ed. 1999, pág. 116).

Como viene de exponerse, ante la expresa solicitud de revocación del beneficio multicitado por parte del Ministerio Público, el Magistrado actuante debió convocar, cuando menos a la penada debidamente asistida por su Defensor, al comparendo donde articular la justificación del incumplimiento y ello no es más



que observar las reglas que rigen la sujeción e intervención del imputado, que de conculcarse, aparejará nulidad insubsanable. Por qué? Porque es el único camino con que cuenta el penado para ser oído? antes que la resolución judicial se dicte, con la posibilidad que se abre, una vez opere el pronunciamiento, de impugnarlo, vale decir, cuestionar algo ya resuelto.

Al no haber operado esa intervención necesaria previa de la Defensa, la reclamada nulidad de los decretos 22/2021 y 216/2021 fue correctamente resuelta por el Sr. Juez a-quo? en la sentencia hostilizada por la Representación Fiscal.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal

**RESUELVE:**

***Confírmase la Sentencia Interlocutoria N° 604/2021 de 17 de mayo de 2021.  
Oportunamente devuélvase a la Sede de origen.***

**Dr. Pedro María Salazar Delgado -Ministro-  
Dr. Julio Ernesto Olivera Negrín -Ministro-  
Dra. Esc. Maria Celia de Salterain -Secretaria I-**





## **7. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.**

### **7.1. Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela.**

**7.1.1. Recurso de Amparo constitucional, sobre la decisión de fecha, 11 de junio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, de la Región Centro Occidental, que anuló la decisión dictada el 18 de julio de 2017, por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer, de la Circunscripción Judicial del estado Lara, ejercido por el ciudadano CARLOS ALBERTO MENDOZA titular de la cédula de identidad N° 19.482.528, La Defensa Pública ejerció la representación en el Recurso de Amparo.**

**SENTENCIA 0367 DE FECHA 19/11/2019.**

**SALA CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.**

**RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL.**

**NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 336 NUMERAL 10 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.**

**ASUNTO: AMPARO CONSTITUCIONAL.**

**DESCRIPTORES: RECURSO, AMPARO CONSTITUCIONAL, ORDEN PÚBLICO, DERECHOS HUMANOS.**

### **SÍNTESIS LEGAL**

Recurso de Amparo Constitucional, asistido por la ciudadana Lorelvis Balbas Valbuena, Defensora Pública Provisoria Segunda de Violencia de Género, adscrita a la Unidad Regional de la Defensa Pública del Estado Lara, con fundamento en los artículos 49 y 257, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación al artículo 336 Numeral 10 ejudem.



## RESUMEN DE DATOS

En fecha 18 de julio de 2017, el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer, de la Circunscripción Judicial del estado Lara, acordó que había absuelto al accionante de la presunta comisión del delito de violencia sexual agravada en grado de continuidad, previsto en el artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en concordancia con los artículos 217 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y el artículo 99 del Código Penal.

El 11 de junio de 2018, dictó sentencia, que anuló la decisión dictada el 18 de julio del 2017 por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer, de la Circunscripción Judicial del estado Lara. Asimismo, la mencionada corte de apelaciones repuso la causa al estado de la celebración de un nuevo juicio oral, con un juez de juicio distinto al que emitió la sentencia anulada, y mantuvo la medida de privación judicial preventiva de libertad contra el ciudadano **Carlos Alberto Mendoza**, la aludida sentencia emanada de la corte, también indica que se han de notificar a las partes de la decisión.

Que la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Región Centro Occidental a través del fallo que hoy se cuestiona, deja al usuario de la Defensa Pública, en estado de indefensión, vulnerándole sus Derechos Humanos, como lo es el derechos a la defensa, de petición y al debido proceso, al no ser notificado personalmente del fallo emitido por el aludido Juzgado de Alzada, tal y como lo establece, el artículos 116 de la Ley Orgánica sobre el Derecho o de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 454 del Código Orgánico Procesal Penal, 49 y 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Región Centro Occidental, actuó fuera de su competencia vulnerando el debido proceso, por cuanto hubo una ausencia de notificación al ciudadano CARLOS ALBERTO MENDOZA, no aplicando correctamente la normativa relativa a la notificación de la sentencia de segunda instancia al procesado privado de libertad, con miras a la eventual interposición del recurso de casación.





Ahora bien, la Sala Constitucional declara la nulidad de la sentencia recurrida, y emite un nuevo pronunciamiento sobre el mérito del asunto decidido por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Región Centro Occidental.

## JUSTIFICACIÓN

En el marco de la solicitud de Amparo constitucional ejercido, donde se pretendió la nulidad del fallo proferido en fecha 11 de junio de 2018, dictó sentencia, que anuló la decisión dictada el 18 de julio del 2017 por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer, de la Circunscripción Judicial del estado Lara.

Al respecto, es menester precisar que el Recurso de Amparo Constitucional es un medio extraordinario de impugnación, de carácter excepcional, por medio del cual se somete a la consideración del Juez Constitucional una controversia ya resuelta por otro Tribunal de la República mediante sentencia pasada en Autoridad de Cosa Juzgada.

Corresponde también a la Sala Constitucional el conocimiento de las acciones de amparo incoadas contra las sentencias dictadas en última instancia por los Tribunales Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando éstas infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales. De esta forma la Sala Constitucional se sustituyó en la competencia del amparo contra sentencia que antes era ejercida por la Sala Político-Administrativa respecto de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y la Salas de Casación Civil y Penal respecto de los tribunales superiores en esos ámbitos de competencia.

Compete a la Sala Constitucional el conocimiento de las consultas y apelaciones ejercidas contra las sentencias dictadas por los Juzgados Superiores, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando éstos conozcan la acción autónoma de amparo en primera instancia





Determinado el anterior criterio jurisprudencial, La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en el artículo 336 las atribuciones de la Sala Constitucional en 11 numerales y el único numeral en específico el número 10 que reenvía de manera expresa la regulación de los términos del ejercicio de la competencia, es precisamente la referida a la potestad de revisar sentencias, cuando señala que deberá hacerlo "...en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. Sobre esta potestad la Asamblea Nacional ha legislado parcialmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 5° numeral 5°, la acción autónoma de amparo, contra las sentencias que dicten los tribunales superiores como tribunales de primera instancia, que decidan sobre la acción de reclamo para garantizar el derecho humano a réplica y rectificación o para proteger el derecho al honor, a la vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de las personas afectadas directamente por la difusión de mensajes e informaciones falsas, inexactas o agraviantes a través de los prestadores de servicios de radio y televisión.

Toda vez que el Recurso de Amparo Constitucional es una garantía de derechos humanos que tienen las partes en el proceso como Derechos regulado en nuestra norma constitucional.

## CONCLUSIÓN

En definitiva, la Defensa Pública logro con el presente Recurso de Amparo, garantizarle al ciudadano **CARLOS ALBERTO MENDOZA titular de la cédula de identidad N° 19.482.528**, sus derechos vulnerados, al haber obtenido como resultado del mismo el pronunciamiento de la sala de la siguiente manera: la resolución del presente amparo constitucional es **DE MERO DERECHO**, Procediendo **IN LIMINE LITIS** la acción en contra la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental. **ANULANDO**, tanto el auto dictado el 10 de julio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental como las demás actuaciones subsiguientes; y por ultimo **REPONE** la causa al estado de que se notifique personalmente al ciudadano Carlos Alberto Mendoza de la decisión dictada el 11 de junio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental, previo traslado. Lo que produjo para el usuario, un estado de indefensión y por ende una violación del debido proceso como Derechos Humano garantizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 7 y 8.

**MAGISTRADA PONENTE LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON****SENTENCIA 0367**

El 20 de septiembre de 2018, esta Sala Constitucional recibió, por declinatoria de competencia de la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental, el expediente que contiene la acción de amparo constitucional interpuesta el 9 de julio de 2018, ante dicho tribunal superior, por la ciudadana Lorelvis Balbas Valbuena, Defensora Pública Provisoria Segunda de Violencia de Género, adscrita a la Unidad Regional de la Defensa Pública de Barquisimeto-Estado Lara, actuando en representación del ciudadano CARLOS ALBERTO MENDOZA, con cédula de identidad n.º 19.482.528, contra la presunta irregularidad en la notificación al ciudadano presunto agraviado del fallo dictado el 11 de junio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental, que anuló la decisión dictada el 18 de julio de 2017 por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Circunscripción Judicial del estado Lara, que había absuelto al actual accionante de la presunta comisión del delito de violencia sexual agravada en grado de continuidad.

El 20 de septiembre de 2018, se dio cuenta a esta Sala y se designó ponente a la magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson, quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

El 12 de febrero de 2019, esta Sala emitió el fallo n.º 27 en el que, luego de declararse competente para conocer de la presente acción de amparo, se señaló que la parte actora no había consignado, conjuntamente con su solicitud, copia certificada de las actuaciones judiciales que evidenciaran el presunto agravio denunciado como lesivo a sus derechos constitucionales; por lo que se ordenó que la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental remitiera una copia certificada de las actuaciones realizadas inmediatamente con posterioridad a la decisión dictada el 11 de junio de 2018 en el asunto KP01-R-2017-000342, incluyendo la boleta de notificación al ciudadano Carlos Alberto Mendoza y la subsiguiente constancia de su efectiva notificación.





El 25 de febrero de 2019, esta Sala recibió mediante oficio n.º 69-2019 del 18 de febrero de 2019, procedente de la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental, copia certificada de las actuaciones procesales, tanto de la decisión del 11 de junio de 2018 como las posteriores a dicha publicación.

## **I FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE AMPARO**

Los hechos narrados por la defensora pública del ciudadano Carlo Alberto Mendoza son los siguientes:

a) El 18 de julio de 2017, el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Circunscripción Judicial del estado Lara dictó una sentencia absolutoria a favor del ciudadano Carlos Alberto Mendoza, quien está siendo procesado por la presunta comisión del delito de violencia sexual agravada en grado de continuidad, previsto en el artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en concordancia con los artículos 217 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y el artículo 99 del Código Penal. El Ministerio Público interpuso recurso de apelación, con efecto suspensivo, contra esta decisión absolutoria.

b) El 11 de junio de 2018, la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Región Centro Occidental dictó sentencia que, al decidir el señalado recurso de apelación, anuló la decisión dictada el 18 de julio de 2017 por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Circunscripción Judicial del estado Lara. Asimismo, la mencionada corte de apelaciones repuso la causa al estado de la celebración de un nuevo juicio oral, con un juez de juicio distinto al que emitió la sentencia anulada, y mantuvo la medida de privación judicial preventiva de libertad contra el ciudadano Carlos Alberto Mendoza. La sentencia señala que se han de notificar a las partes de la decisión.

c) El 3 de julio de 2018, la defensa fue notificada de la mencionada decisión, pero en relación con la notificación del procesado privado de libertad, ciudadano Carlos Alberto Mendoza, la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Región Centro Occidental intentó realizarla mediante un oficio dirigido al director del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental.





En lo que se refiere a los derechos denunciados como vulnerados, la solicitud de amparo señaló que se afectaron los derechos a la defensa, de petición y al debido proceso. La solicitud razona que, según el artículo 116 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el ejercicio del recurso de casación se regirá por lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal, y que el artículo 454 del Código Orgánico Procesal Penal establece que si el imputado se encuentra privado de libertad, la sentencia de la corte de apelaciones le debe ser notificada personalmente, previo traslado, con mira a un eventual anuncio del recurso de casación. Según la demanda de amparo, al ciudadano Carlos Alberto Mendoza, estando privado de libertad, se le presumió como notificado de la sentencia dictada el 11 de junio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Región Centro Occidental, mediante el sello de recibido del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental de una boleta remitida mediante un oficio.

Así, la defensora pública señaló que hubo una ausencia de notificación, y que la defensa pública no basta por sí sola para realizar los diferentes actos procesales. En este sentido, la defensora resalta que en fase recursiva la notificación efectiva de todas las partes es fundamental.

## **II DE LA COMPETENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL**

Esta Sala ya se pronunció sobre su competencia para conocer el presente asunto en la sentencia n.º 27 del 12 de febrero de 2019, oportunidad en la que se razonó que, el 9 de agosto de 2018, la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental había dictado un fallo mediante el cual se declaró incompetente para conocer de la presente acción de amparo y declinó la competencia para conocer de la misma en esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en la sentencia de esta Sala n.º 1 del 20 de enero de 2000 y en el artículo 25.20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, esta Sala destacó que el contenido del artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no se refiere a que la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para conocer de los fallos emanados de los tribunales superiores de la República; y que tanto el artículo 25.20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia como la sentencia de esta



Sala n.º 1 del 20 de enero de 2000 establecen que la Sala Constitucional es competente para conocer las demandas de amparo contra las decisiones que dicten, en última instancia, los juzgados superiores (salvo las que se incoen contra las de los juzgados superiores en lo contencioso administrativo). Pero se observó que la acción de amparo incoada por la parte presuntamente agraviada no se interpuso contra una sentencia dictada, en última instancia, por un juzgado superior, sino que va dirigida contra el acto de la notificación de una sentencia definitiva, por lo que las citadas fuentes legales y jurisprudenciales no eran aplicables a la presente situación jurídica.

No obstante lo anterior, esta Sala observó que sí es competente para conocer de la presente acción de amparo en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, porque el presunto error en la notificación de la sentencia constituye un acto susceptible de lesionar un derecho constitucional, y esta Sala es el tribunal superior jerárquico al que emitió el acto, a saber, la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental. En estos términos, se aceptó la declinatoria de competencia planteada.

### **III DE LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN**

Debe previamente esta Sala analizar si la acción de autos cumple con los requisitos contemplados en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y al efecto evidencia que los mismos se encuentran satisfechos. Así se declara.

Ahora bien, respecto de la admisibilidad de la presente acción, en atención a las causales contempladas en el artículo 6 eiusdem, así como en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala aprecia que la misma no se encuentra incurso en ellas, motivo por el cual resulta admisible. Así se declara.

### **IV DE LA DECLARATORIA DE MERO DERECHO**

Esta Sala Constitucional en sentencia n.º 993 de 16 de julio de 2013 dejó establecida la posibilidad de no tramitar el amparo cuando el aspecto controvertido fuere de mero derecho. A tal efecto, dicho fallo precisó lo siguiente:





“De modo que, condicionar la resolución del fondo del amparo a la celebración de la audiencia oral sería inútil en aquellos casos en los cuales se intenta el amparo contra una decisión judicial por un asunto de mero derecho o de obvia violación constitucional, toda vez que ello ocasionaría la violación del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 eiusdem, que se concreta en materia de amparo constitucional en el artículo 27 ibidem, debido a que el Estado no garantizaría, en estos casos, una justicia ‘expedita’.

Por lo tanto, a pesar de que en anterior oportunidad la Sala, con base en la necesidad de celebrar la audiencia oral contradictoria, negó una solicitud de declaratoria en un procedimiento de amparo (vid. sentencia N° 988 del 15 de octubre de 2010, caso: Clarence Daniel Rusian Pérez), se impone en el presente caso un complemento de la sentencia N° 7/2000 y se establece, con carácter vinculante, que, en las demandas de amparos en las cuales se ventile la resolución de un punto de mero derecho, el Juez constitucional podrá, en la oportunidad de la admisión de la solicitud de amparo, decretar el caso como de mero derecho y pasar a dictar, sin necesidad de convocar y celebrar la audiencia oral, la decisión de fondo que permita restablecer inmediatamente y en forma definitiva la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Así se establece.”

Atendiendo al criterio jurisprudencial expuesto, esta Sala procede a verificar si, en el caso bajo estudio, lo alegado por la parte accionante se refiere a la resolución de un punto de mero derecho y, al respecto, observa que la parte actora alegó, como motivo de la interposición del amparo, que la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental, no aplicó correctamente la normativa relativa a la notificación de la sentencia de segunda instancia al procesado privado de libertad, con miras a la eventual interposición del recurso de casación.

De allí que, la Sala considera que el presente caso versa exclusivamente sobre un punto de mero derecho, por lo que no es necesario, para la resolución de fondo de la controversia, la convocatoria y sucedánea celebración de la audiencia oral, toda vez que lo señalado en la solicitud de amparo y el contenido del expediente constituyen elementos suficientes para que la Sala se pronuncie sobre el fondo de la presente causa. Además, si se efectuare la audiencia oral no se aportarían datos nuevos





que modifiquen el objeto controvertido, ya que el acto de notificación objeto de la presente controversia ya se encuentra inserto en el expediente en copia certificada por el órgano jurisdiccional presuntamente agravante. Así se declara.

## **V CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

La demanda de amparo impugna la notificación al acusado, que estaba privado de libertad, de la sentencia dictada el 11 de junio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental, que anuló la decisión dictada el 18 de julio de 2017 por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Circunscripción Judicial del estado Lara, por vulneración de los derechos de defensa, petición y debido proceso.

Según la acción de amparo, la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental pretendió notificar al presunto agraviado de un fallo que resolvió un recurso de apelación utilizando como intermediario al director del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental, donde se encuentra privado cautelarmente de libertad. En este sentido, el accionante señaló que debió haber sido trasladado para ser notificado personalmente de la decisión del 11 de junio de 2018 emanada por dicho tribunal de alzada.

Esta Sala ha sostenido que las notificaciones están revestidas de ciertas formalidades que tienen por finalidad asegurar y que resulte documentado que la información en ellas contenidas hayan llegado, efectivamente, a cabal conocimiento de sus destinatarios. En este sentido, si por vías supletorias estuviere se acredita en autos que las partes están en conocimiento del acto procesal realizado, se ha cumplido el objetivo perseguido con la notificación, que devendría en prescindible. Por lo tanto, insistir en notificar a una de las partes acerca de un pronunciamiento judicial, respecto de lo cual dicha parte tiene pleno conocimiento, supondría someter el proceso a formalidades no esenciales, contrarias a la letra del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (véase sentencias n.º 624 del 3 de mayo de 2001 y n.º 1744 del 17 de noviembre de 2008).



No obstante, en el caso de autos se observa que la notificación personal del procesado privado de libertad era fundamental para el inicio del plazo para la interposición del recurso de casación, independientemente de que el defensor estuviese notificado o que la parte estuviere en pleno conocimiento de la publicación de la sentencia dictada el 11 de junio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental. En efecto, esta Sala también ha sostenido que la notificación consiste en llevar al conocimiento personal de las partes en el proceso las resoluciones judiciales, con la finalidad de que estas puedan adoptar en tiempo oportuno las conductas procesales que consideren en defensa de sus derecho o intereses (véase sentencia n.º 341 del 27 de marzo de 2009). Además, también la Sala ha indicado que al ordenarse la notificación de una sentencia, por un lado, se crea una expectativa de derecho para las partes en el proceso penal y, por otro lado, la notificación debe constar necesariamente en el expediente (véase sentencia n.º 1085 del 8 de julio de 2008).

A la vista de lo señalado y lo que consta en autos, cabe afirmar que la pretensión del accionante se incardina en el ámbito del derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, reconocido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Una de las facetas de este derecho es la llamada de las partes al proceso, es decir, los aspectos relacionados con las citaciones y notificaciones de las partes para acceder al respectivo órgano jurisdiccional con la finalidad de hacer valer sus intereses jurídicos.

El objetivo que se persigue con la notificación de las partes es mantenerlas debidamente enteradas de la oportunidad en que el tribunal ha tomado decisiones, así como de los actos procesales realizados por los otros intervinientes y cuya celebración deban ser informados. Si alguna de las partes no es debidamente citada o notificada, ello afecta directamente el derecho de acceso a los tribunales, toda vez que se impide que la parte afectada ejerza los recursos u otras actuaciones que requiera ejercer. De esta manera, si la parte no es llamada correctamente, es decir, conforme con la ley, al proceso en cada una de sus fases, se impide que la misma pueda acceder al órgano jurisdiccional correspondiente.





En este sentido, la regla general en materia de notificaciones a defensores o defensoras o representantes en el proceso penal está prevista en el artículo 164 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta disposición señala que los defensores o representantes deben ser notificados en lugar de la parte que defienden o representan, salvo que por la naturaleza del acto o porque la ley lo ordene, sea necesario notificar personalmente al afectado.

Así, si la ley ordena específicamente notificar personalmente a la parte, no puede considerarse notificado un procesado si se notifica a su defensor o a un representante. En el caso de autos, se observa que el ciudadano Carlos Mendoza ha venido siendo procesado, sometido a privación preventiva de libertad, en virtud del procedimiento especial previsto en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. En el artículo 67 de dicha ley se establece que las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal se aplicarán supletoriamente cuando no se opongan expresamente a las previstas en el procedimiento especial. Asimismo, el artículo 116 de la misma ley indica que el ejercicio del recurso de casación se rige por lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal. Por lo tanto, si la ley especial no dice nada sobre la notificación de la sentencia de segunda instancia a las partes, entonces se debe acudir a lo previsto sobre dicho aspecto en el procedimiento penal ordinario.

En este sentido, el Código Orgánico Procesal Penal señala en su artículo 454, en lo que se refiere a la interposición del recurso de casación, que este medio de impugnación debe incoarse dentro del plazo de quince días después de publicada la sentencia, salvo que el imputado se encuentre privado de su libertad, pues en este caso el mencionado plazo comenzará a correr a partir de la fecha de su notificación personal, previo traslado.

De esta manera, el legislador no dejó al prudente arbitrio del juez la potestad de notificar personalmente o no, según la naturaleza del acto, a las partes con miras a una eventual interposición del recurso de casación, sino que estableció que es necesaria la notificación personal del acusado privado de libertad, previo traslado a la sede del órgano jurisdiccional.

En el caso de autos se observa que la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental erró al pretender dar por notificado al ciudadano Carlos Alberto Mendoza del contenido de la decisión del 11 de junio de 2018, que resolvió un recurso de apelación de sentencia con efecto suspensivo, mediante una boleta de notificación anexada a un oficio dirigido al director del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental





ya que, mediante mandato de ley, debió haber solicitado el traslado del mencionado procesado a la sede del tribunal de alzada para notificarle personalmente de la señalada decisión, tal como lo ordena el contenido del artículo 454 del Código Orgánico Procesal Penal.

Así, se observa que la notificación de las decisiones de segunda instancia, por parte de un tribunal de alzada, a los procesados privados de libertad a través de los directores de los centros de reclusión, no solo carece de toda cobertura legal, sino que contradice directamente lo establecido en la ley, en un ámbito que constituye parte del contenido esencial del derecho de acceso a los órganos de administración de justicia.

Esta falta de notificación de la sentencia dictada el 11 de junio de 2018 por la señalada corte de apelación colocó a la defensa en situación de incertidumbre, pues esta tenía la expectativa de derecho de que se iniciara el plazo para recurrir en casación de dicho fallo, pero tal plazo nunca se inició desde la perspectiva de la ley. Así, la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental, en lugar de solicitar el traslado del ciudadano Carlos Alberto Mendoza a la sede del órgano jurisdiccional para notificarlo personalmente del mencionado fallo, sorprendió al remitir el expediente mediante auto dictado el 10 de julio de 2018 al Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer de la Circunscripción Judicial del estado Lara, negando así el acceso a las posibilidades impugnatorias de la defensa.

En conclusión, la pretendida notificación del procesado privado de libertad, ciudadano Carlos Alberto Mendoza, mediante la notificación del fallo al director del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental, sargento David Vilorio, ha vulnerado el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, por imposibilitar el inicio del plazo para recurrir en casación contra la sentencia dictada el 11 de junio de de 2018, sin que se vislumbren bienes constitucionales cuya salvaguarda justifique la omisión de la notificación personal en la sede de la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental. Por lo tanto, en atención a lo expuesto, esta Sala declara procedente in limine litis, la actual acción de amparo constitucional. Así se declara.

En virtud de lo anterior, se anula el auto del 10 de julio de 2018 dictado por la corte de apelaciones agravante y todas las actuaciones posteriores hasta la presente fecha, y se ordena la reposición de la causa al estado de que se notifique personalmente, previo traslado,



al ciudadano Carlos Alberto Mendoza del fallo dictado el 11 de junio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental, luego de lo cual comenzará a correr el plazo para la interposición del recurso de casación, de considerarlo pertinente la parte. Así se decide.

## DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

**PRIMERO:** Que la resolución del presente amparo constitucional es DE MERO DERECHO.

**SEGUNDO:** PROCEDENTE IN LIMINE LITIS la acción interpuesta por el ciudadano CARLOS ALBERTO MENDOZA contra la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental.

**TERCERO:** Se ANULA, tanto el auto dictado el 10 de julio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental como las demás actuaciones subsiguientes.

**CUARTO:** Se REPONE la causa al estado de que se notifique personalmente al ciudadano Carlos Alberto Mendoza la decisión dictada el 11 de junio de 2018 por la Corte de Apelaciones en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Región Centro Occidental, previo traslado.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 19 días del mes de Noviembre de dos mil diecinueve (2019). Años: 209° de la Independencia y 160° de la Federación.

El Presidente,





7.1.2. Recurso de Amparo constitucional, sobre la decisión de fecha, 30 de enero de 2015 por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, la cual se declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la ciudadana BEATRIZ ENCARNACIÓN CARIPA, titular de la cédula de identidad número V-11.569.840, La Defensa Pública ejerció la representación en el recurso de amparo.

SENTENCIA 0035 DE FECHA 19/02/2020.

SALA CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL.

NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 336 NUMERAL 10 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

ASUNTO: AMPARO CONTRA SENTENCIA.

DESCRIPTORES: RECURSO DE AMPARO, REVISION DE SENTENCIA, ORDEN PÚBLICO, DERECHOS HUMANOS.

### SÍNTESIS LEGAL

Recurso de Amparo Constitucional, asistido por el abogado **William Alberto Ramos Aguilar**, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 85.041, actuando en su carácter de Defensor Público Tercero ante el Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en los artículos 49 y 257, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación al artículo 336 Numeral 10 ejusdem.





## RESUMEN DE DATOS

En fecha 29 de julio de 2010 el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró parcialmente con lugar la demanda por resolución de contrato de arrendamiento incoara el ciudadano **TOMÁS RICARDO AGUILAR** contra la hoy accionante.

El fecha 30 de enero de 2015, el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2010, emitida por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio del mencionado Circuito Judicial, que a su vez había declarado parcialmente con lugar la demanda de resolución de contrato de arrendamiento ejercida por el ciudadano **Tomás Ricardo Aguilar**, en contra de la ciudadana **Beatriz Encarnación Caripa**, por una presunta insolvencia en los cánones de arrendamiento con ocasión del contrato de subarrendamiento a tiempo indeterminado que reconoce el propietario del inmueble.

Que el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas a través del fallo que hoy se cuestiona, no da respuesta a la usuaria de la Defensa Pública, al no tomar en cuenta las previsiones constitucionales referentes a los Derechos Sociales, que son de obligatorio cumplimiento para todo juzgador, tal y como lo establece nuestra norma constitucional en sus Artículos 82 y 334 Ejudem.

El Juzgado de Alzada al no atender lo establecido en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incurrió en una franca vulneración, al aplicar un procedimiento distinto al vigente para la fecha de la resolución del recurso de apelación, tratando de argumentar sin soportes sólidos su modo de actuar, indicando que correspondía el procedimiento que se encontraba regulado en la ley vigente, pero que no era aplicado porque se trataba de un formalismo no esencial, lesionando el debido proceso y el derecho a la defensa de la accionante al no poder acceder a lo que la propia Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda indica en su artículo 123 y la tutela judicial efectiva.



En tal sentido el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, actuó fuera de su competencia vulnerando el debido proceso, por cuanto este no tomó en cuenta el deber que tenía de notificar a las partes de la reanudación de la causa, desatendiendo lo establecido en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, como quiera que en el presente caso operó la cosa juzgada, la Sala Constitucional declara la nulidad de la sentencia recurrida, y emite un nuevo pronunciamiento sobre el mérito del asunto decidido por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio del mencionado Circuito Judicial.

## JUSTIFICACIÓN

En el marco de la solicitud de Amparo contra Sentencia ejercido, donde se pretendió la nulidad del fallo proferido en fecha 30 de enero de 2015, por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio del mencionado Circuito Judicial, que a su vez había declarado parcialmente con lugar la demanda de resolución de contrato de arrendamiento ejercida por el ciudadano **Tomás Ricardo Aguilar**, en contra de la ciudadana accionante del aludido recurso, por una presunta insolvencia en los cánones de arrendamiento con ocasión del contrato de subarrendamiento a tiempo indeterminado.

Al respecto, es menester precisar que el Recurso de Amparo Constitucional es un medio extraordinario de impugnación, de carácter excepcional, por medio del cual se somete a la consideración del Juez Constitucional una controversia ya resuelta por otro Tribunal de la República mediante sentencia pasada en Autoridad de Cosa Juzgada.

Ahora bien, es un recurso extraordinario por el hecho de que no constituye, para la materias cuyas sentencias son susceptibles de revisión, una nueva instancia, lo que nos abre la puerta para mencionar otra característica: solo procede en caso de sentencias definitivamente firmes, lo que en vista de la discrecionalidad, resguarda





el derecho a la tutela judicial efectiva, desde que el postulado de la doble instancia ha sido observado.

Corresponde también a la Sala Constitucional el conocimiento de las acciones de amparo incoadas contra las sentencias dictadas en última instancia por los Tribunales Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando éstas infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales. De esta forma la Sala Constitucional se sustituyó en la competencia del amparo contra sentencia que antes era ejercida por la Sala Político-Administrativa respecto de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y la Salas de Casación Civil y Penal respecto de los tribunales superiores en esos ámbitos de competencia.

Compete a la Sala Constitucional el conocimiento de las consultas y apelaciones ejercidas contra las sentencias dictadas por los Juzgados Superiores, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando éstos conozcan la acción autónoma de amparo en primera instancia

Determinado el anterior criterio jurisprudencial, La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en el artículo 336 las atribuciones de la Sala Constitucional en 11 numerales y el único numeral en específico el número 10 que reenvía de manera expresa la regulación de los términos del ejercicio de la competencia, es precisamente la referida a la potestad de revisar sentencias, cuando señala que deberá hacerlo "...en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. Sobre esta potestad la Asamblea Nacional ha legislado parcialmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 5° numeral 5°, ampliando los supuestos de revisión de sentencias, no estableciendo esta vez, como si lo hace la Constitución, que se trate sólo de sentencias definitivamente firmes. El mencionado artículo tiene el texto que sigue: La Revisión Constitucional de las Sentencias definitivamente firmes.

Toda vez que el Recurso de Amparo Constitucional es una garantía de derechos humanos que tienen las partes en el proceso como Derechos regulado en nuestra norma constitucional.





## CONCLUSION

En definitiva, la Defensa Pública logro con el presente Recurso, garantizarle a la ciudadana **BEATRIZ ENCARNACIÓN CARIPA**, titular de la cédula de identidad número **V-11.569.840**, sus derechos vulnerados, al haber obtenido como resultado del mismo el pronunciamiento de la sala de la siguiente manera: admitiendo el presente recurso, anulando las sentencias de fechas 30 de enero de 2015 dictada por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y la dictada el 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la misma Circunscripción Judicial; de igual manera ordenando la remisión del expediente, para que otro Juzgado de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, proceda a emitir pronunciamiento sobre la admisión de la demanda interpuesta, de conformidad con la ley adjetiva vigente. Lo que produjo para la usuaria un estado de indefensión y por ende una violación del debido proceso como Derechos Humano garantizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 7 y 8.



## Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

### Expediente 15-1071

Mediante escrito presentado ante esta Sala Constitucional el 14 de septiembre de 2015, la ciudadana BEATRIZ ENCARNACIÓN CARIPA, titular de la cédula de identidad número V-11.569.840, asistida por el abogado William Alberto Ramos Aguilar, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 85.041, actuando en su carácter de Defensor Público Tercero ante el Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo, interpuso acción de amparo constitucional contra la sentencia dictada el 30 de enero de 2015 por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de la que fue notificada el 26 de marzo de 2015, que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la hoy accionante contra la sentencia dictada el 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró parcialmente con lugar la demanda por resolución de contrato de arrendamiento incoada por el ciudadano Tomás Ricardo Aguilar contra la hoy accionante, por la presunta violación de sus derechos constitucionales previstos en los artículos 24, 26, 27 y 49 cardinales 1 y 3, 75 y 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El 28 de agosto de 2015, se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Arcadio Delgado Rosales, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 18 de diciembre de 2015 y el 15 de marzo de 2016 la representación de la ciudadana Beatriz Encarnación Caripa, solicitó pronunciamiento en la presente causa.

El 18 de mayo de 2016, esta Sala dictó sentencia N° 406, en la se declaró competente para conocer de la presente acción de amparo, la admitió, ordenó las notificaciones correspondientes, acordó la medida cautelar innominada solicitada y, como consecuencia de ello, se suspendieron los efectos del fallo dictado el 29 de julio de 2010, por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, hasta que sea dictada la sentencia de fondo y





ordenó al referido Juzgado que informara a esta Sala, el estado en el que se encontraba la causa contentiva de la demanda que por resolución de contrato de arrendamiento incoara el ciudadano Tomás Ricardo Aguilar contra los ciudadanos Andri Onassis Lara y Beatriz Encarnación Caripa de Lara.

El 17 de junio de 2016, la representación de la ciudadana Beatriz Encarnación Caripa, ratificó su interés y solicitó la fijación de la audiencia.

El 22 de junio de 2016, se recibió ante esta Sala Oficio N° 16-0329, del 7 de junio de 2016, mediante el cual la ciudadana Irene Grisanti Cano, en su condición de Juez del Tribunal Vigésimo Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dejó constancia de acuse de recibo electrónico emitido por esta Sala e informó que la causa se encuentra en fase de ejecución.

El 27 de junio de 2016, se recibió ante esta Sala Oficio N° 2016-239, del 16 de junio de 2016, mediante el cual el ciudadano Eder Jesús Solarte Molina, en su condición de Juez del Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, suministró información relacionada con la presente causa.

El 18 de julio de 2016, mediante escrito, el abogado William Alberto Ramos Aguilar, en su condición de Defensor Público Tercero ante esta Sala, en representación de la ciudadana Beatriz Encarnación Caripa, solicitó se oficie al Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas para que fuese enviada la causa original a esta Sala y el 11 de octubre de 2016 consignó actuaciones relacionadas con la presente causa, ratificó el interés procesal y solicitó se fije la oportunidad para la celebración de la audiencia constitucional.

El 17 de febrero de 2017, el abogado William Alberto Ramos Aguilar, en su condición de Defensor Público Tercero ante esta Sala, en representación de la ciudadana Beatriz Encarnación Caripa, ratificó el interés procesal y solicitó se fije la oportunidad para la celebración de la audiencia constitucional.





El 2 de marzo de 2017, la Secretaría de esta Sala dictó auto fijando la Audiencia Constitucional para el día jueves 9-3-2017 a las 10:30 a.m.

El 8 de marzo de 2017, se recibió comunicación vía correo electrónico, mediante la cual la Unidad de Alguacilazgo del Circuito Judicial Civil de los Tribunales de Municipio Ordinario y Ejecutores de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, remite boleta de notificación librada por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta misma Circunscripción, dirigida al ciudadano Tomás Ricardo Aguilar González, debidamente practicada.

El 9 de marzo de 2017, mediante diligencia presentada ante la Secretaría de la Sala por el abogado Emil José Rico Gómez, actuando en su condición de Defensor Público Primero, consignó resolución que acredita su legitimidad para actuar en la presente causa.

El 8 de marzo de 2017, se recibió ante esta Sala Oficio N° 17-0124, mediante el cual la abogada Irene Grisanti Cano, Jueza Vigésima Tercera de Municipio, Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, remitió la resulta de la notificación practicada al ciudadano Tomás Ricardo Aguilar González.

El 9 de marzo de 2017, la Secretaría de esta Sala dictó auto mediante el cual por ocupaciones propias a la naturaleza de las funciones que desempeñan los Magistrados, se acordó suspender la audiencia constitucional fijada para el día jueves 9 de marzo de 2017, a las diez y treinta de la mañana (10:30 am), indicando que la nueva fecha para la celebración de dicha audiencia oral se fijaría por auto separado.

Los días 17 de mayo y 6 de octubre de 2017, y 21 de febrero de 2018, el defensor de la parte accionante, ratificó el interés procesal y solicitó se fije la oportunidad para la celebración de la audiencia constitucional.

El 7 marzo de 2018, la Secretaría de esta Sala dejó constancia de que el 8 de marzo de 2017 recibió comunicación vía correo electrónico y ordenó agregarla al expediente.



Los días 11 de junio, 8 de noviembre de 2018 y el 12 de abril de 2019, el defensor de la parte accionante, ratificó el interés procesal y solicitó se fije la oportunidad para la celebración de la audiencia constitucional.

El 7 de noviembre de 2019, se recibió ante la Secretaría de la Sala Oficio N° FTSJ-02-112-2019 del 5 de noviembre de 2019, mediante el cual la abogada Rosa María Díaz Pérez, Fiscal Segundo (2°) del Ministerio Público para actuar ante la Sala Plena y las Salas de Casación y Constitucional de este Máximo Tribunal (Suplente), suministró información sobre su designación.

El 14 de noviembre de 2019, se recibió ante la Secretaría de esta Sala "Autorización" suscrita por la abogada Rosa María Díaz Pérez, Fiscal Segundo (2°) del Ministerio Público para actuar ante la Sala Plena y las Salas de Casación y Constitucional de este Máximo Tribunal (Suplente), para que la abogada Enyi Yrais Chacón Rivas, Adjunto V, adscrita a la referida Fiscalía, revisara el expediente.

El 24 de enero de 2020, la Secretaría de la Sala dictó auto fijando la audiencia constitucional para el día martes 28 de enero de 2020 a las diez de la mañana (10:00 a.m.) y en la misma oportunidad, la Secretaría de esta Sala dejó constancia de que se comunicó vía telefónica con los ciudadanos Mirella Baudilia Serrano Tría, quien se identificó como abogada III adscrita a la Defensa Pública con Competencia ante el Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo; Miguel Ángel Figueroa Peña, quien se identificó como Juez Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Luz Marina Pernía Márquez, quien se identificó como Secretaria de la Dirección General de Apoyo Jurídico del Ministerio Público, con la finalidad de notificarles que el día martes 28 de enero de 2020, a las diez de la mañana (10:00 a.m.), fue fijada la audiencia oral, la cual se celebrará en el Salón de Audiencias de esta Sala, ubicado en el piso 5 de este Alto Tribunal.

El 27 de enero de 2020, se recibió ante la Secretaría de la Sala Oficio N° FTSJ-3-2020-010, mediante el cual el abogado Vladimir José Lezama Bárcenas, Fiscal Tercero (3°) del Ministerio Público para actuar ante la Sala Plena y las Salas de Casación y Constitucional de este Máximo Tribunal, suministra información, la cual fue agregada al expediente.





El 28 de enero de 2020, se celebró la audiencia constitucional, se levantó acta y se dictó el dispositivo del fallo. En la misma oportunidad, el abogado Vladimir José Lezama Bárcenas, Fiscal Tercero (3°) del Ministerio Público para actuar ante la Sala Plena y las Salas de Casación y Constitucional de este Máximo Tribunal, presentó escrito, en el cual formula alegatos y efectúa pedimentos.

Para decidir, esta Sala considera necesario hacer las siguientes consideraciones:

## **I DE LA ACCIÓN DE AMPARO**

El 14 de septiembre de 2015, la ciudadana Beatriz Encarnación Caripa, asistida por el abogado William Alberto Ramos Aguilar, actuando en su carácter de Defensor Público Tercero ante el Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda de amparo constitucional, en la cual esgrimió fundamentalmente los siguientes argumentos:

Señaló que el objeto del amparo lo constituye la decisión que dictó el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 30 de enero de 2015, que declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio del mencionado Circuito Judicial, que a su vez había declarado parcialmente con lugar la demanda de resolución de contrato de arrendamiento ejercida por el ciudadano Tomás Ricardo Aguilar, por una presunta insolvencia en los cánones de arrendamiento con ocasión del contrato de subarrendamiento a tiempo indeterminado que reconoce el propietario del inmueble, "(...) no tomando en consideración que estos pagos si (sic) se habían realizado [mediante] la consignación a través del Juzgado Vigésimo Quinto de Municipio del Área Metropolitana de Caracas (...)", dada la negativa a su recepción.

Arguyó que "(...) no obstante lo antes referido el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 29 de julio de 2010 declaró parcialmente con lugar la demanda por Resolución de Contrato incoada por el ciudadano Tomás Ricardo Aguilar, alegando la falta de cánones de arrendamiento por parte de [su] patrocinada (...)".





Indicó que, el 2 de noviembre de 2010, ejerció recurso de apelación ante el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas contra la anterior decisión y, el 15 de noviembre de 2010, el referido Juzgado negó el dicho recurso.

Señaló que, ante tal negativa, el 30 de noviembre de 2010 ejerció recurso de hecho ante el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que fue declarado con lugar el 16 de febrero de 2011 y, en consecuencia, ordenó oír el referido recurso de apelación.

Posteriormente, el 7 de junio de 2013, el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas al que correspondió el conocimiento del mencionado recurso, fijó un término de diez (10) días para dictar sentencia, lapso que fue diferido el 15 de julio de 2013 y, el 30 de enero de 2015, el referido Juzgado declaró sin lugar el recurso de apelación.

Explicó que "(...) el Juzgado Superior al no atender lo establecido en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, [incurrió] en una franca violación, al aplicar un procedimiento distinto al vigente para la fecha de la resolución del recurso de apelación, tratando de argumentar sin argumentos sólidos por qué (sic) de su actuar, indicando que correspondía el procedimiento que se encontraba regulado en la ley vigente pero que no era aplicado [porque] se trataba de un formalismo no esencial, violando [, por tanto,] el debido proceso y el derecho a la defensa de [su] patrocinada al no poder acceder a lo que la propia ley indica en su artículo 123 y la tutela judicial efectiva (...)".

De igual manera, indicó que "(...) el Juzgado Superior Quinto [desatendió] el deber que tenía de notificar a las partes de la reanudación de la causa, violando el debido proceso, desatendiendo lo establecido en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil (...)".

Enfatizó que "(...) en el caso que nos ocupa, se trata de una causa la cual se inició en el año 2010, recibida por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción judicial del Área Metropolitana de Caracas el 7 de junio de



2013 y decidida en el año 2015, [por tanto, resultaba pertinente] la notificación de las partes de su reanudación, con el fin de no conculcar el derecho a la defensa (...)”.

Denunció la presunta violación de sus derechos constitucionales previstos en los artículos 24, 26, 27 y 49 cardinales 1 y 3, 75 y 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, solicitó medida cautelar destinada a suspender los efectos hasta tanto sea decidido el fondo del asunto, del fallo dictado el 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que acordó la entrega del bien inmueble habitado por su representada objeto de la resolución de contrato, “(...) toda vez que se causaría un gravamen irreparable la materialización del desalojo en detrimento de la estabilidad emocional de [su]representada y su grupo familiar (...)”.

Finalmente, conjuntamente con la demanda acompañó -en copia simple- los siguientes documentos: acta de asistencia técnica y copia simple de la decisión dictada el 30 de enero de 2015 por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

## **II LA SENTENCIA ACCIONADA**

El amparo constitucional que nos ocupa fue interpuesto contra la decisión dictada el 30 de enero de 2015 por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la hoy accionante contra la sentencia dictada el 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en los términos siguientes:

**“MOTIVACIÓN PARA DECIDIR.**

**PUNTO PREVIO:**

**DE LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL EN SEGUNDO GRADO DE CONOCIMIENTO**





Conforme la Resolución N° 2009-0006, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 18 de marzo de 2009, mediante la cual se modificó a nivel nacional la competencia de los Juzgados de Municipio, para conocer de los asuntos en materia Civil, Mercantil y Tránsito, estableciendo su competencia para conocer en primera instancia, de asuntos contenciosos que no excedan de tres mil unidades tributarias (3000 U.T.), de manera exclusiva y excluyente de todos los asuntos de la jurisdicción voluntaria y no contenciosa en materia civil, mercantil y de familia donde no intervengan niños, niñas y adolescentes; así como de la interpretación de dicha resolución, realizada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión dictada en fecha 10 de marzo de 2010, expediente N° AA20-C-2009-000673, con ponencia de la Magistrada Yris Armenia Peña Espinoza, en donde se expresó:

...omissis...

Dada la redistribución de competencias efectuada por la Sala Plena del Máximo Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela, la cual acata este jurisdicente, se puede determinar del escrito libelar, que la demanda de RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE SUB-ARRENDAMIENTO, incoada por el ciudadano TOMAS (sic) RICARDO AGUILAR GONZÁLEZ, en contra de los ciudadanos ANDRI ONASSIS LARA y BEATRIZ CARIPA de LARA, fue instaurada en fecha 22 de enero de 2010, y por cuanto conforme a la Resolución y fallo citado, la competencia en segundo grado de conocimiento otorgada a los Juzgados Superiores Civiles de los juicios provenientes de los Juzgados de Municipio de esta misma Circunscripción Judicial, actuando como Tribunales de Primera Instancia, quedó supeditada a los asuntos que se interpusieron posteriores a su vigencia; esto es, a partir del 2 de abril de 2009; fecha en la cual se publicó en Gaceta Oficial N° 39.152, tal como se dispuso en el artículo 5 de dicha Resolución, lo que delimitó su aplicabilidad; con fundamento en ello y en estricto apego a lo indicado, este Juzgado Superior asumió por auto de fecha 7 de junio de 2013, la COMPETENCIA, para conocer del presente asunto en segunda instancia, dado que en el caso bajo análisis la demanda fue interpuesta luego de la entrada en vigencia de la Resolución que otorgó a este órgano jurisdiccional tan especialísima competencia. Así se establece.-





Por auto del 7 de junio de 2013, se dio entrada a la presente causa por los tramites (sic) del procedimiento breve establecido por el artículo 893 del Código de Procedimiento Civil, fijándose para tal fin el décimo (10°) día de despacho siguiente para dictar sentencia. Dentro del lapso señalado, ninguna de las partes presentó escritos a manera de conclusión, siendo diferida la oportunidad para dictar sentencia, por treinta (30) días consecutivos, el día 15 de julio de 2013.

Ahora bien, conforme la Disposición Transitoria Primera de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, que entró en vigencia el 12 de noviembre de 2011, según publicación de la Gaceta Oficial No. 6.053 Extraordinario, los procedimientos judiciales que estuviesen en curso, continuarían hasta su culminación definitiva por las disposiciones establecidas en la referida Ley. En este sentido del artículo 123 primer aparte, se desprende que oída la apelación el tribunal de Alzada debe dar entrada al expediente y fijar la audiencia oral para el tercer día de despacho siguiente en el cual se dictará sentencia.

De lo anterior se desprende que al darle entrada al expediente, no se aplicó el dispositivo vigente de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, sino que se siguió por el procedimiento breve establecido en el Código de Procedimiento Civil.

Establecido lo anterior y de la revisión de la sustanciación del expediente en esta instancia superior, se desprende que aun cuando no se aplicó el procedimiento vigente, se le otorgó a las partes lapsos procesales para que sustentaran sus alegatos y argumentos en pleno desarrollo del derecho a la defensa y a un procedimiento previamente establecido y conocido por las partes. En base a lo señalado y conforme lo establecido por el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece que no se sacrificará la justicia por omisiones de formalidades no esenciales y en razón [de] que los lapsos aplicados en esta segunda instancia, fueron mayores a los establecidos por el procedimiento nuevo y ante la inactividad de las partes ante esta alzada, se hace necesario convalidar las actuaciones efectuadas en segunda instancia y proseguir en la resolución de la presente causa, sin más dilaciones que serían inútiles para la decisión del presente caso. En este sentido, se convalidan las actuaciones efectuadas en segunda instancia, ante la inactividad de las partes después del auto del 7 de junio de 2013 y se prosigue el procedimiento por los trámites de la nueva Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda. Así expresamente se decide.-





Se defiere al conocimiento de esta alzada el recurso de apelación ejercido en fecha 2 de noviembre de 2010, por la abogada CONNY GARCÍA, en su carácter de apoderada judicial de la parte demandada, en contra de la decisión dictada el 29 de julio de 2010, por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró: 1) Parcialmente con lugar la demanda de Resolución de Contrato, incoada por el ciudadano TOMAS (sic) RICARDO AGUILAR GONZÁLEZ, en contra de los ciudadanos ANDRI ONASSIS LARA y BEATRIZ CARIPA de LARA; 2) Resuelto el contrato de sub-arrendamiento de fecha 30 de abril de 1999, celebrado entre el ciudadano JUAN MANUEL RAMIREZ (sic) BRAVO y los ciudadanos ANDRI ONASSIS LARA y BEATRIZ CARIPA de LARA, sobre el inmueble distinguido con la letra y número cinco raya 'C' (5-C), piso 5, del edificio denominado Residencias Guillermo IV, situado entre las esquinas de Truco a Cardones, calle Oeste 7, Parroquia Altagracia, Jurisdicción del Municipio Libertador del Distrito Federal y como consecuencia de ello, ordenó a la demandada hacer entrega a la parte actora, ciudadano TOMAS (sic) RICARDO AGUILAR GONZÁLEZ, el referido inmueble libre de personas, bienes y en perfecto estado; 3) Condenó a la parte demandada, por vía subsidiaria al pago de los meses [de] julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2008, enero y febrero de 2009, a razón de doscientos setenta bolívares (Bs. 270,00), lo que alcanza a la cantidad de dos mil veinte bolívares (Bs. 2.020,00); y, 4) Desechó la petición de lucro cesante.

Fijados los términos del recurso, este tribunal para resolver considera previamente los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustentó la decisión recurrida, dictada el 29.07.2010; ello con la finalidad de determinar si fue emitida conforme a derecho, en tal sentido se traen parcialmente al presente fallo:

'...Aduce la parte actora en su libelo que en fecha 30 de abril de 1999, el ciudadano Juan Manuel Ramírez Bravo, celebró sub-arrendamiento con los ciudadanos Andri Onassi[s] Lara y Beatriz Caripa Lara, sobre el inmueble identificado como apartamento signado con la letra y número cinco raya C (5-C), ubicado en el piso 5, del edificio denominado Residencias Guillermo IV, situado entre las esquinas de Truco a Cardones, calle Oeste 7, Parroquia Altagracia del Municipio Libertador del Distrito Capital; que los antes mencionados sub-arrendatarios han dejado de pagar los meses de julio a diciembre de 2008 y enero a noviembre de 2009, a razón de Doscientos Setenta Bolívares (Bs. 270,00).





A tales efectos, la parte actora produjo como instrumentos fundamentales de la demanda, poder otorgado por la parte actora al abogado Miguel Ángel Fuenmayor Ríos, en fecha primero de junio de 2007, autenticado por ante la Notaría Pública Cuarta del Municipio Sucre del Estado Miranda, anotado bajo el N° 35, Tomo 54; copia fotostática de documento de propiedad mediante el cual la parte actora adquirió en venta el inmueble objeto de la pretensión, en fecha 29 de diciembre de 1988, por ante la Oficina Subalterna del Primer Circuito de Registro del Municipio Libertador del Distrito Capital, anotado bajo el N° 12, Tomo 28, Protocolo Primero, con su cédula catastral, certificado de solvencia, cursante a los folios 07 al 11. Dichos instrumentos se valoran conforme al artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.357 del Código Civil, por cuanto no recibieron cuestionamiento alguno.

Copia fotostática de contrato privado de sub-arrendamiento suscrito en fecha 30 de abril de 1999, entre el ciudadano JUAN MANUEL RAMIREZ (sic) BRAVO y los ciudadanos ANDRI ONASIS LARA y BEATRIZ CARIPA DE LARA, sobre el inmueble en cuestión. Dicho instrumento a pesar [de] que fue producido en copia simple, el mismo no fue cuestionado a pesar [de] que fue producido en copia simple, el mismo no fue cuestionado por la demandada. Por el contrario asumió la condición de arrendatario y por ende reconociendo tal carácter, lo que produce que el documento en cuestión se aprecie procesalmente.

En el acto de la litis contestatio, la representación judicial de la parte actora además de rechazar, negar y contradecir, tanto los hechos señalados como en (sic) el derecho, argumentó que hubo durante once (11) años variación en el canon de arrendamiento, desde el mes de abril de 2000 hasta febrero de 2009; que su representado para pagar el mes de marzo de 2009, emitieron (sic) cheque por un monto de Bs. 880,00, que el apoderado actor rechazó para no dejar constancia de la variación del canon; que sus representados deciden consignar desde el mes de marzo de 2009, hasta la presente fecha por ante el Juzgado Vigésimo Quinto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, expediente N° 20090513; que rechazo (sic) que sus representados adeuden los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de julio a noviembre de 2008 y enero a noviembre de 2009.





Con la contestación de la demanda, el accionado consignó un legajo de instrumentos cursantes a los folios 46 al 85, referidos a recibos presuntivos de pago de cánones de arrendamientos (sic) referidos al inmueble en cuestión. Sin embargo, no aparecen en ninguno de esos instrumentos, tanto de los alusivos recibos, como de las copias de los cheques que rielan a esos folios, explícitamente que se refieran a los meses invocados como insolutos en [el] libelo de demanda, además no está determinado en el cuerpo de esos instrumentos que se trate del inmueble objeto de la pretensión y aunado a ello se desechan los mismos, y así se decide.

Comunicación de fecha 28 de enero de 2009, emitida por la Federación Venezolana de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, al ciudadano Miguel Fuenmayor Ríos. De dicha comunicación no se infiere la existencia [de] algún hecho que produzca o incida en el controvertido proceso, sólo se refiere a la aquiescencia o no de una reunión en relación al inmueble en cuestión, cuyo resultado es incierto por no aparecer en las probanzas producidas cual (sic) fue su resultado, por lo que se desecha dicho instrumento.

Ahora bien, la parte demandante en su libelo invocó la insolvencia de los meses julio a diciembre de 2008 y enero a noviembre de 2009, a razón de Bs. 270,00. No obstante, del análisis de las consignaciones hechas en el expediente 20090513, ante el Juzgado Vigésimo Quinto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, cuyas actuaciones rielan a los folios 87 al 98, se observa que la parte demandada realizó los pagos de algunos de los meses demandados, como lo son: marzo lo hizo el 18 de marzo de 2009, abril lo hizo el 03 de abril de 2009, mayo lo hizo el 08 de mayo de 2009, junio lo hizo el 01 de junio de 2009, julio lo hizo el 03 de julio de 2009, agosto lo hizo el 04 de agosto de 2009, septiembre lo hizo el 16 de septiembre de 2009, octubre lo hizo el 07 de octubre de 2009 y noviembre lo hizo el 06 de noviembre de 2009.

Del contenido de las referidas consignaciones arrendaticias se observa que en efecto, el demandado demostró la solvencia sólo con respecto a los meses que van desde marzo a noviembre de 2009, como se evidencia fehacientemente de la certificación de consignaciones cursante al folio 18, empero no demostró la solvencia de los demás meses demandados, como lo con (sic) de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2008, y enero y febrero de 2009, los cuales no fueron demostrados en el curso del proceso, y aunado a ello no existe liberación de la obligación de pago de éstos (sic) últimos meses señalados, y siendo que fueron accionados dichos meses, la demanda en derecho deberá prosperar parcialmente y así se decide.





En cuanto a la indexación solicitada en los petitorios segundo y tercero, éste (sic) Tribunal niega las mismas por cuanto el accionante no estableció prudencialmente, desde que (sic) fecha debió calcularse la misma, hasta su momento de culminación y siendo indeterminado tal petitum, el Tribunal mal podría establecerla (sic) tal omisión, todo ello conforme al artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

En relación al lucro cesante, se desecha el mismo debido a que la misma parte demandada ha venido cancelando por ante el Tribunal de Consignación, los meses hasta el mes de abril de 2010, como consta en el referido expediente y acordarlos, sería condenar al pago doblemente una acreencia ya cumplida, salvo su tempestividad o no.

En cuanto a los honorarios de abogados, los mismos igualmente se niegan por cuanto no representan deudas de valor, ni cantidades líquidas y exigibles, y mal podrían demandarse apriorísticamente, en virtud de que los mismos van a depender de la suerte del fallo definitivo, para que pudiesen causarse...’.

Establecidos los límites del recurso, con vista a lo establecido por el juzgador de primer grado, corresponde determinar si la decisión recurrida, se encuentra ajustada a derecho. En tal sentido, en vista [de] que la parte recurrente, no consignó ante esta alzada, escrito de conclusiones, por medio del cual apuntalar el recurso de apelación sometido al conocimiento de este jurisdicente, se desciende al conocimiento de mérito del presente juicio, para lo cual se observa que la parte actora, en su escrito libelar, expresó lo siguiente:

’...Mi representado es propietario de un inmueble constituido por un apartamento signado con la letra y el número cinco raya C, (5-C), ubicado en el piso 5, del edificio denominado Residencias Guillermo IV, situado entre las esquinas de Truco a Cardones, calle Oeste 7, Parroquia Altagracia del Municipio Libertador del Distrito Capital...

...En fecha 30 de Abril de 1999, el ciudadano Juan Manuel Ramírez Bravo, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad No V-8.203.754, Sub-arrendó a los ciudadanos Andri Onassis Lara y Beatriz Caripa de Lara (...) el inmueble apartamento propiedad de mi poderdante, signado con la letra y el número cinco raya C, (5-C), ubicado en el piso 5, del edificio denominado residencias Guillermo IV, situado entre las esquinas de Truco a Cardones, calle Oeste 7, Parroquia Altagracia del Municipio Libertador del Distrito Capital, todo según consta de contrato de Sub-arrendamiento que anexamos a la presente marcado con la letra ‘F’, igualmente acompañó al presente escrito copia simple marcado (sic) con la letra G, del contrato de arrendamiento suscrito entre mi representado y el ciudadano Juan Manuel Ramírez Bravo, antes identificado, que tuvo por objeto el arrendamiento del inmueble antes aludido.



...Omissis...

En el antes mencionado Contrato de Sub-Arrendamiento, se estableció en la cláusula Segunda, que el canon de Arrendamiento, sería de Ciento Setenta mil bolívares con cero céntimos (Bs. 170.000,00) mensuales, actualmente sería la cantidad de Ciento Setenta (sic) bolívares fuertes (Bs.F 170,00), posteriormente el antes mencionado sub-arrendador, aumentaría el sub-arrendamiento, a la cantidad de Doscientos Setenta mil bolívares con cero céntimos, (Bs. 270.000,00), actualmente la cantidad de Doscientos setenta bolívares fuertes con cero céntimos, que los Sub-arrendatarios deberían cancelar al Sub-arrendador, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

...Omissis...

Ahora bien Ciudadano (sic) Juez, los antes mencionados Sub-Arrendatarios ciudadanos Andri Onassis Lara y Beatriz Caripa de Lara, antes identificados, han dejado de cancelar los cánones de Sub-Arrendamiento, correspondientes a los meses de julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre, Diciembre del año 2008, a razón de Doscientos Setenta bolívares fuertes mensuales, (Bs.F 270,00) para un total de Un mil seiscientos veinte bolívares fuertes con cero céntimos, (Bs.F 1.620,00) (...) igualmente han dejado de cancelar desde el mes de enero del año 2009, hasta el mes de noviembre del año 2009, a razón de doscientos setenta bolívares fuertes con cero céntimos (BsF 270,00), por un monto de Dos mil novecientos setenta bolívares fuertes, (Bs.F 2.970,00) (...) para un gran total de Cuatro mil quinientos noventa bolívares fuertes con cero céntimos (Bs.F 4.590,00), de los cánones de subarrendamientos no pagados, vencidos desde la fecha del mes de julio del año 2008, hasta la fecha del mes de noviembre del año 2009, ambos meses inclusive, cantidad esta a deber por parte de los Sub-arrendatarios.

...Omissis...

Es el caso ciudadano Juez, que hasta la presente fecha, han resultado infructuosas todas las gestiones extrajudiciales, realizadas a objeto de lograr un acuerdo en cuanto al cobro de los cánones vencidos y no cancelados por parte de los Sub-arrendatarios, afectando notablemente el patrimonio de mi mandante, al no percibir beneficio alguno por el sub-arriendo del inmueble, es por ello que procedemos a demandar como en efecto formalmente demandamos en este acto (...) a los ciudadanos Andri Onassis Lara y Beatriz Caripa de Lara (...) para que convengan o a ello sean condenados por este Tribunal en:





**PRIMERO:** En la Resolución del Contrato de Subarrendamiento, y a la entrega inmediata del inmueble apartamento propiedad de mi poderdante libre de personas y de bienes y en perfecto estado, tal cual lo establece el contrato de sub-arrendamiento, en su cláusula Cuarta.

**SEGUNDO:** En pagar por vía subsidiaria, la cantidad de Cuatro mil quinientos noventa bolívares fuertes con cero céntimos, correspondiente a los cánones de arrendamientos vencidos, desde el mes de julio del año 2008, hasta el mes de noviembre del año 2009, ambos meses inclusive, a título de daños y perjuicios. Por vía de lucro cesante, los cánones de arrendamiento que se sigan venciendo hasta la total terminación del proceso y la entrega definitiva y en perfecto estado del inmueble antes aludido; por vía de daño emergente, la indexación monetaria de dichos montos, generados todos, por el incumplimiento contractual de los sub-arrendatarios. Cantidades estas, que solicito sean acordadas y fijadas por medio de experticia complementaria del fallo.

**TERCERO:** El pago indexado de la suma de dinero, antes señalada (...) para que de conformidad con lo establecido en él (sic) artículo 321 del Código de Procedimiento Civil Venezolano vigente, se acuerde la practica (sic) de una experticia complementaria que determine la devaluación monetaria y condenatoriamente acuerde, el pago indexado de las mismas a mi mandante.

**CUARTO:** El pago de las costas, costos de este proceso y Honorarios profesionales, las cuales pido que sean prudencialmente estimadas por el Tribunal...'

• De la contestación:

'...Rechazo, niego y contradigo, tanto en los hechos señalados en la acción porque no son ciertos como los presenta la parte actora y menos aún el derecho que de ellos pretende derivarse.

En este sentido, en relación al Capitulo (sic) III del escrito libelar; ciertamente, el monto del canon de arrendamiento se fijo (sic) en Bs. 170.000 para la época de conformidad con la Cláusula Segunda del contrato. También, en la Cláusula Tercera se estableció un aumento en el canon de arrendamiento en cada prorroga (sic) que se realizara.



Sin embargo los montos de los sucesivos cánones de arrendamiento, en el transcurso de once (11) años de relación arrendaticia, fueron variando de forma irregular, pues la arrendataria no pagaba Bs. 170,00 sino 200,00 a partir del mes de Abril de 2000 hasta mayo de 2001, luego Bs. 172 en junio; en julio y agosto Bs. 200,00 y de septiembre a diciembre Bs. 250,00. Monto este que se mantuvo sin cambios hasta el mes de abril y mayo de 2004, que el canon fue de Bs. 252,00., para junio y julio lo fue de Bs. 220,00., para agosto de Bs. 270,00., para septiembre por Bs. 326 y 270 es decir un pago doble; en octubre y noviembre Bs. 270,00., Diciembre por 206,00, en conclusión un canon muy variable no previsto en el contrato.

En el año 2005, el canon se fijó en Bs. 270,00 desde Enero hasta Agosto de 2006; bajando el monto a Bs. 270,00., de septiembre a noviembre de 2006, y subiendo a Bs. 310,00 en pago doble para diciembre de este año. Para el año 2007, el mes de enero, el canon era de Bs. 310,00 y Bs. 270,00 respectivamente, otro pago doble; desde marzo a diciembre de este año, el canon se pagó por Bs. 270,00. Llegado el año 2008, el canon de arrendamiento se fijó en Bs. 800,00., monto que pagaron los arrendatarios por los meses de enero hasta abril, con el agravante [de] que el arrendador entregó recibos por montos inferiores (Bs. 270,00) al realmente recibido.

Esta situación trajo como consecuencia que los meses correspondientes desde Mayo a Diciembre de 2008, el pago se convirtiera en un conflicto, pues los arrendatarios pagaban Bs. 800,00., ahora sin que el arrendador les entregara los respectivos recibos, volviendo éste a suspender la entrega de los recibos como ocurrió en agosto de 2002, febrero y abril de 2003, febrero de 2006, los meses de febrero, marzo, abril, julio y agosto de 2007; de junio a diciembre de 2008 y enero y febrero de 2009, (sub-rayado nuestro), según se evidencia de legajo de recibos marcado 'B' contenido de treinta y nueve (39) páginas y de ciento un (101) recibos de pagos en los que el ciudadano juez constatará el pago doble de los canon de arrendamiento a que se hizo referencia en el párrafo anterior. De hecho para pagar el mes de marzo de 2009, los arrendatarios emitieron un cheque a nombre del apoderado actor, cheque (marcado 'C'), que rechazó, pues no quiso dejar constancia [de] que el canon de arrendamiento es de Bs. 800,00. De lo antes explicado, se evidencia que el arrendador cambiaba el monto a pagar por canon de arrendamiento, de acuerdo a sus intereses y la falta de entrega de los recibos correspondientes, además [de] que en algunos casos los duplicaba, estos hecho[s] constituían una práctica común.





Así las cosas los arrendatarios visto el conflicto con el arrendador, acuden a la Federación Venezolana de Asociaciones de Consumidores y Usuarios - FEVACU, a solicitar nuestra intervención en este caso; para lo cual le solicitamos una reunión por escrito con el fin de tratar el problema planteado por los arrendatarios, según consta de copia marcada 'D'. No llegando a acuerdo alguno con el apoderado actor, mis representados deciden consignar los cánones correspondientes, desde marzo de 2009 hasta la presente fecha por ante el Tribunal 25° de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, bajo el Exp. No. 20090513, del cual se consigna copia certificada marcada 'E' a los fines de probar al ciudadano Juez, que los arrendatarios están solventes con el pago de los cánones de arrendamiento respectivos.

Ciudadano Juez por los argumentos antes expuestos, es que rechazo, niego y contradigo en todas y cada una de sus partes, el alegato del apoderado actor, el cual expresa que los demandados presuntamente le adeudan los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de julio a diciembre de 2008, y de enero a noviembre del 2009; pues el número de pagos contenidos en los recibos antes detallados y de la copia certificada de las consignaciones de cánones de arrendamiento ante el tribunal correspondiente, coincide con el número de años de relación arrendaticia, contados a partir de Mayo de 1999 hasta Abril de 2010.

Ahora bien, como consecuencia del rechazo categórico de la presente acción, es oportuno rechazar todos y cada uno de los pedimentos solicitados en el Capítulo (sic) V del libelo de demanda en los siguientes términos:

**Primero:** Solicito al ciudadano Juez declara (sic) Sin Lugar la demanda por Resolución de Contrato, visto[s] los argumentos de hecho y de derecho enumerados anteriormente y al (sic) hecho de que los demandados se encuentran solventes con el pago de los cánones de arrendamiento aún (sic) para la fecha en que este Juzgado admitió la demanda en fecha 11/02/2010; y en consecuencia declare improcedente la entrega del inmueble. Por lo que de conformidad con la Cláusula Tercer del Contrato de Arrendamiento y del tipo de contrato (es decir a plazo fijo renovable por tiempo igual), la única forma para dar por concluido el contrato de marras es que la parte interesada avise a la otra por escrito su decisión de dar por terminado el contrato.





**Segundo:** Solicito al ciudadano Juez declare improcedente el petitorio referido a la declaratoria de pago de (sic) por vía subsidiaria de Bs. 4.590,00 pues los demandados no adeudan esa cantidad ni ninguna otra al arrendador por concepto de cánones de arrendamiento supuestamente insólitos; e igualmente improcedente por los mismos argumentos, pago alguno por concepto de Lucro Cesante e Indexación monetaria.

**Tercero:** Que visto que solicitamos al Juez declare Sin Lugar la demanda, el pago de las costas, costos del proceso y Honorarios Profesionales se estime a favor de la parte demandada...’.

### I DEL THEMA DECIDENDUM:

Conforme los planteamiento[s] de las partes, son hechos aceptados y, por tanto, exentos de pruebas, el vínculo locativo que une a las partes, dado el sub-arrendamiento del inmueble constituido por un apartamento distinguido con el número y letra cinco raya C (5-C), situado en el piso 5 del edificio denominado Residencias Guillermo IV, ubicado entre las esquinas de Truco a Cardones, calle Oeste 7, Parroquia Altagracia del Municipio Libertador del Distrito Capital, celebrado el 30 de abril de 1999, entre el ciudadano Juan Manuel Ramírez Bravo, en su carácter de arrendatario originario, y los ciudadanos ANDRI ONASSIS LARA y BEATRIZ CARIPA DE LARA, en su carácter de sub-arrendatarios. Asimismo, está aceptada la relación arrendaticia originaria existente entre el ciudadano TOMAS (sic) RICARDO AGUILAR GONZÁLEZ y el ciudadano JUAN MANUEL RAMÍREZ BRAVO, sobre el referido inmueble.

Siendo alegada por la parte actora, la insolvencia de los subarrendatarios en el pago de los cánones de arrendamientos (sic) correspondientes a los meses de julio de 2008, hasta el mes de noviembre de 2009, a razón de doscientos setenta bolívares (Bs. 270,00) mensuales; corresponde verificar si la parte demandada, se encuentra solvente en el pago de dichas mensualidades, para determinar la procedencia o no de la petición de resolución de contrato, incoada; determinar si la parte demandada, efectuó pagos dobles de los cánones de arrendamientos correspondientes a los meses de septiembre de 2004 y diciembre de 2005; asimismo, corresponde determinar si el canon de arrendamiento, a partir del año 2008, era la cantidad de doscientos setenta bolívares (270,00) mensuales, o la suma de ochocientos bolívares (Bs. 800,00) mensuales, para verificar si la parte demandada se encuentra o no solvente en el pago de las pensiones locativas.



• De las pruebas:

Conjuntamente con el libelo de demanda, la parte actora produjo las siguientes pruebas:

1) Copia fotostática de documento protocolizado por ante la Oficina Subalterna del Primer Circuito de Registro del Municipio Libertador del Distrito Federal, en fecha 29 de diciembre de 1998, bajo el N° 12, Tomo 28, Protocolo Primero. De dicha documental se evidencia que el inmueble objeto del contrato de arrendamiento, es propiedad del ciudadano TOMAS (sic) RICARDO AGUILAR GONZÁLEZ, por compra que le efectuó al ciudadano VICTOR (sic) RAMON (sic) SEQUEDA SOSA; documental que al no haber sido desconocida o impugnada por la parte contra quien fue opuesta, se tiene como fidedigna, de conformidad con el segundo aparte del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, por ser copia de documento público. Así se establece.

2) Copia fotostática de Cédula Catastral N° 10647, expedida por la Dirección de Documentación e Información Catastral de la Dirección de Gestión Urbana de la Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Capital. Con respecto a dicha documental, se evidencia que lo discutido en el presente juicio es la solvencia o no de la parte demandada en el pago de los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de julio de 2008, hasta noviembre de 2009, no la inscripción catastral del inmueble objeto de arrendamiento, razón por la cual es desechada del proceso por impertinente. Así se establece.

3) Copias fotostáticas de [los] Certificados de Solvencia Nos. 405647 y 418286, emanados de la Superintendencia Municipal de Administración Tributaria de la Alcaldía de Caracas. Con respecto a dichas documentales, se evidencia que lo discutido en el presente juicio es la solvencia o no de la parte demandada en el pago de los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de julio de 2008, hasta noviembre de 2009, no la solvencia del inmueble objeto del contrato de arrendamiento en los impuestos municipales, razón por la cual son desechadas del proceso por impertinentes. Así se establece.





4) Copia fotostática de contrato de arrendamiento celebrado en fecha 30 de abril de 1999, entre los ciudadanos JUAN MANUEL RAMÍREZ BRAVO, en su carácter de subarrendador, ANDRI ONASSIS LARA y BEATRIZ CARIPA de LARA, en su carácter de subarrendatarios. Copia fotostática de documento privado que, en principio, carece de valor probatorio; sin embargo, se evidencia que conjuntamente con las pruebas presentadas por la parte demandada, fue aportada copia certificada de dicha instrumental, por el Juzgado Vigésimo Quinto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; y, aunado a la postura asumida por la parte demandada en la contestación, se evidencia del mismo, las obligaciones, deberes y derechos que las partes asumieron al momento de celebrar la convención locativa que nos ocupa; razón por la cual, se valora tal documental, conforme lo establecido en los artículos 111 y 112 del Código de Procedimiento Civil; evidenciándose de ella la identidad del inmueble objeto de la convención; además, en la cláusula segunda se dispuso la oportunidad en que debía verificarse el pago de cada canon de arrendamiento, dentro de los cinco (05) primeros días de cada mes y que la falta de pago de una (1) mensualidad daría derecho al arrendador a considerar resuelto el contrato; en la cláusula tercera, se estableció que la relación de subarrendamiento tendría la duración de un (1) año, prorrogable por períodos iguales, si ninguna de las partes, manifestara su intención de darlo por terminado por escrito a la otra. Así se establece.

En la etapa probatoria, la parte actora, promovió las siguientes pruebas:

1) Hizo valer el mérito favorable de los autos. En relación con ello, debe reiterarse el criterio [de] que éste no es un medio de prueba sino la solicitud de aplicación del principio de comunidad de la prueba, o de adquisición, que rige en todo el sistema probatorio venezolano y que el Juez está en el deber de aplicar de oficio, sin necesidad de alegación de parte. Así se decide.

2) Hizo valer el mérito probatorio de las documentales producidas conjuntamente con el libelo de demanda. En torno a ello observa este jurisdicente que ya se emitió pronunciamiento en relación a la valoración y apreciación de las pruebas aportadas conjuntamente con la demanda, el cual se da por reproducido en este acápite, razón por la cual se considera inoficioso hacerlo nuevamente. Así se establece.





De las pruebas producidas por la parte demandada, conjuntamente con la contestación:

1) Del folio 45 al 83, marcados 'B', recibos de pago de cánones de arrendamientos. Con respecto a dichas documentales se aprecia que las mismas no guardan relación con los meses reclamados como insolutos, pues estas se refieren al pago de cánones de arrendamiento de periodos anteriores a los reclamados; a saber, julio de 2008, hasta noviembre de 2009; razón por las (sic) cuales (sic) se desechan del proceso por impertinentes. Así se establece.

2) A los folios 45, 53, 54, vuelto 74 y 84, cursan copias fotostáticas de cheques. Copias fotostáticas que son desechadas del proceso por ilegales, toda vez que las mismas responden a copias fotostáticas de tarjetas, las cuales carecen de valor probatorio. Aunado a ello, tenemos que las mismas fueron impugnadas por la parte contra quien fueron opuestas y la parte que quiso servirse de ellas, no las hizo valer por ninguno de los medios de pruebas permitidos. Así se establece.

3) Carta de fecha 28 de enero de 2009, emanada de la Federación Venezolana de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (FEVACU), dirigida al ciudadano MIGUEL FUENMAYOR RIOS (sic). Dicha documental es desechada por este jurisdicente, por impertinente, toda vez que aun cuando en la misma se menciona que se requiere reunión para tratar asunto relacionado a (sic) la relación arrendaticia que nos ocupa, se encuentra dirigida por personas ajenas al proceso y que actúan en el mismo, en su carácter de apoderados judiciales de las partes, que en cuyo caso, no arroja nada relevante al proceso, con respecto a la solvencia argüida por la demandada. Así se establece.

4) Copias certificadas emanadas del Juzgado Vigésimo Quinto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del expediente distinguido con el N° 20090513, contentivo de las consignaciones efectuadas por los ciudadanos Beatriz Encarnación Caripa de Lara y Andri Onassis Lara, a favor del ciudadano Juan Manuel Ramírez Bravo. De dichas copias fotostáticas, se evidencia que la parte demandada, efectuó (sic) consignaciones de cánones de arrendamiento, por la cantidad de doscientos setenta bolívares (Bs. 270,00) mensuales, en dicho órgano jurisdiccional, desde el 18 de marzo de 2009, hasta el 09 de abril de 2010. Documental que es apreciada y valorada por este jurisdicente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 111, 112, 429 del Código de Procedimiento Civil y 1357 del Código Civil, por ser copias fotostáticas y certificación expedida por órgano jurisdiccional, con facultades para dar fe pública. Así se establece.



En la etapa probatoria, la parte demandada promovió las siguientes pruebas:

1) Hizo valer el mérito favorable de los autos. En relación con ello, debe reiterarse el criterio [de] que éste no es un medio de prueba sino la solicitud de aplicación del principio de comunidad de la prueba, o de adquisición, que rige en todo el sistema probatorio venezolano y que el Juez está en el deber de aplicar de oficio, sin necesidad de alegación de parte. Así se decide.

2) Hizo valer el mérito probatorio de las pruebas aportadas conjuntamente con la contestación de la demanda. En torno a ello observa este jurisdicente que ya se emitió pronunciamiento en relación a la valoración y apreciación de las pruebas aportadas conjuntamente con la demanda, el cual se da por reproducido en este acápite, razón por la cual se considera inoficioso hacerlo nuevamente. Así se establece.

## **II DEL MÉRITO DE LA CAUSA:**

Efectuado el análisis, valoración y apreciación del acervo probatorio aportado por las partes, se evidencia que la parte demandada fundamenta su petición de resolución del contrato de sub-arrendamiento celebrado entre los ciudadanos Juan Manuel Ramírez Bravo, Andri Onassis Lara y Beatriz Caripa de Lara, en razón de la falta de pago de las pensiones locativas correspondiente al periodo que va de julio de 2008 a noviembre de 2009, ambos meses inclusive; en razón de ello, la demandada se excepcionó argumentando la variación mensual, unilateral y arbitraria del canon de arrendamiento por parte del arrendador, incluso a llegar a pagar dos veces el canon correspondiente a los meses de septiembre de 2004 y diciembre de 2005; así como al haber incrementado el canon a la cantidad de ochocientos bolívares (Bs. 800,00) mensuales, sin entregar recibos y en los meses que entregó tales recibos, lo hizo por la cantidad de doscientos setenta bolívares (Bs. 270,00), sin indicar el monto restante. Por otra parte, señaló la demandada, que la arrendadora cobraba los cánones de arrendamiento según conveniencia en cuanto al monto del mismo.





Del elenco probatorio aportado por las partes, quedó probada, en razón de las posturas asumidas por éstas, la relación locativa y la obligación de pago de los ciudadanos ANDRI ONASIS LARA y BEATRIZ ENCARNACIÓN CARIPA de LARA, de la cantidad de doscientos setenta bolívares (Bs. 270,00) mensuales, por concepto de canon de arrendamiento; siendo así las cosas, la parte demandada, al haber negado, rechazado, contradicho la demanda y exceptuarse aduciendo el pago de dichos cánones de arrendamiento, debió probar tal afirmación, lo que no logró; pues, no produjo la prueba del pago de los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de julio de 2008, hasta el mes de febrero de 2009; ya que con las copias certificadas del expediente N° 20090513, contentivo de las consignaciones arrendaticias que efectuó por ante el Juzgado Vigésimo Quinto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, logró demostrar su solvencia en el pago de los cánones de arrendamientos (sic) correspondientes al período de marzo de 2009, hasta abril de 2010, las cuales, de una simple aplicación aritmética, del contenido del artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, relacionado con lo dispuesto por las partes en el contrato cuya resolución se demanda, en su cláusula segunda, se evidencia que la consignación debió efectuarse [a] mas (sic) tardar el vigésimo día de cada mes; por lo que siendo tempestivas, la parte demandada quedó liberada del pago de dichos cánones de arrendamientos; sin embargo, no produjo la prueba idónea que llevase a este jurisdicente a la convicción del pago de las cuotas locativas correspondientes a los meses de julio de 2008, hasta febrero de 2009, a razón de doscientos setenta bolívares (Bs. 270,00), mensuales; lo que denota la inejecución de su obligación de probar su afirmación de hecho, faltando así a lo dispuesto en los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1354 del Código Civil. Así se establece.

Así las cosas, la parte demandada, no logro (sic) probar en autos que haya efectuado pagos de los cánones de arrendamiento, por encima de lo establecido en el contrato cuya resolución se reclama; y, que dichos pagos le hayan sido exigidos de manera caprichosa y arbitraria por parte de su arrendador; tampoco demostró que los cánones de arrendamiento haya[n] sido fijados en la cantidad de ochocientos bolívares (Bs. 800,00), como adujo; al contrario, conforme a lo expuesto en el libelo, como en la contestación, así como de las consignaciones que efectuó ante el Juzgado Vigésimo Quinto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, quedó evidenciado que el canon locativo mensual alcanzaba la suma de doscientos setenta bolívares (Bs. 270,00), los cuales debía pagar dentro de





los cinco (5) primeros días de cada mes, lo que determina la procedencia de la resolución del contrato accionado, por la falta de pago de los cánones de arrendamiento; debiendo condenarse a la parte demandada, [a] hacer entrega del inmueble constituido por un apartamento distinguido con la letra y número cinco raya 'C' (5-C), situado en el piso 5 del edificio denominado Residencias Guillermo IV, ubicado entre las esquinas de Truco a Cardones, calle Oeste 7, Parroquia Altagracia del Municipio Libertador del Distrito Capital, libre de bienes, personas y en las mismas condiciones en que lo recibió. Asimismo, a título de daños y perjuicios, deberá condenarse a la parte demandada al pago de los cánones de arrendamientos (sic) de los meses de julio de 2008, hasta febrero de 2009, a razón de doscientos setenta bolívares (Bs. 270,00) mensuales, lo cual alcanza la cantidad de dos mil ciento sesenta bolívares (Bs. 2.160,00); sin embargo, la juzgadora de primer grado condenó el pago de dichos cánones de arrendamiento, en la totalidad de dos mil veinte bolívares (Bs. 2.020,00), lo que en razón del principio de non reformatio in peius, no puede ser modificado por este jurisdicente, ya que su contraparte no se reveló (sic) en contra de ello, lo que determina su consentimiento con lo expuesto por ésta, lo que impide a este jurisdicente, agravar la condición de la parte recurrente. Así se establece.

En relación a dicho principio, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada el 16 de febrero de 2001, en el expediente N° 00-006, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Velez (sic), expuso:

...omissis...

En igual sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada el 07 de abril de 2003, en el expediente N° 02-0531, con ponencia del Magistrado Dr. Iván Rincón Urdaneta, expresó:

...omissis...

Siendo así las cosas, lo que la parte demandada deberá pagar a la actora, por concepto de daños y perjuicios, es la cantidad de dos mil veinte bolívares (Bs. 2.020,00), como fue condenado por la juzgadora de primer grado, dado que la parte actora no se reveló (sic) en contra del fallo de primer grado de conocimiento, lo que determina - como anteriormente se expresó- su consentimiento. Así se establece.



Igual razonamiento conlleva a que la indexación y el lucro cesante, sean improcedentes; toda vez que la parte actora no se reveló (sic) en contra de lo expuesto por la juzgadora de primer grado, en cuanto a su negativa, siendo que la única apelante del fallo fue la parte demandada; lo que determina que no se le pueda desmejorar su situación, cuando la parte actora consintió con ello; por lo que, debe declararse sin lugar la apelación interpuesta en fecha 2 de noviembre de 2010, por la abogada CONNY GARCÍA, en su carácter de apoderada judicial de la parte demandada, en contra de la decisión dictada el 29 de julio de 2010, por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, la cual quedará confirmada, con distinta motivación de manera expresa y precisa en el dispositivo del presente fallo. Así formalmente se decide.

## V. DISPOSITIVA.

En fuerza de las consideraciones precedentemente expuestas, este Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

**PRIMERO:** SIN LUGAR, la apelación interpuesta en fecha 2 de noviembre de 2010, por la abogada CONNY GARCÍA, en su carácter de apoderada judicial de la parte demandada, en contra de la decisión dictada el 29 de julio de 2010, por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**SEGUNDO:** PARCIALMENTE CON LUGAR, la demanda de Resolución de Contrato, incoada por el ciudadano TOMAS (sic) RICARDO AGUILAR GONZÁLEZ, venezolano, mayor de edad, de este domicilio y titular de la cédula de identidad N° V-9.972.264, en contra de los ciudadanos ANDRI ONASSIS LARA y BEATRIZ CARIPA de LARA, venezolanos, mayores de edad, de este domicilio y titulares de las cédulas de identidad Nos. V-10.976.400 y V-6.698.551, respectivamente; RESUELTO, el contrato de sub-arrendamiento, celebrado el 30 de abril de 1999, celebrado entre el ciudadano JUAN MANUEL RAMÍREZ BRAVO, venezolano, mayor de edad, de este domicilio y titular de la cédula de identidad N° V-8.203.754, y los ciudadanos ANDRI ONASSIS LARA y BEATRIZ CARIPA de LARA, anteriormente identificados. En consecuencia, se condena a la parte demandada a entregar a la parte actora, el inmueble constituido por un apartamento distinguido con el número y letra cinco raya 'C' (5-C), ubicado en el piso 5 del edificio denominado Residencias Guillermo IV, situado entre las esquinas de Truco a Cardones, calle Oeste 7, Parroquia Altagracia del Municipio Libertador del Distrito Capital, libre de personas, bienes y en las mismas condiciones que lo recibió; así como al pago de los cánones de arrendamiento insolutos, correspondientes al período comprendido desde julio de 2008, hasta febrero de 2009, a razón de doscientos setenta bolívares (Bs. 270,00) mensuales, los cuales alcanzan la cantidad de dos mil veinte bolívares (Bs. 2.020,00), por concepto de daños y perjuicios.





**TERCERO: IMPROCEDENTES**, las peticiones de lucro cesante e indexación, efectuadas por la parte actora.

**CUARTO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil, se condena en costas a la parte recurrente.

**QUINTO:** Queda CONFIRMADA, en los términos expuestos, la decisión apelada.

Librese oficio de participación al Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sobre las resultas del asunto, ello en atención a los lineamientos establecidos en el Instrumento para la Recolección de Información Estadística para los Tribunales con Competencia en Materia Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario, Marítimo y Aeronáutico del año 2014, en tal sentido, remítase en su oportunidad las presentes actuaciones a dicho Juzgado (...) (mayúsculas, resaltado y subrayado del texto original).

### III DEL INFORME DEL MINISTERIO PÚBLICO

El abogado Vladimir José Lezama Bárcenas, actuando en su carácter Fiscal Tercero (3°) del Ministerio Público para actuar ante la Sala Plena y las Salas de Casación y Constitucional de este Máximo Tribunal, en el acto de audiencia constitucional presentó informe escrito en el que emitió su opinión y al mismo tiempo solicitó que se declare con lugar la acción de amparo; en este sentido, señaló lo siguiente:

Que (...) la sentencia accionada fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia de una nueva normativa (Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda), la cual establece un procedimiento que prevé la celebración de una audiencia para ser oídas las partes en virtud del recurso de apelación propuesto, al igual que, la posibilidad de recurrir en casación, y siendo que, de acuerdo a la disposición contenida en el artículo 24 de la Carta Magna, las leyes adjetivas (de procedimiento), son aplicables desde el mismo momento de entrar en vigor, en consecuencia, se infiere que en el presente caso el Tribunal de Alzada debió tramitar el asunto sometido a su conocimiento (apelación) con arreglo a esa novísima Ley, y al no hacerlo vulneró tanto dicho precepto fundamental, como el artículo 49, numerales 1 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativo al debido proceso”.

Que (...) al resolver el asunto en los términos que lo hizo el Tribunal de Segunda Instancia, obviando que se verificó una sucesión de leyes en el tiempo, y que por tanto, existía un nuevo procedimiento con base al cual debió tramitarse el recurso de apelación ejercido, infringió los derechos constitucionales a la defensa y debido proceso de las partes, en razón de haber contrariado lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.





Que "(...) con relación al subsiguiente argumento esgrimido por el accionante, relativo a la violación del debido proceso en virtud de no haberse notificado a las partes de la reanudación de la causa principal a pesar [de] que, a su juicio, estuvo paralizada, se advierte que, en efecto, desde que se declaró con lugar el recurso de hecho, ordenándose oír la apelación, el día 16 de febrero de 2011, hasta el 7 de junio de 2013, cuando el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dio ingreso formal a las actuaciones en la causa principal, transcurrieron más de dos años, sin que se evidencien de las actas procesales que cursan ante la Sala, la realización, en ese intervalo, de actos bien sea desplegados por las partes o los órganos jurisdiccionales, según correspondieran realizar a éstos, lo que se traduce en un supuesto de paralización del proceso, que hacía nacer la obligación para el Juez de notificar a las partes y reconstituir la estado a derecho de las mismas".

Hizo referencia al criterio jurisprudencial de esta Sala, contenido en la sentencia N° 680 del 17 de abril de 2007 e indicó que conforme al mismo "se extrae que uno de los supuestos de paralización de la causa se verifica cuando existe la inactividad procesal de las partes, y el proceso queda en una suerte de indeterminación al transcurrir un periodo de tiempo sin que se materialice actuación alguna, deduciéndose, por tanto, que la causa se paralizó al haber transcurrido más de dos años sin actividad de parte ni del Órgano Jurisdiccional, motivo por el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, el Juez debió fijar un término para su reanudación y notificar a las partes de ello, garantizando así el debido proceso".

Que "[l]o anteriormente expuesto, pone de manifiesto que resulta procedente la presente solicitud de tutela fundamental en aras del restablecimiento de la situación jurídica infringida".

Finalmente, solicitó que "[e]n virtud de las razones precedentemente expuestas, es opinión de esta Representación del Ministerio Público, que la decisión dictada por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 30 de enero de 2015, violó los derechos constitucionales de la accionante, relativos a la defensa y debido proceso, consagrados en el artículo 49, numerales 1 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contraviniendo además lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta Magna, motivo por el cual considera que la presente acción de amparo constitucional debe ser declarada CON LUGAR, y así lo solicita respetuosamente a esa Honorable Sala del Tribunal Supremo de Justicia" (mayúsculas y resaltado del texto original).





#### IV CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

El 14 de septiembre de 2015, la ciudadana Beatriz Encarnación Caripa, asistida por el abogado William Alberto Ramos Aguilar, actuando en su carácter de Defensor Público Tercero ante el Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo, interpuso acción de amparo constitucional contra la sentencia dictada el 30 de enero de 2015 por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de la que fue notificada el 26 de marzo de 2015, que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la hoy accionante contra la sentencia dictada el 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró parcialmente con lugar la demanda por resolución de contrato de arrendamiento incoada por el ciudadano Tomás Ricardo Aguilar contra la hoy accionante, por la presunta violación de sus derechos constitucionales previstos en los artículos 24, 26, 27 y 49 cardinales 1 y 3, 75 y 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta Sala, de manera previa, observa de la revisión de las actas procesales que conforman el expediente, que la Defensa Pública de la parte accionante el 12 de abril de 2019 presentó escrito ante la Secretaria mediante el cual ratificó el interés procesal y solicitó se fijara la oportunidad para la celebración de la audiencia constitucional. Ahora bien, desde esa fecha hasta el 24 de enero de 2020, oportunidad en la que se dejó constancia en el expediente de haber notificado a la Defensa Pública del día y la hora en que se celebraría la audiencia constitucional, la parte accionante no realizó alguna actuación procesal válida con el fin de impulsar el proceso y obtener la tutela constitucional demandada.

En tal sentido, resulta menester para esta Sala reiterar su criterio conforme al cual el interés manifestado por la parte actora al solicitar ante el órgano jurisdiccional la tutela de los derechos constitucionales, debe ser mantenido a lo largo del proceso, por lo que la ausencia de impulso procesal durante un tiempo que supere los seis (6) meses, indica que no existe una necesidad imperiosa ni interés en obtener la tutela constitucional demandada, lo cual debe entenderse como abandono del trámite (véase sentencias números 982 del 6 de junio de 2001, caso: "José Vicente Arenas Cáceres" y 734 del 12 de julio de 2010, caso: "Rodolfo Igdel Lorenzo Quintero").





No obstante lo anterior, se observa que la denuncia fundamental en la acción de amparo está referida a la supuesta lesión de sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, consagrados en el artículo 49, cardinales 1 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contraviniendo además lo dispuesto en el artículo 24 eiusdem, -según alegó la accionante- el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al convalidar un procedimiento distinto al vigente para la fecha del trámite de la acción por resolución de contrato de arrendamiento, tratando de argumentar su accionar indicando que efectivamente correspondía aplicar en el juicio el procedimiento que se encontraba regulado en la ley vigente, pero que la no aplicación de la Ley de Regulación y Control de Arrendamientos de Vivienda se trataba de un formalismo no esencial, incurriendo con ello en una franca vulneración de principios constitucionales; de allí que se aprecia que los derechos denunciados como quebrantados en el presente caso guardan relación con el orden público constitucional, razón por la cual, en aras de la tutela judicial efectiva y con la finalidad de restablecer la situación jurídica denunciada como vulnerada, esta Sala pasa a pronunciarse sobre el fondo de la presente acción de amparo y para tal efecto observa que:

El artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece de manera expresa que las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso.

Sobre la materia, esta Sala en sentencia N° 1397, dictada el 10 de agosto de 2011, caso: "Asociación de Usuarios de Servicios Eléctricos de Venezuela (Asuselectric de Venezuela)", estableció el principio según el cual las leyes procesales se aplican desde el momento de entrar en vigencia, en los términos expresados a continuación:

"...omissis...

(...) esta Sala cónsono con lo establecido en el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, el cual encuentra su aplicación por remisión expresa del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual contempla el principio general de la vigencia inmediata de la ley procesal, advirtiendo conforme se ha expuesto que dicha norma debe ser interpretada y aplicada a la luz de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Vid. Sentencia de esta Sala n° 288 del 5 de marzo de 2004), cuando dispone '(...) Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso (...)', conlleva a ratificar conforme ya lo hizo esta Sala en el presente caso, que el procedimiento de la presente causa, debe continuar tramitándose conforme lo establece los artículos 156 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide".





Asimismo, esta Sala en sentencia N° 827 dictada el 19 de junio de 2015, caso: "María Priscila Castellano Niño", estableció lo siguiente:

"...omissis...

En este sentido, debe acotarse que el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

'Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea.'

La norma precedentemente transcrita prevé como uno de los importantes soportes de la seguridad jurídica inherente al Estado de Derecho, la garantía de irretroactividad de las disposiciones legales, las cuales, en principio y como regla general, no son aplicables a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, salvo las excepciones allí previstas, a saber: (i) las leyes de procedimiento se aplicarán aun a los procesos que se hallaren en curso cuando entren en vigencia, con la limitación relativa a los procesos penales, en los cuales se estimarán las pruebas evacuadas conforme a la ley vigente para la fecha en que fueron ofrecidas, en cuanto beneficien al reo o rea (in dubio pro reo); y (ii) cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea (favor libertatis). (Vid. Sentencias de esta Sala N° 2.461 del 28 de noviembre de 2001 y N° 413 del 14 de mayo de 2014).

De modo pues que, deberá distinguirse si la norma jurídica cuya aplicación se denuncia como retroactiva es de carácter sustantivo; o procesal, de naturaleza penal, con la finalidad de precisar si es subsumible en la excepción del artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya citado. La norma jurídica sustantiva aplicable a un supuesto de hecho o acto jurídico es aquella que se encuentre vigente para la fecha en que se materializó el mismo; al contrario de las normas de carácter adjetivo que serán aquellas que estén vigentes para la fecha en que se realiza el acto procesal.



Ello así, cabe destacar que esta Sala en reiteradas oportunidades se ha manifestado respecto a los elementos a considerar a la hora de establecer la aplicación retroactiva de una norma, y si tal aplicación es o no conforme con el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así tenemos que en la decisión N° 818 del 5 de mayo de 2004, se afirmó lo siguiente:

'(...) Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron'. (Subrayado de la Sala)

Del precepto antes transcrito se destaca el hecho de que el legislador, en consonancia con la doctrina moderna que trata el problema de la aplicación de la ley en el tiempo, distingue entre retroactividad y efecto inmediato de la ley. En este sentido, debe señalarse que Roubier en su momento indicó que la ley tiene efectos retroactivos 'cuando se aplique a hechos consumados (*facta praeterita*) o a situaciones en curso (*facta pendentia*) en la parte que es anterior al cambio de legislación, más no tendrá efecto retroactivo sino efecto inmediato, cuando se aplique a hechos futuros (*facta futura*) o a situaciones en curso (*facta pendentia*) en la parte que es posterior al cambio de legislación' (tesis desarrollada por Paul Roubier en su obra *Les conflits de lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)* y explicada por Joaquín Sánchez-Covisa, 'La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano', en *Obra Jurídica*, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, p. 234).

De lo anterior se deduce que la ley tendrá efectos retroactivos cuando se aplique a hechos consumados y hechos en curso anteriores a su entrada en vigencia, mientras que la ley tendrá efectos inmediatos cuando se aplique a hechos futuros y a situaciones jurídicas todavía en curso luego de su entrada en vigencia. En el presente caso, los hechos debatidos en juicio se consumaron en 1999, por lo tanto, al decidir con fundamento en una ley que entró en vigencia el 1° de enero de 2000, se aplicó de forma retroactiva la misma'.





En este orden de ideas, se tiene que la irretroactividad de la ley sustantiva constituye una garantía al principio de la seguridad jurídica, tal como fue analizado por esta Sala Constitucional en sentencia No. 3180 del 15 de diciembre de 2004, en la que se dejó establecido lo siguiente:

‘El principio de seguridad jurídica como tal no se encuentra establecido en la vigente Constitución.

Pero a pesar que el Texto Fundamental expresamente no lo define, el artículo 299 Constitucional, en lo relativo al sistema económico, señala: ‘(...) El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, ...’.

La seguridad jurídica aparece ligada al fortalecimiento de la economía del país, pero considera la Sala, que ella obedece a un criterio más amplio, que se derivaría del propio Texto Constitucional y que se convierte en un principio constitucional.

Seguridad Jurídica se refiere a la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica certeza de sus normas y consiguientemente la posibilidad de su aplicación. En ese sentido en Venezuela existe total seguridad jurídica desde el momento que la normativa vigente es la que se ha publicado, después de cumplir con los diversos pasos para su formación, en los órganos de publicidad oficiales, por lo que surge una ficción de conocimiento para todos los habitantes del país, y aún los del exterior, de cuál es el ordenamiento jurídico vigente, el cual no puede ser derogado sino por otra ley, que a su vez, tiene que cumplir con los requisitos de validez en su formación, y con los de publicidad.

Pero, a juicio de esta Sala, este no es sino un aspecto de la seguridad jurídica, ya que el principio lo que persigue es la existencia de confianza por parte de la población del país en el ordenamiento jurídico y en su aplicación, por lo que el principio abarca el que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes; y porque la interpretación de la ley se hace en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.





Estos otros dos contenidos generales de la seguridad jurídica (a los cuales como contenido particular se añade el de la cosa juzgada), se encuentran garantizados constitucionalmente así: el primero, por la irretroactividad de la ley sustantiva, lo que incluye aspectos de las leyes procesales que generan derechos a las partes dentro del proceso (artículo 24 constitucional); y el segundo, en la garantía de que la justicia se administrará en forma imparcial, idónea, transparente y responsable (artículo 26 constitucional), lo que conduce a que la interpretación jurídica que hagan los Tribunales, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, sea considerada idónea y responsable y no caprichosa, sujeta a los vaivenes de las diversas causas, lo que de ocurrir conduciría a un caos interpretativo, que afecta la transparencia y la imparcialidad'. (Criterio reiterado, entre otras, en la sentencia N° 1.300 del 26 de junio de 2007 y 490 del 12 de abril de 2011) (...)” (mayúsculas, resaltado y subrayado del texto original).

Conforme a los criterios jurisprudenciales parcialmente transcritos, se puede observar que las leyes procesales son de aplicación inmediata desde su entrada en vigencia, por constituir un mandato constitucional establecido en el artículo 24 de la Carta Magna, lo cual deben obligatoriamente observar los jueces; en tal sentido, deben vigilar que el proceso se desarrolle conforme a los trámites establecidos en la Ley Adjetiva vigente y, por ende, con adecuación al debido proceso, debiendo asegurar la participación de los sujetos procesales en cada etapa de la controversia, con la finalidad de preservar los derechos a la defensa, a la igualdad jurídica y a la tutela judicial efectiva.

De este modo, en el presente caso se aprecia que el 29 de julio de 2010 el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó decisión en la que declaró parcialmente con lugar la demanda de resolución de contrato incoada por el ciudadano Tomás Ricardo Aguilar González contra los ciudadanos Andri Onassis Lara y Beatriz Caripa de Lara; el 2 de noviembre de 2010 la parte demandada ejerció recurso de apelación; el 15 de noviembre de 2010 fue negado el referido medio recursivo, razón por la cual, el 30 de noviembre de 2010, los demandados recurrieron de hecho ante el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y, mediante decisión del 16 de febrero de 2011, declaró con lugar dicha pretensión y se ordenó oír la apelación interpuesta; posteriormente, el 12 de noviembre de 2011, entró en vigencia la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda publicado en la Gaceta Oficial N° 6.053 Extraordinario, estando pendiente para ese momento el pronunciamiento sobre el recurso de apelación.





En este contexto, el 7 de junio de 2013, el Tribunal Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al cual correspondió el conocimiento y resolución del recurso de apelación antes aludido, dio formal entrada a las actuaciones, fijando la oportunidad para dictar sentencia en el término de diez (10) días. No obstante, mediante auto dictado el 15 de julio de 2013, difirió la emisión del fallo, de conformidad con las previsiones del Código de Procedimiento Civil y, el 30 de enero de 2015, la alzada dictó sentencia en la que declaró sin lugar la apelación ejercida por la parte demandada y, en consecuencia, parcialmente con lugar la demanda de resolución de contrato incoada.

Así las cosas, se observa que en el transcurso del proceso, entró en vigencia la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda, la cual en su Disposición Transitoria Primera, establece lo siguiente:

“Primera. Los procedimientos administrativos o judiciales que estén en curso, continuarán hasta su culminación definitiva por las disposiciones establecidas en la presente Ley”.

Ahora bien, una vez indicado lo anterior se advierte que el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al dictar la sentencia hoy accionada, no aplicó la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda, inobservando el procedimiento establecido en la misma, alusivo al trámite de segunda instancia (artículo 123), evidenciándose de las actas procesales que resolvió el asunto conforme a lo establecido en el artículo 893 del Código de Procedimiento Civil, referente al procedimiento breve, previsto en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999 y que fue derogada en materia de arrendamiento inmobiliario de viviendas, con la entrada en vigencia de la Ley supra mencionada, al haber entrado en vigencia cuando la causa estaba en trámite.

Así, tenemos que el artículo 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, establece que:

“De la sentencia definitiva se oirá apelación en ambos efectos, independiente de su cuantía, debiendo ser propuesta dentro de los cinco días de despacho siguientes a la publicación del fallo. Oída la apelación, el Tribunal Superior dará entrada al expediente y fijará la audiencia oral para el tercer día de despacho siguiente, en el cual se dictará la sentencia definitiva. Contra la decisión del Tribunal Superior se podrá anunciar recurso de casación, dentro de los cinco días de despacho siguientes a la publicación del fallo y siempre que por la cuantía de la demanda esta sea recurrible”.





De la norma transcrita, se desprende que prevé la realización de una audiencia oral para oír a las partes con motivo del recurso de apelación e, igualmente, consagra el recurso de casación en el procedimiento, con la finalidad de impugnar un eventual fallo adverso. Tales facultades, se traducen en manifestaciones del debido proceso, particularmente en lo que corresponde a los derechos a la defensa y doble instancia, consagrados en los cardinales 1 y 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, al entrar en vigencia la nueva normativa, encontrándose en curso la causa principal, concretamente pendiente de ser resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada -hoy accionante en amparo-, debió tramitarse el litigio con arreglo al procedimiento establecido en la Ley que entró en vigor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 constitucional.

Ello además, por cuanto la disposición derogatoria prevista en la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda, expresamente derogó todas las normas contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 36.845, de fecha 7 de diciembre de 1999, relacionadas o vinculadas con el arrendamiento inmobiliario de viviendas.

De tal manera que el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al resolver el asunto en los términos que lo hizo, obviando que se verificó una sucesión de leyes en el tiempo y que, por tanto, existía un nuevo procedimiento conforme al cual debió tramitar el recurso de apelación ejercido, infringió los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso de las partes, previstos en el artículo 49 cardinales 1 y 3, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte esta Sala, en aras de una tutela judicial efectiva y con la finalidad de salvaguardar los derechos constitucionales de las partes involucradas en la presente causa, estima necesario anular la sentencia dictada el 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, para que se lleve a cabo el procedimiento previo a las demandas, establecido en los artículos 5 y siguientes de la Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, contenido en el Decreto N° 8.190 del 5 de mayo de 2011, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.668 del 6 de mayo de 2011 y el previsto en los artículos 94 y siguientes de la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.053, el 12 de noviembre de 2011,





tomando en cuenta, además el criterio jurisprudencial de esta Sala contenido en la sentencia N° 1171 dictada el 17 de agosto de 2015, caso: "Asociación Civil Movimiento de Inquilinos", mediante la cual estableció que: "(...) suspende las ejecuciones de desalojos forzosos en las causas inquilinarias hasta tanto se proceda a la reubicación del inquilino, y en el caso de viviendas propiedad de multiarrendadores que tengan más de veinte años dedicadas al arrendamiento, hasta tanto se cumpla lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta [Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda]. Se suspende también las ejecuciones de desalojos en todos aquellos procesos iniciados a solicitud del SUNAVI (...)".

Precisado lo anterior, esta Sala Constitucional como controladora del orden público constitucional declara con lugar la acción de amparo interpuesta, anula las sentencias de fechas 30 de enero de 2015 dictada por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y la dictada el 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la misma Circunscripción Judicial, en consecuencia, repone la causa al estado de que otro Juzgado de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, proceda a emitir pronunciamiento sobre la admisión de la demanda interpuesta, de conformidad con la ley adjetiva vigente, para lo cual se ordena la remisión del expediente.

Vista la declaratoria que antecede, se deja sin efecto la medida cautelar innominada acordada por esta Sala mediante sentencia N° 406 dictada el 18 de mayo de 2016.

## DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

**PRIMERO:** CON LUGAR la acción de amparo constitucional interpuesta por la ciudadana BEATRIZ ENCARNACIÓN CARIPA, asistida por el abogado William Alberto Ramos Aguilar, actuando en su carácter de Defensor Público Tercero ante el Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo, contra la sentencia dictada el 30 de enero de 2015 por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**SEGUNDO:** ANULA las sentencias de fechas 30 de enero de 2015 dictada por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y la dictada el 29 de julio de 2010 por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la misma Circunscripción Judicial.



**TERCERO:** ORDENA la remisión del expediente, para que otro Juzgado de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, proceda a emitir pronunciamiento sobre la admisión de la demanda interpuesta, de conformidad con la ley adjetiva vigente.

**CUARTO:** Se deja sin efecto la medida cautelar innominada acordada por esta Sala mediante sentencia N° 406 dictada el 18 de mayo de 2016.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente. Se ordena la notificación de las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 91 cardinal 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 19 días del mes de Febrero de dos mil veinte (2020). Años: 209° de la Independencia y 160° de la Federación.