



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Nro. 7



INDICE

| | |
|--|---------------|
| Prefacio | pg 3 |
| Argentina Resoluciones dictadas por la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en los autos “H, DD y otros” -parte 1 y 2- (causa N°53016500/2011, reg. interno N° 8243) y “N, DL y otros” (causa N° 267/2015, reg. interno N° 8061), del 14 de febrero de 2017. | pg 4 |
| HDD Parte1 | pg 6 |
| HDD Parte 2 | pg 56 |
| N, DL y otros | pg 114 |
| Resumen Caso Montoya, Pedro Eduardo y otros | pg 144 |
| Lectura del veredicto dictado en la causa FCR 52019312/2012/TO1 - Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: MONTOYA, PEDRO EDUARDO Y OTROS. | pg 147 |
| Brasil Reconhecimento que o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lein. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. (HC 118533, DJE nº 199, do dia 19/09/2016). | pg 306 |
| As condenações anteriores não caracterizam maus antecedentes, quando o paciente não for considerado reincidente, diante do transcurso temporal superior a 5 (cinco) anos. (HC 133.978, DJe-159 do dia 01/08/2016). | pg 404 |
| Chile Rol CS 52.933-2016 CS revoca fallo de ICA de Arica y acoge amparo expulsión de extranjero Norma asociada: CPR ART. 10 n°1; 21; Tema: Recursos; Migrantes, expulsión administrativa de extranjero. Descriptor: Recurso de amparo, discriminación, migrantes, derechos humanos, derecho a la libertad y a la seguridad individual. | pg 413 |
| Rol CS 92.795-2016 Corte Suprema revoca sentencia apelada y acoge recurso de amparo deducido por la defensa en favor de Lorenza Cayuhan (01.12.2016 rol 92.795-2016) Norma asociada: CPR ART. 21; PIDCP ART. 9; CA ART. 7. Tema: Recursos; Derecho penitenciario, Enfoque de género. Descriptor: Recurso de amparo, discriminación, derechos de la mujer, derechos humanos, derecho a la libertad y a la seguridad individual. | pg 419 |
| Venezuela Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia Sentencia 1013 de fecha 21/10/2016; Síntesis de sentencia reconocimiento Voluntario de Paternidad. | pg 440 |
| Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia Sentencia 034 de fecha 06/02/2017; Síntesis de sentencia Impugnación de Paternidad. | pg 470 |
| Consideraciones Finales | pg 486 |

PREFACIO

Para la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela, constituye un gran privilegio y un verdadero honor, presentar el 7mo Boletín de Jurisprudencia sobre derechos humanos, en la cual se comprenden los valiosos aportes jurisprudenciales consignados por las Defensas Públicas y Asociaciones de Defensas Públicas de la República de Argentina, República Federativa de Brasil, República de Chile y de la República Bolivariana de Venezuela.

El presente boletín contiene ocho fallos, 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 hace alusión al derecho de la dignidad humana de privados de libertad, que fueron sometidos a torturas, tormentos físicos, sufrimientos psíquicos e igualmente a un caso de Trata de Personas, por condición de pobreza como situación de especial, la cual es analizada en la decisión in comento.

La República Federativa de Brasil aporta importantes decisiones derivadas de la interposición del medio procesal de tutela constitucional, denominado habeas corpus, a fin de garantizar el derecho a la defensa de los justiciables, lo que permitió realizar la debida subsunción de los hechos al derecho, que conllevó a la rebaja de la pena. Asimismo, se aduce a la imposibilidad de antecedentes penales por el transcurso del tiempo como precedente, para la imposición de una nueva condena.

En las decisiones de la República de Chile, se logra constatar la protección a la dignidad humana, tanto por la condición de género, como en la de extranjeros en situación de migrantes.

Finalmente, la República Bolivariana de Venezuela, presenta dos sentencias referidas a garantizar el derecho humano de todo niño o niña, a conocer quiénes son sus progenitores, tanto en la modalidad de paternidad voluntaria, así como en la impugnación de la misma.

Vemos pues, la importancia de los contenidos de las referidas decisiones, las cuales están enmarcadas en un momento en que la creciente constitucionalización de los derechos, en especial referencia a los derechos humanos, requiere un trabajo con visión inclusiva, comunitaria y participativa, por lo tanto, cada uno de los Estados de la región debe propugnar valores como la libertad y la vida, así como su preeminencia ante cualquier situación, guiados por la ética y el pluralismo político; trabajando en pro de superar las asimetrías de poder, con el compromiso de forjar una sociedad que conciba a todos los seres humanos libres e iguales en dignidad y derechos.

Y es que la lucha por los derechos humanos, nos permite franquearles el paso a todas las demás luchas, por lo tanto, merece especial atención, ya que sin tregua, se está tratando de vencer a las sociedades piramidales, patriarcales, evidentemente injustas, en la que los grupos vulnerabilizados son sometidos a la resignación por aquellos que los creen inferiores, según el criterio liberal de protección de los derechos humanos. Debemos continuar un arduo camino que ha ido emergiendo y nos debe conducir a la evolución de nuestra propia humanización con la construcción de una sociedad más justa.

Resoluciones dictadas por la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en los autos “H, DD y otros” -[parte 1](#) y [2](#)- (causa N° 53016500/2011, reg. interno N° 8243) y “[N, DL y otros](#)” (causa N° 267/2015, reg. interno N° 8061), del 14 de febrero de 2017.

Una serie de personas denunciaron hechos violentos y degradantes cometidos en septiembre de 2011 y en enero de 2015 por personal del Complejo Penitenciario Federal I. Entre otras cuestiones, manifestaron haber sufrido puñetazos, golpes con varilla, y patadas en todo el cuerpo. En determinadas ocasiones, esto sucedía luego de que los obligaran a desnudarse. En ambos casos, los juzgados federales dispusieron la falta de mérito para procesar o sobreseer a los imputados. En consecuencia, el representante del Ministerio Público Fiscal impugnó las decisiones.

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata hizo lugar a los recursos y dispuso el procesamiento con prisión preventiva de los imputados. Sin perjuicio de eso, el juez Álvarez se pronunció en disidencia respecto de la imposición de la detención cautelar.

En primer lugar, el juez Álvarez ponderó la adopción de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Asimismo, invocó el art. 144 ter, quater y quinto del CP y destacó que “...resulta indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho y que por tortura se entiende no sólo los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente. [...] Nuestro Código Penal castiga además al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello y al funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión algunos de estos hechos y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente”.

Asimismo, agregó: “...el CP castiga al funcionario a cargo de la partición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permite establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario”.

De esta forma, el magistrado entendió que “...en los procedimientos penitenciarios de inspección de los cuerpos de los presos y las presas, se utiliza la desnudez como un castigo suplementario que viene a acompañar y/o preceder las agresiones físicas, acentuando la indefensión ante éstas y/o constituyéndose en un momento de

vulnerabilidad que es la antesala de castigos de diverso tipo” (consideración realizada en el caso “H, DD”).

En esa línea, el juez Schiffrin –a cuyo voto adhirió la jueza Calitri– refirió que “[l]a forma y métodos utilizados por el personal penitenciario y las lesiones a las que dieron ocasión esas técnicas recuerdan penosamente el proceder del último gobierno militar en la articulación de su plan ilícito”. A la luz de ello, el magistrado añadió que “[l]a permisividad de esas prácticas [...] constituye el mayor fracaso de un sistema democrático y elimina el respeto mínimo que todo Estado de Derecho exige. En definitiva, la aceptación de la tortura como mecanismo de represión a marginados [...] supone el reconocimiento de la incapacidad de aquel para afrontar la lucha contra la delincuencia desde una perspectiva étnica y científica, y la aceptación de un falso mecanismo de seguridad que degrada a la persona humana, en su dignidad y que finalmente perjudica más al propio individuo, por las consecuencias que su práctica supone...” (caso “H, DD”).

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FLP53016500-2011-C&I

La Plata, de febrero de 2017.

VISTO: Este expediente Nº FLP 53016500/2011 (Reg. Int Nº 8243), caratulado: "H., D. D. y otros s/ a determinar", procedente del Juzgado Federal Criminal y Correccional Nº 1, Secretaría Penal 3, de Lomas De Zamora.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llegan presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 443/457, por los Sres Fiscales Leonel G. Gómez Barbella y Claudio V Pandolfi, contra la resolución de fs. 433/442 que resolvió disponer la falta de mérito para procesar e sobreseer a los imputados D. D. H., G. M. V., O. F. P., M. J. S. S., S. G. A. C. P., S. G. G. E. A., E. D. S. y F. C. P., sin perjuicio de proseguir la presente investigación, en virtud de lo establecido por el artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación y remitir la presente causa a la sede de la Fiscalía Federal Nº 1 de Lomas de Zamora a fin de que continúe con la instrucción de la misma, ello de acuerdo a lo normado en el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación.

II. Esta causa tiene su origen en la denuncia por lesiones contra el personal del Complejo Penitenciario de Ezeiza, realizada por el interno A. M. M. R. ante el Tribunal Oral Criminal Nº 6 de la Capital Federal.

El Sr. Juez Alberto P. Santamarina, tomó conocimiento, a fs. 5, y delegó la investigación ante la Fiscalía Nº 1 a la luz de lo establecido en el art. 196, párrafo primero del Código Procesal Penal de la Nación.

A fs 13/15, declaró el Sr. A.M. M. R. ante el Fiscal, ratificando en lo sustancial su denuncia.

Concretamente refirió que si bien no recordaba la fecha exacta, en el mes de septiembre se

SECRETARÍA DE LEGISLACIÓN
CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
CALLE 5 DE ABRIL Nº 200
4123-110
TEL: (0351) 4701111
WWW.CAMARAFLP.GOV.AR



42403034 1587953 11820 1702 1413367005

encontraba alojado en Devoto y en dos oportunidades fue trasladado junto a otros internos al Complejo Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza. Que en esas dos oportunidades, por cuestiones que desconoce, pero que eran relativas a la falta de camas no los recibieron y tuvieron que volver a Devoto.

Que una de las veces, los internos comenzaron a golpear las puertas pidiendo que baje un jefe a dar explicaciones del motivo por el cual no los recibían, dejando constancia que en esa oportunidad no pasó nada y que nadie les pegó.

Sin embargo, refirió que en la tercera oportunidad que fue trasladado a Ezeiza también junto a otros internos y que al llegar al penal fueron revisados por un médico que constató que estaban aptos para ingresar. Que cuando estaban haciendo los papeles de ingreso todos juntos en una celda de Módulo de Ingreso, fueron trasladados por un pasillo a otro cuarto dentro del Módulo de Ingreso donde fueron golpeados por personal penitenciario.

Sobre este punto, refirió que él fue uno de los últimos en ingresar, que a los internos que pasaron antes les pegaron bastante, y que a él lo hicieron poner con la cabeza gacha, que un agente se puso delante y otro detrás y que este último le pegó algunos cachetazos en la nuca. Que por la posición en la que se encontraba no pudo ver quien fue el agresor. Refirió además, que posteriormente lo tiraron al piso, le pegaron con una varilla dejándole marcas en la espalda.

Finalmente manifestó que esa misma madrugada fue separado y puesto para salir dado que tenía un comparendo, por lo que a la mañana siguiente lo trasladaron a Tribunales donde se entrevistó con su defensor de ese momento, a quien le comentó lo sucedido quien de forma inmediata confeccionó el escrito y lo presentó ante el Tribunal. Ese mismo día fue trasladado al cuerpo médico forense donde

El presente documento es una copia digitalizada de un expediente judicial. Toda información contenida en el mismo es de carácter confidencial y no debe ser divulgada ni utilizada para fines distintos a los que le dieron origen. El uso no autorizado de este documento puede acarrear sanciones legales. Se reserva todos los derechos reservados. No se permite la explotación económica ni la transformación de esta obra. Queda permitida la impresión en su totalidad. Buenos Aires, 20 de mayo de 2014. 1244080344 4387963 11#20 17 02 14 33847005



1244080344 4387963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EIP53016500-2011-CAI

constataron las lesiones y por orden del Tribunal no regresó a Ezeiza.

Respecto al hecho denunciado refirió que los agentes eran aproximadamente 10 o 12 y que por el poco tiempo que estuvo en Ezeiza y por la forma en que le propinaron los golpes no está en condiciones de reconocer a los autores ni decir puntualmente si fue uno o varias las personas que lo golpearon.

III. Con los elementos brindados en la declaración antes referida, el Sr. Fiscal libró oficio al Director del Complejo Penitenciario Federal Nº 1, a fin de que informe la nómina de los internos que ingresaron junto al interno A. M. M. R. el 8 de septiembre de 2011, como así también para que informe el médico que atendió al interno en la fecha mencionada, solicitando además que se remita copia del certificado expedido en el cual conste el estado de salud del interno M. R. al momento de ingresar al complejo.

Por otra parte, solicitó que se remita la nómina de la totalidad de los agentes que cumplieron funciones en el Módulo de Ingreso en la fecha mencionada (ambos turnos), como así también para que informe qué agentes se encontraron a cargo de recibir al interno mencionado el 8/9/11, e informar el nombre del responsable de la sección en donde estuvo alojado.

Los informes solicitados fueron respondidos a fs. 17/25. En tal sentido se informa a fs. 18 que los internos que ingresaron a la U.R.I. en fecha 08/09/2011 junto al Interno A. M. M. R. fueron: M. E. R., M. M. F. M. M. A. E., M. S. L. D. R. R. D. G. V., M. A. L., C. A. P. y A. M. M. R.

Asimismo se informó que el personal que prestó servicios en fecha 7/09/2011 de 20:00 a 8:00 del día 8/09/2011 fue:

- Jefe de turno: Adjutor D. H.
- Inspector de Servicio: Ayte. Ppal. G. V.
- Auxiliar Ayte Ppal O. P.

SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EIP53016500-2011-CAI



42403034 687963 11820 1702 1413367005

- Escribiente Ayte 5ta J. G. S.
- Enc. Puesto Control Ayte 3ra C. P.
- Encargado Corredor: Ayte, 2da S. G.
- Celador Pabellón A: Ayte. 2da J. R. B.
- Celador B-C: Ayte. 4ta L. L.
- Celador D-E Ayte 4ta L. A.
- Celador F-G: Ayte 3era S. A.
- Celador H-I: Ayte 4ta J. P.
- Celador J: Ayte 2da C. B.
- Celador K: Ayte 4ta J. N.

Personal que prestó servicios en la USI en fecha
8 09 2011 de 8:00 a 20:00 hs

- Jefe de Turno: Adjutor D. C.
- Inspector de Servicio Ayte 1ra R. B.
- Auxiliar Ayte 1ra C. F.
- Escribiente: Ayte 2da R.F. D. S.
- Encargado Puesto Control: Ayte 1ra O. T.
- Celador Pabellón A: Ayte 4ta C.B.
- Celador B-C: Ate 5ta N. B. C.
- Celador D-E: Ayte 4ta D. M.
- Celador F-G: Ayte 3ra W. L.
- Celador H-I: Ayte 4ta P. R.
- Celador J: Ayte 2da M. C.
- Celador K: Ayte 2da L. R.

IV Se encuentra agregada, a fs. 19/20, una copia del libro de novedades de guardia médica que da cuenta que A. R. M. presentó a las 01:50 hs. hematomas en Antebrazo, brazo y pectoral izquierdo en evolución.

Allí también se refiere que el interno A. P. M. presentó a las 2:50 hs. Lesiones eritematosas en dorso de torax.

En similar sentido consta en esta parte, los ingresos de C. A. L. y los comparendos con lesiones de

El presente documento es una copia digitalizada de un documento original. El contenido no debe ser utilizado para fines legales o judiciales. Se reserva todos los derechos reservados. No se permite la explotación económica ni la transformación de esta obra. Queda permitida la impresión en su totalidad.



1244080344 4387963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP53016500-2011-CAI

A. R. M. (en miembro superior izq y pectoral izquierdo en evolución), C. A. P. (Lesiones eritematosas en dorso de torax) y W.C. (lesiones costrosas múltiples en ambos miembros superiores).

A fs. 21, el Dr. Daniel E. Dañelluk informó que en la historia clínica del causante consta que al interno le fue realizado el examen de ingreso de rigor el día 7/09/11, por el Dr. Mariano Castro, quien consignó: "07/09/11, 2:30 hs. Interno -sin lesiones agudas, algunas en evolución (hematoma brazo izquierdo, excoriación antebrazo izquierdo y excoriación en dorso, - apto para ingreso a CPF".

Por otra parte, del libro de novedades de guardia del día 08/09/11 consta que los internos fueron atendidos por el Dr. Mario Sandoval (ver fs 21).

V. El Sr. Fiscal libró oficio, a fs 26 vta., al Tribunal Oral en lo Criminal Nº 14 de la Capital Federal a fin que se sirva ordenar el traslado del interno R. B. G. # a fin de prestar declaración testimonial.

Asimismo, libró exhorto al Sr. Fiscal Federal de Santa Rosa a fin que reciba declaración al interno H.P. D. Esta declaración se encuentre agregada a fs. 36 y el testigo no aportó datos sobre el hecho investigado.

Continuando con la instrucción, a fs 46 vta., el Sr. Fiscal libró oficio al Tribunal Oral Criminal Nº 24 requiriendo se sirva ordenar el traslado del interno C.A.P. a fin de prestar declaración testimonial.

A fs. 49, consta una copia de un acta enviada vía fax en la que el interno antes referido se niega a concurrir "por decisión personal".

Sin embargo, luego de designarse nueva audiencia, el testigo declaró (ver fs. 51) y manifestó que si bien no recuerda al interno M. R. sí recuerda que en septiembre de 2011 al ingresar al Complejo I de

El presente acta fue
 elaborada en el día 08/09/2011 por el Sr. Jefe de Sala II
 Dr. Daniel E. Dañelluk, en presencia del Sr. Secretario
 Dr. Daniel E. Dañelluk, en presencia del Sr. Secretario
 Dr. Daniel E. Dañelluk, en presencia del Sr. Secretario
 Dr. Daniel E. Dañelluk, en presencia del Sr. Secretario



2244090344 4537963 11#20 1702 141 33847005

Ezeiza procedente de la Unidad de Devoto junto a otros ocho internos, recibieron una fuerte golpiza por parte del personal de Requisa, y que por dicho motivo el dicente también realizó una denuncia.

Agregó que en el ingreso al Módulo de Ingreso después de ser revisados por el médico, en presencia de dos médicos y del Jefe de Turno, aproximadamente 15 agentes de requisa golpearon en forma violenta a todos los internos que ingresaban. Que se manifestaban con saña, pegando de diferentes formas, con varillas, patadas y golpes de puño.

Preguntado para que refiera en qué horario ingresaron al Complejo I, refirió que serían aproximadamente las 11 de la noche y que recién les asignaron un alojamiento a la 1 de la madrugada. Preguntado para que refiera si podría reconocer a estos agentes, refirió que no los recuerda bien, especialmente por el tiempo transcurrido.

VI referir punto, que paralelamente a estas investigaciones, se inició la causa Nº 16.504 caratulada "P. M. M. M. s/ Doña. Pta. Inf. Art. 144 bis C.P." la cual a fs. 53/110 fue acumulada materialmente a la presente.

A fs. 55/56, se encuentra agregado un informe del Cuerpo Médico Forense efectuado el día 14 de septiembre de 2011, en el que se describen seis excoriaciones lineales de 25 cm de longitud por 0,5 cm de ancho en sentido oblicuo cuyo extremo superior se encuentra desde el omóplato izquierdo hasta la región lumbar del lado derecho y que ocupa la parte media de la espalda. Este informe concluye que: "Las lesiones que presenta M. M. P. M. lo ha inutilizado para el trabajo por un lapso menor al mes, a partir de la fecha de comisión del hecho de no mediar complicaciones" y que "en lo que atañe al mecanismo de producción las mismas reconocen el choque, o golpe o roce con o contra objetos o superficies duras o romas".

SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHO
 AV. CORRIENTES 450, PISO 10, BUENOS AIRES, C.A.B.A.
 TELÉFONO: (011) 4311-1000 FAX: (011) 4311-1001
 E-MAIL: secretaria.defensa@defensa.gov.ar



1244090344 4387963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EJEP53016500-2011-CAI

El informe concluye que las lesiones que presenta M. M. P. M. lo han inutilizado para el trabajo por un lapso menor al mes, a partir de la fecha de comisión del hecho y que en lo que atañe al mecanismo de producción, estas reconocen el choque o golpe o roce con o contra objetos o superficies duras o romas.

En otro orden de cosas, se encuentra agregada a fs. 35 una presentación efectuada por la Procuración Penitenciaria solicitando tomar vista las actuaciones.

De estas actuaciones acumuladas, cabe destacar que el interno M. M. P. M. denunció que "cuando llegó al Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, aproximadamente a principios del mes de septiembre, se encontró con el personal de requisa, que cumplió funciones en el Chaco, cuando él se encontraba allí detenido. Que, al momento de ingresar a la denominada "leonesa" aproximadamente 6 o 7 agentes penitenciarios comenzaron a golpearlo tanto con palos, lo tiraron al piso y le pegaron tanto patadas y piñas que, le golpearon en la espalda, las piernas, pero no en el rostro porque lo logró cubrir..." (ver fs. 71/71).

También en estas actuaciones, se encuentra agregada la declaración testimonial de M. A. S. (fs. 87/88) quien manifestó: "Que al momento de llegar, fueron alojados con todos los internos en el sector denominado leonesa. Allí fueron llamando de a uno por vez, y los requisaron en un sector de manera individual y los revisó un médico. Que, luego de ello el personal de requisa dispuso el traslado de todos hacia la oficina de la Junta, donde se encontraba el Jefe de Módulo de Ingreso, y el de la División Control y Requisa que, a ese sector accedían de a tres internos a la vez. El declarante ingresó con el interno P. M., y otro de los cuales no recuerda el

El presente es un documento de carácter confidencial y su contenido no debe ser divulgado ni utilizado para fines distintos a los que le dieron origen. Toda reproducción o uso no autorizado está expresamente prohibido. Se reserva el derecho de modificar sin previo aviso el contenido de este documento.



1244090344 4537363 11#20 1702 1413347005

nombre. mientras que el resto de los internos ingresantes esperaban a unos metros de distancia. Que, mientras los Jefes realizaban los trámites para ingresarlos al pabellón, el personal de Requisa los agredió con piñas, palos, y patadas en todo el cuerpo. Que al declarante le dejaron numerables lesiones, y días más tarde fue trasladado al Cuerpo Médico Forense donde certificaron sus lesiones. Que los golpes constaban de palazos en la espalda y piñas en la cara, tal como lo agredieron al P. M."

Por otra parte, a fs. 133, se encuentra agregada la declaración vía exhorto de M. S. F. a tenor del siguiente pliego de preguntas:

1) Para que se le haga saber que recibirá declaración testimonial bajo los términos del art. 239 del C.P.P.M

2) Para que preste sus datos personales.

3) Para que se ponga en su conocimiento de las penalidades con que la ley castiga a los que se pronuncian con falsedad, para lo cual se le deberá dar lectura en alta voz de los artículos 275 y 276 del C.P. y preste juramento de decir verdad en todo cuanto supiere y le fuera preguntado

4) Se le recuerden los derechos que le acuerdan los artículos 70 y 80 del C.P.P.M.

5) Para que manifieste si le comprenden las generales de la ley, para lo cual se le hará saber que en autos no se encuentran imputados identificados.

6) Para que diga si el día 7 de septiembre del año 2011, fue trasladado al Complejo Penitenciario Federal N°1 de Ezeiza, proveniente del Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En su caso, si en dicha oportunidad fue trasladado con otros internos.

7) Para que manifieste si presenció los hechos denunciados por los internos A. M. M. R. y M. M. P.M. en las denuncias cuyas copias se acompañan,

SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
ESTADO DE BUENOS AIRES
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
ESTADO DE BUENOS AIRES
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
ESTADO DE BUENOS AIRES
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
ESTADO DE BUENOS AIRES



1244080304 4587963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP53016500-2011-CAI

los que habrían ocurrido en día 7 de septiembre de 2011 en el Módulo de Ingreso del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza, al momento de su ingreso a dicho establecimiento carcelario. En caso afirmativo efectúa el testigo un relato detallado de lo ocurrido.

8) Para que manifieste el testigo que conoce el nombre del personal penitenciario que intervino en esos hechos, y si en caso de volver a verlos podría reconocerlos.

9) Para que manifieste el testigo si en dicha oportunidad también fue agredido por el personal penitenciario, y en su caso si por este hecho efectuó denuncia, informando el juzgado y/o organismo donde habría efectuado la misma.

10) Para que manifieste toda otra circunstancia que estime pueda ser de interés para la pesquisa.

Esta declaración se encuentra agregada a fs. 133.

A la pregunta 6 respondió que sí. A la pregunta 7 respondió: "ingresamos alrededor de diez internos provenientes de la cárcel de Devoto, que los ingresos se produjeron de a uno, que yo fui el primero de los internos que ingresé, a mi me subieron a pabellones y yo no los vi más a estos internos". A la pregunta 8 respondió que no. A la pregunta 9 respondió que no. A la pregunta 10 respondió que no. Preguntado para que diga si desea agregar algo más contestó que no.

A tenor del mismo pliego de preguntas declaró, a fs. 145, M. A. L. A la pregunta 6 indicó que salieron alrededor de 10 personas de Devoto. A la pregunta 7 indicó que salieron de Devoto, ingresaron al complejo, y después de ahí los separaron y no lo vio más a ese interno. A la pregunta 8 indicó que no sabe el nombre de las personas que intervinieron y en caso de volver a verlos no los podría reconocer. A la

El presente es un documento digitalizado por el Poder Judicial de la Nación. Para más información, consulte el sitio web: www.poderjudicial.gov.ar



1244090304 4537363 11#20 1702 1413347005

pregunta 8, indicó que no fue golpeado. A la pregunta Nº 10 indicó que no tiene nada más que agregar.

turno le recibió declaración testimonial a M. E. R. (fs.155/157), quien manifestó que: "... en septiembre de 2011, no recuerda exactamente la fecha estaba alojado en la Unidad II de Devoto del Complejo Penitenciario Federal, cuando le informan que le iban a trasladar a Ezeiza junto a otros 14 internos aproximadamente que se encontraban alojados junto él en Devoto. Asimismo recordé que ingresaron "aproximadamente a las 28 horas a Ezeiza, cuando ingresan los llevan a la leonera, donde están aproximadamente por una hora, luego son revisados por el médico, quien los revisa físicamente y hace las constancias si están aptos para el ingreso y si tienen o no lesiones, y también los requisan. Luego de la revisión médica, todos los internos fueron puestos con las manos atrás mirando a la pared en el Sector de Ingresos, donde de a uno o de a dos van pasando los internos a una oficina, donde se encontraban presentes el Jefe de Turno a quien el dicente reconoció porque tenía tres estrellas, había otro agente de mayor categoría porque tenía una estrella que era más grande, sería subjefe o Jefe de Ingreso, estaba el Jefe de Requisa y diez o quince agentes de requisa. Agrega que lo llaman para que ingrese a dicha oficina, donde detrás del escritorio estaba la persona a la que identifica con una estrella grande, el dicente estaba parado, con las manos atrás rodeado por los agentes de requisa, le dicen que tiene que tener la cabeza gacha apoyada en el escritorio no tiene que mirarlos y las piernas abiertas. Agrega que el Jefe de Turno en ese momento le dijo: "bueno negro esto no es Devoto, esto es Ezeiza, te vamos a dar la bienvenida y si querés hacer la denuncia hacela total es una más" luego le dicen al dicente que se comience a sacar la ropa y también él comienzan a preguntarle sus datos personales y comienzan a golpearlo. Agrega al dicente

10

10



1244080344 4587963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EJEP53016500-2011-CAI

que se le tiran encima aproximadamente diez agentes, comienzan a golpearlo en todo el cuerpo, con patadas, trompadas, utilizando también cachiporras, mientras le pegaban también lo insultaban constantemente le decían "hace la denuncia que no pasa nada... Manifiesta también que en todo momento se les reían en la cara, los insultaban a los internos y a sus familias, madres esposas buscando que los internos reaccionen mal. Agrega el dicente que tiene 43 años, estuvo detenido varias veces y si bien conoce la práctica de "la bienvenida", en esa oportunidad se les fue la mano pegaban con ensañamiento y de gusto, y realmente vio a sus compañeros muy lastimados..".

VII. Se encuentra agregada por conexidad la causa N° 16.437 caratulada Stefanovich, Marcelo Alejandro Cristo s/ H.C. (fs. 158/249).

En actuaciones el interno realizó una presentación, a fs. 177, en la cual denunció que "Luego de ser revisado por los médicos al momento de ingresar al Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, encontrándose lesiones en su cuerpo, y al retirarse los médicos se apagó la cámara. Que luego fue conducido por un pasillo donde ingresa la visita a la derecha, donde se encontraba el personal de requisita junto los jefes módulo realizando las entrevistas para el ingreso al pabellón. Que fue revisado indicándosele que se sacara toda la ropa, que se tirara al piso y que no los mirara a la cara. Que en un determinado momento mientras se sacaba las medias, se le cayó la denuncia que había interpuesto el 2 de septiembre ante la Defensoría que interviene ante Tribunales Orales de Capital Federal, y los miró a la cara, y ahí comenzó la golpiza junto a los internos U. B. E. D. M., C. C., P. M. y L. C. Que desconoce los nombres, pero está en condiciones de identificarlos si los vuelve a ver. Que recibió golpes en todo el cuerpo, y le dijeron que se cambiara de ropa, en ese momento recibió golpes con los bastones o

10/04/2011 10:00:00
 10/04/2011 10:00:00
 10/04/2011 10:00:00
 10/04/2011 10:00:00



1244080344 4537363 11#20 1702 14 33847005

palos que utiliza el personal de requisita, y un personal de requisita le refirió que si iba a volver a hacer la denuncia le iba a ir muy mal, que tomara sus pertenencias, ingresando al pabellón F entre las 02:30 horas y a las 03:00 horas. Que en el día de ayer llegó el habeas corpus a la noche, y fue llamado por el Jefe de Módulo a las 21:05 horas pidiéndole que retirara la denuncia que esa no era la forma de manejarse y que le iba a ir muy mal. El Jefe de turno le dijo que si no retiraba la denuncia le iban a poner un resguardo físico y le iba a ir peor, que su vida valía una caja de pastillas. Que desconoce el nombre del Jefe de Turno pero puede reconocerlo si lo vuelve a ver. Que a las once de la noche de esa misma fecha lo volvió a llamar el mismo Jefe de Turno, en momentos en que todo el pabellón estaba "engomado" y le reiteró que retirara la denuncia, le habló de su vida privada, que ya había tenido una denuncia y le había ido mal, y que por favor no se manejara de esa manera. Agregó que cualquiera de los internos de ingreso "F" puede officiar como testigo de lo antes narrado porque lo vieron salir en el horario de las 21:00 y a las 23:00 horas. Asimismo solicitó ser trasladado en el día de la fecha al Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 como así también se le comunique a su Juez el contenido de la presente denuncia y que quede asentado que en ningún momento se negó a concurrir al mencionado Tribunal".

En relación a este interno, también se agregó la causa N° 16.494 (fs. 256/304), en virtud de la presentación realizada por la Procuración Penitenciaria de la Nación.

Finalmente, cabe mencionar que también se acumuló la causa N° 16.445 iniciada en virtud de los testimonios remitidos por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 de Capital Federal, a raíz de la denuncia realizada por el interno C. A. P., por los mismos hechos aquí investigados (esta causa se

11



1244080304 4537963 11#20 17 02 14 33347005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EJEP53016500-2011-CAI

encontraba archivada desde el 30 de noviembre del año 2011).

VIII. Cabe destacar que, a fs. 310, obra un informe actuarial que da cuenta que en fecha 28/11/2013, se constituyó personal de la Procuraduría de Violencia Institucional de la Procuración General de la Nación, a fines de coadyuvar en el presente legajo, solicitando el préstamo de las actuaciones por el plazo de una semana, ordenando el Sr. Fiscal que se haga lugar a la requisitoria.

Ello así que el Dr. Abel Córdoba, titular de la Procuraduría de Violencia Institucional requirió, a fs. 311, al Director del Servicio Penitenciario Federal, que en el término de 72 horas, informe los datos identificatorios (Nombres y Apellidos completos, tipo y Nro de documento, domicilio real actualizado, situación de revista y destino al día del informe) de los agentes Penitenciarios que cumplían funciones en el Complejo Penitenciario Federal Nº 1 al 8 de septiembre de 2011, con los cargos y funciones que se detallan a continuación:

1. Jefe de Turno Adjutor D. H.
2. Inspector de Servicios Ayudante Principal G. V.
3. Auxiliar Ayudante Principal O. P.
4. Escribiente Ayudante de Sta. J. G. S.
5. Celador Ayudante de Bra S. A. y los integrantes del grupo de requisas:
6. Jefe de Turno Adjutor G. C.
7. Encargado General Ayudante Principal J. P.
8. Auxiliar de requisas ayudante Principal J. G.

El presente expediente se encuentra en el sistema de gestión documental del Poder Judicial de la Nación, con el número de expediente 1244080344-153796311#20170214133847005.



1244080344-153796311#20170214133847005

9. Ayudante de 1ra. O. A.
10. Ayudante de 1ra. V. S.
11. Ayudante de 1ra. J. V.
12. Ayudante de 2da. R. V.
13. Ayudante de 2da. O.
14. Ayudante de 2da. F. M.
15. Ayudante de 2da. G. R.
16. Ayudante de 2da. O. A.
17. Ayudante de 2da. H. G.
18. Ayudante de 3ra. C. S.
19. Ayudante de 3ra. W. G.
20. Ayudante de 4ta. O. U.
21. Ayudante de 4ta. O. A.
22. Ayudante de 4ta. E. S.
23. Ayudantes de 4ta. H. C.
24. Ayudante de 5ta. O. U.
25. Subayudante P. P.

Asimismo, a fs. 313, entendiendo que no quedaban pruebas pendientes de producción en esa Procuraduría, remitió las actuaciones a la Fiscalía de origen, sugiriendo a su titular que evalúe solicitar al magistrado actuante que se reciba declaración indagatoria a los agentes del Servicio Penitenciario Federal arriba enumerados e identificados según función, grado, que ostentaban al momento de los hechos (8 de septiembre de 2011).

En Buenos Aires, el 11 de septiembre de 2011.
 Juan Carlos Rodríguez Cordero
 Abogado
 Juan Carlos Rodríguez Cordero
 Abogado
 Juan Carlos Rodríguez Cordero
 Abogado



1244080344 4537963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP53016500-2011-CAI

El informe requerido por el Sr. Fiscal Abel Córdoba, se encuentra agregado a fs. 315/322.

Ello así, que a fs. 323/329, los Sres. Fiscales Diego A. Iglesias y Abel Córdoba solicitaron las indagatorias de D.D. H., G. V., O. F. P., M. J. S., S. G. A., G. C., J. Enrique P., J. A. G., G. E. A., V. D. B., J. C. V., R. O. V., O. A. G., F. F. M., G. J. R., O. A. A., S. H. G., C. E., W. D. G., C. A. G., G. G. A., E. D. S., N. J. C., C. M. T. y P. C. P., por considerar que existe suficiente grado de sospecha de que resultan coautores del delito de torturas (arts. 144 ter, incisos 1 y 3, y 45 del Código Penal de la Nación y 294 del Código Procesal Penal de la Nación).

IX. En virtud de las consideraciones expuestas en el decisorio de fs. 365/370, se dispuso recibir declaración indagatoria a quienes que se desempeñaron en el Módulo de Ingreso, Selección y Tránsito del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, es decir, a los agentes del Servicio Penitenciario Federal D. D. H., G. M. V., O. F. P., M. J. S., S. G. A., C. P., S. G., G. E. A., E. D. S., y P. C. P.

Ello, por considerar que existía motivo suficiente para sospechar que los nombrados habían obligado a los internos A. M. M. R., C. A. P., M. M. P., M. A. S. y M. E. R., a desnudarse y a adoptar distintas posiciones físicas, para propinarles diversos tipos de golpes mediante puñetazos, patadas y/o cachetazos, ello, con la supuesta utilización de diversos elementos, tales como palos o varillas, a la vez que habrían sido insultados por el personal penitenciario interviniente, práctica que se conoce en la jerga penitenciaria como "La Bienvenida", el día 8 de septiembre de 2011, aproximadamente a la 1:00 de la madrugada, luego de que los internos fueran trasladados desde el Complejo Penitenciario Federal de

SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
CALLE 14 N° 1000, 11100 ROSARIO, SANTA FE
TEL: (0341) 4241111
WWW.SDPE.GOV.AR



1244080304 4587963 11#20 1702 14 33847005

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Devoto), para su alojamiento en ese establecimiento carcelario.

Los nombrados fueron oídos en declaración indagatoria, a fs. 397/398, 401/403, 406/407, 410/411, 414/415, 417/419, 422/423, 426/427, 431/432, 436/437 de las presentes actuaciones:

1) La declaración de G. M. V. se encuentra agregada a fs. 397/398. El imputado negó todo lo actuado. Preguntado para que diga que diga cuáles son las tareas que tiene asignadas en su función dentro de la Jefatura de Turno, manifestó que cuando ingresa primero se le pasan las novedades, luego se le dan las boletas de los pabellones, se realiza el recuento, se fija que den los números entre las boletas y los presentes, y una vez realizado, se le da aviso del conforme al Jefe de Turno. Recién se da el recreo a los internos, y el turno saliente se va de franco. Este es el procedimiento normal al momento de iniciar una jornada laboral. Preguntado para que diga que diga cómo se realizan los ingresos de los internos que provienen de otras unidades carcelarias, manifestó que llega el camión de traslados con un listado, primero lo ve el área judicial que controla los legajos, luego pasa a la sección requisita que arma el pañol, es decir, se revisan todos los elementos entre las pertenencias de los internos que se pueden ingresar y aquellos prohibidos quedan en custodia del servicio. Luego de ello, en el mismo recinto judicial los revisa un médico de la unidad, quien realiza el certificado médico de cada uno de los ingresos, en presencia del personal de requisita, y luego junto con la planilla de traslados, son remitidos por el encargado de requisita para que vayan haciendo de a uno, el ingreso. El ingreso consiste en que el Jefe de turno realice una entrevista con cada uno de los internos, y ver si ya estuvo detenido en el penal, por qué motivos, si tiene algún conflicto con alguien. Culminada la entrevista,



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP53016500-2011-CAI

se le asigna un alojamiento, y el personal de Jefatura lo deriva al Pabellón que corresponda dentro de la Unidad Residencial de Ingreso, hasta su alojamiento en forma definitivamente. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que no lo recuerda, pero que los hechos debieron transcurrir como ha relatado un día normal en las funciones. Que cualquier novedad respecto al ingreso debió haberse volcado en los libros. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que depende de donde suceda la novedad. Si por ejemplo comienza una riña entre los internos en el recinto judicial, queda a cargo el personal de requisa, y se deja asentado en el libro de novedades del sector de requisa, y dependiendo la gravedad también se da conocimiento a los auditores del Complejo. Si sucede en la Jefatura, se hace cargo la Jefatura y se asienta la novedad en el libro de novedades de la Jefatura. Preguntado para que diga con quien desempeñó sus funciones ese día, manifestó que se encontraba el Jefe de turno, de apellido H. su auxiliar de apellido P., el escribiente G. S. y el agente P. quien se desempeñó en el control.

2) A su turno declaró D. D. H. (fs. 401/403). El imputado también negó los hechos imputados en su contra. Refirió que en el año 2011 revestía el grado de Adjutor, que tiene como insignia en el hombro dos estrellas plateadas pequeñas. Que su función era de Jefe de Turno de la UR Ingreso, allí recibía a los internos provenientes de otras unidades o alcaldías. Que al momento del ingreso de los internos, previo paso por la Sección Requisa y Sección Judicial, son llevados a su despacho, hasta que de a uno, son entrevistados y según su situación criminológica, es

El presente expediente fue ingresado al sistema de gestión documental el día 08/09/2011 a las 10:00 hs. por el personal de la Unidad de Gestión Documental de la Cámara Federal de La Plata - Sala II.



1244080344 4587963 11#20 17 02 14 33847005

decir, causas y antecedentes, los aloja en distintos Pabellones.

Que no existieron los hechos que describieron los internos. Al momento de efectuarse las entrevistas se encuentran presentes dos agentes, su inspector y el auxiliar. Los tres son los únicos que se encuentran presentes al momento de la entrevista, y se encuentran abogados a efectuar las mismas, mientras el resto del personal se encuentra en diferentes funciones, como por ejemplo de celador y encargado de corredor, quienes no pueden dejar su lugar de trabajo, ya que son los que tienen contacto con los internos las veinticuatro (24) horas del día.

El lugar donde se efectúan las entrevistas es muy pequeño en tamaño, y además hay bastante mobiliario, con lo cual es imposible la concurrencia de más de cinco personas en forma simultánea. Refirió la necesidad de dejarlo asentado, dado que los internos, en sus declaraciones, han manifestado haber sido golpeados por entre 10 y 15 agentes del Servicio, lo cual resulta imposible en esa oficina. Asimismo refirió que deseaba aclarar que el médico de guardia nunca está presente cuando ellos realizan la entrevista y que una vez terminada la misma, inmediatamente es asignado un lugar de alojamiento dentro de la UR de Ingreso, encontrándose al Pabellón F, donde ingresaron la mayoría de los internos de ese día, a diez metros de distancia aproximadamente de la Jefatura. Preguntado para que diga que diga cuáles son las tareas que tiene asignadas en su función dentro de la jefatura de turno, el imputado manifiesta que su función es el control de todos los pabellones, los cuales son doce de cincuenta internos, es la autoridad máxima dentro del Módulo, y es a quien se le consulta en relación a cualquier conflicto que pueda ocurrir con algún interno, por ejemplo, una visita al médico, una solicitud de visita. En efecto, también se realiza

18



1244080304 4387963 11#20 17 02 14 3347005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP53016500-2011-CAI

una recorrida alrededor de los Pabellones, y en las mismas, el contacto con los internos es directo. Con lo cual se torna imposible que él tenga un conflicto con algún interno cuando luego tiene que atenderlos de forma personal. Preguntado para que diga si recuerda con quien desempeñó sus funciones al momento del ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, el nombrado manifiesta que se encontraba con el Ayudante Principal V. quien se desempeñaba como Inspector, y el Ayudante Principal P. quien se desempeñaba como Auxiliar del Inspector. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que la Sección Requisa lleva de a uno a los internos a la oficina de Jefatura justamente para evitar conflictos, mientras el resto aguarda en el recinto judicial. Si existe alguna novedad dentro de la Jefatura, se calma al interno y oportunamente lo sanciona mediante un parte disciplinario alojado en un lugar distinto al común, es decir una celda de aislamiento, dentro del Pabellón K, y se deja asentada la novedad en el Libro de novedades. Si sucede en el recinto judicial, como pertenece a la Sección Requisa o en su defecto a la Sección Judicial, lo manejan secciones. Preguntado al Dr. Pablo Martín Jurado y al Dr. Cappelleri si deseaban realizar alguna pregunta por medio del juzgado, el Dr. Jurado refirió que sí, que desea se le pregunte a su defendido, si dentro del uniforme que le es asignado, posee algún bastón, tonfa, o algún otro elemento, a lo que se hace lugar, manifestando el imputado que no. Que el personal de Jefatura de Turno no posee ningún elemento además del uniforme. En efecto si hay algún disturbio con la población carcelaria, se solicita la presencia de la Sección Requisa, que recién ante un episodio, portan tonfas, chalecos anti-punzantes, escopetas con bala de goma, escudos, coderas o rodilleras y botas anti-

Poder Judicial de la Nación
 CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
 FEP53016500-2011-CAI
 2011-09-08 14:00:00
 2011-09-08 14:00:00



1244080344 4537363 11#20 1702 14 33847005

tumulto. El Dr. Jurado solicitó que se le pregunte a su defendido, si él podría ingresar dentro de la Sección de Recinto Judicial o Requisa e impartir alguna orden, • alguna decisión el consentimiento de los Jefes de dichas Areas • viceversa, a lo que se hizo lugar, manifestando el imputado que su función es exclusiva dentro de la Jefatura de Turno. La sección de Judicial o de Requisa son independientes, por lo que ningún jefe podría arrogarse prerrogativas de otras áreas. En efecto la llave de la puerta divisoria entre la Jefatura y el Recinto Judicial la posee un agente de Requisa, quien es el que abre en caso de que alguien necesitara ingresar. Seguidamente el Dr. Cappelleri solicitó que se le pregunte a su defendido la diferencia entre el uniforme utilizado por el personal de requisa y el del personal de jefatura, a lo que se hace lugar, manifestando el imputado que no existen diferencias, que los uniformes son exactamente iguales, siendo obligatorio el distintivo de nombre y de grado. A instancias del Juzgado, el nombrado aclaró que es su obligación controlar que los agentes utilicen ambos distintivos. Preguntado para que diga si deseaba agregar algo más, desea manifestar que los internos denunciados eran internos que conocían el ámbito penitenciario y poseían condenas de larga data, por lo cual tenían el conocimiento claro respecto a los grados y funciones de los agentes. Con esto lo que quiere decir es que los internos pueden identificar las diferencias entre los grados y funciones.

3) La declaración de O. F. P. se encuentra agregada a fs. 406/407. Al igual que los dos coimputados anteriores negó todos los que hechos que se le imputan. Preguntado para que diga cuáles son las tareas que tiene asignadas en su función dentro de la jefatura de turno, manifestó que en ese entonces se desempeñaba como auxiliar. Su tarea consistía en



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP53016500-2011-CAI

colaborar con el Jefe de Turno y con el Inspector en las tareas que le solicitaran. Preguntado para que diga cómo se realizan los ingresos de los internos que provienen de otras unidades carcelarias, manifestó que ellos se encuentran en Jefatura. Que cuando ingresan los internos, el camión es recibido por el personal de requisa, luego judiciales revisa los papeles del interno y si está todo bien, vuelve el personal de requisa junto con un médico para que se realice la revisión de los internos junto con el pañolero que es el que revisa las pertenencias. Recién culminado ello, se avisa a Jefatura de los nuevos ingresos, y los lleva de a una a la Jefatura para que se les realice una entrevista, la cual la hace el jefe de turno y de allí se lo deriva al alojamiento que corresponda. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que el ingreso de los internos se desarrolló con normalidad. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que generalmente no suceden novedades dentro de la Jefatura. Si sucediera algún conflicto con los internos, depende del lugar donde sucedió la tira. Por ejemplo si fue en la leonera se hace cargo el personal de requisa, si fuera en jefatura se hace cargo el personal de jefatura. Preguntado para que diga con quien desempeño sus funciones ese día, manifestó que quienes estaban siempre eran el Inspector, en ese día era V., El Jefe de Turno, que ese día era H. y el Escribiente que era G.

4) La declaración de M. J. G. S., se encuentra agregada a fs. 410/411. Al igual que resto de los coimputados negó todos los hechos que se le imputan. Refirió que con respecto a ese día no recuerda lo sucedido. Aclaró que su trabajo consiste

El presente es un documento
 electrónico que forma parte del expediente
 judicial. Toda información contenida en el
 mismo es de carácter confidencial y no debe
 ser divulgada a terceros. Toda infracción
 de esta naturaleza será sancionada de
 acuerdo con la ley.



1244080344 4537363 11#20 1702 14133847005

en hacer todos los días lo mismo, es muy rutinario, y dedica a tareas administrativas como Escribiente de Turno. Preguntado para que diga que diga cuales son las tareas que tiene asignadas en su función como Escribiente de Turno, manifestó que se desempeña en una oficina individual. Los Escribientes reciben los oficios judiciales en relación a los internos • a los agentes, y se encarga de cumplimentar las mandas judiciales, o en caso de que un interno presenta un escrito que quiere hacer llegar • a las autoridades penitenciarias o a sus juzgados, el los recibe y le da curso. Preguntado para que diga si dicha oficina interviene administrativamente en los ingresos de los internos que provienen de otras unidades carcelarias, manifestó que a él sólo se le acerca la lista de los internos ingresantes, para cargarlas en la base de datos. Preguntado para que diga si recuerda el ingreso de los internos del día • de septiembre del año 2011, manifestó que no lo recuerda. Preguntado para que diga la distancia entre su oficina y la de la Jefatura de turno, manifestó que son contiguas pero como tienen entradas separadas para llegar debe dar una vuelta. Preguntado para que diga en caso de suscitarse una novedad con los internos, si él se encarga de labrar algún tipo de parte o acta, manifestó que sí, que él también es el encargado de armar los sumarios prevencionales, que los redacta conforme le indican que sucedieron los hechos, y le acompañan los certificados • elementos que correspondan agregarse.

5) La declaración de S. G. A., se encuentra agregada a fs 414/415. El imputado negó todos los que hechos que le imputan. Manifestó además que su función consiste en ser Celador u Operador Terapéutico, ello implica tomar la guardia, hacer el recuento del Pabellón al que este asignado, una vez que se pasa la novedad que todo está correcto, vuelve a la celaduría

10/09/2012 14:00:00
 10/09/2012 14:00:00
 10/09/2012 14:00:00
 10/09/2012 14:00:00



1244080344 4387963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP53016500-2011-CAI

y allí se queda. Al momento de los hechos las guardias eran fijas, a diferencia de la actualidad, que cumple horarios rotativos. Desde la celaduría se encarga de controlar a través de las ventanitas de acrílicos el comportamiento de los internos. A excepción de que algo ocurra, o que haya algún ingreso generalmente las puertas tanto de la exclusiva como de la celaduría no se abren, por cuestiones de seguridad. Asimismo aclara que la distancia entre la celaduría y la Jefatura de turno treinta metros distancia aproximadamente, y no existe contacto ni visual, ni auditivo entre ambas oficinas, ya que se encuentran divididas por tres puertas, dos herméticas y una reja. Preguntado para que diga que diga si dentro de su función, él interviene en los ingresos de los internos que provienen de otras unidades carcelarias, manifestó que no interviene en el ingreso del camión de traslados, ni en las entrevistas de jefatura, sino que al momento del ingreso de los internos al Pabellón donde se encuentra cumpliendo funciones. El personal de Jefatura lleva al interno, él toma los datos del interno, y desde la exclusiva los acompaña a la celda que les corresponda. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que sólo recuerda que fue una guardia normal. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que si el interno llega a la celaduría, es porque está apto para el ingreso, no pudiendo surgir a esa instancia novedad. Preguntado para que diga en caso de surja una novedad una vez los internos están alojados en el Pabellón, refirió que el celador nunca puede abandonar la celaduría. Que si existiese alguna novedad entre los internos, su obligación es dar aviso inmediato a la Jefatura de Turno. Preguntado para que diga con quién desempeño

Poder Judicial de la Nación
 CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
 FEP53016500-2011-CAI
 Poder Judicial de la Nación
 CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
 FEP53016500-2011-CAI



1244080344 4537363 11#20 17 02 14 33347005

sus funciones ese día, manifestó que su función es en solitario y a puerta cerrada

5) La declaración del imputado D. E. P., se encuentra agregada a fs. 417/419. El imputado negó todos los hechos que se le imputan. Manifestó además, que en ese entonces se desempeñaba dentro del Puesto de Control Externo del Módulo de Ingreso que se encuentra ubicado a treinta metros de lo que es recinto judicial y jefatura. Su trabajo consiste en la apertura del portón para el ingreso de los Móviles de la División de Seguridad y Traslados tanto Provincial, como Federal, de Policía Federal, de la Gendarmería, Médicos de guardia, y Móviles del mismo Complejo. Cuando algún móvil arriba a dicho Módulo, se toma los datos del funcionario que ingresa, y en el caso de que los Móviles trasladen internos, verifica con el listado que ingresen la cantidad de internos que allí figuran, sin verificar la identidad de cada uno de ellos, tomando los datos únicamente del chofer y custodia a cargo de la comisión. Asimismo su tarea es controlar la cantidad de aquellos internos que quedan dentro de los móviles, y asimismo de los internos que egresan ya sea para un alojamiento definitivo en otro establecimiento, o para cumplir alguna manda judicial. Que la información de horario de ingreso, egreso, cantidad de internos y la referencia de quien se encuentra a cargo de la comisión se asienta en un libro de novedades del puesto de control. Preguntado para que diga si recuerda el ingreso de los internos del día 3 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda nada en particular. Sólo que tomo la guardia, la misma se desarrolló con normalidad, realizó los movimientos correspondientes de los móviles, hasta que llegó su relevo a las 8.00 de la mañana, y se fue de franco. Preguntado para que diga el procedimiento en caso de suscitarse alguna novedad con los ingresos y/o egresos, manifestó que si sucediera alguna novedad,

15/09/2012 10:00 AM
15/09/2012 10:00 AM
15/09/2012 10:00 AM
15/09/2012 10:00 AM
15/09/2012 10:00 AM



1244090344 1537363 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FLEPS/016500-2011-CAI

por ejemplo un incendio, dentro de la Unidad, la Jefatura de Turno puede solicitarle que realice el llamado a los bomberos. En caso de que la novedad se produzca en el puesto de control debe dar aviso a su superior, que en este caso es el Inspector de Turno o Jefe de Turno. Preguntado al Dr. Cappelleri si deseaba realizar alguna pregunta a través del juzgado, el nombrado manifestó que sí, que deseaba que se le pregunte cuando habla de un portón, si el mismo resulta ser automático, o requiere de su traslado hacia allí para la apertura y cierre, a lo que se hizo lugar, manifestando el imputado que el portón no es automático, sino que requiere de su traslado y destreza. A instancias del Dr. Cappelleri le fue preguntado cual es el promedio de móviles que pueden ingresar • egresar en una jornada laboral, manifestando el imputado que el promedio es de cinco móviles. A través del Dr. Cappelleri se le preguntó a donde se dirige un móvil que ingresa con internos, manifestando el imputado que se dirige al costado del módulo que es el recinto judicial. Luego de ello, ya no tiene contacto con los mismos, hasta que el móvil egrese. A instancias del Juzgado, aclaró que existe una prohibición para que los internos se dirijan a pie al recinto judicial. A través del Dr. Cappelleri se le preguntó si desde su puesto de trabajo, tiene contacto visual con los internos, ya sea los que estén en jefatura o en el recinto judicial, manifestando el imputado que sí, que tiene contacto visual porque existen cámaras en el recinto judicial y pasillos de jefatura, cuyas imágenes se pueden visualizar en las pantallas ubicadas en el puesto de control. También a través del Dr. Cappelleri se le preguntó si mientras cumplía funciones, había podido observar en el día de los hechos, alguna anomalía • algo que llamara su atención, el imputado manifestó que no vio nada y que su guardia se desarrolló con normalidad.

El presente expediente fue ingresado al sistema de gestión documental el día 12/02/2012 a las 10:00 hs. por el Sr. Jefe de Sala II, Dr. Carlos A. Cappelleri.



1244080304 4587963 11#20 17 02 14 33847005

7) Por su parte la declaración de G. E. A. se encuentra agregada a fs. 422/423. El imputado refirió que nunca paso algo así, que no han hecho nada de lo que dicen los internos. Que su función a la fecha del hecho, consistía en ser en Encargado de Requisa. Que ese día, conforme surge de los libros de novedades, el ingreso de los internos se desarrolló con total normalidad. Que su función consistía en realizar los movimientos de los internos dentro de la Unidad Residencial de Ingreso, es decir, acompañarlos. En el caso de ingreso de internos provenientes de otra unidad, cuando llega el móvil quien los recibe es el agente ubicado en el puesto vehicular, que quien les comunica a la Sección Requisa el ingreso del móvil. Una vez comunicados, se hacen presentes tanto él, en su carácter de Encargado, como su auxiliar, que el día de los hechos fue P. P., como apoyo al recinto judicial. Allí se los identifica, se los hace ver por un médico de guardia, se le revisan las pertenencias para que no ingrese ningún elemento prohibido. Aclaró que esos movimiento se hacen de a un interno a la vez por cuestiones de seguridad. Una vez que ello termina, se los aloja en una celda común, a excepción de que alguna tuviese una medida de resguardo, y al terminar el proceso se avisa a Jefatura de Turno que hay un ingreso. Cuando Jefatura lo solicita, se lleva a un interno por vez a la oficina de Jefatura para la entrevista, junto con el formulario de ingreso. Una vez llevado el interno, el personal de requisa vuelve al recinto hasta que se pida al próximo interno no teniendo más contacto con los mismos. Que una vez que se hayan llevado a todos los internos, vuelve a la oficina de la Sección requisa que se encuentra ubicada aproximadamente a diez metros del recinto judicial. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda nada en particular. Preguntado para que diga en relación a



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP53016500-2011-CAI

cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que ante una novedad se da aviso al Encargado General de Requisa, quien da las directivas a seguir y es obligatorio dejarlo asentado lo sucedido en el Libro de Novedades. Preguntado por S.S. para que diga con quien desempeño sus funciones ese día, además de con su auxiliar, manifiesta que sólo se encontraba con él.

8) La declaración de S. D. G., se encuentra agregada a fs. 426/427. El imputado negó los hechos que se le imputan. Refirió que recordaba que algo así haya sucedido. En ese entonces se desempeñaba como celador, y por ser el más antiguo, cuando había varios celadores, se lo designaba como Encargado de Corredor del Módulo de Ingreso, tal como sucedió el día de los hechos. Esa función, a diferencia de la celador, implica desplazar a los internos, por ejemplo, cambiarlos de pabellón, llevarlos al área médica, o también repartir la comida tanto a los internos como al personal, y en el caso de que sean internos ingresantes, acompañarlos desde Jefatura al Pabellón que se les haya asignado. Su función sería como un nexo entre la Jefatura y los celadores y depende de la Jefatura de turno, que es quien le imparte las órdenes, y no posee un lugar físico donde cumplir las funciones, sino que son tareas dinámicas que no permiten un asiento físico, y va rotando de pabellón a pabellón. Preguntado para que diga el procedimiento en caso de suscitarse alguna novedad al momento de desempeñar sus funciones, manifestó que si sucediera alguna novedad, lo cual no es frecuente, queda asentado en el libro de novedades de la Jefatura de Turno. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda nada, ni los nombres de los internos.

Procedimiento de
 el día 8 de septiembre del año 2011
 el día 8 de septiembre del año 2011
 el día 8 de septiembre del año 2011
 el día 8 de septiembre del año 2011



1244080304 4537363 11#20 17 02 14 33847005

9) La declaración de E. D. S., se encuentra agregada a fs. 431/432. El imputado refirió que el hecho que se le imputa es una mentira y que él no conoce a los internos denunciados. Que ese día su función era de Encargado de Puesto de Control Vehicular de Ingreso. Esto significa que cuando llega un móvil al recinto judicial, él los recibe. Una vez que arriba el móvil al recinto, el encargado de la comisión lleva los listados al jefe de turno de Judiciales quien confirma que los internos estén aptos para el ingreso al penal, en cuanto a papeles se refiere, y luego le da la orden de que pueden ingresar. Allí su función es de acompañar mientras la comisión baja a los internos y los lleva a la oficina del recinto que queda a pocos metros. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 3 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda nada en particular. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que da aviso inmediato al Jefe de turno o al Encargado de Requisa, dependiendo de quién esté en ese momento, y también se deja asentado en el libro de novedades. Aclara a instancias del Tribunal que el libro de novedades no es ni el de requisa ni el del recinto judicial, sino que corresponde al Puesto de Control Vehicular. Preguntado para que diga a que área responde su función, el imputado refirió que depende de la Sección de Requisa, pese a que por ser una función dinámica se desempeña en el recinto de judicial, ya que siempre al recibirse internos, por cuestiones de seguridad, allí personal de requisa desempeña allí sus funciones. Preguntado para que diga con quien desempeño sus funciones ese día manifestó que en ese puesto se desempeña siempre sólo. Preguntado para que diga si una vez que los internos ingresan, continúa manteniendo contacto con los mismos, refirió que al

10) Se adjunta el acta de la audiencia de control de la medida cautiva de E. D. S. del día 10 de septiembre del año 2011, en la cual se declara que el imputado no tiene conocimiento de los hechos denunciados y que no conoce a los internos denunciados.



1244080344 437963 11#20 17 02 14 3347005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP53016500-2011-CAI

consistir su función en el ingreso de vehículos, generalmente queda apostado en la puerta a la espera de los distintos móviles, pudiendo o no tener contacto visual con los internos ingresantes mientras realizan los tramites en el recinto judicial.

10) Finalmente la declaración de P. C. P. se encuentra agregada a fs. 436/437. El imputado refirió que nunca hizo nada de lo que se lo acusa. Lo negó totalmente y refirió no conocer a los internos que lo denuncian y nunca haberle pegado a nadie. Indicó que su función consistía en ser Auxiliar de Requisa en la Sección. Ante el ingreso de internos el encargado del recinto los recibe y luego quedan a disposición de ellos, para hacer la identificación y luego se les realiza la visu corporal con el médico, quien constata si hay lesiones. También se revisan las pertenencias, para corroborar que no se intenten ingresar elementos prohibidos. Luego de ello, se los aloja en el recinto judicial, donde hay celdas colectivas y quedan a disposición de la Jefatura de turno para su entrevista y posterior alojamiento. Preguntado para que diga hasta cuando contacto con los internos, manifestó que una vez que son alojados en el recinto, luego a requerimiento de jefatura son llevados por ellos a que tengan la entrevista de a uno por cuestiones de seguridad. Una vez en Jefatura, ya no tienen más contacto con ellos. Preguntado para que diga el procedimiento en caso de suscitarse alguna novedad al momento de desempeñar sus funciones, manifestó que si sucediera alguna novedad, se da aviso al encargado de requisa y se anota en el libro de novedades. Depende el caso, interviene el cuerpo de requisa hasta su culminación. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda. Preguntado para que diga con quien cumplió las funciones ese día, refirió que con el Ayudante de 1º A. que era el Encargado de la Sección y él se

10) Se agregan los fs. 436/437 de la declaración de P. C. P. del imputado, en la que se manifiesta que nunca hizo nada de lo que se lo acusa. Lo negó totalmente y refirió no conocer a los internos que lo denuncian y nunca haberle pegado a nadie. Indicó que su función consistía en ser Auxiliar de Requisa en la Sección. Ante el ingreso de internos el encargado del recinto los recibe y luego quedan a disposición de ellos, para hacer la identificación y luego se les realiza la visu corporal con el médico, quien constata si hay lesiones. También se revisan las pertenencias, para corroborar que no se intenten ingresar elementos prohibidos. Luego de ello, se los aloja en el recinto judicial, donde hay celdas colectivas y quedan a disposición de la Jefatura de turno para su entrevista y posterior alojamiento. Preguntado para que diga hasta cuando contacto con los internos, manifestó que una vez que son alojados en el recinto, luego a requerimiento de jefatura son llevados por ellos a que tengan la entrevista de a uno por cuestiones de seguridad. Una vez en Jefatura, ya no tienen más contacto con ellos. Preguntado para que diga el procedimiento en caso de suscitarse alguna novedad al momento de desempeñar sus funciones, manifestó que si sucediera alguna novedad, se da aviso al encargado de requisa y se anota en el libro de novedades. Depende el caso, interviene el cuerpo de requisa hasta su culminación. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda. Preguntado para que diga con quien cumplió las funciones ese día, refirió que con el Ayudante de 1º A. que era el Encargado de la Sección y él se



2244080344 4537363 11#20 1702 14 33847005

desempeñaba como su Auxiliar, y el Sr. S., que era el Encargado del Recinto Judicial. Preguntada a la Dra. Perla Abella y a la Dra. Wahnish si desean realizar alguna pregunta a través del juzgado, la Dra. Abella manifestó que sí, que deseaba que se le pregunte a su defendido cómo es el uniforme habitual al momento de desempeñar el ingreso de los internos para el personal de requisa, manifestando el imputado que el habitual y el único es el uniforme gris, que consta de camisa, pantalón y boteguías negros. A instancias del Tribunal, aclara que no poseen ningún elemento, ni armas, tonfas, pales o varillas y que el uniforme posee insignia de grado y su nombre, uno de cada lado del pecho.

X. Así las cosas, con los elementos de prueba sucintamente reseñados el Sr. Juez de grado resolvió disponer la falta de mérito para procesar o sobreseer a D. D. H., G. M. V., C. F. P., M. J. G. S., S. G. A., C. P., S. G., G. E. A., E. D. S., y P. P., sin perjuicio de proseguir la presente investigación, en virtud de lo establecido por el artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación, y remitir la presente causa a la sede de la Fiscalía Federal Nº 1 de Lomas de Zamora a fin de que continúe con la instrucción de la misma, de acuerdo a lo normado en el artículo 198 del Código Procesal Penal de la Nación.

Contra esta resolución, los Sres. Fiscales, interpusieron recurso de apelación a fs. 443/457.

Al expresar sus agravios refirieron que el auto en crisis adolece de falta de fundamentación o que presenta una fundamentación aparente habida cuenta que solo se reduce a la remisión a ciertos enunciados jurídicos sin exponer el razonamiento ni la justificación que le permiten arribar a la decisión cuestionada.



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
ELPS3016500-2011-CAI

Por otra parte cuestionan la decisión de proceder a la evacuación de los dichos de imputados, toda vez que estos se han limitado a decir que los hechos denunciados no han ocurrido.

Concretamente, refieren que el a quo no explica ni intenta hacerlo que al momento de realizarse el examen médico de ingreso al Complejo Penitenciario Federal (22:50 hs. del 7/9/11) se constata que las víctimas no presentaban lesiones agudas externas visibles (fs. 209) sin perjuicio de lo cual al otro día, es decir el 8 de septiembre de 2011 C.A. P. presentó lesiones compatibles con sus dichos con menos de 24 horas de evolución (fs. 336/338 y 350/352), situación que con similitud acontece con el resto de las víctimas y las lesiones constatadas en los exámenes físicos correspondientes.

Concluyen de esa manera que la decisión adoptada tiende a garantizar la impunidad de los autores de hechos aberrantes al tornar al proceso judicial en una ficción que torna infructuosa cualquier actividad que pudiera llevarse adelante con el objetivo de dar cabal cumplimiento a la obligación de tomar medidas judiciales efectivas para impedir actos de tortura (obligación surgida de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Por otra parte, los Fiscales cuestionaron la no valoración del deber de custodia y la especial función de garantes que recaen sobre los imputados al momento de los hechos de modo tal que resultan ellos quienes deben explicar por qué las víctimas, a su disposición, presentan lesiones con posterioridad a su ingreso y puesta bajo su custodia, siendo que previo a ello carecían de lesiones externas.

XI. Previo a abordar el tratamiento de los agravios y más allá de este caso en concreto, resulta

El presente expediente fue ingresado al sistema de gestión documental el día 10/09/2011 a las 10:00 hs. y se le asignó el número de expediente 1244090344-1537963-11#20170214133847005.



1244090344-1537963-11#20170214133847005

necesario dimensionar los hechos de tortura como un fenómeno sistemático en las cárceles de nuestro país.

En este sentido, resulta de gran ayuda el aporte efectuado por la Procuración Penitenciaria Nacional² que ha incluido este fenómeno como una línea de trabajo prioritaria en los últimos años, destacando la sistematicidad de las prácticas de tortura y los malos tratos como el problema más grave que condiciona la vigencia de los derechos humanos en las cárceles de nuestro país.

El abordaje de esta cuestión fue establecido como eje prioritario de atención de este Organismo en el año 2007, coincidiendo con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Convenio contra la Tortura de Naciones Unidas y la obligación de la Argentina de designar su Mecanismo Nacional de Prevención.

En el informe del año 2014 de este organismo (último informe anual disponible en la web <http://www.ppn.gov.ar>), señala un logro fundamental, la aceptación pacífica de la existencia de prácticas sistemáticas de tortura también en cárceles federales, observando que hasta el 2007 imperaba la idea de que la tortura estaba muy extendida en algunas jurisdicciones provinciales pero en el Servicio Penitenciario Federal era una práctica más esporádica.

Sin embargo a partir de las investigaciones e informes de la Procuración Penitenciaria Nacional, se negó en forma contundente aquella versión, demostrando la sistematicidad de estas prácticas de represión estatal en el ámbito federal, diagnóstico que en la actualidad es compartido por todos los organismos y actores que trabajan en la prevención de la tortura.

Por otra parte debe mencionarse que en el informe anual de 2014 del REGISTRO NACIONAL DE CASOS

² Ver Informe Anual 2014, Procuración Penitenciaria de la Nación "La Situación de Los Derechos Humanos en Las CárcelEs Federales De La Argentina" disponible en <http://www.ppn.gov.ar>

³ Véase el artículo 1º del Protocolo Facultativo del Convenio Americano de Derechos Humanos, que establece que el Comité Interamericano de Derechos Humanos puede recibir y examinar peticiones de personas o grupos de personas que aleguen haber sido víctimas de violaciones de los derechos humanos por parte de un Estado miembro de la OEA, siempre que se agotara el recurso de agotamiento de los recursos internos.



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP53016500-2011-CAI

DE TORTURA Y O MALOS TRATOS se destaca que en los procedimientos penitenciarios de inspección de los cuerpos de los presos y las presas, se utiliza la desnudez como un castigo suplementario que viene a acompañar y/o preceder las agresiones físicas, acentuando la indefensión ante éstas y/o constituyéndose en un momento de vulnerabilidad que es la antesala de castigos de diverso tipo.

Asimismo se refiere que este tipo de agresión y maltrato humillante se despliega especialmente en las requisas producidas en dos situaciones típicas:

1) Por un lado, la desnudez acompañada -y como parte- de una serie de humillaciones y despojos, al ingreso, durante la circulación por la unidad y durante las requisas ordinarias de pabellón y.

2) Por otro lado, la desnudez como indefensión complementaria de la agresión física, durante requisas ordinarias y requisas que suceden a las represiones por reclamos o desobediencias.

En otro orden, debe señalarse que el propio Ministerio Público Fiscal informa a través de la PROCUVIN (Procuraduría de Violencia Institucional) que la aplicación por parte de agentes estatales de torturas como la imposición de condiciones inhumanas de detención y el uso abusivo del poder coercitivo estatal son prácticas que por su gravedad, extensión y masividad afectan la vigencia plena del Estado democrático de derecho.

XII. Sentado ello, he de referir que el paso más trascendente que ha dado la Organización de las Naciones Unidas en la materia estuvo dado por la adopción de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, la cual se encuentra incorporada a nuestra legislación con jerarquía constitucional por el artículo 75 inc. 22 de la C.N.

El presente expediente fue ingresado al sistema de gestión documental el día 15/05/2011 a las 10:00 hs. y se encuentra en el estado de "Cadastrado".



1244080304 4537363 11#20 17 02 14 33347005

Allí se entiende por tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos sufrimientos infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia (el resaltado me pertenece)

A lo dicho, la CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA en su artículo 2 agrega: entenderá también tortura aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Por su parte el Código Penal regula la cuestión de los tormentos en los arts. 144 ter, quater y quinto.

En lo que aquí interesa, debe destacarse que resulta indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho y que por tortura se entiende no sólo los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

Nuestro Código penal castiga además al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello y al funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de estos hechos y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente.

El presente informe fue elaborado por el Defensor Público Oficial del MERCOSUR, en el marco de la cooperación técnica brindada por el Programa de Asesoría Jurídica del MERCOSUR, financiado por el Fondo de Cooperación del MERCOSUR.



1244080304 4387963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EJEP53016500-2011-CAI

Además, se impone inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos.

En otro orden, debe señalarse que el C.F. castiga al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

Finalmente debe decirse que la diferencia entre imponer vejaciones, severidades o apremios e imponer tormentos, reside únicamente en la mayor intensidad de la afectación de la integridad física o moral que la última supone.

XIII. Ahora bien, efectuadas estas consideraciones previas luego analizar detalladamente las constancias existentes en la causa, considero que debe revocarse la decisión apelada por las razones que pasaré a exponer.

En primer término, debo señalar que el conocimiento con el que contamos respecto de lo acontecido el día 07 y en la madrugada del día 08 de septiembre de 2011, sólo se puede reconstruir parcialmente a partir de la prueba documental agregada en las diferentes investigaciones que fueron acumulándose sucesivamente a este legajo.

Recuérdese en este sentido, que inicialmente las investigaciones abordaron de manera individual los hechos, para luego acumularse ante la evidente conexidad que las vinculaba.

Sentado lo expuesto, ha de comenzar señalando que, a fs. 209 (en el marco de la causa 16.437), se encuentra agregado el folio 99 del libro de novedades de guardia, del cual surge documentalmente el primer

Zúñez, Ricardo p. 54

El presente es un documento digitalizado por el Poder Judicial de la Nación. Toda reproducción o uso no autorizado está expresamente prohibido. Para más información, consulte el sitio web del Poder Judicial de la Nación.



momento que en orden cronológico resulta de interés para analizar los hechos.

Allí se encuentra asentado que en la guardia del 02 al 03 de septiembre de 2011, se produjeron a las 22:50 hs. los ingresos de C. A. P., A. M. R., M. P. M., M. E. R., M. S. F., R. D. G. V., M. A. L., L. R., M. A. S., R. A. F. Si bien los Sres. Fiscales refieren erróneamente en su escrito de apelación que este informe es del 7 de septiembre, debe decirse que en el informe se asienta un primer ingreso efectuado el día 02 al 03 de septiembre.

A pesar de ello, este elemento igualmente debe servir como punto de referencia para establecer un momento anterior en que los internos no se encontraban lesionados (al menos de manera visible), además de corresponderse con el traslado previo referido en su denuncia por C. A. M. R..

En el referido asiento documental, se establecen los apellidos de Dres. de guardia Flores, Monteagudo, Monroy y Ehmke, y se refiere que los primeros nueve internos antes nombrados se encuentran "Aptos para ingreso. Sin lesión aguda externa visible" (sic). Respecto de R. A. F., se refiere: "Presenta herida cortante en el pectoral izquierdo flanco(?)derecho, y hematoma en pierna derecha. Apto para ingreso"

Por otra parte, a fs. 18, se encuentra agregada la nómina de internos que llegaron a la Unidad Residencial de Ingreso el día 08/09/11 junto a A. M. M. R. En esta nómina figuran: M. E. R., M. P. M., M. A. E., M. S. F., L. D. R., R. D. G. V., M. A. L., C. A. P. y el propio A. M. R.

Es decir, que el día 08/09/11 reingresaron nueve de los diez internos que habían ingresado en la guardia del 02 al 03/09/11. Todos, menos R. A. F. (el único respecto del cual se consignaron lesiones en el ingreso del día 02 al 03).



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EJEP53016500-2011-CAI

Lo anteriormente expuesto, debe completarse con el informe remitido a fs. 17/25 Allí, a fs. 13, se encuentra agregado el folio 113 del libro de novedades, en el cual consta que el día 08/09/11 a las 01:50 hs. A. M. R. presentó hematomas en antebrazo, brazo y pectoral izquierdo en evolución (sic).

Asimismo, a fs. 20, se encuentra agregado el folio 114, del cual que a las 02:50 hs (08/09/11) A. P. M. (sancionado) presentó "Lesiones Eritematosas en dorso de tórax" (sic) las 05:00 hs., se consigna el comparendo de Internos con lesiones: M. R. A. Hematomas en miembro superior izq. Y pectoral izq. En evolución. P. C. A. Lesiones eritematosas en dorso de tórax. En otro orden, se consignan las lesiones de otros internos que, no se encontrarían relacionados con los hechos aquí investigados.

A fs. 21, se encuentra agregada una nota efectuada por el Dr. Daniel E. Dañelluk (Médico Coordinador Div. Cuerpo Profesional del Hospital Penitenciario Central I), el que refiere que en la Historia Clínica del causante consta que al interno (A. M. R.) le fue realizado el examen médico de rigor el día 7/09/11, procedimiento realizado por el Dr. Mariano Castro Médico de guardia quien consignó: "07/09/11, 02:30 hs. Interno -sin lesiones agudas, algunas en evolución (hematoma brazo izquierdo, excoriación antebrazo izquierdo, excoriación dorso), - apto para ingreso a CPF". (La hora de ingreso aquí consignada no coincide con el resto de la prueba documental y testimonial obrante en autos).

Por otra parte la misma nota refiere que en el libro de novedades de guardia del día 08/09/11 consta atención del Dr. M. B que informa: "01:53 hs. M. R. A. Presenta hematomas en antebrazo, brazo y pectoral izquierdo en evolución".

Sin embargo, a fs. 22, se encuentra agregado el formulario de ingreso al Complejo Penitenciario

1. Se adjunta el informe de la guardia del día 08/09/11, en el cual se consigna la atención del Dr. M. B. a las 01:53 hs. del interno A. M. R. por presentar hematomas en antebrazo, brazo y pectoral izquierdo en evolución.
 2. Se adjunta el comparendo de internos con lesiones de la fecha 08/09/11, en el cual se consigna la atención del Dr. M. B. a las 05:00 hs. del interno A. P. M. por presentar lesiones eritematosas en dorso de tórax.
 3. Se adjunta el comparendo de internos con lesiones de la fecha 08/09/11, en el cual se consigna la atención del Dr. M. B. a las 02:50 hs. del interno A. P. M. por presentar lesiones eritematosas en dorso de tórax.
 4. Se adjunta el informe de la guardia del día 07/09/11, en el cual se consigna la atención del Dr. M. B. a las 02:30 hs. del interno A. M. R. por presentar lesiones agudas, algunas en evolución (hematoma brazo izquierdo, excoriación antebrazo izquierdo, excoriación dorso).



1244090304 4537363 11#20 17 02 14 33847005

Federal I de A. M., al cual refiere como fecha y hora de ingreso el día 07/09/2011 a las 20:00 hs.

Sin perjuicio de ello, debe ponderarse el informe producido el día 9 de septiembre de 2011, por el Cuerpo Médico Forense (ver fs. 2/3) el cual describe:

1. En rostro, en ambas mejillas y en comisura labial izquierda lesiones excoriativas costrosas.

2. Equimosis en cara anteroexterna de brazo izquierdo.

3. En la espalda a ambos lados lesiones excoriativas equimóticas costrosas múltiples, diferentes direcciones

4. En anterior de antebrazo izquierdo presenta lesiones de tipo cortante múltiples en período de cicatrización.

Este informe arrojó las siguientes conclusiones: "Las lesiones que presenta N. R. A. M. reconocen un plazo de curación menor a un mes con igual plazo de incapacidad para el trabajo (menor a un mes) salvo complicaciones o prueba en contrario.

El mecanismo habría sido golpe, choque o roce con o contra superficie dura. La data estimada de estas lesiones es de 24-48 hs. con anterioridad al examen realizado

Las lesiones que presenta en el antebrazo izquierdo tienen una data estimada superior a 10 días anteriores al examen. El mecanismo de ellas habría sido golpe o choque con o contra elemento con superficie cortante

Las lesiones y su evolución deberán ser controladas y tratadas por los profesionales de la unidad donde se aloja.

Asimismo se deja constancia que el Cuerpo Médico Forense es un organismo pericial y no asistencial hecho por el cual carece infraestructura establecer diagnósticos



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EJEP53016500-2011-CAI

certeza, tratamientos en consecuencia y brindar medicación apropiada a los examinados la cual deberá ser canalizada por los profesionales del 4º C de su lugar de detención o en su defecto si carecen de infraestructura adecuada derivados a un hospital extramuros.

En otro orden, respecto del interno P. M., debe valorarse el informe de fs. 55/56, producido por el Cuerpo Médico Forense, el cual se efectuó el día 14 de septiembre de 2011, en el que se describen seis excoriaciones lineales de 25 cm de longitud por 0,5 cm. de ancho en sentido oblicuo cuyo extremo superior se encuentra desde el omóplato izquierdo hasta la región lumbar del lado derecho y que ocupa la parte media de la espalda. Este informe concluye que: "Las lesiones que presenta M. M. P. M. lo ha inutilizado para el trabajo por un lapso mayor al mes, a partir de la fecha de comisión del hecho, de no mediar complicaciones" y que "en lo que atañe al mecanismo de producción las mismas reconocen el choque, o golpe o roce con o contra objetos o superficies duras o romas".

También respecto del Sr. F. [REDACTED] cabe destacar el informe remitido en fecha 23 de octubre de 2012, por el Jefe del Departamento de Inteligencia Penitenciaria (Prefecto D. Juan C. Ayala quien informó que el ex interno P. M. M. M. ingresó al Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza el día 7 de septiembre de 2011 a las 20.00 hs., procedente del Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (Ex U. - Devoto) y adjuntó copia del Libro de Remisión del Departamento Judicial de fecha 07/09/11 donde consta el ingreso del ex interno junto con otros internos al Complejo Penitenciario citado (ver fs. 73).

En otro orden, debe valorarse la nota remitida, a fs. 91, vía fax también por el Prefecto Juan C. Ayala, en la que se informa que el ex interno

El presente es un documento de carácter confidencial y su contenido no debe ser divulgado a terceros. Toda reproducción o uso no autorizado de este documento es estrictamente prohibido. Se reserva el derecho de la Cámara Federal de la Plata de iniciar acciones legales en caso de incumplimiento de esta advertencia.



2244090304 4537363 11#20 1702 14 33847005

P. fue recibido por la Jefatura de Turno de la Unidad Residencial de Ingreso del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. Concretamente refiere que el interno P. M. M. fue recibido por esa Jefatura a las 2:00 hs. del día 08/09/2011, siendo alojado en el pabellón K Celda N° 02 de dicha Unidad Residencial. A su vez, remitió la nómina del personal de Requisa que prestó servicio en el horario y fechas anteriormente señaladas (ver nómina agregada a fs. 93).

Respecto del interno M. A. C. S., cabe destacar el informe, de fs. 192/193, efectuado por el Cuerpo Médico Forense el día 9 de septiembre, el cual describe lo siguiente:

múltiples lesiones excoriativas en rostro (región temporal, pómulos, y maxilar inferior izquierdo) y en cara lateral izquierda de cuello

- *Cinco lesiones excoriativas lineales y paralelas entre sí en la base de la cara posterior del hemotórax derecho de aproximadamente 10 cm. Cada una con disposición transversal al eje de la columna. Dos lesiones excoriativas lineales y paralelas entre sí en la región central de la cara posterior del tórax de aproximadamente 20 cm. Cada una y con disposición oblicua en relación al eje de la columna con el extremo superior a derecha*

La palpación de la parrilla costal es indolora y la ventilación pulmonar bilateral está conservada.

Este informe, arrojó las siguientes conclusiones: "Las lesiones presentadas por M. A. C. S. lo inhabilitan para el trabajo por un plazo inferior al mes a partir de la fecha de su producción, estimándose igual tiempo para la curación de las mismas.

Se reconoce como su mecanismo productor el golpe choque o roce con objeto, o contra superficie de consistencia dura o firme. Se estima asimismo su data en aproximadamente 48-72 hs considerando que



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EJEP53016500-2011-CMI

por las características inespecíficas de las mismas no se puede aseverar ni descartar que pudieran haber sido auto inflingidas”.

También en el marco de la investigación de los hechos denunciados por S. (ex causa 16.437), cabe destacar el informe remitido a requerimiento del Sr. Fiscal, agregado a fs. 276/286. En este informe, a fs. 276, se encuentra agregada (nuevamente) la nómina de internos que ingresaron el día 8/09/2011 a la Unidad Residencial de Ingreso.

A fs. 281/288, se encuentran agregadas copias del libro de novedades desde el folio 165 al 172. Allí cabe destacar lo asentado el día 07 de Septiembre de 2011 por el Adjutor D. H., en la cual refiere hacerse cargo de la Unidad Residencial de Ingreso como Jefe de Turno (ver fs. 285). En este asiento, a fs. 287 (folio 171), consta el ingreso a las 02:00 hs. (08/09/11), provenientes del Complejo Penitenciario Federal de Ciudad Autónoma de Buenos Aires los internos:

1. S. M. A.
2. F. M.S.
3. R. M.E.
4. R. L. B.
5. L. M. A.
6. G. V. R. A.
7. P. C. A.
8. M. R. A. o M.
9. P. M. M. M.

Asimismo se encuentra asentada una constancia que refiere: “Se procedió a S.R.C. al interno M. P. M. M. por faltar el respeto y negarse a ingresar, siendo alojado en el K-02”.

Cabe mencionar que el libro de novedades antes referido, no resulta el mismo que los agregados a fs. 19 y a fs. 209, atento a que sus foliaturas no coinciden con el desarrollo cronológico de los hechos.

El presente documento es una copia digitalizada de un documento original. El original es el que debe ser consultado para fines legales. Este documento es una copia digitalizada de un documento original. El original es el que debe ser consultado para fines legales.



1244090344 4537363 11#20 17 02 14 33847005

Por último he de referir el informe producido por el Cuerpo Médico Forense el día 8 de septiembre de 2011, respecto del interno P. C. A. el cual se encuentra agregado a fs. 350, y arroja como conclusiones que el interno encuentra hemodinámicamente estable sin signo de sintomatología de enfermedad aguda en evolución actual

Las lesiones descriptas, tienen una posibilidad de curación menor de 30 días, salvo complicaciones, o prueba en contrario inutilizándolo para el trabajo por un lapso menor de 16 días. La data de producción es acorde a lo referido menor a 24 horas. En lo que atañe al mecanismo determinante las mismas son compatibles con roce, golpe o choque con o contra elemento duro con aristas. El tipo de lesiones son presentas (sic) características concordantes, compatibles con las autoinflingidas"

XIV. Hasta aquí, podemos decir que desde el mero análisis de la prueba documental, se puede concluir que este grupo de internos tuvo un ingreso fallido al Complejo Penitenciario Nº 1 de Ezeiza el día 2 al 3 de septiembre de 2011, en el cual no presentaban lesiones, y un ingreso definitivo que se produjo durante la noche del 7 de septiembre y la madrugada del 8 de septiembre en el que si se asentaron lesiones, sin perjuicio que resta investigar el horario de entrada consignado por el Dr. Dañelluk en la nota de fs. 21, que da cuenta de una atención previa en la madrugada del 7 de septiembre por el Dr. Mariano Castro.

En este punto, resulta oportuno valorar los dichos de los internos en punto a complementar la información fragmentaria que puede conocerse a partir de la prueba documental remitida por el Propio personal del Complejo Penitenciario de Ezeiza.

En tal sentido debe recordarse someramente que el Sr. A. M. M. R., refirió en su declaración de fs. 13/14, que en el mes de septiembre de 2011, estaba

SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
 ANEXO Nº 13
 ANEXO Nº 13
 ANEXO Nº 13



1244080344 4537963 11#20 17 02 14 3347005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EJEP53016500-2011-C&I

alejado en Devoto y en dos oportunidades fue trasladado junto a otros internos al Complejo Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza, y que en esas dos oportunidades por cuestiones que desconoce pero que eran relativas a la falta de espacio, no los recibieron y tuvieron que volver a Devoto.

Refirió además que una de esas veces los internos comenzaron a golpear las puertas pidiendo que baje un jefe a dar explicaciones del motivo por el cual no los recibían y que en esa oportunidad nadie le pegó.

Finalmente refirió que en la tercera oportunidad en que fue trasladado junto a otros internos sucedieron los hechos que son materia de investigación.

Lo relatado por el Sr. M. R., resulta en mi opinión un testimonio por demás verosímil y que complementa aquella información con la que se cuenta a partir de la prueba documental existente.

Por su parte el testimonio del Sr. H. P. D. (agregado a fs. 36), que no ha aportado datos de interés, resulta lógico toda vez que, como puede verse -por ejemplo de la nomina agregada a fs. 279-, este interno ingresó en la misma fecha, pero proveniente de otra Unidad Penitenciaria con otro grupo de internos que no es el mismo que el de los hechos que son materia de investigación.

Por el contrario, el testimonio de C. A. P., resulta coincidente con el de M. R., refiriendo una requisita en la que aproximadamente 15 agentes los golpearon en forma violenta a todos los internos que ingresaban, con saña, pegando de diferentes formas, con varillas, patadas y golpes de puño.

Sobre esta declaración, me ha llamado especialmente la atención, la firma atribuida a este interno en el acta agregada a fs. 102, en la cual se refiere que previo a esta declaración, se negó "por decisión personal" a concurrir a prestar declaración

SECRETARÍA DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA DE LEGISLACIÓN
SECRETARÍA DE FISCALÍA
SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN
SECRETARÍA DE INVESTIGACIÓN
SECRETARÍA DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA
SECRETARÍA DE RECLUSIÓN Y ATENCIÓN PENITENCIARIA



1244080304 4587363 11#20 17 02 14 33847005

testimonial. Esta firma resulta a simple vista completamente diferente a la estampada en su declaración testimonial prestada en sede judicial.

A su turno el interno M. M. P. M., se manifestó, a fs. 70/71, en el marco de la ratificación de su propia denuncia, refiriendo que a principios de septiembre de 2011 (la declaración se prestó nueve meses después de los hechos), al ingresar a la denominada "leonera", aproximadamente 5 o 7 agentes penitenciarios comenzaron a golpearlo con palos, patadas y piñas, que lo golpearon en la espalda y las piernas pero no en el rostro porque logró cubrirse. Asimismo recordó que uno de los testigos resultó ser el interno Stefanovich quien también fue agredido.

Por su parte, el I. M. A. S., declaró a fs. 87, manifestándose de manera coincidente con lo anteriormente relatado. M.A.S., declaró que M. M. P. M. ingresó con él, el día miércoles 7 de septiembre de 2011 junto con otros 5 o 6 internos mas.

Recordó que al llegar fueron alojados en el sector denominado "leonera" y fueron llamados uno por vez requisados y revisados por un médico. Que luego de ello el personal de requisa dispuso el traslado de todos hacia la oficina de la Junta, donde se encontraba el Jefe del Módulo de Ingreso, y el de la División Control y Requisa, que a ese lugar ingresaban de a tres internos a la vez y que el ingreso junto con P. M. y otro interno del cual no recordó el nombre mientras el resto esperaba a metros de distancia.

Cabe en este punto referir que, a fs. 177, se encuentra agregada otra declaración prestada ante el Sr. Fiscal Alberto P. Santa Marina, el día 5 de septiembre de 2011 (es decir, con anterioridad a la declaración antes mencionada). Si bien figura como D. F. S., resulta, sin embargo, ser la misma persona que en la declaración de fs. 87 figura como M. A. o S.

En esta declaración, que se prestó en el marco de un Hábeas Corpus presentado por M. A. S.,

10
11
12
13
14



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EJEP53016500-2011-CAI

refirió que deseaba denunciar al personal de requisa que se encontraba de servicio el día jueves 8 de septiembre próximo pasado a la madrugada y contra los jefes del Módulo. Refirió que fue revisado por los médicos al momento de ingresar al complejo, encontrándose sin lesiones en su cuerpo, y al retirarse los médicos se apagó la cámara. Que luego fue conducido por un pasillo donde ingresó la visita a la derecha, donde se encontraba personal de requisa junto con los Jefes de módulo realizando las entrevistas para el ingreso al pabellón. Que fue revisado indicándosele que se saque la ropa y que se tirara al piso y no los mirara a la cara. Que en un determinado momento mientras se sacaba las medias, se le cayó la denuncia que había interpuesto el día 2 de septiembre ante la Defensoría que interviene ante los Tribunales Orales de Capital Federal, y los miró a la cara, y ahí comenzó la golpiza junto a los internos G. B. R. D., F. M., C. D., P. M. y L. C. Que fueron golpeados por siete u ocho personas de los que desconoce sus nombres pero podría identificarlos, que recibió golpes en todo su cuerpo, y le dijeron que se cambiara de ropa y fue golpeado con golpes de bastones o pales que utiliza el personal de requisa y un personal de requisa le refirió que si volvía a hacer la denuncia le iba a ir muy mal.

A su vez refirió que con posterioridad a los hechos llegó el habeas corpus a la noche y que el Jefe de Módulo a las 21:05 horas, le pidió que retirara la denuncia, que esa no era la forma de manejarse y que le iba a ir muy mal, que le iba a poner un resguardo físico y le iba a ir peor y que su vida valía una caja de pastillas. Según los dichos del testigo esta situación volvió a repetirse.

Una nueva declaración de G. en similares términos se encuentra agregada, a fs. 277, habiendo sido prestada el día 2 de noviembre de 2011 ante el Fiscal Alberto Adrián María Gentili.

El Subjefe de Sala
JUAN CARLOS GENTILI
Abogado
JUAN CARLOS GENTILI
Abogado
JUAN CARLOS GENTILI
Abogado



1244080344 4537963 11#20 17 02 14 33847005

Por su parte, el interno M. F. (fs. 133), refirió que él fue el primero que ingresó y que lo subieron a pabellones por lo que no vio más al resto de los internos. En similares términos, el interno M. A. L., refirió que salieron de Devoto, ingresaron al complejo y después de ahí los separaron y no vio más ese interno (en referencia a M. F. (fs. 145)).

Finalmente el Interno M. E. F. declaró a fs. 155/157. Recordó que ingresaron aproximadamente a las 23 horas, que cuando ingresaron los llevaron a la leonera, que luego fueron vistos por el médico, quien los revisó e hizo constancias de que estaban aptos para el ingreso. Que luego de la revisión médica, todos los internos fueron puestos con las manos de atrás mirando a la pared en el Sector de Ingresos, donde de a uno o dos fueron pasando a una oficina, donde se encontraban presentes el Jefe de turno a quien reconoció porque tenía tres estrellas, que había otro agente de mayor categoría porque tenía una estrella que era más grande, sería un subjefe o jefe de ingreso, estaba el Jefe de Requisa y diez o quince agentes de requisita. Que rodeado por los agentes el Jefe de turno le dijo "bueno negro esto no es Devoto, esto es Ezeiza, te vamos a dar la bienvenida y si querés hacer la denuncia hacéla total es una más" luego le dijeron que comience a sacarse la ropa y también le comenzaron a preguntar datos personales y a golpearlo, entre aproximadamente diez agentes, golpeándolo en todo el cuerpo, con patadas, trompadas y utilizando cachiporras, mientras lo insultaban y le decían "hacé la denuncia que no pasa nada" Que lo golpearon en las costillas, piernas y en los brazos y que en la cara casi no lo golpearon porque atiné a cubrirse con las manos. Este interno refirió además que fue el primero que ingresó a esa oficina y que luego fue pasando el resto.

16



1244080344 4387963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP53016500-2011-CAI

Por último, en lo que resulta de interés resaltar, refirió que estuvo detenido varias veces y si bien conoce la práctica de "la bienvenida", en esta oportunidad se les fue la mano y que el interno A. M. M. R. fue uno de los más golpeados.

En mi opinión todos los relatos resultan verosímiles, y las diferencias que pueden surgir, bien pueden explicarse a partir de la personal percepción que de los hechos ha tenido cada uno de los internos.

En el caso de los internos F. y L., estos han declarado que fueron separados del resto. Si bien, no se puede afirmar que sus declaraciones hayan sido reticentes, esta situación no resulta en nada extraña, conociendo las consecuencias a las que se exponen las personas privadas de su libertad que toman la decisión de denunciar violaciones a los derechos humanos.

XV. Como contrapartida debe decirse que los imputados al prestar declaración indagatoria negaron de manera unánime los hechos denunciados, aportando solamente referencias genéricas respecto a como son los procedimientos de ingreso de detenidos en los traslados, y efectuando precisiones respecto de sus funciones en particular. Por otra parte, ninguno de los imputados negó haber prestado funciones en el proceso de traslado de los detenidos el día de los hechos denunciados (aunque negaron que los hechos hayan sucedido de la forma relatada por los internos).

XVI. Puesto a analizar el agravio consistente en cuestionar la no valoración del deber de custodia y la especial función de garantes que recaen sobre los imputados al momento de los hechos, considero que le asiste razón a los Sres. Fiscales.

Una correcta aprehensión de hechos como los que aquí se investigan, puede efectuarse a través de la teoría del delito de infracción de deber. Sin pretensión de exhaustividad, diré que esta teoría fue introducida en la dogmática penal por Claus Roxin en 1963 en su trabajo doctoral publicado bajo el título

El Poder Judicial de la Nación
 Avda. de Mayo 1000, 1000 - Buenos Aires
 Tel: (011) 4311-1000
 www.poderjudicial.gov.ar



1244080344 4527963 11#20 17 02 14 33847005

"Autoría y dominio del hecho" y que posteriormente ha recibido numerosos aportes -entre otros- de autores como Bacigalupo y Jakobs.

Bajo esta mirada, relevante es la inobservancia de los deberes especiales, esto es deberes en virtud de competencia institucional. Por ello obligados siempre autores, independientemente de que ostenten o no el dominio del hecho y su intervención siempre es central.

Los agentes penitenciarios que torturan a las personas detenidas o que están presentes cuando otros los torturan, no requieren para la autoría la prueba del dominio de una situación lesiva. La mera situación de que se perpetren hechos de torturas en la órbita de su intervención, resulta contraria al deber institucional del que son portadores, y por lo tanto resulta también suficiente para erigirlos en autores de esas torturas.

Estenta el rol agente penitenciario en un lugar donde existen personas privadas de su libertad, se espera que no consienta la imposición de torturas, que no mantenga impure esa situación, que no genere ni admita condiciones de detención inhumana y, desde ya que no realice actos de tortura u otros tratos crueles inhumanos o degradantes, sino por el contrario, que se comporte de forma acorde con las expectativas que su posición social y jurídica le requieren.

La cuestión de los deberes estatales de garantía ha sido abordada por la propia CIDH en múltiples ocasiones. Sólo por mencionar algunos ejemplos diré que en el caso *La Cantuta c. Perú*, el juez Cansado Trindade consideró al Derecho como "garante institucional de la persona" humana y enmarcó en esa línea el concepto de "posición de garante" de los funcionarios estatales en ciertos contextos y las consecuencias derivadas de aquella posición.

10. El artículo 18 de la Constitución Nacional establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, al debido proceso, al hábeas corpus, al acceso a la justicia, a la defensa con asistencia de letrado, a ser oído en audiencia pública, a recurrir de los actos de autoridad, a igualar ante la ley, a la igualdad real de oportunidades y a la no discriminación de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.



1244080344 4387963 11#20 17 02 14 33847005

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP53016500-2011-CAI

(Considerandos 20 y 21 del voto razonado del Juez referido)

Asimismo en el Asunto del *Internado Judicial Capital El Rodoc I v El Rodoc II* (Considerando 11) y *Asunto de las Penitenciarias de Mendoza* la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo: "la posición de garante que asumen los agentes del Estado se corresponde con el artículo 1.1 de la Convención Americana y remarcó que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad".

Por otra parte, en *Ximenes López c. Brasil*, la Corte afirmó que el Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir su deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana".

Finalmente, en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, la Corte IDH refirió que el resultado de muerte es atribuible al Estado, no ya por la acción de sus agentes como ha ocurrido en otros casos, sino por la omisión —igualmente reprochable, porque implica incumplimiento de deberes estrictos— en prever ese resultado, perfectamente previsible, y en proveer lo necesario para impedirlo —provisión que se hallaba al alcance del mismo Estado".

XVII. La solución de este caso nos enfrenta a un deficiente aporte de prueba documental que no permite reconstruir por sí solo, con precisión lo

del voto razonado del Juez referido en el párrafo 11 del voto II, Considerando 11 y punto 3.4. Véase también Medidas provisionales respecto de Argentina Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de agosto de 2007, Considerando décimo sexto.

¹ *Ximenes López c. Brasil*, Corte IDH Sentencia de fondo, Penitenciarias v Santos, 4/3/2008, párrafo 148.

² *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v Paraguay*, Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29.08.2006, párrafo 22.

El Poder Judicial de la Nación
 Avenida Corrientes 1247, Ciudad Autónoma de Buenos Aires
 Tel: (011) 4382-1000 Fax: (011) 4382-1001
 Correo electrónico: comunicacion@poderjudicial.gov.ar
 Página web: www.poderjudicial.gov.ar



4244080304 4527363 11#20 1702 14133847005

sucedido al momento de ingresar los internos el día 07 de septiembre de 2011.

Esta falta de precisión debe completarse, otorgando valor a los testimonios de las víctimas, toda vez que sus relatos se corresponden de manera verosímil, aunque siempre reconociendo el carácter provisorio que entraña esta etapa, con los datos fragmentarios que ha aportado el personal penitenciario.

Nótese en este sentido que por ejemplo los informes remitidos a fs 17, 18, 52, se encuentran firmados por el propio imputado D. D. H. que el día de los hechos actuó como Jefe turno.

Por su parte, el informe de fs. 278, se encuentra firmado por el Sub adjutor David Capuano, Jefe de turno de la Unidad Residencial de Ingreso el día 07 de septiembre de 2011 hasta las 20 horas en que se hizo cargo el imputado H. En similar sentido se encuentra agregada a fs. 289 una nota en la que se informa el personal penitenciario que prestó servicios en fecha 7/09/11, la cual se encuentra firmada por G. C. , respecto de quien a fs. fs. 323/328, el Ministerio Público Fiscal solicitó se le reciba declaración indagatoria por los hechos investigados.

Como bien apunta la Procuración Penitenciaria de la Nación, estos casos se encuentran atravesados por una notoria desigualdad entre los internos y el personal Penitenciario y por un fuerte sentido de cuerpo por parte de estos últimos.

Teniendo en cuenta estos extremos, he de valorar especialmente que los dichos de los internos resulten (con diferencias lógicas), verosímiles y coincidentes, además de corresponderse con las heridas descriptas en los respectivos informes efectuados por el Cuerpo Médico Forense.

Los propios responsables de la integridad de los internos, debieron -al menos- explicar por qué las víctimas a su disposición, que al



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FLP 53016500-2011-CAI

3 de septiembre no presentaban lesiones agudas visibles, presentaron con posterioridad a la noche del 7 y madrugada del 8 lesiones compatibles con sus relatos denunciando torturas en el reingreso al Complejo Penitenciario Federal Nº I de Ezeiza.

En orden a lo expuesto, propondré al acuerdo revocar la resolución apelada y dictar los procesamientos del personal penitenciario a cargo de la Unidad Residencial de Ingreso a saber D. D. H. quien se desempeñó como el Jefe de turno de la Unidad Residencial de Ingreso, G. M. V. quien se desempeñó como el Inspector de Servicio, O. F. F. quien se desempeñó como Auxiliar, M. J. B. S. quien se desempeñó como escribiente y, S. G. A. quien se desempeñó como Operador Terapéutico al momento del ingreso de los internos (ver en este sentido las copias certificadas del libro de novedades correspondientes a dicha fecha, que se encuentran adunadas a fs. 281/288).

A su vez, propondré dictar los procesamientos del personal de requisa que prestó servicio en la Unidad Residencial de Ingreso en dicha fecha a saber: G. A. (Ayudante de 1º) quien se desempeñó como encargado de requisa, realizando los movimientos dentro de la Unidad Residencial de Ingreso, E. S. (Ayudante de 4º) quien se desempeñó como encargado de Puesto de Control vehicular de Ingreso, y P. P. (Subayudante) que se desempeñó como auxiliar de requisa.

XVIII. Por otra parte, a fin de garantizar la integridad de los denunciados, corresponde ordenar al Sr. Juez de grado que libre oficio al Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal a fin de que previo informe sobre la situación actual de A. M. M. R., C. A. P., M. M. P. M., M. A. S. y M. E. R., tome medidas que garanticen su seguridad e integridad física sin menoscabar sus derechos.

SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II



24403023# 158736311#2017021413347015

Respecto a la situación de los imputados he de referir que atento al tiempo transcurrido desde el momento de los hechos, no propondré el dictado de la prisión preventiva. Sin embargo, sí he de proponer el apartamiento provisório de sus funciones en la órbita del Complejo Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza, a fin de evitar el posible entorpecimiento de las investigaciones.

A su vez, corresponde notificar esta decisión a la Procuración Penitenciaria Nacional y a la Procuraduría de Violencia Institucional, a fin que tomen las medidas que consideren necesarias para resguardar la integridad de los denunciados.

XIX. Finalmente considero que debe profundizarse la investigación respecto al horario de ingreso consignado, a fs. 21, por el Dr. Dañelluk, para lo cual corresponde citar a prestar declaración informativa a los Dres. Daniel E. Dañelluk del Hospital Penitenciario de Ezeiza y Mariano Castro (Médico de Guardia).

XX. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo:

1.- Revocar la resolución apelada y dictar los procesamientos de D. D. H., G. M. V., O. F. P., M. J. G. S., S. G. A., G. E. A., E. D. S. Y P. C. P. como autores del delito de torturas (arts. 144 ter, incisos 1 y 3, y 45 del Código Penal de la Nación y 294 del Código Procesal Penal de la Nación) en perjuicio de A. M. M. R., C. A. P., M. M. P. M., M. A. S. y M. E. R.

2.- Ordenar al Sr. Juez de Grado que libre oficio al Director del Servicio Penitenciario Federal a fin de que tome medidas que garanticen la seguridad e integridad física de A. M. M. R., C. A. P., M. M. P. M., M. A. S. y M. E. R., de acuerdo a lo expresado en el considerando XVIII.

3.- Ordenar el apartamiento preventivo de las funciones de los imputados en el Complejo

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
F.L.P. 53016500-2011-CAI

Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza, a fin de garantizar el no entorpecimiento de la investigación.

4. Ordenar al juzgado de origen que profundice la investigación respecto al horario de ingreso consignado, a fs. 21, por el Dr. Dañelluk, para lo que deberá citarse a prestar declaración informativa a los Dres. Daniel E. Dañelluk del Hospital Penitenciario de Ezeiza y Mariano Castro (Médico de Guardia).

5.- Notificar la presente resolución a la Procuración Penitenciaria Nacional y a la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCVIN), a fin que tomen las medidas que consideren necesarias para resguardar la integridad de los denunciados.

Así lo voto.

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

I. Llegan las presentes actuaciones conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación deducido a fs. 443/457, por los Señores Fiscales, Dres. Leonel G. Gómez Barbella y Claudio V. Pandolfi, contra la resolución de fs. 433/442. En dicho auto el Juez Federal, Dr. Alberto P. Santa Marina, resolvió disponer la falta de mérito para procesar o sobreseer a los imputados D. D. H., G. M. V., O. F. F. M. J. G. S., S. G. A., C. P., S. G., G. E. A., E. D. S., y P. C. P., sin perjuicio de proseguir la presente investigación, en virtud de lo establecido por el artículo 308 del Código Procesal Penal de la Nación.

II. Los acontecimientos bajo investigación en la presente causa son las torturas que sufrieron varios internos al ingresar al Complejo Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza por parte de funcionarios que se desempeñaban en el mencionado establecimiento.

Las actuaciones bajo análisis están conformadas por la acumulación de varias causas que versan sobre el mismo hecho y que tuvieron su origen a

SECRETARÍA DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
SECRETARÍA DE LEGISLACIÓN
SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN
SECRETARÍA DE ECONOMÍA
SECRETARÍA DE CULTURA
SECRETARÍA DE TURISMO
SECRETARÍA DE VIVIENDA
SECRETARÍA DE ENERGÍA
SECRETARÍA DE COMERCIO EXTERNO
SECRETARÍA DE CIENCIA E INNOVACIÓN
SECRETARÍA DE DESARROLLO URBANO
SECRETARÍA DE TRANSPORTE
SECRETARÍA DE DEPENDENCIA Y PROTECCIÓN DE LA VEJEZ
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA MUJER
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA NIÑEZ
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA JUVENTUD
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA FAMILIA
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA VEJEZ
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA NIÑEZ
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA JUVENTUD
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA FAMILIA



24403023# 15873631# 11# 2017021413347015

partir de las diversas denuncias efectuadas por alguno de los internos.

Seguidamente, para una mejor comprensión de los eventos referidos, considero necesario efectuar -con la mayor precisión que me sea posible- una descripción de las instalaciones del Complejo Penitenciario donde acontecieron los hechos y del camino que, según los datos obrantes en la causa, transitaron las víctimas al ingresar a dicho complejo carcelario.

III. Al respecto, la entrada por la cual ingresó el vehículo que trasladaba a los internos (luego de atravesar el portón principal y el patio delantero del predio) es una puerta de 3,30 metros de ancho. Al ingresar el vehículo, a la derecha se encuentra la oficina de "control vehicular" y a la izquierda la oficina de "control dactilar". En esos lugares se efectúa el control del estado de traslados. En el espacio que separan las oficinas descendieron los internos y avanzaron, atravesando otra puerta, hacia el denominado "sector de tránsito". Este es un espacio de nueve por ocho metros y medio -una especie de distribuidor- en el cual se encuentran las puertas de las denominadas "leonerías", donde se alojan temporalmente los internos previo a la revisión médica y la entrevista personal.

Las "leonerías" son nueve celdas, de entre 4 y 5 metros de largo, donde, según los agentes del Servicio Penitenciario, se alojan temporalmente los internos mientras esperan a ser distribuidos en los diferentes pabellones.

Saliendo del sector de tránsito, es preciso atravesar un corredor de 33 metros para llegar a la sala de "supervisores procesados" (SIC.).

Desde este punto, hay que recorrer un pasillo de 400 metros hacia la derecha, donde se encuentra el sector "Judiciales Supervisores". En este lugar hay una oficina de pequeñas dimensiones donde, previo una

1. Se trata de un
 2. Se trata de un
 3. Se trata de un
 4. Se trata de un
 5. Se trata de un
 6. Se trata de un
 7. Se trata de un
 8. Se trata de un
 9. Se trata de un
 10. Se trata de un



#24403023# 1587363 11#2017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FEP 53016500-2011-CAI

entrevista personal con cada interno, el Jefe de turno hace la distribución de estos y determina en que pabellón se alojarán. Posteriormente, los internos son trasladados al sector que les es asignado.

En la última oficina que hemos mencionado, o sea donde atiende el Jefe de turno, se produjeron las torturas sufridas por las víctimas (A fs. 500/505 obran los planos del edificio que acabamos de describir. Asimismo, a fs. 505, en un sobre papel madera, se encuentran las fotografías y filmaciones del establecimiento que fueron tomadas por los funcionarios y el personal del Juzgado Federal N° 1 de Lomas de Zamora durante la inspección que realizaron el 21 de septiembre de 2016. Recordemos que el 25 de agosto de 2016, esta Sala había encomendado al Juez de grado que realizase una inspección ocular del lugar de los hechos, medida que, como ya dijimos, fue llevada a cabo y cuyos resultados se encuentran agregados a la causa. Asimismo, a fs. 500/501 obra la descripción del establecimiento realizada por funcionarios de la Gendarmería Nacional en virtud de la inspección que realizaron en presencia del Juez Santa Marina. Dicha descripción se condice con la que hemos efectuado supra).

IV. Ahora, intentaré efectuar una reconstrucción de los hechos a partir de los documentos y los testimonios, tanto de los imputados como de las víctimas que obran en la causa. Entiendo que existen ciertas deficiencias en la investigación, que iré señalando a lo largo del voto, pero éstas no obstan a que se pueda confeccionar un panorama cierto de los inhumanos hechos acontecidos.

Concretamente, el 2 de septiembre de 2011 los internos C. A. P., A. M. R., M. P. M., M. E. R., M. S. F., R. D. e G. V., M. A. L., L. R., M. A. S. y R. A. F. fueron trasladados desde la Unidad Penitenciaria de Devoto hacia el Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza, donde no pudieron ingresar debido a problemas

1. Se adjunta el expediente
 2. Se adjunta el expediente
 3. Se adjunta el expediente
 4. Se adjunta el expediente
 5. Se adjunta el expediente
 6. Se adjunta el expediente
 7. Se adjunta el expediente
 8. Se adjunta el expediente
 9. Se adjunta el expediente
 10. Se adjunta el expediente



24403023# 158736311#2017021413347015

de alojamiento (ver libro de novedades de guardia de fs. 209). Según el libro de novedades de guardia médica los mencionados internos estaban "aptos para ingreso, sin lesión agudas externas visibles".

Posteriormente, el 7 de septiembre de ese año, es decir 5 días después, los mencionados internos fueron trasladados nuevamente al mencionado complejo. Según surge de los diferentes documentos, así como de los testimonios obrantes en el expediente, dicho ingreso se produjo alrededor de las 20:00 hs.

En efecto, a partir de los informes que fueron remitidos por el Servicio Penitenciario Federal se pudo saber que los internos que ingresaron al Complejo esa noche fueron concretamente: M. E. R., M. M. P. M., M. A. S., M. S. F., L. D. R., R. D. G. v., M. A. L., D. A. P. y A. M. M. R. (ver fs. 91/100).

Los mencionados internos ingresaron por el sector de tránsito donde fueron alojados provisoriamente en las "leonerías", mientras esperaban para ser entrevistados por el jefe de turno. En ese ínterin, de a uno, fueron revisados por los médicos de guardia en la oficina de control médico y, posteriormente, requisados.

Cabe resaltar que en ese momento, según surge de las planillas de ingreso y los libros médicos, los internos no presentaban lesiones (ej: de la planilla de ingreso de ██████████ ██████████ ██████████ se desprende que el mencionado interno ingresó al complejo a las 20:00 hs. del 7 de septiembre de 2011 "SIN lesiones"). Sobre este punto cabe destacar que es imprescindible, a los fines de completar la instrucción, que el Juez de grado requiera al Servicio Penitenciario la remisión de todas las planillas de ingreso de los internos mencionados.

Con posterioridad a las revisiones médicas, los internos fueron nuevamente alojados en las leonerías. Según el testimonio de M. M. P. M. "al



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EXP 53016500-2011-CAI

momento de ingresar a la denominada "leonera", aproximadamente 6 o 7 agentes penitenciarios comenzaron a golpearlo tanto con palos, lo tiraron al piso y le pegaron tanto patadas y piñas. Que, le golpearon en la espalda, las piernas, pero no en el rostro porque lo logró cubrir..." (ver fs. 71/71).

Estas declaraciones adquieren veracidad a partir del informe del Cuerpo Médico Forense de fs 55/46 efectuado el día 14 de septiembre de 2011, en el que se describen las lesiones sufridas por P. M.: "seis excoriaciones lineales de 25 cm de longitud por 0,5 cm de ancho, en sentido oblicuo, cuyo extremo superior se encuentra desde el omóplato izquierdo hasta la región lumbar del lado derecho y que ocupa la parte media de la espalda. Este informe concluye que: "las lesiones que presenta M. M. P. M. lo han inutilizado para el trabajo por un lapso menor a un mes, a partir de la fecha de comisión del hecho, de no mediar complicaciones" y que "en lo que atañe al mecanismo de producción las mismas reconocen el choque, o golpe o roce con o contra objetos o superficies duras".

En su denuncia de fs. 306, P. M. expresó que el personal que lo había golpeado pertenecía a la sección requisada "quienes lo conocían de la Unidad N° 7 de Chaco".

De todos los internos que presentaron lesiones y que declararon en la causa, P. M. fue el único que manifestó haber sido golpeado en las leoneras. El resto de los internos agredidos aludieron haber sido golpeados en la oficina del sector "Judiciales Supervisores" al momento de efectuarse las entrevistas personales. Recordemos que en este sector hay una oficina de pequeñas dimensiones donde, previo una entrevista personal con cada interno, el Jefe de turno hace la distribución de éstos y determina en qué pabellón se alojarán.

El presente es un documento digitalizado por el Poder Judicial de la Nación.
 Fecha de creación: 14/09/2011 11:27:40
 Fecha de modificación: 14/09/2011 11:27:40
 Fecha de impresión: 14/09/2011 11:27:40
 Fecha de actualización: 14/09/2011 11:27:40



24403023# 158736311#2017021413347015

En esta sentido, según el testimonio de M. A. S. (fs. 37/38) "al momento de llegar (al complejo), fueron alojados con todos los internos en el sector denominado leonera. Allí fueron llamando de a uno por uno y los requisaron en un sector de manera individual y los revisó un médico. Que, luego de ello el personal de requisa dispuso el traslado de todos hacia la oficina de la Junta, donde se encontraba el Jefe de Módulo de Ingreso, y el de la División Control y Requisa. Que, a ese sector accedían de a tres internos a la vez. El declarante ingresó con el interno P. M., y otro de los cuales no recuerda el nombre, mientras que el resto de los internos ingresantes esperaban a unos metros de distancia. Que, mientras los Jefes realizaban los trámites para ingresarlos al pabellón, el personal de Requisa los agredió con piñas, palos, y patadas en todo el cuerpo. Que al declarante le dejaron numerables lesiones, y días más tarde fue trasladado al Cuerpo Médico Forense donde certificaron sus lesiones. Que los golpes constaban de palazos en la espalda y piñas en la cara, tal como lo agredieron al P. M."

Esta declaración fue ampliada por S. en el marco de la causa N° 15.437 que se encuentra acumulada a la presente. Allí, S. declaró que: "...fue revisado por los médicos al momento de ingresar al Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, encontrándose sin lesiones en su cuerpo, y al retirarse los médicos se apagó la cámara. Que luego fue conducido por un pasillo donde ingresa la visita a la derecha, donde se encontraba el personal de requisa junto con los jefes de módulo realizando las entrevistas para el ingreso al pabellón. Que fue revisado indicándosele que se sacara toda la ropa, que se tirara al piso y que no los mirara a la cara. Que en un determinado momento mientras se sacaba las medias, se le cayó la denuncia que había interpuesto el 3 de septiembre ante Defensoría que interviene ante Tribunales Orales

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EXP 53016500-2011-CAI

Capital Federal, y los miró a la y ahí comenzó la golpiza junto a los internos G. B. R. D. F. M., C. C., ° M. y L. C. Que desconoce los nombres pero está en condiciones de identificarlos si los vuelve a ver. Que recibió golpes en todo el cuerpo, y le dijeron que se cambiara de ropa, en ese momento recibió golpes con los bastones o palos que utiliza el personal de requisa, y un personal de requisa le refirió que si iba a volver a hacer la denuncia le iba a ir muy mal, que tomara sus pertenencias, ingresando al pabellón F entre las 02:30 horas y a las 03:00 horas. Que en el día de ayer llegó el habeas corpus a la noche, y fue llamado por el Jefe de Módulo a las 21:05 horas, pidiéndole que retirara la denuncia, que esa no era la forma de manejarse y que le iba a ir muy mal. El Jefe de turno, le dijo que si no retiraba la denuncia le iban a poner un resguardo físico y le iba a ir peor, que su vida valía una caja de pastillas. Que desconoce el nombre del Jefe de Turno pero pueda reconocerlo si lo vuelve a ver. Que a las once de la noche de esa misma fecha lo volvió a llamar el mismo Jefe de Turno, en momentos en que todo el pabellón estaba "engomado" y le reiteró que retirara la denuncia, le habló de su vida privada, que ya había tenido una denuncia y le había ido mal, y que por favor no se manejara de esa manera. Agregó que cualquiera de los internos de ingreso "F" puede officiar como testigo de lo antes narrado porque lo vieron salir en el horario de las 21:00 y a las 23:00 horas." (ver fs. 177).

Respecto de las lesiones sufridas por S. cabe destacar el informe de fs. 182/183, efectuado el 9 de septiembre por el Cuerpo Médico Forense, el cual describe lo siguiente:

múltiples lesiones excoriativas en rostro (región temporal, pómulo, y maxilar inferior izquierdo) y en cara lateral izquierda de cuello;

- cinco lesiones excoriativas lineales y paralelas entre sí en la base de la cara

1. Se adjunta el informe de lesiones de fs. 182/183, efectuado el 9 de septiembre por el Cuerpo Médico Forense, el cual describe lo siguiente:
 múltiples lesiones excoriativas en rostro (región temporal, pómulo, y maxilar inferior izquierdo) y en cara lateral izquierda de cuello;
 - cinco lesiones excoriativas lineales y paralelas entre sí en la base de la cara



posterior del hemotórax derecho de aproximadamente 10 cm. Cada una con disposición transversal al eje de la columna. Dos lesiones excoriativas lineales y paralelas entre sí en la región central de la cara posterior del tórax de aproximadamente 20 cm. Cada una y disposición oblicua en relación al eje de la columna con el extremo superior a derecha:

-la palpación de la parrilla costal es indolora y la ventilación pulmonar bilateral está conservada

En este informe los médicos concluyeron que "las lesiones presentadas por M. A. C. S. lo inhabilitan para el trabajo por un plazo inferior al mes a partir de la fecha de su producción, estimándose igual tiempo para la curación de las mismas

reconoce como mecanismo productor el golpe choque o roce con objeto, o contra superficie de consistencia dura o firme. Se estima asimismo data aproximadamente 48-72 hrs, considerando que por las características inespecíficas de las mismas no se puede aseverar ni descartar que pudieran haber sido auto inflingidas"

Otro de los internos que ingresó ese día, y cuyo relato es similar al de S., fue A. M. M. B. El mencionado interno expresó que el de septiembre se encontraba alojado en Devoto y en dos oportunidades fue trasladado junto a otros internos al Complejo Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza. Que en esas dos oportunidades, por cuestiones que desconoce pero que eran relativas a la falta de espacio, no los recibieron y tuvieron que volver a Devoto.

una las veces, los internos comenzaron a golpear las puertas pidiendo que baje un jefe a dar explicaciones del motivo por el cual no los recibían, dejando constancia que en esa oportunidad no pasó nada, que nadie les pegó.

Sin embargo, expresó que en la tercera oportunidad en la cual fue trasladado a Ezeiza,



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EXP 53016500-2011-CAI

también junto a otros internos. al llegar al penal fueron revisados por un médico que constató que estaban aptos para ingresar. Que cuando estaban haciendo los papeles de ingreso todos juntos en una celda de Módulo de Ingreso fueron trasladados por un pasillo a otro cuarto dentro del Módulo de Ingreso donde fueron golpeados por personal penitenciario.

Sobre este punto, refirió que él fue uno de los últimos en ingresar, que a los internos que pasaron antes les pegaron bastante y que a él lo hicieron poner con la cabeza gacha, que un agente se puso delante y otro detrás y que este último le pegó algunos cachetazos en la nuca. Que por la posición en la que se encontraba no pudo ver quien fue el agresor. Refirió además que, posteriormente, lo tiraron al piso y le pegaron con una varilla dejándole marcas en la espalda.

Finalmente, manifestó que la misma madrugada fue separado y ubicado para salir dado que tenía un comparendo, por lo que a la mañana siguiente lo trasladaron a Tribunales donde se entrevistó con su defensor a quien le comentó lo sucedido. Ese mismo día fue trasladado al cuerpo médico forense donde constataron las lesiones (informe que hemos relatado supra) y por orden del Tribunal no regresó a Ezeiza.

Respecto al hecho denunciado refirió que los agentes eran aproximadamente 10 o 12 y que por el poco tiempo que estuvo en Ezeiza y la forma en que le propinaron los golpes no estaba en condiciones de reconocer a los autores ni decir puntualmente si fueron uno o varias las personas que lo golpearon" (ver fs. 13/14vta).

Los exámenes efectuados por el Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación revelaron que M. R. presentaba "lesiones excoriativas costrosas en el rostro, en ambas mejillas y en comisura labial izquierda, esquimosis en cara anteroexterna del brazo izquierdo, lesiones múltiples

1. Se adjunta el informe médico forense del 10/05/2011.
 2. Se adjunta el informe médico forense del 10/05/2011.
 3. Se adjunta el informe médico forense del 10/05/2011.
 4. Se adjunta el informe médico forense del 10/05/2011.



24403023# 1587363 1102017021413347015

excoriativas equinómicas costrosas en la espalda, en diferentes direcciones; lesiones múltiples de tipo cortante en periodo de cicatrización”

Los peritos concluyeron que “las lesiones que presenta M. .R reconocen un plazo de curación menor a un mes con igual plazo de incapacidad para el trabajo

El mecanismo habría sido golpe, choque o roce con o contra superficie dura.

La data estimada de estas lesiones es de 24 a 48 hs. con anterioridad al examen realizado (téngase en cuenta que el examen fue efectuado el 9 de septiembre de 2011, es decir al día siguiente del ingreso del interno al penal de Ezeiza). Las lesiones que presenta en el antebrazo izquierdo tienen una data estimada superior a 16 días anteriores al examen. El mecanismo de ellas habría sido golpe o choque con o contra elemento con superficie cortante (ver fs. 2/3).

Por su parte, el testimonio de M. A. P., resulta coincidente con el de los demás internos. Refirió que “aproximadamente 15 agentes los golpearon en forma violenta a todos los internos que ingresaban, con saña, pegando de diferentes formas, con varillas, patadas y golpes de puño” Expresó que cuando ingresaron eran aproximadamente las 11 de la noche y que recién les asignaron un alojamiento a la 1 de la madrugada (ver fs. 51). Respecto de este interno, el informe producido por el Cuerpo Médico Forense al día 8 de septiembre de 2011, el cual se encuentra agregado a fs. 350, arrojó como conclusiones que “el interno se encuentra hemodinámicamente estable sin signo de sintomatología de enfermedad aguda evolución actual.

Las lesiones descriptas, tienen una posibilidad de curación menor de 30 días, salvo complicaciones, o prueba en contrario inutilizándolo para el trabajo por un lapso menor de 16 días. La data de producción es acorde a lo referido menor a 24

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EXP 53016500-2011-CAI

horas. En lo que atañe al mecanismo determinante las mismas son compatibles con roce, golpe o choque con o contra elemento duro con aristas. El tipo de lesiones son presentas (SID características concordantes, compatibles con las autoinflingidas”.

Por su parte, el interno M. F. (fs. 133), refirió que fue el primero que ingresó y que lo subieron a los pabellones por lo que no vio más al resto de los internos. En similares términos, el interno M. A. L., refirió que salieron de Devoto, ingresaron al complejo y después de ahí los separaron y no vio más al resto de los internos (ver fs. 145).

Completando el esquema confeccionado, resulta relevante la declaración de M. E. R. la cual obra a fs. 155/157. Manifestó que “ingresaron aproximadamente a las 23 horas. Que cuando ingresaron los llevaron a la leonera, que luego fueron vistos por el médico quien los revisó e hizo constancias de que estaban aptos para el ingreso. Que luego de la revisión médica, todos los internos fueron puestos con las manos de atrás mirando a la pared en el Sector de Ingresos, donde de a uno o dos fueron pasando a una oficina, donde se encontraban presentes el Jefe de turno a quien reconoció porque tenía tres estrellas que había otro agente de mayor categoría porque tenía una estrella que era más grande, sería un subjefe o jefe de ingreso, estaba el Jefe de Requisa y diez o quince agentes de requisa. Que rodeado por los agentes, el Jefe de turno le dijo “bueno negro esto no es Devoto, esto es Ezeiza, te vamos a dar la bienvenida y si querés hacer la denuncia hacéla total es una más”. Luego le dijeron que comenzara a sacarse la ropa y también le dirigieron preguntas sobre datos personales y a golpearlo, entre aproximadamente diez agentes, golpeándolo en todo el cuerpo, con patadas, trompadas y utilizando cachiporras, mientras lo insultaban y le decían “hacé la denuncia que no pasa nada”. Que lo golpearon en las costillas, piernas y en

1. Se adjunta el
 expediente 53016500-2011-CAI
 expediente 53016500-2011-CAI
 expediente 53016500-2011-CAI
 expediente 53016500-2011-CAI



24403023# 1587363 11#2017021413347015

los brazos y que en la cara casi no lo golpearon porque atinó a cubrirse con las manos. Este interno refirió además que fue el primero que ingresó a esa oficina y que luego fue pasando el resto.

Por último, en lo que resulta de interés resaltar, refirió que estuvo detenido varias veces y si bien conoce la práctica de "la bienvenida" en esta oportunidad se les fue la mano, y que el interno A. M. M. R. fue uno de los más golpeados.

En suma, considero que las declaraciones de los internos son verosímiles y permiten completar el panorama de los hechos acontecidos. Las diferencias que se pueden apreciar entre las declaraciones de aquellos (sobre todo respecto al horario de ingreso) son comprensibles a la luz de la traumática situación que sufrieron y no le quitan veracidad a sus manifestaciones. Asimismo, no puedo dejar de señalar que me parece muy grave que los propios internos consideren las vejaciones que padecieron prácticas usuales al ingresar a una unidad penitenciaria. Esto demuestra el estado de desamparo en el cual se encuentran las personas privadas de su libertad que son víctimas de este tipo de hechos y la impunidad de la que, usualmente, gozan los autores de este tipo de delitos.

Por otro lado, he notado que los informes médicos denotan un cierto grado de encubrimiento de los hechos acontecidos.

En efecto, en los distintos informes que hemos relatado, los médicos del Complejo concluyen con complementos absurdos como: *"por las características inespecíficas de las mismas no se puede aseverar ni descartar que pudieran haber sido auto inflingidas"*. Considero que los médicos, al revisar a varios internos en la misma franja horaria, los cuales presentaban lesiones de similares características, debieron advertir el hecho delictivo perpetrado. En cambio, parece que optaron por preparar excusas para

1. Se adjunta el
 2. Se adjunta el
 3. Se adjunta el
 4. Se adjunta el
 5. Se adjunta el



#24403023# 1587363 1102017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP 53016500-2011-CAI

los responsables, y esta actitud torna posible que hechos como los que hemos relatado se vuelvan frecuentes y se naturalicen.

.Al respecto, hay que tener en cuenta que nuestro Código Penal dio un tratamiento especial a la conducta de los médicos omitentes en la última parte del inc 2 del art 144 cuarto ("La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario ministerio público o competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión").

Por lo expuesto y teniendo en cuenta la normativa vigente, considero que el Juez de la causa debería investigar el accionar de los médicos intervinientes a los fines de analizar la responsabilidad que les corresponde por lo hechos bajo investigación.

V. Volviendo pues a los hechos del caso, de lo expuesto hasta el momento surge que las agresiones realizadas por el personal del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza a los internos tuvieron lugar entre las 22:00 hs. del día 7 de septiembre de 2011 y las 5:00 hs. del día siguiente.

De los testimonios de las víctimas, así como de los datos que se han recabado a lo largo de la investigación aparece que el personal que estaba a cargo de los internos era el de ingreso, junto con el personal de requisas.

Ahora bien, a los fines de determinar la responsabilidad de las torturas infringidas a las víctimas, pasaremos a analizar los distintos ínfimes que dan cuenta del personal que cumplía funciones en

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA
 SALA II
 JUZGADO FEDERAL EN LA CAUSA
 Nº 53016500-2011-CAI
 JUZGADO FEDERAL EN LA CAUSA
 Nº 53016500-2011-CAI



24403023# 158736311#2017021413347015

el lugar de los hechos al momento en el cual acontecieron.

a) Según el listado remitido por la Subdirección Unidad Residencial de Ingreso del CPFI de Ereiza, obrante a fs 81/88, los funcionarios que prestaron servicios el 7/09/2011 de 20:00 a las 8:00 hs. del día 8/09/2011 en la mencionada Unidad de Ingreso fueron:

- Jefe de turno. Adjutor E. H.
- Inspector de Servicio: Ayte. Ppal.

G. V.

- Auxiliar Ayte Ppal D. P.
- Escribiente: Ayte 5ta J. G. S.
- Enc. Puesto Control Ayte 3ra C. P.
- Encargado Corredor: Ayte. 2da T. U.
- Celador Pabellón A: Ayte. 2da J. R.

B.

- Celador B-D Ayte 4ta L. L.
- Celador D-E Ayte 4ta L. A.
- Celador F-G Ayte 3era S. A.
- Celador H-I Ayte 4ta J. P.
- Celador J Ayte 2da T. O.
- Celador K. Ayte 4ta J. N.

Por su parte, en el mencionado turno, el personal de requisa estuvo conformado por:

- Jefe de turno Adjutor G. C.
- Encargado General: Ayte. principal

J. P.

- Auxiliar de Requisa: Ayte. de 1era

G. A.

- Auxiliar de Requisa: Ayte. de 1era

V. S.

- Auxiliar de Requisa: Ayte. de 1era

J.V.



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALTA
 FLP 53016500-2011- C. S. I.

- R. V. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 2da
- O. G. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 2da
- F. M. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 2da
- G. R. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 2da
- O. Á. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 2da
- H. J. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 2da
- W. G. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 3era
- C. G. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 4ta
- G. A. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 4ta
- E. S. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 4ta
- H. C. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 4ta
- C. T. ♦ Auxiliar de Requisa: Ayte. de 5ta
- ♦ Auxiliar de Requisa: Subayte. P. P
 (ver fs. 91/93).

b) De acuerdo al informe remitido por la Jefatura de la sección Requisa del CPF1 los funcionarios de dicha sección que prestaron servicios en la Unidad de Ingreso el 7 de septiembre de 2011 en el turno comprendido entre las 20:00 y las 8:00 hs del día siguiente fueron: el Ayte. 1ra. G. A , el Ayte. 4ta. E. S. y el Subayte. P. P. (ver fs. 208).

c) Es momento de referirnos al informe de fs. 319/322. Dicho documento fue labrado por el Jefe de la Sección Personal del CFFI de Ezeiza, el 17 de septiembre de 2014, a pedido del Fiscal Subrogante de

SECRETARÍA DE JUSTICIA
 CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALTA
 FLP 53016500-2011- C. S. I.
 SECRETARÍA DE JUSTICIA
 CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALTA
 FLP 53016500-2011- C. S. I.



24403023# 158736311#2017021413347015

la Procuración General de la Nación, Dr. Abel D. Córdoba. El mencionado Fiscal había solicitado a fs. 311 que se le informasen los "datos identificatorios (nombres y apellidos completos, tipo y n° de documento, domicilio real actualizado, situación de revista y destino al día del informe) de los Agentes penitenciarios que cumplían funciones en el Complejo Penitenciario Federal N° 1 el 8 de septiembre de 2011, con los cargos y funciones que se detallan a continuación: Jefe de turno Adjutor D. H. Inspector de Servicio Ayudante Principal 3 Y., auxiliar principal O. P., Escribiente Ayudante de 5ta. J. G. S., Celador Ayudante de 3ra. S. A., y los integrantes del grupo de requisas: jefe de turno Adjutor 3 C., Encargado General Ayte. principal J. P., Auxiliar de Requisa Ayudante Principal J. G. Ayudante de 1era. G. A., Ayudante de 1era. V. S., Ayudante de 1era. J. Y., Ayudante de 2da. R. V., Ayudante de 2da. O. G., Ayudante de 2da. F. M., Ayudante de 2da. G. R., Ayudante de 2da. O. A., Ayudante de 2da. H. J., Ayudante de 3era. C. S., Ayudante de 3era. W. G., Ayudante de 4ta. C. G., Ayudante de 4ta. G. A., Ayudante de 4ta. E. S., Ayudante de 4ta. H. C., Ayudante de 5ta. C. T., Subayudante P.

En mi opinión hubiera sido de más utilidad que el Fiscal hubiese solicitado que le informasen acerca de la función que cumplían los mencionados sujetos al momento de los hechos investigados -7 y 8 de septiembre de 2011- y no al día del informe -17 de septiembre de 2014-.

ya dijimos, esta solicitud fue respondida con el informe agregado a fs. 315/322, el cual detalla los datos de cada uno de los funcionarios que prestaron funciones ese turno, enunciando las que cumplían al día de la confección de dicho informe. A continuación lo transcribiremos para mayor claridad:

"El Adjutor Principal D. D. H. (credencial N° 35.048), cumplía funciones al día del informe como



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

**Poder Judicial de la Nación****CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II**
E.L.P. 53016500.2011. C.61

Jefe de Turno en el Módulo de Ingreso, Selección y Tránsito de este Complejo"; el Ayudante principal O. F. P. (credencial N° 29.406), cumplía funciones al día del informe como Encargado del Puesto Control Módulo, en el Módulo de Ingreso, Selección y Tránsito de este Complejo"; el Ayudante de Quinta M. J. G. S. (credencial N° 37.277), cumplía funciones al día del informe como escribiente, en el módulo de Ingreso, Selección y Tránsito de este complejo; el Ayudante de Segunda S.G. .A. (credencial N° 32.844), cumplía funciones al día del informe como Operador Terapéutico, en el módulo de Ingreso, Selección y Tránsito de este complejo; el Ayudante Principal J. E. P. (credencial N° 28.328), cumplía funciones al día del informe como Encargado General de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante Principal J. A. G. (credencial N° 28.910), cumplía funciones al día del informe como Escribiente de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Primera G. E. A. (credencial N° 30.661), cumplía funciones al día del informe como Encargado la Sección Requisa Módulo VI de este complejo; el Ayudante de Primera V. D. S. (credencial N° 31.209), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa Módulo VI de este complejo; el Ayudante de Primera J. C. V. (credencial N° 31.245), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Primera P. O. V. (credencial N° 29.027), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Primera O. A. G. (credencial N° 31.110), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Segunda Fernando Fabián Maldonado (credencial N° 32.249), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Segunda G. J. R. (credencial N° 32.289), cumplía funciones al día del informe como Encargado de

1. Se adjunta el
 expediente N° 10.000.000
 2. Se adjunta el
 expediente N° 10.000.000
 3. Se adjunta el
 expediente N° 10.000.000



24409023# 1587363 1102017021413347015

Pañol de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Segunda O. A. Á. (credencial N° 32.377), cumplía funciones al día del informe como chofer de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Segunda S. H. G. (credencial N° 32.689), cumplía funciones del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Segunda W. D. G. (credencial N° 29.027), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Tercera G. G. A. (credencial N° 35.158), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Cuarta E. D. S. (credencial N° 36.192), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Cuarta N. J. C. (credencial N° 36.408), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Cuarta C. M. T. (credencial N° 37.349), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo; el Ayudante de Quinta P. C. P. (credencial N° 38.438), cumplía funciones al día del informe como Auxiliar de la Sección Requisa de este complejo

Asimismo se destaca que no se informa los datos del Adjunto G. C. (credencial 36.032) en virtud que ha sido trasladado por razones de servicio a la Prisión Regional del Norte (U ?) mediante disposición N° 1493 D. G. C. P. dejando de prestar servicios en este Complejo el día 15/08/2012. Como también no se informa los datos del Ayudante de Tercera C. S. (credencial N° 33.178) en virtud que ha sido trasladado por razones de servicio al Complejo para Jóvenes Adultos mediante Disposición N° 2009/13 D.G.C.P. dejando de prestar servicios en este complejo el día 19/11/2013* (ver fs. 319/322).

1. Se adjunta el
 2. Se adjunta el
 3. Se adjunta el
 4. Se adjunta el
 5. Se adjunta el



24403023#158736311#0217021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
F.L.P. 53016500-2011- C.S.I.

Es importante recalcar que en este informe el Jefe de la Sección Personal del Servicio Penitenciario detalló las tareas que los funcionarios cumplían al día del informe (es decir el 14 de septiembre de 2014, cuando fue confeccionado el mismo) y no al día de los hechos bajo investigación (es decir el 7 y 8 de septiembre de 2011).

Por lo expuesto, dicho informe (fs 319/321) no es relevante a los fines de determinar la intervención de los hechos investigados, ya que no aporta datos relativos a la tareas que cumplían los funcionarios el día de los hechos.

d) Del "libro de novedades de requisa y de recinto Judicial" correspondiente al mes de septiembre de 2011, el cual fue remitido por el Servicio Penitenciario Federal a pedido de esta Sala, surge que los encargados del día 7 de septiembre de 2011, del turno comprendido entre las 20:00 y las 8:00 horas del 8 de septiembre eran el "Subalcaide C. S. (Jefe de día), Adj. G. C. (Jefe de turno de requisa), Ayte. ppal. J. P. (Encargado General de requisa), Ayte. Primera G. A. (Encargado URI), Ayte. Cuarta E.S. (Encargado P.C.I.V)".

e) Del "libro de novedades de la Jefatura de Turno", cuyas copias obran a fs 281/288, surge que a las 20:00 hs. el Adjunto D. H. se hizo cargo de la Unidad Residencial de Ingreso. Asimismo, figuran como personal de servicio al Subalcaide C. S. (Jefe de día), el Ayudante Principal G. V. (Inspector de Servicio), el Ayudante Principal O. P. (Auxiliar del inspector), el Ayudante de Quinta J. G. (Escribiente de turno), el Ayudante de Tercera C. P. (Encargado de la puerta URI) y el ayudante de Segunda S. G. (Encargado del corredor).

Por su parte, figuran como celadores de los distintos pabellones el Ayudante de Segunda R. E. (Pab. A), el Ayudante de Cuarta L. L. (Pab. E-C), el Ayudante de Cuarta A. (Pab. D-E), el Ayudante de

SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
F.L.P. 53016500-2011- C.S.I.
FOLIO 100 DE 100



24403023# 1587363 11#2017021413347015

Tercera B. A. (Pab. F-G), el Ayudante de Cuarta J. P. (Pab. H-I), el Ayudante de Segunda C. D. (Pab. J) y el Ayudante de Cuarta J. H. (Pab. K).

f) Por otra lado, he notado que en varias de las fotografías que se tomaron cuando el personal del Juzgado Federal de Lomas de Zamora visitó la Unidad Penitenciaria, se puede apreciar la existencia de grabadoras (cámaras) fijas en el complejo (específicamente en el sector de tránsito donde se encuentra la entrada a las leoneras y en los corredores que conducen a la sala de "control médico" y de "supervisión de procesados"); de las cuales no tenemos dato alguno. Es necesario, previo a la conclusión de la etapa instructoria, que el Juez de grado requiera a la Dirección del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza que remita las filmaciones correspondientes a los días 2, 7 y 8 de septiembre de 2011.

VI Ahora, nos referiremos a las declaraciones prestadas por los funcionarios que fueron indagados, las cuales aportan elementos fundamentales a los fines de determinar la responsabilidad por los crímenes bajo investigación.

1) La indagatoria prestada por D. D. H. se encuentra agregada a fs. 401/403. Éste negó los hechos que le fueron atribuidos. Refirió que en el año 2011 revestía el grado de Adjutor, el cual tiene como insignia en el hombro del uniforme dos estrellas plateadas pequeñas. Que su función era ser Jefe de Turno de la Unidad Residencial de Ingreso, allí recibía a los internos provenientes de otras unidades o alcaldías. "Que al momento del ingreso de los internos, previo paso por la Sección Requisa y Sección Judicial, son llevados a su despacho, hasta que de a uno, son entrevistados y según su situación criminológica, es decir, causas y antecedentes se los aloja en distintos Pabellones.

Que no existieron los hechos que describieron los internos. Al momento de efectuarse

SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
 SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
 SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS



#24403023# 1587363 1102017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FLP 53016500-2011-CAI

las entrevistas se encuentran presentes dos agentes, su inspector y el auxiliar. Los tres son los únicos que se encuentran presentes al momento de la entrevista, y se encuentran abogados a efectuar las mismas, mientras el resto del personal se encuentra en diferentes funciones, como por ejemplo de celador y encargado de corredor, quienes no pueden dejar su lugar de trabajo, ya que son los que tienen contacto con los internos las veinticuatro (24) horas del día.

El lugar donde se efectúan las entrevistas es muy pequeño en tamaño, y además hay bastante mobiliario, con lo cual es imposible la concurrencia de más de cinco personas en forma simultánea. Refirió la necesidad de dejarlo asentado, dado que los internos, en sus declaraciones, han manifestado haber sido golpeados por entre 10 y 15 agentes del Servicio, lo cual resulta imposible en esa oficina. Asimismo refirió que deseaba aclarar que el médico de guardia nunca presente cuando ellos realizan entrevista y una vez terminada la misma, inmediatamente es asignado un lugar de alojamiento dentro de la UR de Ingreso, encontrándose el Pabellón F, donde ingresaron la mayoría de los internos de ese día, a diez metros de distancia aproximadamente de la Jefatura. Preguntado para que diga que diga cuáles son las tareas que tiene asignadas en su función dentro de la jefatura de turno el imputado manifiesta que su función es el control de todos los pabellones, los cuales son doce de cincuenta internos, es la autoridad máxima dentro del Módulo, y es a quien se le consulta en relación a cualquier conflicto que pueda ocurrir con algún interno, por ejemplo, una visita al médico una solicitud de visita. En efecto, también se realiza una recorrida alrededor de los Pabellones, y en las mismas, el contacto con los internos es directo. Con lo cual se torna imposible que él tenga un conflicto con algún interno cuando luego tiene que atenderlos de forma personal. Preguntado para que diga si recuerda

1. Sección de la 1.ª
 2. Sección de la 2.ª
 3. Sección de la 3.ª
 4. Sección de la 4.ª
 5. Sección de la 5.ª
 6. Sección de la 6.ª
 7. Sección de la 7.ª
 8. Sección de la 8.ª
 9. Sección de la 9.ª
 10. Sección de la 10.ª
 11. Sección de la 11.ª
 12. Sección de la 12.ª
 13. Sección de la 13.ª
 14. Sección de la 14.ª
 15. Sección de la 15.ª
 16. Sección de la 16.ª
 17. Sección de la 17.ª
 18. Sección de la 18.ª
 19. Sección de la 19.ª
 20. Sección de la 20.ª
 21. Sección de la 21.ª
 22. Sección de la 22.ª
 23. Sección de la 23.ª
 24. Sección de la 24.ª
 25. Sección de la 25.ª
 26. Sección de la 26.ª
 27. Sección de la 27.ª
 28. Sección de la 28.ª
 29. Sección de la 29.ª
 30. Sección de la 30.ª
 31. Sección de la 31.ª
 32. Sección de la 32.ª
 33. Sección de la 33.ª
 34. Sección de la 34.ª
 35. Sección de la 35.ª
 36. Sección de la 36.ª
 37. Sección de la 37.ª
 38. Sección de la 38.ª
 39. Sección de la 39.ª
 40. Sección de la 40.ª
 41. Sección de la 41.ª
 42. Sección de la 42.ª
 43. Sección de la 43.ª
 44. Sección de la 44.ª
 45. Sección de la 45.ª
 46. Sección de la 46.ª
 47. Sección de la 47.ª
 48. Sección de la 48.ª
 49. Sección de la 49.ª
 50. Sección de la 50.ª



24403023# 1587363 11#2017021413347015

con quien desempeñó sus funciones al momento del ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, el nombrado manifiesta que se encontraba con el Ayudante Principal V quien se desempeñaba como Inspector, y el Ayudante Principal P quien se desempeñaba como Auxiliar del Inspector. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que la Sección Requisa lleva de a uno a los internos a la oficina de Jefatura justamente para evitar conflictos mientras el resto aguarda en el recinto judicial. Si existe alguna novedad dentro de la Jefatura, se calma al interno y oportunamente se lo sanciona mediante un parte disciplinario y es alojado en un lugar distinto al común, es decir una celda de aislamiento, dentro del Pabellón K, y se deja asentada la novedad en el Libro de novedades. Si sucede en el recinto judicial, como pertenece a la Sección Requisa o en su defecto a la Sección Judicial, manejan secciones. Preguntado al Dr. Pablo Martín Jurado y al Dr. Cappelleri si deseaban realizar alguna pregunta por medio del juzgado, el Dr. Jurado refirió que sí, que desea se le pregunte a su defendido, si dentro del uniforme que le es asignado, posee algún bastón, tonfa, o algún otro elemento, a lo que se hace lugar, manifestando el imputado que no. Que el personal de Jefatura de Turno no posee ningún elemento además del uniforme. En efecto si hay algún disturbio con la población carcelaria, se solicita la presencia de la Sección Requisa, que recién ante un episodio, portan tonfas, chalecos anti-punzantes, escopetas con bala de goma, escudos, coderas o rodilleras y botas anti-tumulto. El Dr. Jurado solicitó que se le pregunte a su defendido, si él podría ingresar dentro de la Sección de Recinto Judicial o Requisa e impartir alguna orden o tomar alguna decisión sin el consentimiento de los Jefes de dichas áreas o

1. Sección de Recinto Judicial
 2. Sección de Requisa
 3. Sección de Judicial
 4. Sección de Inspección
 5. Sección de Auxilio del Inspector



24403023#158736311#2017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EXP 53016500-2011-CAI

viceversa, a lo que se hizo lugar, manifestando el imputado que su función es exclusiva dentro de la Jefatura de Turno. La sección de Judicial o de Requisa son independientes, por lo que ningún jefe podría arrogarse prerrogativas de otras áreas. En efecto la llave de la puerta divisoria entre la Jefatura y el Recinto Judicial la posee un agente de Requisa, quien es el que abre en caso de que alguien necesitara ingresar. Seguidamente el Dr. Cappelleri solicitó que se le pregunte a su defendido la diferencia entre el uniforme utilizado por el personal de requisa y el del personal de jefatura, a lo que se hace lugar, manifestando el imputado que no existen diferencias, que los uniformes son exactamente iguales, siendo obligatorio el distintivo de nombre y de grado. A instancias del Juzgado, el nombrado aclaró que es su obligación controlar que los agentes utilicen ambos distintivos. Preguntado para que diga si deseaba agregar algo más desea manifestar que los internos denunciados eran internos que conocían el ámbito penitenciario y poseían condenas de larga data, por lo cual tenían el conocimiento claro respecto a los grados y funciones de los agentes. Con esto lo que quiere decir es que los internos pueden identificar las diferencias entre los grados y funciones".

2) La declaración de G. M. V. se encuentra agregada a fs. 397/398. El imputado negó todo lo actuado. Preguntado para que diga que diga cuáles son las tareas que tiene asignadas en su función dentro de la jefatura de turno, manifestó que cuando ingresa primero se le pasan las novedades, luego se le dan las boletas de los pabellones, se realiza el recuento, se fija que den los números entre las boletas y los presentes, y una vez realizado, se le da aviso del conforme al Jefe de Turno. Recién se da el recreo a los internos, y el turno saliente se va de franco. Este es el procedimiento normal al momento de iniciar una jornada laboral. Preguntado para que diga que diga

1. Se adjunta el
 expediente 53016500-2011-CAI
 expediente 53016500-2011-CAI
 expediente 53016500-2011-CAI
 expediente 53016500-2011-CAI



24403023# 158736311# 2017021413347015

cómo se realizan los ingresos de los internos que provienen de otras unidades carcelarias, manifestó que llega al camión de traslados con un listado, primero lo ve el área judicial que controla los legajos, luego pasa a la sección requisa que arma el pañol, es decir, se revisan todos los elementos entre las pertenencias de los internos que se pueden ingresar y aquellos prohibidos quedan en custodia del servicio. Luego de ello, en el mismo recinto judicial los revisa un médico de la unidad, quien realiza el certificado médico de cada uno de los ingresos, en presencia del personal de requisa, y luego junto con la planilla de traslados, son remitidos por el encargado de requisa para que vayan haciendo de a uno, el ingreso. El ingreso consiste en que el Jefe de turno realice una entrevista con cada uno de los internos, y ver si ya estuvo detenido en el penal, por qué motivos, si tiene algún conflicto con alguien. Culminada la entrevista, se le asigna un alojamiento, y el personal de Jefatura lo deriva al Pabellón que corresponda dentro de la Unidad Residencial de Ingreso, hasta su alojamiento en forma definitivamente. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 6 de septiembre del año 2011 manifestó que no lo recuerda, pero que los hechos debieron transcurrir como ha relatado un día normal en las funciones. Que cualquier novedad respecto al ingreso debió haberse volcado en los libros. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que depende de donde suceda la novedad. Si por ejemplo comienza una riña entre los internos en el recinto judicial, queda a cargo el personal de requisa, y se deja asentado en el libro de novedades del sector de requisa, y dependiendo la gravedad también se da conocimiento a los auditores del Complejo. Si sucede en la Jefatura, se hace cargo la Jefatura y se asienta la novedad en el libro de

1. Se adjunta el
 2. Se adjunta el
 3. Se adjunta el
 4. Se adjunta el
 5. Se adjunta el
 6. Se adjunta el



24403023# 1587363 11#2017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP 53016500/2011-CAI

novidades de la Jefatura. Preguntado para que diga con quien desempeñó sus funciones ese día, manifestó que se encontraba el Jefe de turno, de apellido H., su auxiliar de apellido P., el escribiente G. S. y el agente P. quien se desempeñó en el control”.

3) La declaración de D. F. P. se encuentra agregada a fs 406/407. Al igual que los dos computados anteriores negó todos los que hechos que se le imputaron. Preguntado para que diga que diga cuales son las tareas que tiene asignadas en su función dentro de la jefatura de turno, manifestó que en ese entonces se desempeñaba como auxiliar. Su tarea consistía en colaborar con el Jefe de Turno y con el Inspector en las tareas que le solicitaran. Preguntado para que diga que diga cómo se realizan los ingresos de los internos que provienen de otras unidades carcelarias, manifestó que ellos se encuentran en Jefatura. Que cuando ingresan los internos, el camión lo reciben es el personal de requisita, luego judiciales revisa los papeles del interno y si está todo bien, vuelve el personal de requisita junto con un médico para que se realice la revisión de los internos junto con el pañolero que es el que revisa las pertenencias. Recién culminado ello, se avisa a Jefatura de los nuevos ingresos, y los lleva de a una a la Jefatura para que se les realice una entrevista, la cual la hace el jefe de turno y de allí se lo deriva al alojamiento que correspondía. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que el ingreso de los internos se desarrolló con normalidad. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que generalmente no suceden novedades dentro de la Jefatura. Si sucediera algún conflicto con los internos, depende del lugar donde sucedió la riña. Por ejemplo si fue en la leonera se hace cargo el personal

1. Poder Judicial de la Nación
 2. Cámara Federal de la Plata - Sala II
 3. Expediente N° 53016500/2011-CAI
 4. Folio 406/407
 5. Declaración de D. F. P.



24403023# 1587363 11#2017021413347015

de requisa. si fuera en jefatura se hace cargo el personal de jefatura. Preguntado para que diga con quien desempeño sus funciones ese día manifestó que quienes estaban siempre eran el Inspector en ese día era V, el Jefe de Turno que ese día era H y el Escribiente que era G.

4) La declaración de M. J. G. S. se encuentra agregada a fs. 410/411. Al igual que el resto de los coimputados negó todos los hechos que le fueron atribuidos Refirió que "con respecto a ese día no recuerda lo sucedido. Aclaró que su trabajo consiste en hacer todos los días lo mismo, es muy rutinario, y se dedica a las tareas administrativas como Escribiente de Turno. Preguntado para que diga que diga cuales son las tareas que tiene asignadas en su función como Escribiente de Turno, manifestó que se desempeña en una oficina individual. Los Escribientes reciben los oficios judiciales en relación a los internos o a los agentes, y se encarga de cumplimentar las mandas judiciales, o en caso de que un interno presente un escrito que quiere hacer llegar o a las autoridades penitenciarias o a sus juzgados, el los recibe y le da curso. Preguntado para que diga si dicha oficina interviene administrativamente en los ingresos de los internos que provienen de otras unidades carcelarias, manifestó que a él sólo se le acerca la lista de los internos ingresantes, para cargarlas en la base de datos. Preguntado para que diga si recuerda el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011 manifestó que no lo recuerda. Preguntado para que diga la distancia entre su oficina y la de la Jefatura de turno, manifestó que son contiguas pero como tienen entradas separadas para llegar debe dar una vuelta. Preguntado para que diga en caso de suscitarse una novedad con los internos, si él se encarga de labrar algún tipo de parte o acta, manifestó que sí, que él también es el encargado de armar los sumarios prevencionales, que los redacta



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP 53016500-2011-CAI

conforme le indican que sucedieron los hechos, y le acompañan los certificados o elementos que correspondan agregarse”.

5) La declaración de S. G. A., se encuentra agregada a fs. 414/415. El imputado negó todos los que hechos que le imputaron. “Manifestó que su función consiste en ser Celador u Operador Terapéutico, ello implica tomar la guardia, hacer el recuento del Pabellón al que este asignado, una vez que se pasa la novedad que todo está correcto, vuelve a la celaduría y allí se queda. Al momento de los hechos las guardias eran fijas, a diferencia de la actualidad, que cumple horarios rotativos. Desde la celaduría se encarga de controlar a través de las ventanas de acrílicos el comportamiento de los internos. A excepción de que algo ocurra, o que haya algún ingreso generalmente las puertas tanto de la exclusiva como de la celaduría no se abren, por cuestiones de seguridad. Asimismo aclara que la distancia entre la celaduría y la Jefatura de turno es treinta metros distancia aproximadamente, y no existe contacto ni visual, ni auditivo entre ambas oficinas, ya que se encuentran divididas por tres puertas, dos herméticas y una reja. Preguntado para que diga que diga si dentro de su función, él interviene en los ingresos de los internos que provienen de otras unidades carcelarias, manifestó que no interviene en el ingreso del camión de traslados, ni en las entrevistas de jefatura, sino que al momento del ingreso de los internos al Pabellón donde se encuentra cumpliendo funciones. El personal de Jefatura lleva al interno, él toma los datos del interno, y desde la exclusiva los acompaña a la celda que les corresponda. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 9 septiembre del año 2011, manifestó que recuerda que fue una guardia normal. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los

1. Sección de la
 2. Sección de la
 3. Sección de la
 4. Sección de la
 5. Sección de la



24403023# 1587363 11#2017021413347015

internos. manifestó que si el interno llega a la celaduría, es porque está apto para el ingreso, no pudiendo surgir a esa instancia novedad. Preguntado para que diga en caso de surja una novedad una vez los internos están alojados en el Pabellón, refirió que el celador nunca puede abandonar la celaduría. Que si existiese alguna novedad entre los internos, su obligación es dar aviso inmediato a la Jefatura de Turno. Preguntado para que diga con quién desempeño sus funciones ese día, manifestó que su función es en solitario y a puerta cerrada⁷.

5) La declaración del imputado O. E. P se encuentra agregada a fs. 417/418. El imputado negó todos los hechos que se le imputaron. Expresó que "en entonces desempeñaba dentro Puesto Control Externo del Módulo de Ingreso que se encuentra ubicado a treinta metros de lo que es recinto judicial y jefatura. Su trabajo consiste en la apertura del portón para el ingreso de los Móviles de la División de Seguridad y Traslados tanto Provincial, Federal, de Policía Federal, de la Gendarmería, Médicos de guardia, y Móviles del mismo Complejo. Cuando algún móvil arriba a dicho Módulo, se toma los datos del funcionario que ingrese, y en el caso de los Móviles trasladados internos, verifica con el listado que ingresen la cantidad de internos que allí figuran, sin verificar la identidad de cada uno de ellos, tomando los datos únicamente del chofer y custodia a cargo de la comisión. Asimismo su tarea es controlar la cantidad de aquellos internos que quedan dentro de los móviles, y asimismo de los internos que egresan ya un alojamiento definitivo en otro establecimiento, o para cumplir alguna manda judicial. Que la información de horario de ingreso, egreso, cantidad de internos y la referencia de quien encuentra a cargo de la comisión se asienta en un libro de novedades del puesto de control. Preguntado para que diga si recuerda el ingreso de los internos

⁷ Fuente: fs. 417
 7) Fuente: fs. 417
 8) Fuente: fs. 417
 9) Fuente: fs. 417
 10) Fuente: fs. 417



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP 53016500-2011-CAI

del día 8 de septiembre del año 2011. manifestó que no recuerda nada en particular. Sólo que tomó la guardia, la misma se desarrolló con normalidad, realizó los movimientos correspondientes de los móviles, hasta que llegó su relevo a las 8.00 de la mañana, y se fue de franco. Preguntado para que diga el procedimiento en caso de suscitarse alguna novedad con los ingresos y/o egresos, manifestó que si sucediera alguna novedad,

ejemplo un incendio dentro de la Unidad la Jefatura de Turno puede solicitarle que realice el llamado a los bomberos. En caso de que la novedad se produzca en el puesto de control debe dar aviso a su superior, que en este caso es el Inspector de Turno o Jefe de Turno. Preguntado al Dr. Cappelleri si deseaba realizar alguna pregunta a través del juzgado, el nombrado manifestó que sí, que deseaba que se le pregunte cuando habla de un portón, si el mismo resulta ser automático, o requiere de su traslado hacia allí para la apertura y cierre, a lo que se hizo lugar, manifestando el imputado que el portón no es automático, sino que requiere de su traslado y destreza. A instancias del Dr. Cappelleri le fue preguntado cual es el promedio de móviles que pueden ingresar egresar en una jornada laboral manifestando el imputado que el promedio es de cinco móviles. A través del Dr. Cappelleri se le preguntó a donde se dirige un móvil que ingresa con internos manifestando el imputado que se dirige al costado del módulo que es el recinto judicial. Luego de ello, ya no tiene contacto con los mismos, hasta que el móvil egrese. A instancias del Juzgado, aclaró que existe una prohibición para que los internos se dirijan a pie al recinto judicial. A través del Dr. Cappelleri se le preguntó si desde su puesto de trabajo, tiene contacto visual con los internos ya sea los que estén en jefatura o en el recinto judicial, manifestando el imputado que sí, que tiene contacto visual porque existen cámaras en el recinto judicial y pasillos de

1. Sección de...
 2. Sección de...
 3. Sección de...
 4. Sección de...
 5. Sección de...



22403023# 1587363 11#2017021413347015

jefatura. cuyas imágenes se pueden visualizar en las pantallas ubicadas en el puesto de control. También a través del Dr. Cappelleri se le preguntó si mientras cumplía funciones, había podido observar en el día de los hechos, alguna anomalía o algo que llamara su atención, el imputado manifestó que no vio nada y que su guardia se desarrolló con normalidad".

7) Por su parte la declaración de G. E. A. se encuentra agregada a fs. 422/423. "El imputado refirió que nunca paso algo así, que no han hecho nada de lo que dicen los internos. Que su función a la fecha del hecho, consistía en ser en Encargado de Requisa. Que ese día, conforme surge de los libros de novedades, el ingreso de los internos se desarrolló con total normalidad. Que su función consistía en realizar los movimientos de los internos dentro de la Unidad Residencial de Ingreso, es decir, acompañarlos. En el caso de ingreso de internos provenientes de otra unidad, cuando llega el móvil quien los recibe es el agente ubicado en el puesto vehicular, que quien les comunica a la Sección Requisa el ingreso del móvil. Una vez comunicados, se hacen presentes tanto él, en su carácter de Encargado, cómo su auxiliar, que el día de los hechos fue P. P. como apoyo al recinto judicial Allí se los identifica, se los hace ver por un médico de guardia, se le revisan las pertenencias para que no ingrese ningún elemento prohibido Aclaró que esos movimiento se hacen de a un interno a la vez por cuestiones de seguridad. Una vez que ello termina, se los aloja en una celda común, a excepción de que alguna tuviese una medida de resguardo, y al terminar el proceso se avisa a Jefatura de Turno que hay un ingreso. Cuando Jefatura lo solicita se lleva a un interno por vez a la oficina de Jefatura para la entrevista, junto con el formulario de ingreso. Una vez llevado el interno, el personal de requisa vuelve al recinto hasta que se pida al próximo interno no teniendo más contacto con los mismos. Que una vez que

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



24403023# 1587363 1102017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EXP 53016500-2011-CAI

se hayan llevado a todos los internos, vuelve a la oficina de la Sección requisita que se encuentra ubicada aproximadamente a diez metros del recinto judicial. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año manifestó recuerda particular. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos manifestó que ante una novedad se da aviso al Encargado General de Requisa, quien da las directivas a seguir y es obligatorio dejarlo asentado lo sucedido en el Libro de Novedades. Preguntado por S.S. para que diga con quien desempeño sus funciones ese día, además de con su auxiliar, manifiesta que sólo se encontraba con él".

8) La declaración de S. G., se encuentra agregada a fs. 426/427. El imputado negó los hechos que le fueron atribuidos. "Refirió que no recordaba que algo así haya sucedido. En ese entonces se desempeñaba como celador, y por ser el más antiguo, cuando había varios celadores, se lo designaba como Encargado de Corredor del Módulo de Ingreso, tal como sucedió el día de los hechos. función diferencia de la de celador, implica desplazar a los internos, por ejemplo, cambiarlos de pabellón, llevarlos al área médica, o también repartir la comida tanto a los internos como al personal, y en el caso de que sean internos ingresantes, acompañarlos desde la Jefatura al Pabellón que se les haya asignado. Su función sería como un nexo entre la Jefatura y los celadores y depende de la Jefatura de turno, que es quien le imparte las órdenes, y no posee un lugar físico donde cumplir las funciones, sino que son tareas dinámicas que no permiten un asiento físico, y va rotando de pabellón a pabellón. Preguntado para que diga el procedimiento en caso de suscitarse alguna novedad al momento de desempeñar sus funciones,

1. Sección de la
2. Sección de la
3. Sección de la
4. Sección de la
5. Sección de la
6. Sección de la
7. Sección de la
8. Sección de la
9. Sección de la
10. Sección de la



24403023# 1587363 1102017021413347015

manifestó que si sucediera alguna novedad, lo cual no es frecuente queda asentado en el libro de novedades de la Jefatura de Turno. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda nada, ni los nombres de los internos".

9) La declaración de E. D. S., se encuentra agregada a fs. 431/432. "El imputado refirió que el hecho que se le imputa es una mentira y que él no conoce a los internos denunciados. Que ese día su función era de Encargado de Puesto de Control Vehicular de Ingreso. Esto significa que cuando llega un móvil al recinto judicial, él los recibe. Una vez que arriba el móvil al recinto, el encargado de la comisión lleva los listados al jefe de turno de Judiciales quien confirma que los internos estén aptos para el ingreso al penal. en cuanto a papeles se refiere, y luego le da la orden de que pueden ingresar. Allí su función es de acompañar mientras la comisión baja a los internos y los lleva a la oficina del recinto que queda a pocos metros. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda en particular. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que da aviso inmediato al Jefe de turno o al Encargado de Requisa, dependiendo de quién esté en ese momento, y también se deja asentado en el libro de novedades. Aclara a instancias del Tribunal que el libro de novedades no es ni el de requisa ni el del recinto judicial, sino que corresponde al Puesto de Control Vehicular. Preguntado para que diga a que área responde su función, el imputado refiere que depende de la Sección de Requisa, pese a que por ser una función dinámica se desempeña en el recinto de judicial, ya que siempre al recibirse internos, por cuestiones de seguridad, allí

10) La declaración de E. D. S., se encuentra agregada a fs. 431/432. "El imputado refirió que el hecho que se le imputa es una mentira y que él no conoce a los internos denunciados. Que ese día su función era de Encargado de Puesto de Control Vehicular de Ingreso. Esto significa que cuando llega un móvil al recinto judicial, él los recibe. Una vez que arriba el móvil al recinto, el encargado de la comisión lleva los listados al jefe de turno de Judiciales quien confirma que los internos estén aptos para el ingreso al penal. en cuanto a papeles se refiere, y luego le da la orden de que pueden ingresar. Allí su función es de acompañar mientras la comisión baja a los internos y los lleva a la oficina del recinto que queda a pocos metros. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda en particular. Preguntado para que diga en relación a cómo es el procedimiento ante alguna novedad que pudiera surgir en el ingreso de los internos, manifestó que da aviso inmediato al Jefe de turno o al Encargado de Requisa, dependiendo de quién esté en ese momento, y también se deja asentado en el libro de novedades. Aclara a instancias del Tribunal que el libro de novedades no es ni el de requisa ni el del recinto judicial, sino que corresponde al Puesto de Control Vehicular. Preguntado para que diga a que área responde su función, el imputado refiere que depende de la Sección de Requisa, pese a que por ser una función dinámica se desempeña en el recinto de judicial, ya que siempre al recibirse internos, por cuestiones de seguridad, allí



24403023# 1587363 11#2017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EXP 53016500-2011-CAI

personal de requisa desempeña allí sus funciones. Preguntado para que diga con quien desempeño sus funciones ese día manifestó que en ese puesto se desempeña siempre sólo. Preguntado para que diga si vez que internos ingresan, continua manteniendo contacto con los mismos, refirió que al consistir su función en el ingreso de vehículos, generalmente queda apostado en la puerta a la espera de los distintos móviles, pudiendo o no tener contacto visual con los internos ingresantes mientras realizan los tramites en el recinto judicial".

10) Finalmente, nos referiremos a la declaración prestada por * C. P., la cual se encuentra agregada a fs. 436/437. "El imputado refirió que nunca hizo nada de lo que se lo acusa. Lo negó totalmente y refirió no conocer a los internos que lo denuncian y nunca haberle pegado a nadie. Indicó que su función consistía en ser Auxiliar de Requisa en la Sección. Ante el ingreso de internos el encargado del recinto los recibe y luego quedan a disposición de ellos, para hacer la identificación y luego se les realiza la visu corporal con el médico, quien constata si hay lesiones. También se revisan las pertenencias, para corroborar que no se intenten ingresar elementos prohibidos. Luego de ello, se los aloja en el recinto judicial, donde hay celdas colectivas y quedan a disposición de la Jefatura de turno para su entrevista y posterior alojamiento. Preguntado para que diga hasta cuando tiene contacto con los internos, manifestó que una vez que son alojados en el recinto, luego a requerimiento de jefatura son llevados por ellos a que tengan la entrevista de a uno por cuestiones de seguridad. Una vez en Jefatura, ya no tienen más contacto con ellos. Preguntado para que diga el procedimiento en caso de suscitarse alguna novedad al momento de desempeñar sus funciones, manifestó que si sucediera alguna novedad, se da aviso al encargado de requisa y se anota en el libro de

1. Sección de la
 2. Sección de la
 3. Sección de la
 4. Sección de la
 5. Sección de la
 6. Sección de la
 7. Sección de la
 8. Sección de la
 9. Sección de la
 10. Sección de la



24403023# 1587363 1102017021413347015

novedades. Depende el caso, interviene el cuerpo de requisa hasta su culminación. Preguntado para que diga si recuerda como fue el ingreso de los internos del día 8 de septiembre del año 2011, manifestó que no recuerda. Preguntado para que diga con quien cumplió las funciones ese día, refirió que con el Ayudante de 1º A, que era el Encargado de la Sección y él se desempeñaba como su Auxiliar, y el Sr. S., que era el Encargado del Recinto Judicial. Preguntada a la Dra. Perla Abella y a la Dra. Wahnish si desean realizar alguna pregunta a través del juzgado, la Dra. Abella manifestó que sí, que deseaba que se le pregunte a su defendido como es el uniforme habitual al momento de desempeñar el ingreso de los internos para el personal de requisa, manifestando el imputado que el habitual y el único es el uniforme gris, que consta de camisa, pantalón y boteguías negros. instancias Tribunal, aclara que no poseen ningún elemento, ni armas, tonfas, palos o varillas y que el uniforme posee insignia de grado y su nombre, uno de cada lado del pecho".

VII. Ahora, me referiré a los libros de los distintos sectores de la Unidad Penitenciaria de los cuales surgen datos relevantes a los fines de la presente investigación.

a) Del "libro de novedades de requisa y de recinto Judicial" correspondiente al mes de septiembre de 2011, el cual fue remitido por el Servicio Penitenciario Federal a pedido de esta Sala, surge que los encargados del día 7 de septiembre de 2011, del turno comprendido entre las 20:00 y las 8:00 horas del 8 de septiembre (cuando ocurrieron los hechos bajo investigación) eran:

Jefe de día: Subalcaide C. S.

Jefe de turno de requisa: Adj. G. C.

Encargado General de requisa, Ayte. ppal. J.

o

Encargado URI: Ayte. Primera G. A.

1. Sección de la
 2. Sección de la
 3. Sección de la
 4. Sección de la
 5. Sección de la
 6. Sección de la



24403023# 1587363 11#2017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP 53016500-2011-CAI

Encargado P.C.I.V: Ayte. Cuarta E. S.ª.

Asimismo, de este libro surge que a las 20:25 ingresaron nueve internos (M. S. F., M. P. M., M. Alejandro S., M. A. L., A. M. R., L. B. R., M. E. R., C. A. P. y R.G. V.).

A las 2:00 del día 8 de septiembre figura que "siendo la hora indicada al margen se deja la misma para informar que siento ruidos donde se encuentra alojados los ingresos procedente CFFCALA a la espera de ser entrevistado por el personal de Jefatura (URI) para su posterior ingreso. Para posterior ingreso y consta de que el interno P. M. M. se autoagrede con un (palabra indeterminada). Comunico dicha novedad al Jefe de turno y el encargado general de esta sección requisita. Conste".

Seguidamente, hasta la finalización del turno (8:00 del 8/9/11) se detallaron el traslado de internos a "comparendo, sin novedades" (ver libro de novedades folio 164/166). Cabe concluir que los episodios en los cual los internos sufrieron las graves lesiones que se detallaron supra. (salvo la referencia a lo "supuestamente" acontecido con el interno P. M.) no fueron asentados en el libro al cual acabamos de referirnos.

Es llamativo que tanto el Subalcaide C. como el Jefe de turno de requisita, Adjunto G. C no hayan sido indagados por el Juez de grado por los hechos bajo investigación. Teniendo en cuenta la jerarquía en el grado de mando y el dominio del hecho de estas dos personas considero que el a quo debería llamarlos a prestar declaración indagatoria en orden al delito previsto y reprimido por el art. 144 cuarto, inc. 1 del C.P (" Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior cuando tuviese competencia para ello"). En efecto, las torturas sufridas por los internos acontecieron bajo su guarda. Al respecto, téngase en cuenta que fue la

1. Subalcaide C. 11/2/11 09:00
 2. Jefe de turno de requisita 11/2/11 09:00
 3. Adjunto G. C. 11/2/11 09:00
 4. Jefe de turno de requisita 11/2/11 09:00
 5. Subalcaide C. 11/2/11 09:00



24403023# 1587363 1102017021413347015

sección requisa la que propinó los castigos a los internos y que el Adj. G. C., era el Jefe de turno de esa repartición. Por su parte, el Subalcaide S era el superior de C., tal como figura en los mencionados libros, por lo que si hubieran cumplido correctamente su función los terribles hechos bajo investigación no hubiesen ocurrido.

Al respecto, considero oportuno citar mi voto del caso "Benítez, Walter Omar s/ Av. Causa de muerte", de fecha 29 de diciembre de 2015, N° 259/2008, registro interno 7389, en el cual, al referirme acerca de la responsabilidad que le cabía al Jefe de requisa Acevedo del CPF N° 1 de Ereiza en cuyo turno había sido torturado un interno, expresé que: "... dado el conocimiento efectivo o potencial de los desbordes ilícitos del grupo de requisa y su obligación de evitarlos emanada de su posición de garante con la referida de imposición de tortura del art. 144 tercer inc. 1 del C.P. y/o con la prevista en el art. 144, inc 1:

"ARTÍCULO cuatro: 1. impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello".

Este tipo penal tiene un cierto parentesco con la figura elegida por el a quo (art. 144 quinto C.P.), pero se diferencia fundamentalmente en la pena y en que se trata de un tipo doloso (Buomprade, Tratado de derecho penal, T. I, p 630/631). O sea requiere el conocimiento por parte del funcionario de que se están llevando a cabo esas prácticas, pese a lo cual no las evitó. Por lo demás está muy claro que Acevedo, como recién dijimos, tenía competencia para evitar esos hechos de tortura por ser el Jefe de la Sección Requisa, y debía hacerlo por su posición de garante de protección de los internos y de control de



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EXP 53016500-2011-CAI

la fuente de peligro que en este caso era su grupo de requisa...

Dada la cercanía funcional estrecha entre el jefe y los subordinados es difícil pensar que no supiera del proceder revelado en estas actuaciones, que no es un hecho aislado, sino el reflejo acotado de lo que se sabe que es una práctica perniciosa y extendida en el sistema carcelario, la que, pese a los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, no ha podido ser extirpada".

b) A fs 19/22, obra una copia del "libro de novedades de guardia médica". De allí surgen datos que, comparados con el resto de los documentos agregados en la causa, comprueban que las lesiones sufridas por los internos se produjeron en la franja horaria comprendida entre que ingresaron (20:00 hs. del 7/9/2011) y las 5:00 hs. del día siguiente.

En este sentido, de la planilla de ingreso del interno A. R. M. se desprende que el mencionado interno ingresó al complejo a las 20:00 hs. del 7 de septiembre de 2011 "SIN lesiones". Dicho formulario fue firmado por el médico de guardia y por el Jefe de turno, sección despacho, Adjunto Principal M. T. (ver fs. 22).

Por su parte, del libro de novedades de la guardia médica surge que a la 01:50 hs. del día siguiente el mencionado interno "presentó hematomas en el antebrazo, brazo y pectoral izquierdo, en evolución"

En el mencionado libro, los médicos de guardia detallaron que a las 2:59 hs se atendió al interno A. P. M. quien presentó lesiones eritematosas en dorso de torax.

En similar sentido consta que a las 5:00 hs. se presentaron en la guardia los internos C. A. P. (lesiones eritematosas en el dorso del torax) y C. S. W. (lesiones costrosas múltiples en ambos miembros superiores)

SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA
SALA II
EXP 53016500-2011-CAI
FOLIO 22



24403023# 1587363 11#2017021413347015

Ha notado que, a lo largo del expediente, no se encuentran agregadas todas las planillas de ingreso correspondientes a los internos que sufrieron las lesiones que se investigan. De aquellas con las cuales contamos surge el estado de salud de las víctimas al momento de su ingreso a la Unidad Penitenciaria (tal como se puede apreciar en la planilla de ingreso del interno R. M.).

Si bien las constancias de que disponemos hasta el momento nos brindan con suficiencia los elementos necesarios para arribar, con la certeza requerida en esta etapa, a las conclusiones que hemos expresado, considero que el Juez de grado debe requerir al Servicio Penitenciario Federal la remisión de las planillas de ingreso de todos los internos que fueron trasladados al CPFI de Ezeiza el 7 de septiembre de 2011, a los fines de completar la investigación.

o) Del "libro de novedades de la Jefatura de Turno", cuyas copias obran a fs. 281/288, surge que a las 20.00 hs. del 7 de septiembre de 2011 el Adjutor D. H. se hizo cargo de la Unidad Residencial de Ingreso. Asimismo, figuran como personal de servicio el Subalcaide D. S. (Jefe de día), el Ayudante Principal G. V. (Inspector de Servicio), el Ayudante Principal O. P. (Auxiliar del inspector), el Ayudante de Quinta J. G. (Escribiente de turno), el Ayudante de Tercera C. P. (Encargado de la puerta URI) y el ayudante de Segunda S. G. (Encargado del corredor).

Por su parte, figuran como celadores de los distintos pabellones el Ayudante de Segunda R. B. (Pab. A), el Ayudante de Cuarta L. L. (Pab. B-C), el Ayudante de Cuarta A. (Pab. D-E), el Ayudante de Tercera S. A. (Pab. F-G), el Ayudante de Cuarta J.P. (Pab. H-I), el Ayudante de Segunda C. D. (Pab. J) y el Ayudante de Cuarta J. H. (Pab. K).

A las 22:30 horas está consignado el traslado de varios internos a diversos pabellones, detallando a

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FLP 53016500-2011-CAI

cuál fue distribuido cada uno de los reclusos. Entre esos nombre no figura ninguna de las víctimas denunciadas en la presente causa.

A las 2:00 hs. (del 8 de septiembre, es decir unas horas después) figura el ingreso de los internos provenientes del Complejo Penitenciario de Devoto que fueron víctimas de las agresiones. Asimismo, figura el traslado de cada uno de ellos al pabellón "F", a excepción del interno P. M. que fue trasladado al pabellón "K".

Además, a las 2:00 también figura que "se procedió a S.R.C al interno M. P. M. N. por faltar al respeto y negarse a ingresar siendo alojado en el K-02"

Posteriormente, hasta la finalización del turno (8:00 hs. del 8 de septiembre) no se aprecian novedades, ni se hace referencia alguna de las lesiones que sufrieron los internos.

VIII. Ahora bien, como hemos mencionado al comienzo de este voto, a fs. 365/370, el Juez Federal, Dr. Alberto P. Santa Marina, dispuso recibir declaración indagatoria a los agentes del Servicio Penitenciario Federal D. D. H. G. M. V., O. F. P., M. J. S., S. G. A., C. P., S. G., G. E. A., E. D. S y P. C. P.

Luego de oídas las declaraciones de los imputados, a fs. 438/442, el mencionado magistrado resolvió disponer la falta de mérito de aquellos.

Al respecto, no comparto lo decidido por el Juez de grado En primer lugar porque creo que en la presente causa existen elementos de prueba suficientes, que han sido mencionados por el a quo, pero no analizados por éste, para dictar el procesamiento de varios de los mencionados sujetos.

En segundo término porque el Juez Santa Marina ha cometido un error manifiesto en el auto mediante el cual llamó a prestar declaración indagatoria a los imputados.

SECRETARÍA DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA DE LEGISLACIÓN
SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN
SECRETARÍA DE ECONOMÍA
SECRETARÍA DE CULTURA
SECRETARÍA DE TURISMO
SECRETARÍA DE VIVIENDA
SECRETARÍA DE ENERGÍA
SECRETARÍA DE COMERCIO EXTERNO
SECRETARÍA DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y TECNOLOGÍA
SECRETARÍA DE DEPENDENCIA Y PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
SECRETARÍA DE DESARROLLO URBANO Y TRANSPORTE
SECRETARÍA DE GESTIÓN DE RIESGOS
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA CIUDAD
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA RURALIDAD
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LA VEGETACIÓN
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LOS RECURSOS MINERALES
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LOS RECURSOS PESQUEROS
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LOS RECURSOS TURÍSTICOS
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LOS RECURSOS CULTURALES
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LOS RECURSOS HISTÓRICOS
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LOS RECURSOS LINGÜÍSTICOS
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LOS RECURSOS LINGÜÍSTICOS
SECRETARÍA DE POLÍTICA DE LOS RECURSOS LINGÜÍSTICOS



24403023# 1587363 1102017021413347015

En dicho auto, como veremos a continuación, el a quo llamó a indagatoria a ciertos funcionarios, basándose -entre otros elementos- en un informe que detallaba las funciones que dichos agentes prestaban en el año 2014, siendo que los hechos bajo investigación acontecieron en 2011. Sobre ello ver el apartado V. c) de este voto).

Basándose en los datos de este informe -que como dijimos detallaban las funciones que los agentes del servicio penitenciario cumplían en 2014 y no en 2011- el Juez Santa Marina dictó el auto de fs. 365/370 mediante el cual llamó a indagatoria a los mencionados funcionarios.

A mayor claridad, el Juez indagó a ciertos sujetos por un acto que, por su función y área asignada, habrían cometido en el año 2011 y para ello, erróneamente, se basó en un informe en el cual se detallaban las funciones y el que tenían asignada dichos agentes en el año 2014 -es decir tres años después-.

(Al respecto ver el auto de llamamiento a indagatoria de fs. 365/370, donde el a quo expresó que: "el listado remitido por la Sección Personal, obrante a fs. 319/322, resulta conteste con lo señalado en relación a los agentes del servicio penitenciario D. G. V., O. P., J. S. y S. A., en relación a que en la fecha del hecho objeto de investigación, cumplían funciones en el Módulo de Ingreso Selección y Tránsito del Complejo Penitenciario N° 1 de Ezeiza.

De dicho listado, surge asimismo que el Encargado General del Escalafón Cuerpo General de la Sección Requisa fue el Ayudante Principal J. P., que el Ayudante Principal J. G. se desempeñó como escribiente en dicha sección, que el ayudante de primera G. A. se desempeñó como encargado de la sección del Módulo VI que los ayudantes de primera V. D. S. J. C. T., R. T., O. S., los Ayudantes de

Tribunal Penal Oral Nº 1
 C.A. Penal Nº 1 del Poder Judicial de la Capital
 Sala IV
 Juzgado Penal Oral Nº 1
 Sala IV
 Juzgado Penal Oral Nº 1
 Sala IV



#24409023# 158736311#2017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP 53016500/2011-CAI

Segunda M. G. y G., el ayudante de Tercera G. A., los Ayudantes de cuarta Ezequiel S., M. G., C. T. y el ayudante de Q. P. * se desempeñaron como auxiliares de la sección que el Ayudante de segunda G. R., se desempeñó como encargado del pañol y que el ayudante de segunda O. Á., se desempeñó como chofer de la sección.

Es en virtud de los informes detallados anteriormente, que considero el suscripto que no todos los agentes penitenciarios señalados a fs. 97/98 y 319 322 han, en principio, prestado funciones en el Módulo donde sucedieron los hechos, sino que por el contrario, se han señalado las tareas de cada uno de ellos, con la especificación de aquellos que si cumplieran funciones en el Módulo de Ingreso, Selección y Tránsito, a excepción del Ayudante de Primera A. respecto a quien existe una contradicción con el informe luciente a fs. 289 y el luciente a fs 319 322 (es lógico que surja esta diferencia ya que el informe de fs. 289 se refiere a la función que cumplía A. en el año 2011, mientras que el de fs. 319/322 a las que hacía en 2014).

Señalado el error que ha cometido el a quo, considero que ello no obsta a que pueda ser subsanado por este Tribunal. En efecto, el conjunto de pruebas que se han coleccionado a lo largo de la pesquisa y la jurisdicción abierta por el Ministerio Público hacen viable que podamos determinar, con el grado de certeza requerido en esta etapa, quiénes fueron los funcionarios que cometieron los actos investigados en la presente causa.

IX. Aclarado esto, y teniendo en cuenta lo que surge a partir de todos los elementos que hemos enunciado y analizado supra., considero que los funcionarios del Servicio Penitenciario que son responsables de las torturas infringidas a los internos son D.D. H. (quien al momento de los hechos se desempeñó como Jefe de Turno de la Unidad Residencial

SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II



24403023# 158736311#2017021413347015

de Ingreso), G. M. V. (quien al momento de los hechos se desempeñó como inspector), O. F. P. (quien al momento de los hechos se desempeñó como ayudante de inspector), M. J. G. S. (quien al momento de los hechos se desempeñó como escribiente), G. E. A. (quien al momento de los hechos se desempeñó como encargado de requisa), S. D. G. (quien al momento de los hechos se desempeñó como encargado de corredor del módulo de ingreso) y P. C. P. (quien al momento de los hechos se desempeñó como auxiliar de la sección requisa).

Por las razones que expondré seguidamente considero que corresponde disponer el procesamiento con prisión preventiva de los nombrados en orden al delito previsto y reprimido por el art. 144 ter, inc. 1 y 3 del Código Penal de la Nación.

X. En efecto, en mi opinión, en el presente caso es menester enfatizar que los graves actos de tortura en los que incurrieron los imputados, que se suscitan en unidades carcelarias son, penosamente, conocidos debido a la frecuencia con la que ocurren.

En este sentido, recordemos que esta Sala ha resuelto varios casos en los que se han presentado situaciones análogas a la presente, y que han sido abordados teniendo como eje la amplia legislación internacional existente sobre el tema.

En efecto, en mi voto del caso "Benítez, Walter Omar s/ Av. Causa de muerte", resuelto el 30 de Julio de 2009 por esta Sala, donde un interno de la Unidad Penitenciaria de Ezeiza se suicidó luego de haber sufrido una gran cantidad de golpes, maltratos y vejaciones por parte del personal del Servicio Penitenciario Federal, he expresado que: "En constelación de sucesos (las del caso) resaltan las violaciones a los derechos humanos básicos de los detenidos, el desconocimiento de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984, aprobada por la ley



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
 FLP 53016500/2011-CAI

23338, ratificada por nuestro país el 24 de septiembre de 1986 e incorporada a la Constitución por el art. 75, inc 22, en la Convención del año 1994[...] estamos en presencia de un aberrante caso de tortura, realizado por funcionarios del Estado argentino.

Las características del hecho exceden pues el interés de la sociedad argentina y penetran en el la comunidad universal, que antaño venia condenando práctica cuando proviene funcionarios estatales, elevándola a la categoría de crimen *jure gentium* o crimen violatorio del *jus cogens* y estableciendo un sistema organizado de prevención y represión que puede ser activado ante la denuncia de un solo caso individual (art 5 de la Declaración Universal de Derecho Humanos; art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes, de fecha 9 de diciembre de 1975; Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruels. Inhumanos o Degradantes del año 1984, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura del año 1985; Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del año 1987, y Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, adoptado el 18 de diciembre de 2002; sobre una síntesis de la tortura en el Derecho Internacional y de su nivel de crimen violatorio del *jus cogens*, ver N. Cherif BASSIGUHI *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, año 1999, especialmente págs. 331 y ss., 2.ª edición; del mismo autor "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligation Erga Omnes*", *Law and Contemporary Problems*, otoño 1996, vol. 59, págs. 63/74; y Larry MAY, *Crimes Against Humanity. A*

SECRETARÍA DE JUSTICIA
 CAMARA FEDERAL DE LA PLATA
 SALA II
 FLP 53016500/2011-CAI



24403023# 1587363 11#02017021413347015

Normative Account. New York. Cambridge University Press. año 2005, págs. 24/39, 37 y passim)[. . .]

La forma y métodos utilizados por el personal penitenciario y las lesiones a las que dieron ocasión técnicas recuerdan pensadamente proceder del último gobierno militar en articulación de su plan ilícito que el Tribunal ha tenido oportunidad de examinar en las investigaciones penales iniciadas en la jurisdicción de la Alzada por los hechos de tortura y homicidio ocurridos, durante el periodo 1976-1983, en la Unidad n° 9 de La Plata (expte. 3884 "DUPUY, Abel David s/Homicidio, torturas, tormentos y privación ilegítima de la libertad" y expediente n° 3988 "DUPUY, Abel David s/Homicidio, torturas, tormentos y privación ilegítima de la libertad", resolución de esta Sala de fecha 27 de septiembre de 2007) y en el Destacamento de Arana (expte. n° 4476, "Incidente de Apelación Cross, Félix Pablo s/doña. -C.C. Arana-" y sus actuaciones acumuladas, resolución de esta Sala de fecha 8 de mayo de 2009) [...] En conclusión los métodos utilizados por el personal penitenciario a E [REDACTED] sumado a su estado indefensión frente los numerosos funcionarios que lo atacaran y a la reiteración de esa práctica sobre su persona debe calificarse como torturas (art. 1 de la Convención contra la Tortura etc y art. 144 tercer párrafo C.P.) y no quedar encontrar justificación de ninguna clase (art. 2 de la Convención contra la Tortura etc) [...] Cabe subrayar que el rigor de la pena prevista para la tortura responde al carácter de delito internacional que ha adquirido y a la creciente conciencia acerca de la indispensable salvaguarda de la dignidad de la persona humana y la rigurosa exclusión de esa práctica en la administración de justicia penal como hace varios años lo hemos apuntado al recordado juez Garro y al suscripto in re 16 152 "Sibilio Gerardo 2-21 Marzo Alfredo H. - Rueda Alberto H. Vilches Adolfo D. .



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
EXP 53016500-2011-CAI

s/Inf. Art. 144 3er. párrafo, C. Penal" (decisión de fecha 16 de noviembre de 1989) donde se investigaba la aplicación de técnicas de torturas algunas de ellas similares a las comprobadas en estas actuaciones, por parte de funcionarios policiales" (el subrayado me pertenece).

XI. Por su parte, el Dr. Baltasar Garzón (ex magistrado del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional de España), en un libro escrito en el año 2002, expresó que "cualquier actividad investigadora de conductas humanas es difícil en sí misma, pero todavía lo es mucho más cuando la investigación refiere actos o acciones propiciadas, consentidas o ejecutadas desde el Poder o sus Instituciones. No me refiero ahora a las violaciones masivas de derechos fundamentales que se consideran como crímenes de lesa humanidad, de las que luego me ocuparé sino a aquellos otros casos en los que se permiten casos de menor intensidad (...) o casos de inhibición o cuando menos de desentendimiento o respecto del problema de la práctica de la tortura, malos tratos, trato inhumano o degradante en centros oficiales. En este punto quiero hacer una mención especial a los centros penitenciarios (...). En todo caso, lo más peligroso es la actitud de permisividad de estas prácticas que colocan al ciudadano ante la disyuntiva, impuesta muchas veces desde el poder político o desde las instituciones políticas inermes para hacer frente al delito, por falta de una preparación técnica y científica adecuadas, de tener que aceptar la efectividad contra el delito en detrimento del respeto de los Derechos Humanos del delincuente, como única vía de seguridad de su propia vida.

La permisividad de esas prácticas (tortura, malos tratos, etc) que "aumentan" la efectividad constituye el mayor fracaso de un sistema democrático y elimina el respeto mínimo que todo Estado de Derecho

1. Sección de la
 2. Sección de la
 3. Sección de la
 4. Sección de la
 5. Sección de la
 6. Sección de la
 7. Sección de la
 8. Sección de la
 9. Sección de la
 10. Sección de la



24403023# 1587363 11#0217021413347015

exige En definitiva, la aceptación de la tortura como mecanismo de represión a marginados, miembros de grupos silenciados o colectivos más débiles (mujeres, niños, inmigrantes), o por razones racistas, étnicas o de exclusión social supone el reconocimiento de la incapacidad de aquel para afrontar la lucha contra la delincuencia desde perspectiva étnica y científica, y la aceptación de un falso mecanismo de seguridad que degrada a la persona humana, en su dignidad y que finalmente perjudica más al propio individuo, por las consecuencias que su práctica supone.

En ningún caso la efectividad o eficacia puede anteponerse al respeto por los Derechos Fundamentales de toda persona detenida o libre, so pena de distorsionar el propio sistema y dejarlo vacío el Estado de derecho...

Entre el 50 y el 90% de los detenidos son torturados; un tercio de los menores de edad detenidos también son torturados durante la detención e instrucción del caso. Este ejemplo me vale para hacer la afirmación de que no basta con suscribir las convenciones y aprobar la legislación más avanzada en la materia, si estas no se corresponden con una auténtica voluntad política de hacer cambiar los hábitos, las actitudes de las autoridades que las lleven, desde la pasividad ante la tortura, a la actitud y compromiso real para cumplir y hacer cumplir las leyes, diseñar los controles y establecer las sanciones que castiguen a los infractores".

XII En este orden de ideas, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del año 1984, aprobada por ley 23.338 (B.O. 26 de febrero de 1987), e incorporada a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22, define la tortura como:

"todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos

18



24403023# 1587363 1102017021413347015

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP 53016500-2011-CAI

graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o de coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sea infligidos por un funcionario público o otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas" (art. 1).

Cada la definición de tortura de la Convención del año 1984 el Estado argentino modificó por Ley 23.097 el tipo del art. 144 ter del Código Penal, otorgándole la siguiente forma:

"1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público impusiere personas legítima ilegítimamente privadas de su libertad cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que ésta tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos;

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91 la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años;

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físico sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tenga gravedad suficiente" (art. 144 tercero)".

SECRETARÍA DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA



24403023# 1587363 11#2017021413347015

Tanto en la definición de tortura de la Convención como en el tipo del art. 144 tercero del Código Penal quedan subsumidos los brutales tratamientos que miembros del personal penitenciario aplicaron a los internos que fueron víctimas de aquellos.

XIII. En el presente caso, como ya hemos visto, no ha sido posible individualizar cuál de los agentes efectuó cada una de las acciones determinadas en las torturas sufridas por los internos. Sin embargo esto no implica que los hechos bajo investigación deban quedar impunes. Al respecto, considero que los agentes que hemos enumerado y que, tal como se ha demostrado a partir de las distintas pruebas, han estado presentes en el lugar de comisión de los hechos son co-autores de éstos.

Entiendo que en un caso como el sub iudice la comisión del tipo penal de tortura no se reduce solo al hecho de infringir el castigo físico sino que también comprende el hecho de formar parte del grupo agresor. En efecto, tal como ocurre en el caso de un homicidio por riña el formar parte del grupo agresor, no solo significa la complicidad con las acciones que se están realizando, sino que alientan y dan respaldo psicológico a los que efectúan las acciones concretas. Además, recordemos que en la figura de tortura no solo está contemplado el daño físico sino también el psicológico, y el hecho de formar parte de un grupo que está torturando a una persona, provoca en la víctima un sentimiento de temor sentir un estado de indefensión la imposibilidad de escapar ante la circunstancia de verse superado numéricamente. Asimismo, origina en el victimario que realiza la acción física concreta el respaldo de sentir que lo que esta haciendo cuenta con

Homicidio o Lesiones en Riña, Art. 95 del Código Penal: "Cuando en riña o agresión en que toman parte más de dos personas, resultare muerte o lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reducción o prisión de dos a tres años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión"



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
F.L.P. 53016500-2011- C.S.I.

el soporte y la aprobación de más personas. Este último, le brinda el respaldo psicológico y emocional necesarios para realizar la acción típica, que faltando aquel quizás no se vería posibilitado a actuar de esa manera.

Situaciones como la presente hacen resaltar la fragilidad de la teoría dominante acerca de la distinción entre autoría y participación, o sea que el partícipe no puede realizar el tipo.

Si no nos apartamos a esta manera de razonar, no se ve como podría imputarse a ninguno de los sujetos que han sido beneficiados por la falta de mérito dictada.

Esta consideración me lleva a observar que el pensamiento original que yace nuestro código vigente ponía la intervención coetánea de una pluralidad de sujetos en la realización del crimen dentro de la categoría de autores.

Así lo hacía Carlos Tejedor siguiendo al Código de Baviera. Por ejemplo en la nota del comentario oficial del Código del reino de Baviera en la traducción de Ch. Vatel, fuente del proyecto de Tejedor, se lee que en la prestación de asistencia tiene tres grados: "Ella puede ser mas o menos vecina a la participación completa en el crimen". En otros términos, en el derecho más antiguo el encuadramiento de los roles de los intervinientes en un delito es una idea oscilante que, según las circunstancias, se funde con la autoría o se aleja de ella. Así se explica que nuestro Código se siga manteniendo la distinción entre autoría primaria y secundaria, cuyo fundamento está en la idea recién expresada (Ver "Código Penal del Reino de Baviera", traducción de Ch. Vatel, París, 1852 y "Proyecto de Código Penal para la Republica Argentina", Carlos Tejedor, Buenos Aires, 1866).

Esta manera abierta de encarar tal problemática permite evitar la absurda solución absolutoria a la que conduciría atenerse

1. Sección de la Sala II
 2. Sala II de la Cámara Federal de la Plata
 3. Sala II de la Cámara Federal de la Plata
 4. Sala II de la Cámara Federal de la Plata
 5. Sala II de la Cámara Federal de la Plata
 6. Sala II de la Cámara Federal de la Plata
 7. Sala II de la Cámara Federal de la Plata
 8. Sala II de la Cámara Federal de la Plata
 9. Sala II de la Cámara Federal de la Plata
 10. Sala II de la Cámara Federal de la Plata



24403023# 1587363 11#2017021413347015

dogmáticamente en categorías modernas y ciertamente discutibles

XIV. Como ya he manifestado supra, considero que los mencionados imputados deben ser procesados con prisión preventiva.

Ello en virtud de que, tal como lo he dicho en mi voto in re "Bogado Jiménez" del 3 de febrero de 2009, corresponde seguir aplicando la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que en los casos en que la pena mínima fijada por la ley para un determinado delito no permita la libertad provisoria y la pena máxima amenazada en abstracto supere los ocho años, ello no es de por sí obstáculo al beneficio, pues el juez debe formular un pronóstico de pena concreto acerca del máximo esperable, de acuerdo con las circunstancias del caso y del encartado, y según sea el resultado de esa apreciación, conceder o no la libertad (v. expte. n° 2430 "Incidente de exención de prisión de Alense, Pablo Cristian, del 3/7/03 y expte. "Excarcelación de Iakich, Rubén Mariano", del 8/9/04, entre otros).

Que el sentido literal del art. 316 C.P.P.N. admite la formulación de un pronóstico de pena concreto fue reconocido por la doctrina (Darritchon, Luis, *Cómo es el nuevo proceso penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, tercera edición, pp 18/19), y receptada incluso en la jurisprudencia de la propia Cámara Nacional de Casación Penal posterior al Plenario "Díaz Bessone", específicamente en el caso de la Sala IV, "Rodríguez, Gustavo Ramón s/recurso de casación", de fecha 20 de diciembre de 2010:

"...la sola referencia a la escala penal en abstracto aplicable a un delito resulta una pauta insuficiente para analizar la presunción de riesgo de fuga toda vez que resulta necesario realizar un pronóstico de pena en concreto que dé sustento a la existencia de tal peligro".

"...mas allá de la significación jurídica discernida respecto de la tenencia de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
F.L.P. 53016500-2011- C.S.I.

estupefacientes con fines de comercialización (art. 5, inciso "c", de la ley 23.737) que se le enrostra a Rodríguez, lo cierto es que, en la decisión bajo examen, se omitió ponderar todas las circunstancias para absolver, o no, a la conclusión de que la pena en expectativa —que por aplicación de la ley y las características concretas de la causa—, superaría los 8 años de prisión efectiva a partir de los cuales el legislador ha establecido la presunción de fuga en el art. 316, del C.P.P.N.

Aplicado, pues, dicho baremo a las presentes actuaciones, es posible estimar que el pronóstico de pena esperable en concreto que cabría a los imputados a partir de las figuras que se les atribuyen, y las circunstancias del caso reveladas en el auto de procesamiento y del encartado, superaría claramente los ocho años de prisión (art. 316, segundo párrafo, C.P.P.N.), lo cual es ya un indicio de que aquél intentará evitar por cualquier medio la condena.

Pero a ese dato se suma una segunda circunstancia que obsta a la libertad del imputado y que acrecienta la presunción de evasión o entorpecimiento, y que consiste específicamente en la gravedad de los delitos imputados.

En efecto, a los mencionados sujetos no se les atribuye cualquier delito, sino los más graves contra la vida y libertad de las personas, orquestados desde las posiciones oficiales y con el manejo de la estructura estatal para cometerlos. Estas particularidades obligan a tomar en cuenta, entonces, la gravedad del delito para examinar la procedencia de la prisión preventiva.

En definitiva, la gravedad de los delitos imputados, sumada al pronóstico de pena en concreto superior a los ocho años de prisión, apoyan la presunción de que los imputados intentarán en este proceso entorpecerlo o escapar al accionar de la justicia en caso de acceder a su liberación.

SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II



24403023# 1587363 11#2017021413347015

XV Resta referirse a la situación de los agentes C. E. P., S. G. A. y E. D. S.

Respecto de estos funcionarios el Juez de grado dictó la falta de mérito para procesarlos o sobresearlos. Considero que esta decisión es acertada ya que, por la función que realizaban los mencionados agentes el día de los hechos y la ubicación donde desempeñaban sus labores, no se puede afirmar con certeza que hayan tenido parte en los castigos propinados a las víctimas.

En efecto, según surge de las constancias obrantes en la causa, C. E. P. se desempeñaba en el puesto de control externo, donde debió permanecer fijo ya que estaba a cargo de la puerta de ingreso a la URI.

Por su parte, E. D. S. se desempeñaba en el puesto de control vehicular, ubicado fuera del lugar donde acontecieron los hechos. El agente S. G. A., está en similares circunstancias ya que era celador del pabellón "F", sector donde debió permanecer fijo para controlar a la población carcelaria alojada allí.

XVI. Batajo esto, resta referirnos a los agravios expuestos por los Señores Fiscales que apelaron la resolución de fs. 436/442, mediante la cual el Juez de grado resolvió disponer la falta de mérito respecto de D. D. H. G. M. V., O. F. P., M. J. G. S. S. G. A., C. P. S. G., G. E. A. E. D. S., y P. C. P.

En efecto, los Fiscales manifestaron que el auto en crisis carece de fundamentación habida cuenta que solo se reduce a la remisión a ciertos enunciados jurídicos sin exponer el razonamiento ni la justificación que le permitieron al Juez arribar a la decisión cuestionada.

Concretamente, expresaron que "el a quo no explica ni intenta hacerlo que al momento de realizarse el examen médico de ingreso al Complejo

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
FEP 53016500-2011-CAI

Penitenciario Federal (22:50 hs del 7/9/11) se constata que las víctimas no presentaban lesiones agudas externas visibles (fs. 209) sin perjuicio de lo cual al otro día, es decir el 8 de septiembre de 2011 Carlos Alberto Placeres presentó lesiones compatibles con sus dichos con menos de 24 horas de evolución (fs. 336/338 y 356/352), situación que con similitud acontece con el resto de las víctimas y las lesiones constatadas en los exámenes físicos correspondientes".

Los fiscales concluyeron que "la decisión adoptada tiende a garantizar la impunidad de los autores de hechos aberrantes al tornar al proceso judicial ficción torna infructuosa cualquier actividad que pudiera llevarse adelante con el objetivo de dar cabal cumplimiento a la obligación de tomar medidas judiciales efectivas para impedir actos de tortura (obligación surgida de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes". Además, "cuestionaron la no valoración del deber de custodia y la especial función de garantes que recaen sobre los imputados al momento de los hechos de modo tal que resultan ellos quienes deben explicar por qué las víctimas, a su disposición, presentan lesiones con posterioridad a su ingreso y puesta bajo su custodia, siendo que previo a ello carecían de lesiones externas".

Al respecto, considero que, dadas las razones que he expuesto, asiste razón a los Sres. Fiscales en cuanto a que corresponde revocar la resolución en crisis y dictar en su lugar el procesamiento de los imputados.

XVII. En consecuencia, propongo al acuerdo:

I. Revocar parcialmente la resolución de fs. 438/442 y disponer en su lugar el procesamiento con prisión preventiva de D. D. H., G. M. V., O. F. P., M. J. G. S., G. E. A., B. D. G. y P. C. P. en orden al delito previsto y reprimido por el art. 144 ter, inc 1 y 3 del Código Penal de la Nación.

SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
SECRETARÍA DE JUSTICIA
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II



24403023#158736311#2017021413347015

II Confirmar la resolución de fs. 438/442 en cuanto dispuso la falta de mérito respecto de C. E. P., S. G. A. y E. D. S. por los motivos que hemos expresado en el apartado XV de este voto.

III. Indicar al Juez de grado la necesidad del llamamiento a indagatoria del Subalcaide C. S. y el Adjunto G. C. en orden al delito previsto y reprimido por el art. 144 cuarto, inc. 1 del C.P., razón de lo expuesto en el apartado VII. a) de este voto.

IV Encomendar al Juez de grado que requiera a la Dirección del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza la remisión de las filmaciones correspondientes a los días 2, 7 y 8 de septiembre de 2011, capturadas mediante las cámaras referidas en el apartado V. f) de este voto.

V. Requerir a la Dirección del Servicio Penitenciario Federal la remisión de las "planillas de ingreso" de M. E. R., A. M. M. R., M. M. P. M., M. [REDACTED] E., M. S. F., L. D. R., R. D. G. V., M. A. L., C. A. F. y A. M. M. R., los cuales ingresaron el 7 de septiembre de 2011 al Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza.

VI Requerir al Juez de grado que solicite al Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza la remisión del "libro de novedades de guardia médica" que contiene los informes correspondientes a los días 7/9/2011 y 8/9/2011, tal como está enunciado en el apartado VII. b) de este voto, previo a finalizar la etapa instructoria.

VII Indicar al Juez de grado que ahonde en la participación de los médicos del Complejo Penitenciario que prestaron funciones el 7 y 8 de septiembre 2011, por las razones que hemos expuesto en el apartado III in fine de este voto.

Tal es mi voto.

LA JUEZA DALITRI DIJO:

Que adhiere al voto del Juez Schiffrin.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
F.L.P. 53016500-2011-CAI

Por ello, y por mayoría, el Tribunal

RESUELVE:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la resolución de fs. 438/442 y DISPONER en su lugar EL PROCESAMIENTO CON PRISIÓN PREVENTIVA de D. D. H., G. M. V., J. F. P., M. J. G. S., G. E. A., S. D. G. y P. C. P. en orden al delito previsto y reprimido por el art. 144 ter, inc 1 y 3 del Código Penal de la Nación. La prisión preventiva se hará efectiva por intermedio del Juzgado de origen.

2) CONFIRMAR la resolución de fs. 438/442 en cuanto dispuso LA FALTA DE MÉRITO respecto de C. E. P., S. G. A. y E. D. S. por los motivos que hemos expresado en el apartado XV de este voto.

3) INDICAR al Juez de grado la necesidad del llamamiento a indagatoria del Subalcaide C. S. y el Adjutor G. C. en orden al delito previsto y reprimido por el art. 144 cuarto, inc. 1 del C.P., razón de lo expuesto en el apartado VII. a) del voto del Juez Schifffrin.

4) ENCOMENDAR al Juez de grado que requiera a la Dirección del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza la remisión de las filmaciones correspondientes a los días 2, 7 y 8 de septiembre de 2011, capturadas mediante las cámaras referidas en el apartado V. f) del voto del Juez Schifffrin.

5) REQUERIR a la Dirección del Servicio Penitenciario Federal la remisión de las "planillas de ingreso" de M. E. R., A. M. M. R., M. M. P. M., M. A. E., M. S. = L. D. R., R. D. G. V. M. A. L., C. A. P. y A.M. M. R., los cuales ingresaron el 7 de septiembre de 2011 al Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza.

6) REQUERIR al Juez de grado que solicite al Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza la remisión del "libro de novedades de guardia médica" que contiene los informes correspondientes a los días 7/9/2011 y 8/9/2011, tal como está enunciado en el

1. Sección de Asesoría Legal
 2. Sección de Asesoría Técnica
 3. Sección de Asesoría de Gestión
 4. Sección de Asesoría de Informática
 5. Sección de Asesoría de Idiomas
 6. Sección de Asesoría de Relaciones Públicas
 7. Sección de Asesoría de Recursos Humanos
 8. Sección de Asesoría de Seguridad
 9. Sección de Asesoría de Servicios
 10. Sección de Asesoría de Estudios e Investigaciones



24403023#158736311#2017021413347015

apartado VII. b) del voto del Juez Schiffrin , previo a finalizar la etapa instructoria.

7) INDICAR al Juez de grado que ahonde en la participación de los médicos del Complejo Penitenciario que prestaron funciones el 7 y 3 de septiembre 2011, por las razones expuestas en el apartado III in fine del voto del Juez Schiffrin.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Ante mí:

108



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FLP 267/2015/CBI

La Plata, 14 de febrero de 2017.

VISTO: Este expediente N° FLP 267/2015 (Reg. Int N° 8061), caratulado: "N.D.L. y otros s/ Inf. art. 144 bis, inc. 3°, último párrafo, según Ley 14.616", precedente del Juzgado Federal Criminal y Correccional N° 1, Secretaría Penal 3, de Lomas de Zamora.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 443/457, por los Sres Fiscales Leonel G. Gómez Barbella y Claudio V. Pandolfi, contra la resolución de fs. 182/184 que resolvió disponer la falta de mérito para procesar o sobreseer a N.D.L., M.R.B., G.W.A.M. y D.A.T., sin perjuicio de proseguir la presente investigación, en virtud de lo establecido por el artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación y remitir la presente causa a la sede de la Fiscalía Federal N° 1 de Lomas de Zamora a fin de que continúe con la instrucción de la misma, ello de acuerdo a lo normado en el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación.

II. Esta causa tiene su origen en el escrito presentado por la Defensora Pública Oficial a cargo de la Defensoría N° 2 ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Lomas de Zamora. Allí, la Sra. Defensora informa que se comunicó L [REDACTED] V [REDACTED] denunciando que su hijo B.N. -alojado en el Módulo N° 2, Pabellón "f" del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza- fue golpeado el día 19 de enero de 2015 por agentes del Servicio Penitenciario.

En virtud de ello, el Sr. Juez de grado designó audiencia a fin de escuchar al interno B.N. quien, a fs. 4, efectuó la denuncia en la sede del Juzgado. En esta oportunidad manifestó que en momentos

Fecha: Año: 2017
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LIRIO POLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 E-vidente v/ por: MARCELO PABLO FORTIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

en que se disponía a concurrir al gimnasio, a las 14:00 hs. aproximadamente, un encargado de la requisa de visita lo detuvo, le practicó una requisa personal y tras hallar entre sus ropas un cuchillo "tramontina" sin punta, le manifestó: *"ahora te enganche, ahora te hago la causa. Viste que sos boludo"*.

A continuación, B.N. indicó que el agente lo trasladó hacia la leonera, donde se encontró con su compañero de "rancho" M.C., y que se negó a ingresar a dicho lugar, manifestándole: *"yo no voy a meterme en la leonera, lo que tengo está permitido y es injusto"*.

El interno sostuvo que el agente denunciado, junto con otros penitenciarios -entre los cuales se encontraba uno conocido como "el pelado de visita"- lo tomaron del cuello, le colocaron las esposas en los dedos y lo comenzaron a agredir con golpes de puño en las costillas; para luego, arrastrarlo hacia el interior de la leonera. Una vez allí, lo arrojaron al piso, le pisaron la cabeza y la nuca, lo patearon y le rompieron la ropa, mientras que el pelado le tocó la cola y le dijo: *"viste que sos un pute"*.

Señaló, que mientras ello sucedía, el interno M.C. vio todo, a la vez que gritaba: *"déjenlo, no le tuerzan más el pie, él fue torturado en Marcos Paz y tiene los huesos mal soldados"*, a lo que los agentes le respondían con insultos y amenazas.

Finalmente, el denunciante refirió que lo trasladaron hacia su celda, donde se hicieron presentes otros dos agentes de requisa, quienes lo calmaron, pero lo dejaron allí encerrado e incomunicado hasta el día 20 de enero, cuando el encargado llamado E. le refirió: *"si quieres salir, cortate"*; a lo cual accedió, provocándose múltiples heridas en la zona abdominal con un "feite".

III. En virtud de la denuncia efectuada, el Sr. Juez de grado libró oficio, a fs. 5, al Sr.

Fecha: Año: 14/03/07

Elaborado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA

Revisado por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA

Elaborado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA

Elaborado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A2459164#168825224#20170214133733613

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
ELP267/2015/CBI

Decano del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional con el objeto de solicitarle proceda a examinar al interno B.N.

Asimismo requirió al Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, que traslade al interno a la sede del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional. En el mismo orden requirió que se lo traslade al Hospital Penitenciario Central de ese establecimiento carcelario, a fin que sea examinado por un médico clínico y se le efectúen las curaciones que sean necesarias para las afecciones que presente.

Además dispuso una medida de resguardo de integridad física del nombrado.

Finalmente, delegó la investigación a la sede de la Fiscalía Federal Nº 1 de esa ciudad, conforme lo normado en el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación.

Cabe referir que, a fs. 9/25, se encuentra agregada una presentación efectuada por la Procuración Penitenciaria Nacional, en la cual se adjunta la denuncia de los hechos antes mencionados ante este organismo, por parte de B.N. En el formulario de este organismo para la realización de denuncias, se encuentra individualizado uno de los presuntos agresores de apellido T. (ver fs. 24).

IV. Una vez recibidas las actuaciones el Sr. Fiscal requirió, a fs. 27, al Director del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza que remita de manera urgente copias certificadas del libro de novedades de la Jefatura del Módulo II, del libro de novedades de la sección requisa donde se asentaron los movimientos desplegados durante el lapso temporal comprendido entre el día 18 y 23 de enero del año 2015.

Por otra parte, solicitó que se informe si B.N. registró algún correctivo disciplinario entre los días 18 y 19 de enero de 2015, y -de ser así- solicitó la remisión de copias certificadas de las

Fecha: Año: 2015
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALITRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LUDWIGO JHECTON SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 E-vidente v) por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 16882522#20170214133733613

actuaciones administrativas labradas en consecuencia, como del certificado elaborado por el médico de turno de la unidad previo a su ingreso a la celda de aislamiento.

En respuesta al requerimiento antes mencionado, el Alcalde Mayor Dante E. Farías (Jefe División Secretaría del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza), remitió informe a fs. 29/85.

V. La Sra. Fiscal Patricia Cisnero fijó audiencia, a fs. 86, para recibir declaración testimonial al médico Esteban D. Blasi. Además requirió la remisión de fotocopias certificadas del libro de guardia médica de la Unidad Residencial II de ese establecimiento correspondiente al día 19 de enero del año 2015.

Por último, requirió la confección de un listado donde se detalle la totalidad de los agentes penitenciarios que hayan cumplido funciones en la División de Requisa de la Unidad Residencial II de la Unidad penitenciaria, en el turno comprendido entre las 8:00 y las 20:00 hs. del día 19 de enero de 2015.

La declaración en la sede de la Fiscalía de E.D.B. se encuentra agregada a fs. 88. En dicha oportunidad el testigo refirió que ingresó como Médico de Guardia al Servicio Penitenciario Federal, habiéndoselo asignado al Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. Desde su ingreso y hasta el momento de su declaración se desempeñó en ese establecimiento carcelario.

En lo que aquí interesa refirió que el procedimiento por el cual se ausculta a los internos consiste en que se posicionen delante de él, se quiten toda la ropa, y giren en su mismo eje. Que de esa manera puede observar la humanidad del interno y certificar la totalidad de las lesiones que posean. Que en circunstancias en que los internos se resisten a realizar este tipo de exámenes, y sólo se suben la remera y se bajan un poco los pantalones, no se los

Ficha: Arns: 1492307

Elaborado por: CESAR ALPAREZ, JEFE DE CÁMARA

Revisado por: OLGA ANGELA CALTRI, JEFE DE CÁMARA

Elaborado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JEFE DE CÁMARA

Elaborado (av) por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q#168825224#20170214133733613

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EJF267/2015/CBI

puede conminar a ser examinados, pero se deja constancia en el certificado médico.

Respecto de B.N., indicó que lo conoce de la Unidad, y no suele hacer esas cosas, por lo que descarta que lo haya hecho frente a él el día de los hechos. En tal sentido refirió que "es un interno que nunca tiene problemas conmigo y tiene buena relación, no creo que me haya hecho ese planteo".

Por otra parte, indicó que el hecho de que el certificado diga "sin lesiones. Apto para celda de corrección", implica que cuando se practicó el examen in visu del interno, éste no evidenciaba lesiones agudas visibles. Pero no puede descartar que en ese acto, haya presentado alguna lesión de antigua data o cicatrices que no se hayan constatado, ya que de esas circunstancias no se suele dejar informes por no ser recientes.

Respecto del examen puntual que realizó sobre B.N., refirió que recuerda que se llevó adelante en el sector denominado "leonesa" del Módulo II. Más precisamente, en la primera de las oficinas que allí se encuentra. Que al ingresar a la Unidad Residencia II, cercano a la Jefatura del Módulo, hay una puerta de metal con una mirilla de vidrio por la que se ingresa a un habitáculo. Ese mismo habitáculo, tiene otra puerta, que va hacia otro, y ese lugar tiene otra abertura que dirige hacia una tercera habitación. En la segunda de las oficinas, se encontraba encerrada una persona que por la vez que tenía, podía indicar que era M.C., ya que también lo conoce por haberlo atendido en reiteradas oportunidades en el establecimiento carcelario.

A su vez recordó que cuando ingresó a la oficina, se encontraba el interno B.N. junto a otros tres agentes penitenciarios, que supone que eran de requisita, uno de los cuales era bajito y de contextura física normal, pelo corto color negro, que suele peinarse de manera prolija hacia uno de los costados:

Fecha: Año: 2017
Escribió por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
Revisó por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA
Escribió por: LUDWIGO JHECTON SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
Escribió por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

De igual manera indicó que al ingresar observó que el interno B.N. se encontraba en una de las esquinas del lugar, discutiendo por intermedio de la mirilla de la puerta con el interno M.C.

Preguntado para que diga si recuerda el nombre de los agentes que se encontraban en el lugar manifestó: que no, así como tampoco los conoce por sus apodos. Señaló además que luego de revisar al interno B.N., y constatar que no presentaba lesiones, retornó a su oficina, dejando al interno a custodia de los agentes que allí se encontraban.

La Sra. Agente Fiscal le exhibió las fotografías lucientes a fs. 14/19 del presente sumario, y le preguntó para que diga si en caso de que el interno que examina presente esas lesiones, las hubiera asentado en el certificado, manifestando el testigo que sí. Que en caso de haber observado esa cantidad de lesiones, no sólo las hubiera asentado en el certificado, sino que además, y en caso de que no estuvieran suturadas, hubiera requerido la intervención de personal del Hospital Penitenciario Central.

Respecto de las particularidades de ellas, afirmó que las lesiones cortantes que se observan ya están suturadas, por lo tanto en caso de observarlas en un examen en el estado en que están, no las asentaría por ser de antigua data. Pero las contusiones que se observan en el pie, espalda y los brazos sí son cuestiones que hubiera asentado, en tanto evidencian una data de producción reciente. Además, indicó que en caso de que el interno B.N. hubiera presentado esas lesiones sí las hubiera asentado en el certificado, pudiendo afirmar con certeza que el día en que lo examinó, no presentaba ninguna de ellas.

A fs. 91/112 se encuentran agregadas copias del expediente disciplinario labrado en el Complejo Penitenciario de Ezeiza. Asimismo, a

Fecha: Año: 14/03/07
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A2459164#168825224#20170214133733613



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EP267/2015/CBI

fs.114/118, se encuentran agregadas copias del libro de novedades requerido.

VI. Continuando con la investigación el Sr. Fiscal fijó audiencia, a fs. 119, a efectos de recibir la declaración testimonial de M.C. Por otra parte, a fs. 120, fijó audiencia para recibir la declaración del Dr. Alberto Tarica, Médico de la Procuración Penitenciaria de la Nación y firmante de los informes médicos obrantes en autos.

La declaración de Alberto Tarica se encuentra agregada, a fs. 121. Exhibidos que le fueron el informe de fs. 12; los gráficos de fs. 13 y las fotografías de fs. 14/19 y preguntado si los reconoce manifestó: "Los hice yo como resultado del examen médico que le hice a B.N. por una denuncia previa que hizo ante la Procuración Penitenciaria. Por ello fui al momento del examen". Preguntado para que manifieste por qué motivo realizó los mismos refirió que como médico de la Procuración Penitenciaria examinó a aquellos que hacen denuncias por hechos de violencia atribuida a agentes estatales. "Voy al lugar de detención, los examino y tomo fotografías en caso de observar lesiones". Preguntado para que describa las lesiones que pudo constatar según el informe, manifestó: "Equimosis en hombro derecho cara posterior que se ven en la foto de fs. 18 inferior; hematoma en brazo derecho que se ve en la foto de fs. 15 superior y fs. 17 inferior; Equimosis en parrilla costal derecha que se ve en la foto de fs. 16 inferior; Excoriación en muñeca derecha que se ve en la foto superior de fs. 17; Excoriación en muslo derecho que se ve en la foto de fs. 19, el resto son heridas cortantes autoprovocadas que se ven en las fotos de fs. 14,15 inferior y 16 superior". Preguntado para que diga si las lesiones impresionan como auto-inflingidas, manifestó: "No, las señaladas e la pregunta anterior si son auto provocadas las heridas cortantes restantes". Preguntado para que diga si

Fecha: Año: 2017
Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
Impreso por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: LUDWIG HECTOR SKOFFERIN, JUEZ DE CÁMARA
E-visitante v) por: MARCELO PABLO FORTIN, SECRETARIO



A245916 Q# 16882522#20170214133733613

puede, conforme lo visto y evaluado, determinar el mecanismo de producción, manifestó: "golpe o choque contra elemento duro". Preguntado para que manifieste si en su examen pudo estimar data de producción manifestó que 4 días. Preguntado para que diga si en la entrevista mantenida con la persona examinada pudo recabar datos sobre la forma en que se les habrían producido las lesiones constatadas, manifestó que no recordaba. Preguntado para que diga si conforme lo que pudo observar en el examen médico y escuchar en la entrevista, a su entender el relato y las lesiones se correspondían en la forma, modo y tiempo de producción, refirió: "Eran coherentes según consigné en el informe hecho al momento de la entrevista. Incluso el entrevistado distinguió entre las lesiones auto producidas y las que atribuyó a terceros".

A su turno declaró Matías Cané. Esta declaración se encuentra agregada, a fs. 130. Allí se dejó constancia que sería filmada conforme las recomendaciones dadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ("Protocolo de Estambul" - Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

La declaración se encuentra adjuntada en soporte magnético como efecto N° 5866, y las desgrabaciones de las manifestaciones de interés para el Ministerio público fiscal se encuentran relatadas a fs.132/133.

VII. Con lo hasta aquí actuado, los Sres. Fiscales Claudio Pandolfi, Miguel Ángel Palazzani y Leonel Gómez Barbella solicitaron la declaración indagatoria en los términos del art. 294 del C.P.P.N. a los agentes del Servicio Penitenciario Federal identificados como N.D.L., M.R.B., G.W.A.M., D.A.T. y C.L.. Los Sres. fiscales consideraron que los arriba nombrados deberían responder como autores el delito de imposición de tortura previsto en el art.

Fecha: Año: 14/03/07
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALITRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado (cc) por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EJF267/2015/CBI

144 ter del C.P. Mientras que C.L. debería responder como autor del delito de omisión de evitar la imposición de tortura, previsto en el artículo 144 quater del C.P.

En virtud de las consideraciones expuestas el Sr. Juez de grado hizo lugar a dicha solicitud a fs. 145/147. Sin embargo entendió que los acontecimientos denunciados encuadran en la figura prevista y reprimida en el art. 144 bis, inc. 3° del C.P.

Los nombrados fueron oídos en declaración indagatoria, a fs.165/166, 168/169, 173/174 y 178/179.

1) La declaración de G.W.A.M., se encuentra agregada a fs. 165/166. El imputado negó todos los hechos que se le imputan. Preguntado para que diga si se encontraba cumpliendo funciones el día de los hechos, manifestó que sí, que se encontraba desempeñándose como escribiente de requisa, lo cual significa ser el encargado de las actuaciones administrativas, por ejemplo, de preparar los partes de prevención, con asiento en el Módulo VI. Preguntado para que diga con quién desempeñe sus funciones ese día, manifestó que siempre cumple funciones en la Jefatura, y los agentes que se encuentran con él dependen de las distintas guardias. Preguntado para que diga si estuvo presente al momento de labrarse la sanción disciplinaria al interno B.N., refirió que ese día fue de apoyo al Módulo II por el reintegro de visita. Que luego fue llamado por el oficial N.D.L., por haberle hallado los elementos prohibidos al interno, se acercó hasta la leonera donde vio los elementos, y luego se dirigió hacia su oficina en el Módulo VI, con el certificado médico y los elementos, a los fines de armar las actuaciones. Preguntado para que diga si se encontraba presente al momento de la revisión médica refirió que sí, que no hubo ninguna cuestión que llamara su atención ya que el interno en

Fecha: Año: 2017
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALITRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LUIPOLO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 E-videnciado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q#168825224#20170214133933613

ese momento no presentaba lesiones, tal como surge del certificado, y su ánimo, si bien era un poco alterado, era normal en él. Preguntado para que diga si recuerda el nombre del médico que realizara la revisión medica al interno B.N., refirió que no. Preguntado para que diga si ese día, luego de realizar las actuaciones, tuvo algún contacto con el interno, refirió que no. Preguntado a la Dra. Perla Abella y/o al Dr. Ulises Cappelleri si desean realizar alguna pregunta a través del juzgado, la Dra. Abella refirió que si, manifestando que desea se le pregunte a su asistido si para los movimientos de rutina, como en el caso que se le imputa, el personal que interviene en los reintegros cuenta con chalecos, tonfas, escudos y otros elementos, a lo que se hace lugar, manifestó que no, que ese equipo sólo se utiliza para procedimientos a los fines de restablecer el orden y no para hechos, como en este caso, que suceden espontáneamente. A instancias de la Dra. Abella, se le preguntó para que responda en qué ocasiones los internos, conforme al hecho imputado, son trasladados a la leonera, y por qué, refiriendo que ello sucede cuando como en el presente caso, le es hallado al interno un elemento prohibido, y el nombrado se rehúsa a entregarlo a las autoridades. A instancias del Juzgado aclara que en caso de haber entregado el elemento, no se lo lleva a la leonera directamente, pese a caberle la sanción, sino que sólo se lo remitiría allí, por a los fines de la revisión médica, para no vulnerar su privacidad. Preguntado respecto a si quería agregar algo más, respondió que sí, que en su denuncia B.N. refirió que hubo dos agentes de requisa que lo calmaron, siendo él uno de ellos.

2) La declaración de D.A.T. se encuentra agregada a fs. 168/169. El imputado negó todos los hechos que se le imputan. Preguntado para que diga si se encontraba cumpliendo funciones el día de los hechos, manifestó que sí, que se desempeñaba como

Fecha: Año: 14/03/2017
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALITRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#201702141337 33613



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
ELP267/2015/CBI

Encargado de requisa del Módulo II, lo cual implica básicamente requisar a los internos, trasladarlos a las distintas dependencias dentro de la Unidad Residencial II, y en caso de que ocurran alteraciones del orden, tratar de reestablecerlo. Que su función consiste en deambular permanentemente alrededor del Módulo. Preguntado para que diga con quien desempeñe sus funciones ese día, el imputado manifestó que recuerda que estaba presente el agente Nicolás N.D.L., y otros agentes de los cuales no recuerda el nombre. Preguntado para que diga si se encontraba presente al momento del secuestro de los elementos prohibidos al interno B.N., refirió que al horario de los hechos él se encontraba en un Salón de Usos Múltiples del personal, que se utiliza generalmente para almorzar o realizar un alto, cuando se comunicó personal de jefatura con la novedad de que había un interno alterado, a quien se le había encontrado un elemento no permitido y se negaba a entregarlo. Así, se apersonó en la pasarela o pasillo del Módulo, donde se encontraba el interno B.N., muy alterado, y trataron de calmarlo y requisarlo para saber si tenía algún otro elemento prohibido. Como el interno no se calmó, se lo llevo al recinto de judiciales, donde charlaron y trataron de que se calmara pero tampoco se dejó requisar. Recién al llegar el médico el interno se calmó. Aclara que no recuerda el nombre del galeno, pero sí que el interno, al menos a la vista, no presentaba lesiones. Como el interno ya estaba calmado, el salió del recinto, y ya no tuvo más contacto con el interno. Preguntado para que diga si se encontraba presente al momento de la revisión médica refiere que no. Que una vez que entró el médico él se retiró del lugar. Preguntado para que diga si ese día, volvió a tener contacto con el interno, refirió que no, que siguió con sus actividades. A través de la Dra. Perla Abella y el Dr. Ulises Cappelleri se le preguntó si para los procedimientos

Fecha: Año: 2015

Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CAMARA

Intervenido por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUDWIGO HECTOR ROFFERIN, JUEZ DE CAMARA

E. visible v. por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

de rutina, como en el caso que se le imputa, el personal que interviene cuenta con chalecos, tonfas, escudos y otros elementos, el imputado refirió que no, que sólo poseen su uniforme, porque ese equipo sólo se utiliza para procedimientos a los fines de restablecer el orden, temas graves, y no para hechos, como en este caso, que suceden espontáneamente. Preguntado sobre si al momento de apersonarse al lugar, pudo ver los elementos que tenía en su poder el interno B.N., manifestó que sí, pero que no recuerda en este momento de qué elementos se trataban. Preguntado sobre si cumplía tareas en el sector de visitas de la Unidad Residencial II, contestó que no. Preguntado sobre su edad, peso y estatura manifestó que tiene 44 años de edad, mide 1,66 aproximadamente (un metro sesenta y seis aproximadamente) y pesa 85 kilos. Preguntado sobre su tarea y grado, cuantas veces se cruza o ve por día a los internos que componen la población penal en el sector donde cumple sus funciones, manifestó que se cruza con la población penal todo el tiempo, pudiendo encontrarse con un mismo interno más de diez veces al día. Pregunta si respecto del denunciante, puede informar cuantas veces en promedio lo ve en un turno laboral, el imputado refirió que son muchas veces. Que como mínimo son tres o cuatro veces al día, de acuerdo a los movimientos que deba realizar con la población. Preguntado sobre si tiene conocimientos de que el denunciante conoce su apellido, el imputado refirió que sí, dado que lleva en su uniforme, la identificación con su apellido. Preguntado para que diga porqué en virtud del horario y de su función ese día no volvió a cruzarse con el interno B.N., manifestó que probablemente no lo cruzó porque el interno fue separado del régimen común, para cumplir la sanción de forma aislada, en su propia celda. Que si bien supone que el celador en algún momento le dio recreo, no coincidió nuevamente con el nombrado.

Ficha: Arns: 1492307

Elaborado por: CESAR ALPAREZ, JEFE DE CÁMARA

Revisado por: OLGA ANGELA CALTRI, JEFE DE CÁMARA

Elaborado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JEFE DE CÁMARA

Elaborado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A2459162#168825224#20170214133733613



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EJF267/2015/CBI

3) La declaración de N.D.L. se encuentra agregada a fs. 173/174. El imputado negó los hechos que se le imputan. Refirió además que el día de los hechos, se encontraba recorriendo los pasillos del Módulo II. En dicho horario pudo observar al interno B.N., en el Pabellón A, que se encontraba hablando con otro interno, de quien desconoce el nombre. Que mientras dialogaba se encontraba de espaldas a su visión, pero al darse vuelta y observarlo intentó irse para el lado contrario. Que al ser esta una actitud sospechosa lo llamó y al acercarse lo quiso cachear, y no realizar una requisita profunda, a lo que el interno se negó, manifestando que no tenía nada, de manera hostil. Que al no colaborar, continuó dialogando con el nombrado, hasta que accedió, y del cacheo logró secuestrarle de entre sus ropas dos elementos prohibidos, un mango de cuchara con punta y un cuchillo tipo tramontina con un mango de madera o palo de escoba cortado. Que fue allí cuando dio comunicación al Encargado de ese momento, que era el agente D.A.T., quien se hizo presente en el lugar. Que al intentar realizarle una requisita profunda al interno, este se negó nuevamente, y allí el encargado se comunicó con la Jefatura de requisita, y se hizo presente dicho personal junto con el médico. Que en ese momento, se alejó de la visión del interno, porque suponía que se le iba a labrar una sanción y como estaba alterado, trató de separarse para que no siga en esa actitud. Que luego de ello se realizó el procedimiento de rutina, el cual consta de la revisión médica y luego su traslado al lugar de alojamiento. El imputado negó que en algún momento haya arrastrado al interno hacia la leonera, o lo haya golpeado de la manera que fue descripta. Preguntado para que diga en qué cargo se encontraba cumpliendo funciones el día de los hechos, manifestó que se encontraba desempeñándose como Auxiliar de requisita. Preguntado para que diga con quién desempeñó sus funciones ese día, manifestó que

Fecha: Año: 2015

Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA

Intervenido por: OLGA ANGELA CALITRI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: LUDWIG HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA

E. visible v. por: MARCELO PABLO FORTIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

sólo recuerda que como encargado se encontraba el agente D.A.T. Preguntado para que diga si se encontraba presente al momento de la revisión médica refirió que no. Preguntado para que diga si pudo observar que el interno tuviera lesiones, el imputado manifestó que no, y que pese a poder esperarse que el nombrado se autolesionara, como acostumbran hacer los internos que se alteran de la manera que lo hizo, al negarse a la requisa, ello no sucedió. Preguntado sobre si para los procedimientos de rutina, el personal que interviene en los reintegros cuenta con chalecos, tonfas, escudos y otros elementos, manifestó que no, que ese equipo sólo se utiliza para procedimientos a los fines de restablecer el orden. Que en los pasillos los agentes sólo cuentan con su uniforme, y a lo sumo una birrete encima. Preguntado para que responda en relación a su edad y peso manifestó que tiene 42 años de edad y pesa ochenta y tres (83) kilos. Preguntado para que responda si durante el año 2015 fue calvo, manifestó que no, que nunca fue calvo.

4) La declaración de M.R.B. se encuentra agregada a fs. 178/179. El imputado negó todos los hechos que se le imputan. Refirió además que como el se desempeña en la Jefatura de Requisa, cumple funciones en el Módulo VI. Que ese día, probablemente para ayudar en el reintegro de visita fue como apoyo al Módulo II. Que estando allí, un agente de requisa de quien no recuerda el nombre, requirió su presencia a los fines de que oficié de testigo del secuestro de unos elementos prohibidos que le fueran hallados a un interno. Que al llegar al lugar pudo observar al interno B.N., a quien no conocía sino hasta que nombraron de quien se trataba, como así también los elementos que se le secuestran, los cuales eran un cuchillo tipo tramontina, y el mango de una cuchara. Que luego de observar todo, volví al Módulo VI y una vez que el escribiente de requisa terminó con la confección de las actas, las firmó. Preguntado para

Fecha: Año: 14/03/17

Firmado por: CESAR ALPAREZ, JEFE DE CÁMARA

Intervenido por: OLGA ANGELA CALTRI, JEFE DE CÁMARA

Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JEFE DE CÁMARA

Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A2459162#168825224#20170214133733613

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EP267/2015/CBI

que diga con quien desempeñe sus funciones ese día, el imputado manifestó que recuerda que estaba presente el agente N.D.L. y con el agente G.W.A.M., con quien cree que fue al Módulo II para el reintegro de visita. Preguntado para que diga si se encontraba presente al momento de la revisión médica refiere que no. Preguntado para que diga si recuerda la actitud del interno B.N. en ese momento, y si el mismo presentaba lesiones, refirió que el interno a simple vista no tenía lesiones, y que tenía una actitud hostil, pero que no le prestó demasiada atención a él sino más bien a los elementos, porque para eso había sido requerido. Preguntado para que diga si ese día, volvió a tener contacto con el interno, refirió que no. Preguntado sobre si para los reintegros de visita el personal que interviene cuenta con chalecos, tonfas, escudos y otros elementos, manifestó que no, que sólo poseen su uniforme. Preguntado por su edad y altura, manifestó que tiene 42 años de edad y mide un metro setenta (1,70 mts) aproximadamente. Preguntado sobre si ha tenido su cabellera rasurada o ha estado calvo, manifestó que no, que nunca estuvo calvo.

X. Así las cosas, con los elementos de prueba sucintamente reseñados, el Sr. Juez de grado resolvió disponer la falta de mérito para procesar o sobreseer a N.D.L., M.R.B., G.W.A.M. y D.A.T., sin perjuicio de proseguir la presente investigación, en virtud de lo establecido por el artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación y remitir la presente causa a la sede de la Fiscalía Federal Nº 1 de Lomas de Zamora a fin de que continúe con la instrucción de la misma, ello de acuerdo a lo normado en el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación.

Contra esta resolución, los Sres. Fiscales, interpusieron recurso de apelación a fs. 443/457.

Fecha: Año: 2017
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CAMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CAMARA
 Firmado por: LUIPOLO HECTOR ROFFRIN, JUEZ DE CAMARA
 E. visible v. por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

Al expresar sus agravios refirieron que el auto en crisis adolece de falta de fundamentación o presenta una fundamentación aparente por cuanto solo se reduce a la remisión a ciertos enunciados jurídicos sin exponer el razonamiento ni la justificación que le permitieron arribar a la decisión cuestionada.

Por otra parte cuestionaron la decisión de evacuar los dichos de los imputados, toda vez que estos se limitaron a decir que los hechos denunciados no ocurrieron o que no sabían cómo ocurrieron.

Concretamente, refirieron que el a quo no logró ni trató de explicar cuál es la hipótesis de ocurrencia de los hechos distinta a la planteada por el recurrente en el requerimiento de citación a prestar declaración indagatoria. Asimismo refirieron que el magistrado de primera instancia no valoró adecuadamente la prueba en su conjunto a fin de realizar una reconstrucción lineal posible de los acontecimientos desde la perspectiva lógica que conlleve al esclarecimiento de los hechos.

En tal sentido, los Sres. Fiscales efectuaron un pormenorizado análisis de la prueba concluyendo que los hechos investigados deben calificarse como delito de torturas en lo términos del art. 144 ter del C.P., por la posición de garantes de los derechos de B.N. en su condición de detenido y por encontrarse encargados de su seguridad.

Finalmente, solicitaron que se ordene apartar a los imputados N.D.L., M.R.B., G.W.A.M. y D.A.T. de cualquier tipo de actividad y/o funciones que impliquen cualquier tipo de contrato y/o relación con las víctimas, testigo de autos y/o sus familiares y/o con cualquier otra persona privada de libertad, delegando en el Sr. Director del Servicio Penitenciario Federal la asignación de las tareas y/o funciones que estime cumplen con tales requisitos, sin afectar sus haberes ni sus condiciones laborales.

Fecha: Año: 14/03/2017
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado (cc) por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A2459162#168825224#20170214133733613

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
ELP267/2015/CBI

XI. Previo a abordar el tratamiento de los agravios y más allá de lo ocurrido en este caso en concreto, resulta necesario dimensionar los hechos de tortura como un fenómeno sistemático en las cárceles de nuestro país.

En este sentido, resulta de gran ayuda el aporte efectuado por la Procuración Penitenciaria Nacional¹ que ha incluido este fenómeno como una línea de trabajo prioritaria en los últimos años, destacando la sistematicidad de las prácticas de tortura y los malos tratos como el problema más grave que condiciona la vigencia de los derechos humanos en las cárceles de nuestro país.

El abordaje de esta cuestión fue establecido como eje prioritario de atención de este Organismo en el año 2007, coincidiendo con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Convenio contra la Tortura de Naciones Unidas y la obligación de la Argentina de designar su Mecanismo Nacional de Prevención.

En el informe del año 2014 de este organismo, se señala como un logro fundamental, la aceptación pacífica de la existencia de prácticas sistemáticas de tortura también en cárceles federales, observando que hasta el 2007 imperaba la idea de que la tortura estaba muy extendida en algunas jurisdicciones provinciales pero en el Servicio Penitenciario Federal era una práctica más esporádica.

Sin embargo a partir de las investigaciones e informes de la Procuración Penitenciaria Nacional, se negó en forma contundente aquella versión, demostrando la sistematicidad de estas prácticas de represión estatal en el ámbito federal, diagnóstico que en la actualidad es

¹ Ver Informe Anual 2014, Procuración Penitenciaria de La Nación "La Situación de Los Derechos Humanos En Las Cárceles Federales de La Argentina" disponible en http://www.opj.gov.ar/sites/default/files/INFORMES%20ANUALES%202014_9.pdf

Fecha: Año: 2015
Escribió por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
Revisó por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA
Escribió por: LUIPOLO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
Escribió por: MARCELO PABLO FORTIN, SECRETARIO



A245916 Q# 16882522#20170214133733613

compartido por todos los organismos y actores que trabajan en la prevención de la tortura.

Por otra parte, los cortes auto provocados, resultan una medida de fuerza extrema tendiente a visibilizar problemas o reclamos no atendidos por las autoridades penitenciarias y/o judiciales, y evidencian la ausencia de canales institucionales reales que garanticen la debida atención de los reclamos de los detenidos.

En otro orden, debe señalarse que el propio Ministerio Público Fiscal informa a través de la PROCUVIN (Procuraduría de Violencia Institucional) que la aplicación por parte de agentes estatales de torturas como la imposición de condiciones inhumanas de detención y el uso abusivo del poder coercitivo estatal son prácticas que por su gravedad, extensión y masividad afectan la vigencia plena del Estado democrático de derecho.

XII. Sentado ello, he de referir que el paso más trascendente que ha dado la Organización de las Naciones Unidas en la materia estuvo dado por la adopción de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la cual se encuentra incorporada a nuestra legislación con jerarquía constitucional por el artículo 75 inc. 22 de la C.N.

Allí se entiende por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia (el resaltado me pertenece).

Fecha: Año: 14/03/2017

Emisor por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA

Receptor por: OLGA ANGELA CALITRI, JUEZ DE CÁMARA

Emisor por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA

Receptor por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A2459162#168825224#20170214133733613

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EP267/2015/CBI

A lo dicho, la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA en su artículo 2 agrega: *Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.*

Por su parte el Código Penal regula la cuestión de los tormentos en los arts. 144 ter, quater y quinto.

En lo que aquí interesa, debe destacarse que resulta indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho y que por tortura se entiende no sólo los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

Nuestro Código penal castiga además al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello y al funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de estos hechos y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente.

Además, se impone inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos.

En otro orden, debe señalarse que el C.P. castiga al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

Fecha: Año: 2015
Emitido por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
Revisado por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA
Emitido por: LUIS POLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
E. recibiente: v) por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

Finalmente debe decirse que la diferencia entre imponer vejaciones, severidades o apremios e imponer tormentos, reside únicamente en la mayor intensidad de la afectación de la integridad física o moral que la última supone².

XIII. Ahora bien, efectuadas estas consideraciones previas y luego de analizar detalladamente las constancias existentes en la causa, considero que debe revocarse la decisión apelada por las razones que pasaré a exponer.

En primer término, debe señalarse que en el certificado expedido por el Dr. Esteban De Blasi, cuya copia se encuentra agregada, a fs. 32, consta que el día 19/01/15, el interno B.N. se encontraba "apto sin lesiones, para celda de corrección". Este certificado debe complementarse con la declaración del Sr. De Blasi, agregada a fs. 98.

En lo que aquí resulta de interés, el testigo manifestó que el procedimiento por el cual se ausculta a los internos consiste en que se posicionen delante de él, se quiten toda la ropa, y giren en su mismo eje. Que de esa manera puede observar la humanidad del interno y certificar la totalidad de las lesiones que posean. Que en circunstancias en que los internos se resisten a realizar este tipo de exámenes, y sólo se suben la remera y se bajan un poco los pantalones, no se los puede conminar a ser examinados, pero se deja constancia en el certificado médico..

Respecto de B.N., indicó que lo conoce de la Unidad, y no suele hacer esas cosas, por lo que descartó que lo haya hecho frente a él el día de los hechos. En tal sentido refirió que "es un interno que nunca tiene problemas conmigo y tiene buena relación, no creo que me haya hecho ese planteo".

Por otra parte, indicó que el hecho de que el certificado diga "sin lesiones. Apto para celda

² Muñoz, Ricardo p. 54



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EP267/2015/CBI

de corrección", implica que cuando se practicó el examen in visu del interno, éste no evidenciaba lesiones agudas visibles. Pero no puede descartar que en ese acto, haya presentado alguna lesión de antigua data o cicatrices que no se hayan constatado, ya que de esas circunstancias no se suele dejar informes por no ser recientes.

Respecto del examen puntual que realizó sobre B.N., refirió que recuerda que se llevó adelante en el sector denominado "leonera" del Módulo II. Refirió además que en la segunda de las oficinas, se encontraba encerrada una persona que por la voz que tenía, podía indicar que era Matías Cané, ya que también lo conoce por haberlo atendido en reiteradas oportunidades en el establecimiento carcelario.

A su vez recordó que cuando ingresó a la oficina, se encontraba el interno B.N. junto a otros tres agentes penitenciarios, que supone que eran de requisita, uno de los cuales era bajito y de contextura física normal, pelo corto color negro, que suele peinarse de manera prolija hacia uno de los costados. De igual manera indicó que al ingresar observó que el interno B.N. se encontraba en una de las esquinas del lugar, discutiendo por intermedio de la mirilla de la puerta con el interno M.C.

Señaló además, que luego de revisar al interno B.N., y constatar que no presentaba lesiones, retornó a su oficina, dejando al interno a custodia de los agentes que allí se encontraban.

La Sra. Agente Fiscal le exhibió las fotografías lucientes a fs. 14/19 del presente sumario, y le preguntó para que diga si en caso de que el interno que examina presente esas lesiones, las hubiera asentado en el certificado, manifestando que sí. Que en caso de haber observado esa cantidad de lesiones, no sólo las hubiera asentado en el certificado, sino que además, y en caso de que no estuvieran suturadas, hubiera requerido la

Fecha: Año: 2017

Escribió por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA

Aprobó por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA

Escribió por: LUIPOLO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA

Escribió por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

intervención de personal del Hospital Penitenciario Central.

Respecto de las particularidades de estas, afirmó que las lesiones cortantes que se observan ya están suturadas, por lo tanto en caso de observarlas en un examen en el estado en que están, no las asentaría por ser de antigua data. Pero las contusiones que se observan en el pie, espalda y los brazos sí son cuestiones que hubiera asentado, en tanto evidencian una data de producción reciente. Además, indicó que en caso de que el interno B.N. hubiera presentado esas lesiones sí las hubiera asentado en el certificado, pudiendo afirmar con certeza que el día en que lo examinó, no presentaba ninguna de ellas.

En segundo término, debe analizarse entonces la entrevista efectuada el día 21 de enero de 2015 por el denunciante con personal de la Procuración Penitenciaria de la Nación. De esta entrevista, cuyas copias se encuentran agregadas a fs. 9/11, surge el primer momento en que B.N. denunció los hechos.

Corresponde señalar que la fecha del acto de tortura denunciada en esta entrevista se encuentra tachada dos veces y finalmente consignado el día 18/01/15. Sin embargo, a fs. 12/19, se encuentra agregado el informe de la entrevista personal con el interno, efectuado por el Dr. Tarica el día 22/01/15. En este informe se describen las siguientes lesiones: "lesiones equimáticas en hombro derecho cara posterior. Hematoma en brazo derecho de 12 centr. Cara interna. Lesiones equimáticas en parrilla costal derecha cara lateral externa. Excoriaciones en muñeca derecha cara dorsal. Excoriación en muslo derecho cara lateral externa y ... (ilegible) con hematoma a su alrededor. Heridas cortantes autoprovocadas 3 en abdomen y otras 5 en brazo izquierdo cara interna".

Asimismo el informe refiere que las lesiones "prima facie" son debidas a golpe o choque

Fecha: Año: 14/03/17
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A2459162#168825224#20170214133733613

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EJ. 267/2015/CBI

con superficie dura o semidura, que tienen una evolución aproximada de 3-4 días y que existe correlato entre las lesiones y el relato del interno. A fs. 13/19 se encuentra agregada una ilustración que describe los lugares de las lesiones y fotos de estas. Estos extremos fueron ratificados por Alberto Tarica en su declaración testimonial.

A partir del análisis de estos elementos, puede concluirse que el día 19/01/15, previo a ingresar a la celda de aislamiento, el interno B.N. no presentaba lesiones y que -al menos el día 22/01/15- contaba con lesiones compatibles con su relato con una data de 3-4 días.

En tal sentido, le asiste razón a los Sres. Fiscales respecto al momento en que se produjeron los hechos, es decir en un breve lapso de tiempo posterior a las 15:30 horas del día 19/01/10, momento en que se ha probado que no presentaba lesiones.

Sentada esta primera conclusión, he de coincidir con los apelantes en cuanto a que los extremos vertidos por B.N., M.C. y el Dr. Blasi, resultan verosímiles y que son los únicos que permiten explicar el origen de las secuelas lesivas.

XV. Por su parte, los imputados al prestar declaración indagatoria negaron de manera unánime los hechos denunciados.

Como bien señalan los Sres. Fiscales, el agente N.D.L. incurrió en incongruencias entre lo consignado en el acta de procedimientos, en su declaración ante personal de la prevención y en su declaración indagatoria.

En su indagatoria refirió que el interno dialogaba con uno de sus compañeros, y al notar su presencia intentó darse vuelta y ocultar los elementos prohibidos. En el acta de procedimiento refirió que el interno mantenía una acalorada discusión, y él se acercó a B.N. y allí pudo ver que ocultaba algo entre

Fecha: Año: 2015
Escribió por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
Aprobó por: OLGA ANGELA CALITRI, JUEZ DE CÁMARA
Escribió por: LUIS POLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
Escribió por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

sus ropas; y que el interno se desnudó. Finalmente en la declaración ante el personal de la prevención ratificó la hipótesis aportada en el acta, pero sin hacer referencia al desnudo del interno.

En definitiva, el imputado sostuvo que cuando se hizo presente el personal de requisa, junto con el médico, él se alejó de la visión del interno.

Al igual que N.D.L., el agente D.A.T. sostuvo que al llegar el médico el interno se calmó y que por esa razón él salió del recinto y ya no tuvo más contacto.

A su turno el Agente M.R.B. señaló haber acudido al lugar por sólo unos minutos durante los cuales lo único que hizo, fue presenciar el secuestro de los elementos prohibidos.

Finalmente el agente G.W.A.M., fue el único de los imputados que refirió encontrarse presente en el lugar de los hechos por llamado del oficial N.D.L. y hasta tanto el Dr. culminó con el examen médico por sobre el interno B.N.

Estas manifestaciones se contradicen con lo manifestado por el Dr. Blasi quien afirmó que B.N. estaba bajo custodia de tres agentes penitenciarios, y que luego del examen médico él se retiró, quedando B.N. bajo la custodia de estos.

XVI. Puesto a analizar la responsabilidad de los imputados diré que N.D.L. se desempeñaba al momento de los hechos como encargado de la requisa de visita, siendo quien interceptó a B.N. en los pasillos del Módulo del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza.

Este imputado -según los dichos de la víctima- fue quien junto con otros agentes penitenciarios lo agredió, provocándole lesiones de gravedad.

Respecto de D.A.T., cabe señalar que no sólo se determinó que estaba presente al momento de los hechos, sino que además le cabe responsabilidad en

Fecha: Año: 1982/87
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JEFES DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALTRI, JEFES DE CÁMARA
 Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JEFES DE CÁMARA
 Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
EP267/2015/CAI

virtud de las funciones que tenía asignadas por su cargo jerárquico.

Por su parte respecto a los agentes G.W.A.M. y M.R.B., cabe referir que tanto B.N. como M.C., señalaron como autores a quienes participaron del traslado hacia el Sector de Tránsito; e incluso, los mismos imputados reconocieron que sus consortes estaban en el lugar.

Estos agentes pertenecían al grupo requisa, por lo que al igual que en el caso anterior puede sostenerse su responsabilidad no sólo en el hecho puntual de haber sido señalados como presentes al momento de los hechos sino también por la responsabilidad que ostentaban de acuerdo al cargo en el que se desempeñaban.

XVII. Una correcta aprehensión de hechos como los que aquí se investigan, puede efectuarse a través de la teoría del delito de infracción de deber.

Bajo esta mirada, lo relevante es la inobservancia de los deberes especiales, esto es deberes en virtud de competencia institucional. Por ello los obligados son siempre autores, independientemente de que ostenten o no el dominio del hecho y su intervención siempre es central.

Los agentes penitenciarios que torturan a las personas detenidas o que están presentes cuando otros los torturan, no requieren para la autoría la prueba del dominio de una situación lesiva. La mera situación de perpetrarse hechos de torturas en la órbita de su intervención, resulta contraria al deber institucional del que son portadores, y por lo tanto resulta también suficiente para erigirlos en autores de esas torturas.

De quien ostenta el rol de agente penitenciario en un lugar donde existen personas privadas de su libertad, se espera que no consienta la imposición de torturas, que no mantenga impune esa situación, que no genere ni admita condiciones de

Fecha: Año: 2017
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CAMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CAMARA
 Firmado por: LUIS POLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CAMARA
 Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133733613

detención inhumana y, desde ya que no realice actos de tortura u otros tratos crueles inhumanos degradantes, sino por el contrario, que se comporte de forma acorde con las expectativas que su posición social y jurídica la requieren.

La cuestión de los deberes estatales de garantía ha sido abordada por la propia CIDH en múltiples ocasiones. Sólo por mencionar algunos ejemplos diré que en el caso *La Cana c. Perú*, el juez Cansado Trindade consideró al Derecho como "garante institucional de la persona" humana y enmarcó en esa línea el concepto de "posición de garante" de los funcionarios estatales en ciertos contextos y las consecuencias derivadas de aquella posición (considerandos 20 y 21 del voto razonado del Juez referido).

Asimismo en el Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II (Considerando 11) y Asunto de las Penitenciarías de Mendoza la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo: "la posición de garante que asumen los agentes del Estado se corresponde con el artículo 1.1 de la Convención Americana y remarcó que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad".

Por otra parte, en *Ximenes López c. Brasil*, la Corte afirmó que el Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir su deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana.

Ver Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II, Considerando 11 y Asunto de las Penitenciarías de Mendoza. Medidas provisionales respecto de Argentina. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de agosto de 2004, Considerando décimo sexto.

¹ *Ximenes Lopez c. Brasil*, Corte IDH, Sentencia de fondo, Reparaciones Morales, 4/9/2006, párr. 146.

Fecha: 17/09/2017

Elaborado por: TESAR LÓPEZ JUEZ DE CÁMARA

Revisado por: OLGA ANGELA CALTRI JUEZ DE CÁMARA

Elaborado por: LEOPOLDO HECTOR SOKOLIN JUEZ DE CÁMARA

Elaborado por: MARCELO PABLO SOKOLIN, SECRETARIO



42459164#168825224#20170214133733613

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA- SALA II
E.LP267/2015/CAI

Finalmente, en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, la Corte IDH refirió que el resultado de muerte es atribuible al Estado, no ya por la acción de sus agentes como ha ocurrido en otros casos, sino por la omisión – igualmente reprobable, porque implica incumplimiento de deberes estrictos– en prever ese resultado, perfectamente previsible, y en proveer lo necesario para impedirlo –provisión que se hallaba al alcance del mismo Estado³.

Como bien apunta la Procuración Penitenciaria de la Nación, estos casos se encuentran atravesados por una notoria desigualdad entre los internos y el personal Penitenciario y por un fuerte sentido de cuerpo por parte de estos últimos.

Teniendo en cuenta estos extremos, he de valorar especialmente que los dichos de los internos B.N. y M.C. resulten, verosímiles y coincidentes, además de corresponderse con las heridas descritas en los respectivos informes efectuados por el Dr. Tarica, Medico de la Procuración Penitenciaria Nacional

XVIII. Respecto a la calificación de los hechos, he de recordar que los imputados han sido intimados por haber sometido a B.N. a *severidades y vejaciones*:

Sin perjuicio de ello, he de referir que lo sustancial en la indagatoria es establecer los hechos respecto de los cuales un imputado debe defenderse, más allá de efectuar una calificación provisoria de estos.

En este caso la diferencia que postulan los Fiscales, si bien más grave en cuanto a la pena en expectativa, no supone un cambio brusco o sorpresivo en la hipótesis delictiva, toda vez que como ya se dijo la diferencia entre las severidades, apremios o

³ Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29/03/2006, parág. 22.

Fecha de firma: 14/02/2017

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: OLGA ANGELA CALITRI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q# 168825224#20170214133133613

vejeciones y la tortura reside únicamente en la mayor gravedad de esta última.

Por tal motivo, propondré al Acuerdo revocar la resolución apelada y dictar los procesamientos de N.D.L., M.R.B., G.W.A.M. y D.A.T., como autores del delito de torturas en perjuicio de B.N. (arts. 45, 144 ter incisos 1 y 3 del C.P).

XIX. Finalmente, a fin de garantizar la integridad del denunciante, corresponde ordenar al Sr. Juez de grado que libre oficio al Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal a fin de que previo informe sobre la situación actual de B.N. tome medidas que garanticen su seguridad e integridad física sin menoscabar sus derechos.

Respecto a la situación de los imputados, corresponde apartar provisoriamente de sus funciones en la órbita del Complejo Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza, a fin de evitar el posible entorpecimiento de las investigaciones.

A su vez, corresponde notificar esta decisión a la Procuración Penitenciaria Nacional y a la Procuraduría de Violencia Institucional, a fin que tomen las medidas que consideren necesarias para resguardar la integridad del denunciante.

XX. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo:

1.- Revocar la resolución apelada y dictar los procesamientos de N.D.L., M.R.B., G.W.A.M. y D.A.T., como autores del delito de torturas en perjuicio de B.N. (arts. 45, 144 ter incisos 1 y 3 del C.P)..

2.- Ordenar al Sr. Juez de Grado que libre oficio al Director del Servicio Penitenciario Federal a fin que tome medidas tendientes a garantizar la seguridad e integridad física de B.N., de acuerdo a lo expresado en el considerando XIX.

3.- Ordenar el apartamiento preventivo de las funciones de los imputados en el Complejo

Fecha: Año: 2017
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALTRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A245916 Q#168825224#20170214133733613



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II
FLP267/2015/CBI

Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza, a fin de garantizar el no entorpecimiento de la investigación.

4.- Notificar la presente resolución a la Procuración Penitenciaria Nacional y a la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN), a fin que tomen las medidas que consideren necesarias para resguardar la integridad de los denunciados.

Así lo voto.

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

I. Comparto el voto del distinguido colega preopinante hasta su apartado XVIII, no así el XIX, pues como lo expresé en mi voto in re: "H.D.D. y otros/ tortura", expte. FLP 53016500/2011 (Reg. Int. nº 8243), resuelto en el día de la fecha, corresponde, en este tipo de casos, el dictado de la prisión preventiva.

Por lo tanto, la parte dispositiva debe rezar, en mi opinión, así:

1) Revocar la resolución apelada y dictar el procesamiento con prisión preventiva de N.D.L., M.R.B., G.W.A.M. y D.A.T., como autores del delito torturas en perjuicio de B.N. (art. 45, 144 ter incisos 1 y 3 del CP).

2) Ordenar al Sr. Juez de Grado que libre oficio al Director del Servicio Penitenciario Federal a fin que tome medidas tendientes a garantizar la seguridad e integridad física de B.N.

3) Notificar la presente resolución a la Procuración Penitenciaria Nacional y a la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN), a fin que tomen las medidas que consideren necesarias para resguardar la integridad de los denunciados.

Así lo voto.

LA JUEZA CALITRI DIJO:

Que adhiere al voto del Juez Schiffrin.

Por ello, y por mayoría, el Tribunal

RESUELVE:

Fecha: Año: 2017
 Firmado por: CESAR ALPAREZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: OLGA ANGELA CALITRI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: LIRIOLEDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



#2459164#16882522#20170214133933613

1) REVOCAR la resolución apelada y dictar el PROCESAMIENTO CON PRISION PREVENTIVA de N.D.L., M.R.B., G.W.A.M. y D.A.T., como autores del delito torturas en perjuicio de B.N. (art. 45, 144 ter incisos 1 y 3 del CP). La prisión preventiva se hará efectiva por intermedio del Juzgado de origen.

2) ORDENAR al Sr. Juez de Grado que libre oficio al Director del Servicio Penitenciario Federal a fin que tome medias tendientes a garantizar la seguridad e integridad física de B.N.

3) NOTIFICAR, a través del juzgado de primera instancia, la presente resolución a la Procuración Penitenciaria Nacional y a la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN), a fin que tomen las medidas que consideren necesarias para resguardar la integridad de los denunciantes.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Ante mí:

Fecha de firma: 14/02/17
Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: OLGA ANGELA CALTRA, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: LEOPOLDO HECTOR SCHIFFRIN, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: MARCELO PABLO FORZIN, SECRETARIO



A2459160#16882522#20170214133733613

Resumen Caso Montoya, Pedro Eduardo y otros

| | |
|-----------------------------------|--|
| Título | Montoya, Pedro Eduardo y otros |
| Hechos relevantes del caso | Tres personas fueron imputadas por el delito de trata de personas con fines de explotación sexual. Se les atribuía haber captado, trasladado y acogido a siete mujeres extranjeras en situación de vulnerabilidad en un club nocturno con el fin de explotarlas sexualmente. Estas mujeres tenían encomendado provocar el consumo de bebidas dentro del local y mantener actos sexuales en el lugar y en hoteles cercanos. De los tres imputados, M. era el dueño del local, percibía la mayor parte de las ganancias y controlaba la actividad. Su esposa, G., ejercía la vigilancia de las mujeres. C. era empleada del local, atendía la barra y se quedaba con un porcentaje de las "copas" y los "pases" que luego rendía a M. Durante el debate oral, la fiscalía solicitó que se condenara a los tres imputados como coautores por el condominio funcional que poseían respecto de los hechos. Por otra parte, una de las víctimas constituida en querellante reclamó daños y perjuicios por la afectación física, psíquica y moral producida por el accionar de los imputados. Asimismo, demandó a la Municipalidad de Ushuaia como responsable solidaria por la autorización de funcionamiento del local y omisión de control. |
| Fecha | 30/11/2016 |
| Voces CSJN | TRATA DE PERSONAS; VULNERABILIDAD; RESPONSABILIDAD DEL ESTADO; REPARACIÓN; DAÑOS Y PERJUICIOS; PARTICIPACIÓN CRIMINAL; DAÑO; |
| Decisión y argumentos | El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego condenó a M. a la pena de 7 años de prisión y a las dos imputadas a la pena de 3 años de prisión en suspenso. Finalmente, consideró a M., a su esposa y a la Municipalidad de Ushuaia responsables solidarios por los daños civiles causados. Para adoptar esta decisión, la jueza D'Alessio –a cuyo voto adhirieron el juez Guanziroli y, parcialmente, el juez Giménez– hizo un pormenorizado análisis de los puntos fundamentales de la imputación. Situación de vulnerabilidad de las víctimas Sobre el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad, la magistrada indicó que "...el sometimiento y la sujeción muchas veces no se encuentra necesaria e indefectiblemente vinculado a una violencia o impedimento físico, sino que se relaciona con el mantenimiento en el tiempo de la condición que llevó al ingreso; es decir a la imposibilidad de superar el condicionante de la voluntad". Sobre el particular, enfatizó que "...si la situación de pobreza llevó a alguna de estas mujeres a ingresar al circuito de la prostitución y después de haber estado en esa condición, sean días, meses o años, continúan sin poder revertir esa limitante, la condición de vulnerabilidad persiste y funciona cada día para que la condición de sometimiento se mantenga. Más aún, cuando el resultado del esfuerzo queda en manos de quienes regentan el lugar bajo la forma de custodia, o la imposición de multas reiteradas hace que los montos se vuelvan escasos". En este sentido, la jueza resaltó que "...en el tiempo de explotación, [los imputados] se valieron de las secuelas que aquellas condiciones tuvieron sobre las víctimas para lograr que la prostitución se representara para ellas como una oportunidad de superación del proyecto de vida y por haber considerado esa actividad como un medio para generar para sí importantes ingresos". La condición de extranjeras de las víctimas, "...se traduce en una causa más que aumenta la desprotección y debilita sus herramientas de oposición; es que dejar sus lugares de origen importa la ruptura de lazos sociales y familiares y contribuye al aislamiento. Es que hay circunstancias de la vida que impactan en algunos individuos de especial manera y los llevan a someterse, sin necesidad de |

violencia física, a los designios de otro, en función del estado de penuria en el que se encuentran". La magistrada señaló que "...las siete mujeres fueron objeto de esta forma de explotación bajo el modo de cobro sobre lo que el cliente pagaba. Como 'pase' o 'salida' y si bien alguna de las mujeres negó tener que dejar porcentajes en favor de 'la casa' o hacer 'pases', ya he explicado por qué esta negación ocurría: o por estar hace poco tiempo; o porque el sistema de 'custodia' del dinero inducía a error o simplemente como forma de cuidar al dar testimonio, la fuente de trabajo y su lugar de alojamiento". Participación La magistrada distinguió la participación en el hecho de M. y la de las dos mujeres. El rol de M. "...era protagónico; dirigía el negocio; establecía las pautas de la actividad; ejercía los controles de las mujeres víctimas y de [C. A.]; definía la estrategia y era en definitiva quien dominaba el modo, el cuándo y el cómo de la actividad [...] En tales condiciones actuó dominando personalmente el hecho; la decisión de acoger a las mujeres y la forma de su explotación sexual dentro del comercio del que era dueño. Se benefició económicamente con ello y ejerció su autoridad para que las condiciones del local fueran las que consideraba más redituables". Sobre el rol de G., sostuvo que no era posible "...construir un aporte mayor a una participación secundaria, cuyo contenido material consistió en ejercer vigilancia sobre las mujeres pero secundando a su pareja y sin injerencia en el modo de explotación o decisión que supere ese contenido". Finalmente, manifestó que C.A. "...accedía al [establecimiento] quebrada en lo económico después de una relación fracasada y con una familia que dependía en parte de lo que ella produjera según contó. Se alojaría ahí mismo [...], índice claro de sujeción ya que permitía a [M.] controlar sus movimientos con terceros y con las víctimas; y tener, además un modo de ejercer autoridad en tanto un desvío podía significar quedarse sin lugar para vivir". Medio comisivo En cuanto a los medios comisivos requeridos por el tipo penal, la jueza hizo mención nuevamente a la situación de vulnerabilidad. En este sentido, indicó que "...en la medida en que la falta de consentimiento o el consentimiento viciado de la víctima no sólo debe vincularse con los fines de explotación, sino que básicamente debe relacionarse con el hecho de permanecer en aquellas condiciones de sometimiento a la voluntad del autor del delito, la coacción, la violencia y los engaños varios, no constituyen en el caso sino refuerzos de aquella vulnerabilidad inicial". Concurso real por pluralidad de víctimas Además, la magistrada consideró que "...por el tipo de delito y el bien jurídico aquí tutelado, relacionado no sólo con la libertad en el sentido más amplio de la expresión, sino también con la dignidad y la integridad física de las personas, corresponde tener a los hechos aquí investigados como independientes el uno del otro, por lo que es de aplicación el concurso real art. 55 del CP. La trata de cada persona es un hecho independiente". En esta línea, manifestó que "[t]oda víctima es una infracción en sí misma y no cabe a mí entender entonces, hablar de 'lote' con referencia a seres humanos [...] Una consideración de tal alcance privaría el acceso a la justicia de todas y cada una de las víctimas, pues habrían quedado incluidas en el colectivo del primer proceso, cuestión contraria a la normativa convencional y nacional en la materia". Daños. Indemnización. Responsabilidad solidaria de la Municipalidad de Ushuaia. La jueza consideró el daño sufrido por AKS durante el período que comprendían los hechos probados en la causa. En este orden de ideas, manifestó que "...el sometimiento que ha descrito la actora, y que hemos considerado para reconstruir su historia de vida, su capacidad para oponer resistencia en términos de salir del ámbito prostibulario y su condición de vulnerabilidad, excede el periodo estricto por el que [M. y G.] han sido condenados y sobre el que quedamos habilitados para expedirnos al fallar de conformidad a lo señalado en el considerando respectivo de la sentencia penal y lo nombrado por el art. 87 CPPN". La magistrada concluyó, entonces, que "[l]a afectación de la integridad personal, física y psíquica; el menoscabo a su dignidad como persona y como mujer y el hecho de haber sido utilizada para generar un beneficio económico en provecho de los demandados –en tanto agravio también a su dignidad–, corresponde sean motivo de indemnización, la que deriva de los hechos probados en la sentencia penal y su nexos causal con el perjuicio sufrido por quien ha sido tenida por víctima". Para llegar al monto indemnizatorio, valoró, por un lado, "...el quantum de la expectativa de retribución por el

| | |
|------------------------|--|
| | <p>esfuerzo, el que por el tiempo que la actora estuvo sometida". Por otro, apreció el daño psicológico valuado por los peritos del CMF en "...un grado de incapacidad del 70% con diagnóstico de Neurosis de angustia grave (traumática y crónica); y concluyeron que requiere un tratamiento psicológico regular intensivo y sostenido en el tiempo [20 años], a cargo de especialistas en psicopatología clínica con experiencia en atención de cuadros agudos". Finalmente, consideró el daño moral. Por último, la magistrada entendió que "...bajo la forma de responsabilidad por el riesgo creado, la Municipalidad que autorizó el funcionamiento de un comercio que ponía en peligro la integridad de la mujer que 'alternaba' en él y no lo controló suficientemente, ni generó cuidados específicos para ello, aún frente al riesgo conocido; y específicamente remarcado por la falla probada de los controles en otro de los comercios del rubro, deberá reparar el daño que reclama la actora". De esta forma, indicó que "[l]a Municipalidad al haber dado lugar a la generación del daño por la falta de servicio, es responsable de modo concurrente con aquellas que lo aprovecharon y resulta en caso solidariamente responsable frente al daño causado y en los mismos términos".</p> |
| <p>Tribunal</p> | <p>Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas.</p> |
| | |
| | |



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

En la ciudad de Ushuaia, a los treinta días del mes de noviembre de 2016, tiene lugar la audiencia fijada para la lectura del veredicto dictado en la causa **FCR 52019312/2012/TO1 - Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: MONTOYA, PEDRO EDUARDO Y OTROS s/INFRACCION ART. 145 BIS - CONFORME LEY 26.842 QUERELLANTE: S _____ A _____ K _____** constituyéndose el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, con la presidencia a cargo de la Dra. Ana María D'Alessio, actuando como vocales los Dres. Luis Alberto Giménez y Enrique Jorge Guanzirolí, con la asistencia del Dr. Christian Vergara Vago en carácter de Secretario; junto al Fiscal General, Dr. Adrián Jorge García Lois; la querrela representada por la Dra. Marcela Virginia Rodríguez (Programa de Asesoramiento y patrocinio para víctimas del delito de Trata de Personas), el Dr. Hugo Fabián Celaya y el Dr. Julio Argentino Martínez Alcorta, letrados de la Defensoría General de la Nación; los Sres. Defensores: Dr. José Bongiovanni, en calidad de Defensor Oficial asistiendo a Lucy Campos Alberca y el Dr. Félix Alberto Santamaría en representación de Ivana Claudia García y Pedro Eduardo Montoya; y por último, representando a la Municipalidad de Ushuaia, los Dres. Delio Nilo Díaz y César Gabriel Molina Holguín; en relación a Lucy Campos Alberca, sobrenombre "Ani", titular del DNI nº 94.344.058, de nacionalidad peruana, nacida el 26 de octubre de 1984 en la ciudad de Cajamarca, provincia de San Ignacio de la República de Perú, de estado civil soltera, desocupada, hija de Amanda Alberca, actualmente detenida en la Alcaidía Femenina, a disposición del Juzgado Federal de Ushuaia; a Ivana Claudia García, titular del D.N.I. Nº 26.909.477, argentina, nacida el 27 de octubre de 1978 en la ciudad de 25 de Mayo, provincia de Buenos Aires, de estado civil casada, hija de Alberto Rubén y de Luisa Mabel Etcheberry, de ocupación comerciante y a Pedro Eduardo Montoya, titular del D.N.I. Nº 13.186.723, argentino, nacido el 4 de agosto de 1959 en la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, de estado civil casado, comerciante, hijo de

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Antonio (f) y de Sara Isabel Gómez, comerciante, ambos, domiciliados en Soberanía Nacional nro. 1645 de esta ciudad.

Tras la deliberación realizada, y en virtud de lo dispuesto por los arts. 396, 398, 399 y 400 del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur,

FALLA:

I.- RECHAZAR las nulidades planteadas por la defensa de los acusados Pedro Eduardo Montoya e Ivana Claudia García y por la Defensa Pública Oficial, en representación de Lucy Campos Alberca.

II. CONDENANDO a Pedro Eduardo Montoya, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor penalmente responsable del delito de trata de personas agravado por la pluralidad de víctimas, a la pena de siete (7) años de prisión, multa de pesos setenta mil (\$ 70.000), accesorias legales y costas (arts. 145 bis inc. 3 texto según Ley 26364; 403, 530, 531 y 533 del CPPN; 5, 12, 22 bis, 40, 41 y 45 del CP).

III.- CONDENANDO, por mayoría, a Ivana Claudia García, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como partícipe secundaria del delito de trata de personas agravado por la pluralidad de víctimas, a la pena de tres (3) años de prisión de ejecución en suspenso, multa de pesos treinta mil (\$ 30.000) y costas; y fijando por el mismo término de la condena, las siguientes pautas de conducta: 1) fijar residencia y someterse a los órganos de control de ejecución penal correspondiente y 2) abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y estupefacientes (arts. 145 bis inc. 3 texto según Ley 26364; 403, 530, 531 y 533 del CPPN; 5, 22 bis, 26, 27 bis, incs. 1 y 3, 40, 41 y 46 del CP).

IV.- CONDENANDO, por mayoría, a Lucy Campos Alberca, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como partícipe secundaria del delito de trata de personas agravado por la pluralidad de víctimas, a la pena de tres (3) años de prisión de ejecución en suspenso y costas; y fijando por el mismo término de la condena, las siguientes pautas de conducta: 1) fijar residencia y someterse a los órganos de control de

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

ejecución penal correspondiente y 2) abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y estupefacientes (arts. 145 bis inc. 3 texto según Ley 26364; 403, 530, 531 y 533 del CPPN; 5, 22 bis, 26, 27 bis, incs. 1 y 3, 40, 41 y 46 del CP).

V.- IMPONER respecto de Pedro Eduardo Montoya un régimen de presentaciones semanales ante la sede de este Tribunal.

VI.- MANTENER, por mayoría, el régimen de presentaciones mensuales impuestas a Ivana Claudia García y a Lucy Campos Alberca ante la sede de este Tribunal.

VII.- DISPONER EL DECOMISO de la moneda nacional y extranjera secuestrada en los domicilios de Soberanía Nacional 1645 y de Roca 306 de esta ciudad, depositada en la Cuenta nº 990010372 del Banco de la Nación Argentina y de los bienes muebles secuestrados en los domicilios utilizados como lugar de acogimiento y explotación (art. 23 CP).

VIII.- DISPONER LA DEVOLUCIÓN del dinero a las víctimas, para lo cual se procederá por Secretaría a realizar un relevamiento de lo reclamado por cada una de ellas en sus declaraciones testimoniales, a fin de evaluar su procedencia (Decreto Nacional nº 111/2015, art. 6º, inc. "e", punto II-Reglamentación ley 26364-).

IX.- DISPONER LA ENTREGA del dinero que no se encuentre afectado a devolución conforme en el punto dispositivo precedente, al Programa de Asistencia a Víctimas del delito de Trata del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

X. DISPONER EL DECOMISO y puesta a disposición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del automóvil Ford modelo Ecosport 2.0, dominio KLI 284 (art. 23 CP. y Acordada nº 32/09 CSJN).

XI. DISPONER EL DECOMISO del inmueble ubicado en calle Roca 306 de esta ciudad, requiriendo al Registro Provincial de la Propiedad Inmueble la anotación de su embargo cautelar con independencia de su titularidad, a fin de garantizar el cumplimiento de la presente y sin perjuicio del mejor derecho de terceros (arts. 23 CP y 524 CPPN).

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

XII. HACER LUGAR A LA DEMANDA CIVIL y CONDENAR,

por mayoría, a Pedro Eduardo Montoya y a Ivana Claudia García (arts. 1077, 1078 y 1081 CC) y a la Municipalidad de Ushuaia (art. 1112 CC) a abonar la suma de pesos setecientos ochenta mil (\$ 780.000) en concepto de indemnización de daños y perjuicios conforme lo detallado en el considerando respectivo.

XIII.- DISPONER que una vez firme la presente, la devolución de los efectos según correspondiere (arts. 522 y 523 del CPPN).

XIV.- CONVOCAR a las partes para la lectura de los fundamentos de la sentencia, el día 7 de diciembre próximo a las 18:00 horas.

Regístrese; comuníquese a las organizaciones que corresponda por ley, publíquese y una vez firme la presente practíquese el cómputo conforme el art. 493 del Código Procesal Penal de la Nación.

LUIS ALBERTO GIMÉNEZ
JUEZ DE CÁMARA

ANA MARIA D'ALESSIO
JUEZ DE CÁMARA

ENRIQUE JORGE GUANZIROLI
JUEZ DE CÁMARA

Ante mí:

CHRISTIAN H VERGARA VAGO
SECRETARIO DE CÁMARA

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

En la ciudad de Ushuaia, provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los siete días del mes de diciembre de 2016, se dan a conocer los fundamentos de la sentencia en la causa **FCR 52019312/2012/TO1 - Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: MONTOYA, PEDRO EDUARDO Y OTROS s/INFRACCION ART. 145 BIS - CONFORME LEY 26.842 QUERELLANTE: S_____A_____K_____**” del registro de este Tribunal; en relación a Lucy Campos Alberca, sobrenombre “Ani” , titular del DNI nº 94.344.058, de nacionalidad peruana, nacida el 26 de octubre de 1984 en la ciudad de Cajamarca, provincia de San Ignacio de la República de Perú, de estado civil soltera, desocupada, hija de Amanda Alberca, actualmente detenida en la Alcaldía Femenina, a disposición del Juzgado Federal de Ushuaia; a Ivana Claudia García, titular del D.N.I. Nº 26.909.477, argentina, nacida el 27 de octubre de 1978 en la ciudad de 25 de Mayo, provincia de Buenos Aires, de estado civil casada, hija de Alberto Rubén y de Luisa Mabel Etcheverry, de ocupación comerciante y a Pedro Eduardo Montoya, titular del D.N.I. Nº 13.186.723, argentino, nacido el 4 de agosto de 1959 en la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, de estado civil casado, comerciante, hijo de Antonio (f) y de Sara Isabel Gómez, comerciante, ambos, domiciliados en Soberanía Nacional nro. 1645 de esta ciudad.

Intervienen en el proceso, representando al Ministerio Público Fiscal, el Fiscal General, Dr. Adrián Jorge García Lois y el Dr. Marcelo Colombo titular de la PROTEX; la querella, AKS, representada por la Dra. Marcela Virginia Rodríguez (Programa de Asesoramiento y patrocinio para víctimas del delito de Trata de Personas), el Dr. Hugo Fabián Celaya y el Dr. Julio Argentino Martínez Alcorta, letrados de la Defensoría General de la Nación; los Sres. Defensores: Dr. José Bongiovanni, en calidad de Defensor Oficial asistiendo a Lucy Campos Alberca y el Dr. Félix Alberto Santamaría en representación de Ivana Claudia García y Pedro Eduardo Montoya; y por último, representando a la Municipalidad de Ushuaia, los Dres. Delio Nilo Díaz y César Gabriel Molina Holguín.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Resulta:

I.- Las actuaciones llegan a conocimiento del Tribunal en virtud de los requerimientos de elevación a juicio de la querrela y del fiscal obrantes a fs. 1421/1429 y vta. y a fs. 1436/1452, respectivamente.

La querrela le imputó a los enjuiciados el siguiente HECHO: haber captado y transportado a AKS –mediante el pago de los pasajes de vuelos aéreos- desde la ciudad de Mar del Plata (provincia de Buenos Aires) hacia la ciudad de Ushuaia, mediando para ello engaño, coerción, intimidación y/o aprovechándose de la situación de vulnerabilidad socioeconómica en la cual la nombrada se encontraba, recibéndola y acogiéndola en las instalaciones del local nocturno que regenteaban, desde el 8 de marzo de 2010 hasta el 9 de octubre de 2012.

Por su parte, el Fiscal Federal de esta ciudad, Dr. Juan Arturo Soria, le imputó a los enjuiciados el siguiente HECHO: haber organizado la captación, el transporte, el traslado y el acogimiento, mediante engaño y con fines de explotación, a ocho víctimas (en el caso de Montoya y García) y siete víctimas (en el caso de Campos Alberca); siendo ellas rescatadas del local nocturno “Sheik”, sito en calle Roca 306 de esta ciudad, desde por lo menos desde el mes de noviembre de 2011 hasta el día 9 de octubre de 2012. Encuadró típicamente el suceso en las previsiones del art. 145 bis, incs. 2 y 3 de la ley 26364.

II.- La investigación se inició a raíz de una denuncia realizada el día 12 de abril de 2012 ante el Juzgado Federal de esta ciudad, por el titular de la PROTEX (ex UFASE), Dr. Marcelo Colombo. La misma enumeraba circunstancias que surgían del testimonio prestado el día 19 de noviembre de 2011, en el marco de la causa nº 8731/2011 caratulada: “UFASE s/su denuncia” del Juzgado Federal nº 2 de la ciudad de Tucumán (fs. 1/2 y vta.). Allí, surgían elementos que permitían sospechar que en el local nocturno de esta ciudad denominado “Sheik”, se podrían estar cometiendo hechos relacionados con el delito de trata de personas.

Delegada la instrucción en la Fiscalía Federal, se logró determinar que el “Sheik” se encontraba ubicado en la calle Roca 306,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

habilitado a nombre de Claudia Quiroga; que allí se encontraban registradas mujeres, entre las que se encontraba la denunciante y varias de ellas, poseían como domicilio el indicado.

De las tareas de inteligencia realizadas por el Escuadrón 44 de Gendarmería Nacional se fue recabando información que indicaban a Claudia Mabel Quiroga y a Pedro Eduardo Montoya, como los responsables del lugar, teniendo éste último facturas de servicios registradas a su nombre; a su vez Montoya convivía con una mujer –Ivana García- en otro domicilio. También, se fueron corroborando datos brindados por la denunciante: que en el lugar trabajarían mujeres que ofertaban sexo a cambio de dinero; que lo hacían en horarios nocturnos y que algunas de ellas vivían en el local.

También se pudo constatar que dentro del local nocturno había una persona, a la cual las mujeres que allí trabajaban, la conocían con el nombre de “Ana”, quien era la que supuestamente se encargaba del local.

Con los datos recabados, la Fiscalía Federal solicitó la intervención telefónica de los abonados utilizados por los investigados. En virtud de ello, con fecha 10 de septiembre de 2012 se dispusieron las mismas respecto de los abonados nº 02901 487385 (Claudia Mabel Quiroga); 02901 434655 (fijo del domicilio Montoya–García); 02901 580087 (Pedro Montoya); 02901 583003 (Ivana García) y 02901 505091 (persona conocida como “Ana”).

Con sustento en la entidad de los diálogos interceptados y la información documentada a fs. 334/338 del 8 de octubre de 2012, la Fiscalía Federal solicitó los allanamientos del club nocturno “Sheik”, sito en Roca 306 y del domicilio sito en Soberanía Nacional 1645, vivienda de Pedro Eduardo Montoya e Ivana Claudia García, ambos de esta ciudad. Se solicitó además, el registro y secuestro del vehículo Ford Ecosport, dominio KLI 284; requisa y detención de los nombrados Montoya y García, como así también de Lucy Campos y de “Chiqui”, hermano de Ivana García y la clausura del local.

Las medidas requeridas fueron autorizadas por el juez federal con fecha 8 de octubre de 2012 (fs. 341/347 y vta.), para realizarse a partir de

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

las 02:00 del día 9 de octubre de 2012. Los resultados de las mismas, se encuentran agregados a fs. 422/428 y fs. 456/459 y vta.

Con fundamento en la prueba colectada, se les recibió declaración indagatoria a Lucy Campos Alberca a fs. 527/528 y vta.; a Ivana Claudia García a fs. 531/534 y a Pedro Eduardo Montoya a fs. 537/540, y sus ampliaciones a fs. 700/707; fs. 944/948 (ampliación de cuerpo de escritura) y vta. y 821/824 y vta. y 949/954 y vta. (ampliación del cuerpo de escritura), respectivamente; dictándose el auto de procesamiento sin prisión preventiva de los nombrados a fs. 825/873 por encontrarlos coautores del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, agravado por la intervención de más de tres personas. La medida fue apelada y luego confirmada por la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia respecto de los tres imputados.

Concluida la instrucción, el Ministerio Público Fiscal requirió la elevación de la causa a juicio y la causa fue remitida a este Tribunal para sustanciar el juicio oral mediante la resolución de fs. 1530/1536.

III.- Habiéndose cumplido en este proceso con las formalidades de la Instrucción y luego en esta instancia con las previsiones del Libro III, Título I, Capítulo I del Código Procesal Penal de la Nación; y, conforme lo decidido se incorporaron a través de su sola mención las declaraciones prestadas por las víctimas: HEFM (fs. 373/377 y 719/720); JMGdeL (fs. 382/385 y 721); QC (fs. 494/498); EBP (fs. 386/388 y 725/726); MNA (fs. 1/2) y MAMRD (fs. 368/370 y 722/724). Se recibieron bajo las recomendaciones dadas por la Oficina de Trata los testimonios de dos de las víctimas, una de ellas la querellante: FAR y AKS y de los testigos María Elisabeth Bustamante, José Ferreira, María del Carmen Cabrera, Esther Beatriz Garzón, Marisel Barone, Dafna Marina Alfie, Adriana Mónica Cires, María Cristina Forneron y Fátima Alderete y mediante el sistema de video conferencias: las declaraciones de María Ramona Báez, Ignacio Francisco García, María Eugenia Cremades y de los preventores Marcelo Gabriel Cipriani, Gabriel Iván Zacarías, Matías Adrián Carmona, Lucas Emilio Villegas, Leila Ivana Gutiérrez, Andrea Celeste García, Daniel Sebastián Zambrano, Alejandro Fabián Benítez

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

y la incorporación por lectura de la prueba documental conforme consta en el acta de debate.

A su turno, las partes formularon sus alegatos.

Por la querrela el Dr. Celaya tuvo por acreditado que desde el año 2010, la Sra. AKS, fue víctima de explotación sexual, por parte de los imputados Pedro Eduardo Montoya e Ivana Claudia García, los que a partir del año 2011, contaron con la colaboración de Lucy Alberca Campos, alias "Anita". Los primeros se beneficiaron económicamente con esta situación, mientras que Campos Alberca obtuvo: un lugar para vivir; un salario no muy importante, además de otros ingresos.

Los hechos pudieron materializarse y extenderse en el tiempo, porque Municipalidad de Ushuaia, alentó y toleró la existencia de estos lugares, brindándoles una cobertura de legalidad, contraria a la ley penal de la Nación y los tratados internacionales suscriptos por el Estado.

Se refirió a la vulnerabilidad que presentaban las mujeres halladas en el local y a las malas condiciones de habitabilidad de los espacios que ocupaban las mujeres. Mencionó los riesgos y consecuencias que implicaron los pases, para la salud y seguridad de las víctimas.

Describió la modalidad con la que la organización captaba mujeres de otras provincias o países, facilitaba el transporte aéreo, descontando su importe mediante el servicio de copas y pases o salidas, y luego las acogía brindándoles alojamiento, en alguna de las piezas correspondientes al "Sheik".

Se refirió a los roles ocupados por Montoya, García y Campos Alberca y confrontó sus descargos con la prueba de cargo para demostrar su falta de verosimilitud. Descartó la existencia del error de prohibición declarado por Montoya.

Por su parte el Dr. Martínez Alcorta consideró las acciones llevadas a cabo por Montoya y García decisivas para hacerlos civil y penalmente responsables.

El Cuerpo Médico Forense, señaló los perjuicios que los años de ejercicio del comercio sexual, le provocaron a la querellante. Concluyendo

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

que el grado de incapacidad psíquica es del 70%, por lo que cuantificó el perjuicio y extendió la responsabilidad por ese daño a la indiferencia del estado municipal, por sancionar normativa que permitía la habilitación de lugares propicios para las actividades denunciadas; las que tenían como requisito una revisión ginecológica, práctica que demostraba la tolerancia a las relaciones sexuales. Sostuvo que el ordenamiento jurídico argentino asume el derecho a resarcimiento y solicitó una indemnización por las consecuencias patrimoniales que configuran un daño emergente, el lucro cesante y la pérdida de índole económica debido a su cautiverio, por lo que ese rubro estimó en la demanda \$936.500; por gastos futuros de terapia, solicitó la suma de \$1.005.567,67. Finalmente, solicitó se condene a Pedro Eduardo Montoya, a Ivana Claudia García y a la Municipalidad de Ushuaia al pago de \$2.365.067, más intereses y costas a computarse desde el 8 de marzo del 2010 y la adecuación de los embargos a los nuevos montos.

A su turno, la Dra. Marcela Virginia Rodríguez realizó una vasta referencia sobre la normativa internacional sobre el tema la consideró vulnerada. Finalmente, el Dr. Hugo Fabián Celaya encuadró típicamente la conducta de Montoya, García y Campos Alberca en el art. 10 de la ley 26.364, incorporado al Código Penal como artículo 145 bis, en razón de que los enjuiciados conformaron una organización destinada a captar, transportar, recibir y acoger mujeres mayores de 18 años de edad, en situación de vulnerabilidad, agravado por haber sido cometido por tres o más personas como por el número de víctimas (art. 10 segundo párrafo, incs. 2 y 3). Que este delito concurre en forma material en ocho ocasiones, en razón de que sólo se ha podido probar que ocho fueron las víctimas que han sufrido la explotación sexual por parte de esta organización.

Tras analizar las pautas de mensuración de la pena, requirió la imposición a Pedro Eduardo Montoya la pena de 8 (ocho) años de prisión, accesorias legales y costas. A Ivana Claudia García, la pena de 6 (seis) años de prisión, accesorias legales y costas y a Lucy Alberca Campos, la pena de 4 (cuatro) años de prisión, accesorias legales y costas.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

El Dr. Adrián García Lois inició el alegato fiscal y tuvo por acreditado que Pedro Eduardo Montoya, Ivana Claudia García y Lucy Campos Alberca conformaron una organización que desde el mes de noviembre del año 2011 hasta el 9 de octubre de 2012, captaron, transportaron, recibieron y acogieron mujeres mayores de 18 años, con la finalidad de explotación sexual en el local nocturno denominado "Sheik", ubicado en la calle Roca 306 de esta ciudad.

Enumeró a las siete mujeres que consideró víctimas y se refirió al sistema de reclutamiento, y a los roles de Montoya y García, quienes tomaban las decisiones y controlaban que se cumplieran las mismas, a través de Lucy Campos, encargada del local. Los primeros se quedaban con las ganancias del prostíbulo, mientras que Lucy Campos Alberca, convivía con las víctimas en el mismo lugar en que eran explotadas sexualmente, controlaba el funcionamiento del local y el movimiento de las mujeres acogidas.

Dijo que los tres imputados participaron del acogimiento y la explotación sexual de las siete víctimas y dio por acreditado el conocimiento de los imputados sobre su estado de vulnerabilidad.

Describió las acciones de captación, traslado y alojamiento y tuvo por acreditado la finalidad de explotación sexual y descartó el error de prohibición, sostenido por el acusado.

Consideró probado el agravante por intervención de tres o más personas de forma organizada, vislumbrando el plan común, la división de tareas y codominio funcional de los hechos. Propició un concurso ideal entre la trata de personas y las normas que castigan la explotación económica de la prostitución y su facilitación.

Descartó considerar a Lucy Campos Alberca en las previsiones del art. 5 de la ley 26.364 por no tener una situación contemporánea de explotación.

Requirió el decomiso del automóvil, el dinero secuestrado en poder de Montoya y García (art. 23 del CP) y el decomiso del lugar de explotación como instrumento del delito, por la sociedad existente entre

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Montoya y su titular Quiroga. La aplicación de la multa del art. 22 bis del CP por haber mediado finalidad de lucro.

Finalmente requirió la imposición a Pedro Eduardo Montoya la pena de doce años de prisión, multa de \$90.000 (noventa mil pesos), accesorias legales y costas, como coautor penalmente responsable del delito de trata de personas con fines de explotación sexual agravado por haberse cometido por tres o más personas y en forma organizada, en siete oportunidades, las que deben concurrir materialmente entre sí; en concurso ideal con el de explotación económica del ejercicio de la prostitución ajena.

Bajo idéntica imputación requirió para Ivana Claudia García, la imposición de una pena de nueve años de prisión, multa de \$90.000 (noventa mil pesos), accesorias legales y costas, y para Lucy Campos Alberca una pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas. Solicitó también el decomiso del inmueble y del dinero secuestrado y el secuestro con fines del decomiso del automóvil de Montoya.

El Sr. Defensor Oficial, Dr. José Bongiovanni, representando a Lucy Campos Alberca, se refirió a las desfavorables condiciones en las que asumió la defensa y la existencia de intereses contrapuestos; a las irregularidades en la investigación y trámite. Criticó las deficiencias de la actividad investigativa y en tal sentido planteó nulidades las que extendió a la falta de congruencia del alegato fiscal con respecto al requerimiento de elevación a juicio.

Dijo que el rol secundario de su asistida surgía de todas las constancias de la causa lo cual la sitúa en el mínimo de la pena en dos años de prisión. Planteó por último, la exclusión de punibilidad prevista en el artículo 5 de la ley de Trata de Personas.

Sintetizó su pretensión en la declaración de la nulidad de las tareas investigativas de obtención del número telefónico de su asistida, y de todo lo obrado en consecuencia, disponiéndose la libre absolución; se la absuelva por atipicidad, al no existir certeza ni forma razonable de concluir que Lucy Campos Alberca se aprovechó de la situación de vulnerabilidad de las víctimas con el fin de explotarlas; subsidiariamente se considere la

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

participación secundaria en los delitos imputados; se prescinda de aplicarle pena alguna en función de lo previsto en el artículo 5 de la ley 26.364; y de no prosperar lo anterior, se la condene a la pena de dos años de prisión de cumplimiento condicional.

Por su parte, el defensor de los enjuiciados Montoya y García, Dr. Santamaría, planteó nulidades que calificó de orden general, afectándose en el alegato de la Fiscalía la relación clara y precisa y circunstanciada de los hechos, dejando indeterminado el lapso temporal sobre el cual debe defenderse.

El segundo de los planteos lo dirigió contra las tareas de investigación y la actividad de los preventores que alcanzó a aquellas realizadas para fundar las intervenciones telefónicas.

Analizó las intervenciones telefónicas y desvirtuó los alcances dados por los acusadores. Hizo referencia a la normativa que define la actividad de las alternadoras que estaba vigente.

Analizó la conducta de su defendida Ivana García y respecto de la acción civil, sostuvo que era incompetente este Tribunal porque consideró que era un reclamo laboral.

Por último, solicitó se decreten las nulidades de orden general, se absolviera a sus defendidos García y Montoya sin costas, se rechazara la demanda civil con costas; que se ordenara el levantamiento de las medidas precautorias y la devolución de todos los efectos secuestrados.

Formuló reserva de casación y del caso federal.

En tanto el Dr. César Gabriel Molina Holguín, representando a la Municipalidad de Ushuaia como civilmente demandada destacó que el lapso temporal de los hechos demandados era entre el 14 de septiembre al 9 de octubre del 2012, y estableció que el reproche al Estado Municipal giró en relación a la falta de servicios, la que repelió enumerando las actividades del municipio: tarea de inspección realizada, las actas de infracción formalizadas y su sustanciación ante el Juzgado de Faltas; el poder de policía municipal se encontraba restringido a los límites de la superficie del lugar habilitado.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Afirmó que la actividad investigada era clandestina. Y que al momento de los hechos para el rubro alternadora la exigencia de la libreta sanitaria estaba derogada.

Que la falta de servicio que se les intentaba reprochar, no se relacionaba a la competencia municipal, sino a otras reservadas a la Provincia o a la Nación. Que no correspondía responder y menos aún por el hecho ilícito de un tercero.

Finalmente dijo que el Municipio no cometió falta de servicio, no había un nexo de causalidad entre los daños que se pudieran provocar y esta situación, por lo que solicitó el rechazo de la demanda con expresa imposición de costas en cada uno de los rubros solicitados.

Por último, tanto el Fiscal como la parte querellante, contestaron las nulidades planteadas por las defensas.

Seguidamente fueron convocados los enjuiciados y en los términos del art. 393 del CPPN hizo uso de la palabra Pedro Eduardo Montoya pronunciando unas breves palabras reiterando su inocencia respecto a los hechos imputados. Ivana Claudia García, ratificó su inocencia y expresó su malestar por haber la Fiscalía hecho trascender durante una jornada del debate el nombre de su hija menor de edad. Finalmente Lucy Campos Alberca manifestó que no deseaba hacer uso de ese derecho, dándose por cerrado el Debate, pasando el Tribunal a deliberar y emitiendo el veredicto, en virtud de lo dispuesto por los arts. 396, 398, 399 y 400 del CPPN, bajo los fundamentos que a continuación se consignan:

La Dra. Ana María D'Alessio dijo:

Sobre las Nulidades:

Durante los alegatos, ambas defensas solicitaron nulidades y las contrapartes propiciaron su rechazo.

Así, el Sr. Defensor Público Oficial José Bongiovanni, a cargo de la defensa de Lucy Campos Alberca, enumeró, situaciones que, a su entender, resultaron desfavorables para un adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Ellas comprendieron la necesidad de su designación, poco tiempo antes del debate, por la renuncia del anterior letrado invocando intereses contrapuestos; la insistencia de la Fiscalía en la incorporación en este proceso de un auto de procesamiento dictado contra su asistida en otra causa y, su posición contraria a recibir declaración a la testigo Bustamante y su pretensión de incorporar por lectura las transcripciones de las declaraciones de AKS y FAR, recibidas en Cámara Gesell, en el marco de otro proceso.

Respecto a este punto, si bien lo enunciado por Sr. Defensor responde a lo acontecido durante el debate, considero que ninguna de dichas situaciones ha generado un menoscabo en el ejercicio de su ministerio, en tanto ninguna de las constancias que enumera como perjudiciales, fue incorporada al debate y, su pretensión de recibir la declaración de la testigo Bustamante, finalmente satisfecha por el Tribunal al admitir con criterio amplio la prueba nueva por esa parte propuesta.

Sobre la asistencia del Sr. Defensor Oficial, y su actuación como Secretario del Juzgado Federal.

Sobre la omisión a la regla contenida en el art. 63 del CPPN, que el Sr. Defensor Oficial, en forma tardía, reclama con sustento en que el Dr. Isidoro Aramburu actuó como Defensor Oficial en las indagatorias de Lucy Campos Alberca (fs. 527/528 vta. y fs. 700/707), para luego de finalizada su subrogancia en el Ministerio Público de la Defensa, retomar sus funciones como Secretario Judicial del Juzgado Federal, cabe decir que luego de su desempeño en el carácter invocado, no se verifica en la causa, ni fue indicada por el Sr. Defensor, la existencia de actuación que haya implicado un menoscabo al ejercicio del derecho de defensa, ni un perjuicio para esa parte que sea necesario resguardar brindándole un tratamiento diferente de aquellos que el art. art 171 del CPPN contempla como formas de subsanación.

Demora en la convocatoria a debate de una de las víctimas.

Respecto a lo que ambas defensas, denominaron como “desprolijidades” en la actividad previa al testimonio de una de las víctimas

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

durante el debate, considerando que tal testimonio fue dilatándose al ritmo propuesto por el Ministerio Público Fiscal, debo decir que el Tribunal, desde que las actuaciones tuvieron su ingreso, fue celoso en el resguardo de los derechos de quienes fueron indicadas, en el requerimiento de elevación a juicio, como víctimas del delito de trata de personas. Así se dio intervención temprana al Programa de Rescate y Acompañamiento para evaluar su capacidad de brindar testimonio en el debate, como asimismo las especiales condiciones de protección y cuidado que debían ser consideradas para la producción de esos actos.

Ha quedado documentado en el acta de debate, las intervenciones dadas a las especialistas de ese Programa, Licenciadas Adriana Cires, y María Cristina Fornerón, quienes tuvieron por tarea evaluar el estado de la víctima FAR, cuyo testimonio restaba producir, como el momento y las condiciones que debían cuidarse para el desarrollo del acto.

Desde esa perspectiva, considero que la actividad desplegada por las profesionales intervinientes, se ha orientado a determinar el momento en que las condiciones de protección y cuidado necesarias para la víctima se encontraban reunidas, y descarto de tal modo los cuestionamientos de las defensas en cuanto a un hipotético manejo de los tiempos en favor de los intereses del Ministerio Público Fiscal. La intervención era necesariamente previa y no hay elemento alguno que autorice siquiera a dudar sobre su alcance de índole profesional.

Falta de congruencia del alegato fiscal.

a) El Sr. Defensor Oficial señaló durante su alegato la falta de congruencia del alegato fiscal con respecto al requerimiento de elevación a juicio.

Fundó su crítica en que la acusación al momento de su recapitulación final, asignó a su asistida la coautoría funcional del delito de trata de personas con fines de explotación, cometido con violencia, coerción y abuso de la situación de vulnerabilidad de las víctimas, agravado por la intervención de tres personas y por la cantidad de víctimas superior a tres, en concurso real entre sí -7 víctimas-, en concurso ideal con el delito del artículo

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

127 del CP en cada caso, posición que a su entender dista de aquella atribuida en el requerimiento de elevación a juicio. Basó su visión en que en el acto aludido se la consideró partícipe necesaria del delito de trata de personas con fines de explotación sexual cometido mediante el abuso de la situación de vulnerabilidad de las víctimas, agravado por la intervención de tres personas y por la cantidad de siete víctimas.

De ello concluyó que el artículo 127 y el 145 bis del CP no concursan sino de manera aparente, y estimó que la coautoría funcional sostenida en el alegato fiscal, exige una demostración más rigurosa, en cuanto a los aportes que su asistida realizó a la fase ejecutiva de cada uno de los hechos, pero dicha tarea fue omitida.

Criticó la inclusión de medios comisivos que antes no fueron contemplados, como la violencia, o la coerción, por la imposibilidad de rechazar al cliente, y sostuvo que desde la forma de concurso elegida, el Ministerio Público debió probar la existencia de esas dos situaciones y el conocimiento de la enjuiciada Campos Alberca sobre el punto.

Consideró que tales omisiones produjeron un menoscabo en el derecho de defensa, por cuanto de haber conocido anticipadamente la posición de la Fiscalía, podría haber producido prueba para contrarrestar esos aspectos.

Con relación a este planteo considero que la base fáctica, elemento trascendental para el análisis de invalidez del acto de la acusación que aquí se propone, no fue alterada y en el alegato final, mantenida la congruencia con aquellos hechos contenidos en el requerimiento de elevación a juicio.

De tal forma la cuestión aparece aquí limitada al encuadre legal asignado a los sucesos, sin que se aprecie una alteración en los hechos que, reitero, han permanecido incólumes.

Es que el énfasis efectuado sobre algún dato introducido en los relatos, no alcanza para conformar una violación al principio de congruencia, máxime cuando como en el caso, el Sr. Defensor pudo preguntar y controlar

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

esa prueba, posibilitando de tal forma, ejercer de la manera que considero conveniente el derecho de defensa de la parte que representa.

Es que tampoco se advierte en el caso la existencia de una situación que pueda calificarse como sorpresiva, y de una entidad suficiente como para provocar una situación de indefensión.

Pero fundamentalmente debe considerarse además que los agravios que se invocan, han perdido actualidad, en razón de que el reproche efectuado por este Tribunal a Campos Alberca no recogió la coautoría ni amplió medios comisivos.

b) La acusación fiscal en el debate, desde otro aspecto, fue objetada en su validez por la Defensa Particular.

El Dr. Félix Santamaría sustentó su falta de congruencia, por no haber acusado el Ministerio Público Fiscal por una de las víctimas, por lo que, desde su razonamiento, el período de inicio de la imputación se vio alterado.

Bajo tal argumento, el planteo no resiste mayor análisis. Es que, tratándose de un concurso real, corresponde un período particular por cada una de las víctimas, por lo que la supresión de aquella, no altera las circunstancias de tiempo de los hechos del requerimiento fiscal que mantiene, como límite máximo, el mes de noviembre de 2011.

Ello así sin perjuicio del tiempo propio de la querellante, quien indicara una fecha de inicio distinto y sobre lo que luego volveré.

Nulidad de las tareas investigativas.

Ambas defensas coincidieron en plantear la nulidad de la tarea investigativa desarrollada por personal de Gendarmería Nacional dentro del local "Sheik".

El razonamiento del Sr. Defensor Oficial parte desde la concepción del sistema de "copas" como un acto de inicio de la explotación.

Consideró que los gendarmes Zacarías y Cipriani reconocieron haber pagado "copas" para investigar; y que ese pago activó el sistema de explotación sexual que operaba en el local "Sheik".

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Bajo tal hipótesis concluyó que los nombrados actuaron como agentes provocadores, sin dejar constancia de las órdenes, si es que existieron, recibidas por la Fiscalía o por la autoridad Judicial; y que la modalidad del agente encubierto, sólo está prevista como último recurso en la ley 23.737.

Por último razonó que si las copas deben ser consideradas explotación, los agentes preventores debieron hacer cesar el delito al tomar conocimiento de ello.

A los puntos expuestos, el Dr. Santamaría sumó el argumento, de la excesiva duración de la investigación por resultar contraria a las pautas fijadas para este tipo de delitos, y propició la nulidad desde fs. 1.

Finalmente, encuadrada entre las de orden general, en lo que hace a la intervención del Fiscal y del Juez en la dirección y control de la investigación, reclamaron la nulidad del proceso; la Defensa Pública desde fs. 181, y la defensa particular desde fs. 1, y la de todos los actos que son su consecuencia y reclamaron la respectiva absolución de sus asistidos (art. 18 de la CN y normas de su misma jerarquía previstas en la CADH; el PIDCyP; arts. 168, 2º párrafo, en función del 167, inc. 2º y 172 del CPPN).

Para dilucidar los planteos expuestos es necesario repasar la actividad de instrucción que orientó la tarea investigativa del personal.

A fs. 11, la Fiscalía Federal convocó a la Unidad Especial de Procedimientos Judiciales de Gendarmería Nacional, indicando que debían establecer entre otras cuestiones, los propietarios, los encargados y empleados del fondo comercial "Sheik", a la que agregó también los teléfonos celulares que utilizarían los mismos (ver punto b).

La actividad encomendada se extendió también a la comprobación de los hechos denunciados, a través de la observación del comportamiento y hábitos de las mujeres que trabajan en el lugar.

La nota PS 2-0250/18 da cuenta de los resultados de la tarea investigativa desarrollada por Gendarmería, y en lo que al punto interesa, a fs. 39 vta., puntos c) y d) se comunicaron al Sr. Fiscal Federal que se había comisionado a personal de la fuerza para reunir información dentro del local.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

De ello puede deducirse sin hesitación, que la actividad prevencional en el interior del local comercial, era conocida por el Sr. Fiscal Federal quien dirigía la pesquisa, y su legalidad evaluada favorablemente al punto que, a fs. 155, se encomendó a Gendarmería Nacional, determinar *“el mecanismo que se utiliza dentro del local para que los clientes abonen lo que consumen ya sea las copas, o bien los pases (si es que se realizan)”*.

Esta disposición permite conocer que la hipótesis investigativa aún permanecía sin ser corroborada al momento en que el cabo Marcelo Gabriel Cipriani es comisionado con fecha 18 de junio de 2012, a reunir información dentro del local.

La falta de certeza que, a ese momento de la pesquisa, se tenía, sobre la configuración de los requisitos del tipo delictivo bajo investigación, surge claro de la valoración que efectúa el Fiscal Federal al motivar su pedido de intervenciones telefónicas, formulado el 7 de septiembre de 2012 (fs. 193), por lo resulta ilógico reclamar a los preventores Cipriani y Zacarías que al momento en que realizaron sus observaciones dentro del local, hicieran cesar un delito que meses después de esa actuación, aún no se encontraba verificado. Con estos fundamentos encuentra aquí respuesta adversa el planteo del Dr. Santamaría motivado en la extensión de la pesquisa, sin hacer cesar el delito el que consideró un hecho de flagrancia.

La analogía que las defensas proponen, entre la actividad que desarrollaran los funcionarios de Gendarmería Nacional en el interior del local “Sheik”, con las figuras como la del agente provocador y aún con la del agente encubierto, distan de haberse corroborado en el caso.

Así tenemos que, en primer lugar, los Defensores extienden a los fines de su planteo, la interpretación del concepto de copeo que definiera este Tribunal en el fallo “Morales”, y donde la definición aludida encontraba su límite en quienes se beneficiaban con la explotación del local comercial, no extendiéndose al cliente y en la medida en que incluía tocamientos u otros actos de esa índole.

Se encuentra acreditado que los gendarmes no se introdujeron como integrantes de la organización delictiva, ni han participado en la

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

realización de ningún hecho delictivo, como para considerar su actividad inmersa en la figura del agente encubierto en los términos prescriptos por el art. 31 bis de la ley 23.737.

Tampoco puede equipararse su actuación a la actividad de un agente provocador, ya que no hay evidencia que haga suponer que hayan “creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente”, ni que hayan tentado a personas inocentes a cometer esas violaciones. Menos aún, se evidenció una actitud creadora del crimen que motiva estas actuaciones, puesto que esa posibilidad se desvanece bajo la certeza que el debate ha podido verificar, en cuanto a que ninguno de los preventores tuvo contacto con los sospechosos del delito ni alteró por ende de esa forma u otra, su voluntad.

La actividad de los gendarmes en este proceso se limitó a ingresar al sector habilitado al público de un establecimiento comercial, en el horario usual de funcionamiento, y entrevistarse con hipotéticas víctimas a fin de conocer su situación personal y sus hábitos, conforme lo encomendado por la Fiscalía a fs. 11 y a fs. 155 sin ingresar en la comisión ni provocación de actos ilícitos.

Por haber sido la base jurisprudencial del planteo y por haber merecido respuesta expresa de las acusaciones, haré referencia al Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Fernández, Víctor” dictado el 11 de diciembre de 1.990.

Los hechos del caso actual distan de lo que la doctrina del pronunciamiento veda. Efectivamente, bajo la premisa de que *“el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales”*, la Corte sostuvo que lo que al Estado le está vedado es “crear” un delito con el propósito de penar al autor; y agregó que distinta es la situación si el Estado puede demostrar que el imputado tenía ya “predisposición” a delinquir. Tampoco quedan autorizados a efectuar inspecciones o requisas.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Desde esa óptica, efectivamente los funcionarios de la Gendarmería Nacional reprodujeron en juicio cuanto observaron en un ámbito de acceso público en el que no interfirieron en la voluntad de los sospechosos ni generaron en ellos voluntad delictiva.

Es que la regla de evaluación de legalidad del medio empleado transita por su falta de injerencia indebida en ámbitos privados, cosa que no ocurrió, y la proporcionalidad del medio empleado. Desde esto último, bajo las premisas y objetivos fijados por la Fiscalía en los primeros pasos de la instrucción, ingresar al ámbito público y poder permanecer en él, justificaba actuar del modo en que lo hicieron pues resultaba una vía idónea para determinar la forma en que el local funcionaba y los roles de cada uno.

Voto así por su rechazo.

Con respecto a la nulidad que el Dr. Félix Santamaría, orienta hacia la actividad desplegada por la prevención en la determinación de los abonados telefónicos usados por los enjuiciados, y concretamente con el llamado realizado a un número que aparecía a nombre de Ivana García, documentado a fs. 178 donde la interlocutora habría sido su hija, debo decir que no advierto la existencia de perjuicio. La actividad que se plasmara en la foja indicada, resulta inocua a los fines del proceso, y por ende para los intereses de la parte que la propone.

Sustento esta conclusión en que las constataciones realizadas por la prevención, tenían por objeto -dada la multiplicidad de líneas telefónicas que figuraban a nombre de Ivana García (ver nota PS 2-0250/30 de fs. 184/190)- limitar las intervenciones a aquellas que efectivamente estuvieran en uso de la imputada para, de tal forma, resguardar la privacidad de terceros que eventualmente las tuvieran en uso.

Tal es el caso de la línea telefónica objeto de indagación sobre la cual el Dr. Santamaría sustenta su pedido de nulidad, línea telefónica que no fue intervenida por no estar bajo el uso de la imputada.

En base a todo lo expuesto, considero que la actividad prevencional desplegada se ajustó a las pautas de legalidad y a los límites

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

funcionales que establece el art. 183 del CPPN y en todo momento sujeta al control del director de la pesquisa, en el caso la Fiscalía Federal, sin que se hayan vulnerado derechos de los imputados vinculados al debido proceso legal.

Voto así por el rechazo de todos los planteos formulados.

Excepción de prescripción

El Dr. Santamaría solicitó la prescripción de los hechos vinculados a la infracción a la Ley nº 12.331 en función de la multa que solicitara la Fiscalía.

En respuesta al planteo referido, debe considerarse que la Fiscalía no calificó separadamente los hechos como encuadrados en la ley 12.331, sino que sostuvo la existencia de un concurso aparente, y la multa requerida lo fue en términos del art. 22 bis del CP que se refiere al ánimo de lucro. Bajo tales premisas la evaluación de una prescripción bajo pautas de paralelismo no puede considerarse de modo favorable.

Hechos Probados:

Tengo por probado que al 9 de octubre de 2012, cuando ocurrió el allanamiento dispuesto por la Justicia Federal, siete mujeres cuyas condiciones personales enunciaré luego, habían sido captadas, trasladadas y finalmente acogidas en las dependencias del Club Nocturno "Sheik" que funcionaba en Roca 306 de esta ciudad. Que ese acogimiento fue con la intención de explotarlas sexualmente, lo que se concretó en todos los casos. Que ello ocurrió abusando de la condición vulnerable de las víctimas. Que esta conducta de explotación tenía lugar desde tiempo atrás y que cada mujer fue sometida a partir de su ingreso y hasta aquella fecha.

Tengo también por probado que los tres imputados participaron de la actividad, pero no de forma equivalente, ni en las condiciones que requiere una organización. Es que Pedro Montoya según se verá, tenía un rol protagónico, fuerte y determinante sobre el modo en que aconteció el hecho; dominaba personalmente el suceso. A diferencia de él, Ivana García

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

tuvo un papel menor, pues si bien estaba presente en el local y al tanto de todo cuanto ocurría, funcionó como refuerzo de la voluntad de su pareja Montoya, sin capacidad decisiva propia. Por su parte Lucy Campos Alberca, era la cara visible del grupo, pero respondía a los designios de Montoya sin que pueda, tampoco en ella, verificarse dominio propio de las decisiones vinculadas con el comercio y la actividad de las mujeres.

Que existió en Montoya y García un deseo de lucro que fue en definitiva el móvil que guio su conducta.

1) Del modo en que funcionaba el local comercial Club Nocturno "Sheik":

Quedó demostrado en el juicio que en el "Sheik" la actividad iniciaba alrededor de las 23:30 hs. y se prolongaba hasta la 6 de la mañana. Que funcionaba con el régimen de "copas" en el que las mujeres recibían un porcentaje de lo que consumía el cliente. Según declaró AKS estas "copas" incluían tocamientos y debían intentar lograr el "pase".

Había un sistema de pulseras que Lucy Campos entregaba a las mujeres a medida que se hacían "copas", las que fueron secuestradas en el lugar de explotación.

En la audiencia declararon los gendarmes Matías Adrián Carmona, Marcelo Gabriel Cipriani y Gabriel Iván Zacarías, quienes ratificaron los informes incorporados por lectura que documentaban las tareas de investigación realizadas. Contó Cipriani que a la noche se advertía a las mujeres salir de las habitaciones de la calle Roca e ingresar al salón; que también vieron mujeres retirarse en taxis acompañadas. Zacarías por su parte señaló que a la mañana no se veía movimiento. Que el negocio trabajaba hasta las 6. Que por lo que él advirtió había entre 12 y 14 mujeres en el sitio. Que pudo verlas salir acompañadas. Que cuando ingresó al local le ofrecieron sexo. Había que pagar en la barra, donde había una mujer morocha. Agregó que a los dueños Montoya y García no los vio en el lugar.

Las condiciones del sitio de alojamiento eran sumamente precarias, pequeños cuartos, con humedad, olor a gas, presencia de

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

roedores y suciedad. Esto fue escuchado en los testimonios de los funcionarios de Desarrollo Social y Gendarmería y quedó documentado en las fotografías de fs. 438; fs. 440; fs. 441; fs. 444 y fs. 445.

A su vez las víctimas fueron escuchadas en diversas ocasiones. Primero entrevistadas por los funcionarios del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia, Licenciada María Eugenia Cremades, Técnica Andrea Berta, Lic. Esther Garzón y Lic. Ignacio García, quienes confeccionaron un informe que luce agregado a fs. 565 y ss. (ampliatorio de fs. 580); luego por la Fiscalía, con fecha 9 de octubre de 2012 y por el Juzgado Federal. Los testimonios fueron incorporados al debate por lectura con la venia de las partes (art. 391 CPPN); y en dos de los casos –AKS y FAR-declararon ampliamente en el debate.

Así, **HFM** (a) “**Melisa**”, de nacionalidad dominicana, contó ante la Fiscalía Federal (fs. 373) que vivía en el local con “Mayra” y “Rubí”, que también eran dominicanas; que hacía pases; que en el local tenían que estar a las 23:45 hasta las 6:00 hs., pero que a veces se quedaba hasta las 7 u 8 de la mañana. Que desde que llegó trabajó todos los días, que descansó sólo un día martes porque cerraron el local.

Al ser preguntada acerca de patronos, jefes y administradores del local, refirió que eran Pedro e Ivana. Que “Ana” anotaba en un cuaderno las “copas” que hacían, que no tiene deudas ya que pagó su pasaje y no abonaba alojamiento. Que durante el período trabajado habría ganado unos \$12.000. Que los “pases” los realizaba afuera, el cliente pagaba el hotel; la dicente cobraba la media hora \$700 y la hora \$1.000; que de la media hora se quedaban con \$120 y de la hora \$150; que el dinero se lo entregaba a “Ana” y ésta se lo guardaba porque en la habitación habían desaparecido \$1.000. Que el cliente pagaba dentro del local. Salían siempre en remise que era llamado por “Anita”. Generalmente iba al Hotel Capri y que en otra oportunidad fue al Hotel Altos de Ushuaia con unos turistas que se alojaban ahí. Que las copas salían entre \$200 y \$150 y que las chicas se quedaban con el 50%. Que dormía en la primera habitación de mano izquierda, entrando por la última puerta del predio de la calle Roca.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Declaró luego frente al juez (fs. 719/720) y sostuvo que había llegado a Ushuaia hacía un mes; que sabía que Pedro era el dueño y que iba cada tanto. A Ivana la vio cuando iba Pedro, y que “Ana” era la encargada del funcionamiento del local, servía los tragos, que las trataba bien.

JMGdeL (a) “**Mayra**”, también dominicana, contó ante la Fiscalía (fs. 383) que comenzó a trabajar en el boliche la misma noche del 12 de septiembre en que llegó. Que debía estar disponible desde las 12:00 de la noche hasta las 6:00 de la mañana, y que no daban franco. Que desde que comenzó a trabajar se tomó un solo franco. Contó que Pedro iba de vez en cuando. Que tenía trato con “Ana”, Pedro e Ivana y que ganó aproximadamente \$12.000; que se turnaban entre las compañeras con la limpieza. Que estuvo presente en ocasión de un control y que cree que fue la policía; que en ese momento estaba “Ana” y luego llegó Pedro. Que de lo que ganaba recibía la mitad. Negó multas, violencia física y “pases”. A fs. 721 declaró ante el Juzgado Federal. Reiteró que no hacía pases. Que Ana pagaba diariamente, salvo si ellas pedían que les guardara alguna suma.

QC (a) “**Rubí**”, contó ante la Fiscalía (fs. 494) que hacía “copas” y si se presentaba la “salida” la hacía. “Ana” les entregaba pulseritas por cada copa y con la salida debían abonar al local \$120 la media hora y \$150 la hora. Las “salidas” se cobraban por adelantado y le avisaban a “Anita”; se hacían en hoteles, por ejemplo el “Capri”, la casa del cliente o el hotel donde estuviera alojado. Que debía trabajar desde las 0:00 hs. y hasta las 6 horas. No había multas pero si se retiraba debía pagar \$500. Que ganó \$30.600 aproximadamente desde el 26/8/12 a la fecha del allanamiento.

EBP (a) “**Aylen**”, quien dijo conocer el “Sheik” y trabajar ahí desde 2006. Relató ante la Fiscalía (fs. 386) que era salteña; que había hecho contacto con Pedro, quien le indicó los porcentajes. Que había dos departamentos que ya no estaban más y que se entraba por la última puerta de Roca, dijo que la misma noche que llegó empezó a trabajar. Acerca de las actividades dijo que realizaba “copas” y “pases”; trabajaba todos los días, salvo un franco. Que al principio no podía elegir franco; que el horario era de 24:00 a 06:00 de la mañana, que eran entre 7 y 8 chicas.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Que el control de la barra y de los clientes lo hacía el propio dueño. Que anotaban en una planilla y que la encargada era "Anita". Tiene un ingreso variable de \$6.000. Que había controles regulares cada mes y medio o dos. Finalmente agregó que el día anterior al allanamiento le entregó plata a "Ana", eran \$13.000, que los guardó en una cartera negra.

A fs. 725 en su declaración ante el juzgado agregó que Pedro era el propietario igual que Claudia Quiroga, ajena a este juicio; que eran socios. Que Pedro iba temprano a abrir el boliche y se retiraba dejando a la encargada de nombre "Ana" a cargo; él no iba todos los días. Ivana era la esposa de Pedro pero no tenía nada que ver con el local; de vez en cuando iba a tomar mate pero no tenía injerencia en el local. "Ana" les pagaba. Que está desde hace 6 años y cada dos o tres meses se va y vuelve.

Por su parte **AKS** (a) "**Carla**", declaró en la audiencia de juicio que la misma noche en que llegó al "Sheik", aparecieron "invitados" porque había "chicas nuevas". Esa noche hizo "pases" y "copas". Se compró ropa y luego se la descontaban. Que viajó por primera vez en el año 1996, con 19 años. Que tomaban alcohol y que debía conseguir que la invitaran una copa en 5 minutos, y si el cliente tenía plata tenía que sacarles el pase. En el reservado había que conseguir que quisieran hacer un pase. Los pases se realizaban en una habitación ahí mismo; y las "salidas" duraban entre 15 o 30 minutos o 1 hora. Los precios los ponían Montoya y su anterior pareja, quienes les decían lo que tenían que cobrar y los porcentajes de las ganancias. Hacían "copas" al 50 % y "pases" al 40 %; sin embargo, dijo, que como salían borrachas ellos les "cuidaban" la plata. Montoya estaba al tanto de su situación. Le contó que estaba separado de Quiroga y que cualquier problema que tenga con ella se lo haga saber. Fue a la Municipalidad, sacó duplicado de libreta sanitaria, se realizó análisis en el laboratorio de Alfonsina Storni. Refirió a una encargada anterior a "Ana" de nombre Corina, quien pagaba los pasajes o lo podía hacer Pedro Montoya. Contó que Pedro Montoya pasaba cada 2 ó 3 días para ver a "sus mujeres". Con relación a Ivana García, dijo que era la mujer de Montoya. Con respecto a la rutina señaló que a las 23:30 hs. debían estar en el salón; que ella vivía

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

adentro; había multas por demoras o inasistencias. Trabajaban hasta las 6 ó 7 de la mañana. Se cerraba a las 5 porque era el horario de la habitación. Los “pases” se hacían en las piezas donde vivían. Tenían indicada una ubicación en el local. Se tenían que sentar en las banquetas de la barra de piernas cruzadas. El cliente lo primero que tenía que ver cuando entraban era a ellas. Las multas consistían en dinero que descontaban, equivalente a 2 “pases”. Si rompían algo también, si consumían dentro del local también se sumaban a la deuda. Si el cliente se quejaba, por diferentes motivos había multas, podía requerir devolución por insatisfacción. Con respecto a “Ana” dijo que apareció y se hizo cargo de la barra en 2011/2012. Era quien cobraba, abría y cerraba; limpiaba, compraba los pasajes, se encargaba del negocio. “Anita” ejecutaba las órdenes, pero la decisión era de Montoya. Los dueños eran Montoya con su pareja y Quiroga con su pareja. Que el 80% de los clientes iba a hacer “pases”. Había 2 timbres, el timbre que estaba debajo de la barra era para avisar que terminó el turno y el de la habitación para pedido de auxilio, pero no funcionaba. Los preservativos los compraba la casa, se vendían ahí mismo. Contó que las habitaciones donde dormían eran muy chicas, se cocinaba ahí mismo, y también ahí ocurrían los pases. Cuando menstruaban se ponían una esponja en la vagina. Describió actos de violencia y ayuda entre compañeras: “Cuando estabas con un tipo te podía pasar cualquier cosa”. Algunas chicas llegaban a vomitar por diferentes situaciones. Se provocaban vómitos para evitar la borrachera, tomaban cosas para que se les pase la borrachera incluso cocaína. Relató varias enfermedades. Tenían las salidas limitadas; en temporada de cruceros tenían que estar, no podían salir, no podían tener vida social, sólo alguna salida puntual. Podían hacer \$2.000 por día y de ahí le descontaban los pasajes; descontaban también por alquiler, sobre las “copas” le descontaban la 1ª, 3ª y la 5ª. Tenían que dejar la copa entera de esas. Cuando se retiraban se pagaba en la caja. Ella tenía al tiempo del allanamiento \$700 en efectivo. Todas funcionaban de la misma manera, todas tenían el mismo precio. Se hacía una inspección total por parte del municipio, encendía luces, nos llamaban por el nombre verdadero, las

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

chicas sin documentación o sin libretas eran escondidas o incluso si las encontraban, Pedro Montoya resolvía ese problema. No podían denunciar por golpes, no se podía denunciar a la policía, bajo la condición de que “las mujeres de la noche no denuncian”.

Volvió en el relato sobre Ivana y reiteró que siempre lo acompañaba a Pedro y que traía chicas de un prostíbulo de Saladillo.

Contó que el nombre de “Ana” o “Anita” era Lucy Campos Alberca. Que al tiempo en que ella estaba como encargada ya no había cámaras. Aclaró que la encargada llamaba a Pedro cuando había un problema de disciplina. Que la relación de Ivana con la provisión de mujeres lo supo por era dichos de “Anita” y Montoya. Contó también que había un cuaderno. Lo llevaba “Anita” y lo revisaba Montoya.

En cuanto al tiempo en que AKS habría estado en situación de explotación bajo los designios de Pedro Montoya cabe aclarar que la querrela ya al requerir la elevación a juicio estuvo al término que señalara al tiempo de constituirse en esa calidad; es decir se remontó a marzo de 2010 fecha en que le fuera otorgada la libreta sanitaria conforme constancias de fs. 87 (confr. Fs. 1427vta.). Con ese alcance la acusación particular abrió el debate y permitió la discusión en términos de habilitar la defensa amplia y el ofrecimiento de prueba y luego acusó por lo que en principio corresponde considerarlo pues, si bien más amplio que el de la Fiscalía, guardó coherencia a la largo del proceso.

Sin embargo pese a que efectivamente la Libreta Sanitaria le fue otorgada en esa fecha y para incorporarse precisamente al local nocturno “Sheik”, su sometimiento bajo el señorío de Montoya, fue reiteradas veces interrumpido.

Es que su propio relato surge que estuvo un tiempo en el “Sheik”, hasta octubre de 2010 en que pasa al “Tropicana”

En abril de 2011 habría viajado a Mar del Plata donde contrae matrimonio en junio y nace su hija en enero de 2012 (conf. Legajo Personal e Historia Clínica por ella acompañada).

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Relata haber regresado a Ushuaia con su hija de 5 meses lo que se encuentra corroborado ya que está incluida en la planilla de "altas" que presentara la Municipalidad a pedido de la Gendarmería fs. 57, el 17 de abril de 2012.

Estuvo un tiempo en "Candilejas" y pasó al "Sheik" por un mes aproximadamente. Regresa a Mar del Plata a dejar al bebé y vuelve a esta ciudad con el pasaje secuestrado en la barra del "Sheik" el 14/9/12 y permanece hasta la fecha del allanamiento.

En tales condiciones no puede considerarse el período señalado sin interrupciones y esto determinará proporcionalmente la cuantía del daño producido.

No puedo dejar de advertir que la intervención del Cuerpo Médico Forense al establecer el daño y la necesidad de tratamiento, consideró toda la historia de vida de AKS y el que habrá de acotarse al período estricto probado con el alcance de este párrafo.

FAR (a) "Fanny" contó en la audiencia de juicio que Pedro era violento, que había que "laburar"; se imponían multas por todo. Que tenían que comprar ellas todo, preservativos incluso. Todo se manejaba con tiempo, siempre estaba controlada. Dijo que le tenían temor a Pedro. Que siempre vivió en el "Sheik" y se cambiaba de habitación seguido. Que estaban sin plata porque ellos se la cuidaban. Que en alguna ocasión estando enferma no quería faltar por las multas. Que tanto "Anita" como Pedro estaban al tanto. No podían tener relaciones de amigos, les decía "coman acá". Que los pases se realizaban afuera y a los conocidos adentro. Si tenía deuda no se podía ir, que no la dejaron ir a ver a su mamá cuando estuvo enferma por la deuda. Que había una correntinas "chiquitas" que recibían un "trato privilegiado" por parte de Pedro; tal "privilegio" consistía en poder salir con un cliente por vez y que "a ella la mandaban con varios clientes a la vez porque tenía aguante". Dijo que "Anita" hacía pases de día.

MAMRD (a) "Tamara". De nacionalidad paraguaya, llegó al "Sheik" el 17/9/12. Dijo que vivía en un departamento ahí mismo, el que

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

compartía con otras chicas. Que hacía “copas” al 50% y que hacía “pases” fuera del local de lo que no aportaba al negocio. Recibía \$1000 por hora.

Reseñado el relato de cada mujer se advierte en estas declaraciones ciertas diferencias que obligan a valorarlos en su conjunto, de conformidad con las reglas de la sana crítica. En ese orden AKS y FAR, quienes tuvieron mayor periodo para conocer el funcionamiento; han sido escuchadas personalmente por los magistrados y las partes quienes pudieron controlar en mayor medida sus versiones, manifestaron con detalle la existencia de “pases”, luego transformados en “salidas”; y que esa versión coincide con el contenido de escuchas telefónicas, con lo declarado por los oficiales de Gendarmería que dijeron haber recibido ofertas sexuales y lo dicho por el propio Montoya acerca de que las chicas salían, elementos que conforman convicción acerca de que en el “Sheik” efectivamente se realizaban “pases”.

Sólo “Mayra” los negó de manera reiterada, sin embargo HFM dijo que ella, “Mayra” y “Rubí” los hacían.

Es que la opción de que hubiera quienes sólo realizaban “copas” no sólo no tiene apoyo en prueba que lo respalde, sino que por el contrario fue terminante FAR quien contó que la única diferencia que existía era con relación a “las correntinas” jovencitas, quienes salían con un solo cliente y no como ella que afrontaba servicios numerosos y que la regla era que todas estuvieran, salvo eso, bajo igual régimen. AKS coincidió también en la igualdad de condiciones.

Tengo por acreditado entonces que en el “Sheik” se realizaban “copas” y “pases” y que la casa recibía un porcentaje siempre y sobre ambos rubros; que se imponían multas por faltas, demoras, quejas o falta de limpieza; que había sometimiento a una autoridad fuerte ejercida por Montoya, reforzada por García y ejecutada por “Ana”, Lucy Campos Alberca; que el alojamiento tenía lugar ahí mismo en los departamentos de Roca o en los que daban sobre la calle Gobernador Paz.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

2) Cambios operados en el “Sheik” luego del allanamiento del club nocturno “Black and White”:

A lo largo del debate quedó verificado que el cierre del local nocturno “Black and White” resultó en ciertas modificaciones de la actividad en el “Sheik”, como fue que no se realizaran “pases” dentro del sitio o se limitaran a los clientes conocidos. Otra adecuación del método, fue tomar distancia del negocio. Así Lucy Campos Alberca cobró mayor relevancia en su condición de encargada y la presencia de Montoya no fue tan evidente. Esto surge de los relatos de las mujeres quienes por lo general repitieron que Pedro estaba poco; que pasaba abría temprano y se iba; que solía tomar algo y se retiraba. Entiendo también que hubo una renovación del grupo de mujeres, pues en muchos casos habían viajado en septiembre (12, 14, 17 y 19), como forma de impedir un relato de su situación mejor construida y limitado conocimiento del negocio.

Estas modificaciones evidencian que la invocación de error en Montoya, quien dijo que la actividad que él llevaba a cabo estaba dentro de márgenes autorizados, no era tal. De otra manera, si esa hubiera sido su real convicción, no se hubiera alejado de la exposición que sí asumió Campos Alberca; y si las “copas” era la actividad, cuál era la necesidad de generar la idea de que se trataban de un grupo de amigas.

Claramente evidencia que sabía de lo ilícito de la actividad y la necesidad de ocultarla.

Por otro lado, lo burdo de la maniobra de ocultamiento demuestra que no se dirigía a las autoridades que rutinariamente controlaban el comercio, como podían ser los inspectores municipales, sino que era una pantalla preparada para un eventual procedimiento al que -por su excepcionalidad- fuera posible pretender hacer caer en un error.

AKS contó en la audiencia sobre esta cuestión que luego del allanamiento de club nocturno “Black and White”, Pedro Montoya tuvo una reunión con ellas, en la que indicó modificar la vestimenta hacía una más casual; que debían decir que eran amigas que habían salido a tomar algo; debían tener las carteras y sus abrigos con ellas; que dijeran que no vivían

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

ahí. Las multas seguían vigentes, pero se habían cambiado los carteles y se modificaron las habitaciones. Y algo fundamental, “Anita” indicó que los “pases” se hicieran afuera, convirtiéndose en “salidas”.

FAR a su turno relató que después de lo del “Black and White” se cambiaron la ropa, había que cambiar la rutina del local y debían decir que no se pagaba alquiler y que esto ocurrió después de una reunión a la que las convocó Pedro.

3) Condiciones personales de las mujeres que se encontraban en el local “Sheik” el día 9 de octubre de 2012 en ocasión del allanamiento:

El delito de trata de personas requiere que las conductas típicas hayan tenido lugar mediante alguno de los medios comisivos que prevé la ley. Sea mediante coacción, violencia, abuso de una situación de vulnerabilidad, lo cierto es que estas exigencias típicas ponen el foco sobre los motivos por los que estas mujeres llegaron al sitio en que fueron sometidas y también, sobre los motivos por los cuales fue posible mantenerlas en tal condición.

Hay cuestiones a las que se ha dado cierta relevancia en el debate y que tienen que ver con la posibilidad de retirarse del sitio; de regresar a sus lugares de origen en alguna oportunidad; etc. Y en ese punto quisiera decir como ya lo hice en otro fallo que el sometimiento y la sujeción muchas veces no se encuentra necesaria e indefectiblemente vinculado a una violencia o impedimento físico, sino que se relaciona con el mantenimiento en el tiempo de la condición que llevó al ingreso; es decir a la imposibilidad de superar el condicionante de la voluntad. Para ser más clara, si la situación de pobreza llevó a alguna de estas mujeres a ingresar al circuito de la prostitución y después de haber estado en esa condición, sean días, meses o años, continúan sin poder revertir esa limitante, la condición de vulnerabilidad persiste y funciona cada día para que la condición de sometimiento se mantenga. Más aún, cuando el resultado del esfuerzo queda en manos de quienes regentan el lugar bajo la forma de custodia, o la imposición de multas reiteradas hace que los montos se vuelvan escasos.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Desde este lugar es que resulta útil repasar la historia de vida de cada mujer, no porque el reproche sobre Montoya, García y Campos Alberca deba remontarse a aquellos tiempos de infancia o adolescencia ni porque sea a ellos atribuible su pobreza o demás carencias, sino porque en el tiempo de explotación, se valieron de las secuelas que aquellas condiciones tuvieron sobre las víctimas para lograr que la prostitución se representara para ellas como una oportunidad de superación del proyecto de vida y por haber considerado esa actividad como un medio para generar para sí importantes ingresos.

Para reconstruir esa condición se cuenta con los relatos de las víctimas; los informes efectuados inmediatamente después del allanamiento (fs. 565/570); por la intervención de la Subsecretaria de Familia y al personal del Ministerio de Desarrollo Social, Lic. María Eugenia Cremades, Tec. Andrea Berta, Lic. Esther Garzón y Lic. Ignacio García, quienes manifestaron que de ese primer acercamiento y en lo posteriores se pudo observar a “un grupo de mujeres cuya historia ha transitado por continuas inestabilidades y situaciones de riesgo. Todas, evidencian que se encuentran en un estado de vulnerabilidad psicosocial, el cual está determinado por su condición de extranjera, por su bajo nivel de instrucción, lo que imposibilita el acceso a un trabajo estable y por la falta de una red de contención y a la lejanía de su lugar de origen”.

Sobre este aspecto, Dafna Marina Alfie declaró como testigo en la audiencia de juicio. Psicóloga, integrante del Programa de Rescate del Ministerio de Justicia de la Nación. Contó que no estuvo en el allanamiento pero sí en las declaraciones testimoniales; según su experiencia dijo que los primeros momentos después de un procedimiento, se evidencia en las víctimas temor a perder la fuente de ingresos como característica principal y que los testimonios varían a medida que logran mayor libertad y confianza. Desarrolló el concepto de “circularización”; que las mujeres recién ingresadas al sistema prostibulario se reconocen como víctimas, no así cuando han sido “circuladas”, refiriendo con esto a una larga vivencia en ese ámbito y en más de un sitio. Esta idea fue claramente desarrollada por la testigo. Permite

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

valorar testimonios como los ya transcritos y evaluados desde el punto de vista de una profesional con experiencia. Comprender las razones por las que el relato o no concuerda entre ellas o la actitud que se adopta con relación a los tratantes varía en el tiempo al igual que varía la posición que se asume con relación a la autoridad.

Trataré a cada una de las víctimas por separado para explicar por qué han sido consideradas en condición vulnerable.

Cabe aclarar que MNA quien declaró el 19 de noviembre de 2011 en Tucumán (fs. 1) y dio inicio a la investigación que finalizó en el procedimiento de octubre de 2012 en Ushuaia, no fue considerada como víctima del caso por la Fiscalía en la medida en que quedó fuera del período por el que mantuvieron su acusación en la discusión final (art. 393 CPPN). Ello así por cuanto conforme surge de los movimientos migratorios informados a fs. 121 había dejado la provincia en octubre de aquel año y por ende establecido el límite temporal del caso desde octubre de 2012 y remontándolo hasta noviembre de 2011, escapaba su tiempo de sometimiento a los hechos establecidos en el requerimiento de elevación a juicio.

1. **MAMRD (a) "Tamara":**

Ella se encontraba en el local la noche del 9 de octubre de 2012 conforme surge del listado de fs. 378/80 confeccionado por la Técnica en Minoridad y Familia Andrea Berta del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia. Se consignó en dicho informe que es de nacionalidad paraguaya, nacida en el año 1981; que posee escasa instrucción pues cursó hasta el 2do año de la educación primaria. Llegó a Ushuaia un mes antes del allanamiento.

Declaró ante la Fiscalía el mismo día del allanamiento (fs. 568 incorporada por lectura). En esa oportunidad contó que empezó a trabajar a los 12 años en el campo en la cosecha de la caña de azúcar, que tuvo un hijo a los 18 y otro a las 20 de distintos padres. Que ninguno aportó para su manutención. Que trabajó en el servicio doméstico hasta viajar a Argentina a los 24 años. Que no tenían para comer cuando resolvió venir a Argentina. Que mandaba dinero a su madre con quien viven sus dos hijos; su hermana,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

dos nenitas adoptadas y el padrastro. Que desde Argentina empezó a mandar dinero y pagar la educación y la salud de todo su grupo familiar y que no dejaba de trabajar porque mantiene la casa. Que al iniciar en el "Sheik" habló con "Ana". Que se alojó ahí mismo compartiendo la habitación con una chica de apodo "Carla". Dijo haber llegado a Ushuaia el 12 de septiembre de 2012, luego resultó 17, y tres días después inició las tareas en el establecimiento. Que estaba trabajando antes en un boliche de "Saladillo". Primero dijo que vino a pasear y se quedó sin plata. Que ella pagó su pasaje. Narró ante el juzgado federal (fs. 723) que conocía a "Nicol", un travesti cuñado de "Pedro", con quien mantenía cierta amistad; que a Ivana sólo la conocía de vista. Acompañó el ticket aéreo en el que figura que fue el día 17 de septiembre en que llegó a esta ciudad, y es también esa fecha la que figura en el pasaje aéreo secuestrado y exhibido en la audiencia. Luego aclaró que ella le preguntó a "Nicole" si su cuñado le podía pagar el pasaje y aclaró que supuestamente se lo mandó "Ana" y luego le devolvió todo el dinero, eran \$1.800 y se los fue devolviendo de a poco. Dijo que cuando llegó a Ushuaia Pedro y su esposa la fueron a buscar al aeropuerto en su auto y fueron al "Sheik" en donde residió aproximadamente un mes.

Se trata así de una mujer extranjera, con poca instrucción, sola, lejos de su lugar de origen y de su familia, con necesidades económicas, cargas de familia, condiciones que facilitaron su captación y determinaron su voluntad en los términos explicados por las profesionales actuantes del Ministerio de Desarrollo Social y la Licenciada Alfie.

De las escuchas denota previo paso por el ambiente de la prostitución en Buenos Aires.

2. HEFM (a) "Melisa":

Aparece mencionada en el listado de fs. 378/80. En este documento se señala que es nacida en 1975, en República Dominicana, con educación primaria y arribada a la Provincia también en septiembre de 2012, el 19 precisamente. Declaró ante la Fiscalía a fs. 373/376vta. Relató que trabajaba desde los 17 años de estilista en su país; que tiene dos hijos que

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

viven con su madre en República Dominicana; que el padre de los niños es chofer de micro y que se encarga de ellos. Que pasa un importe de manera quincenal a su madre ya que sus hijos viven con ella, 2 hermanas, 2 hermanos y su padre y que su familia tiene problemas económicos. Que sus hermanos colaboran un poco en lo económico, una de sus hermanas es epiléptica y la medicación es muy cara y el Estado no la provee. Que colabora con lo que puede con su familia porque además tenía una hipoteca de una casa en su país, que la estaba pagando desde hacía 2 años y medio y que le restaba mucho por pagar, que la plata que ganó aquí no le rendía de mucho, un poco más que en su país. Que la casa es para que sus hijos tengan un lugar y no tengan que pagar alquiler. Que esa situación la angustiaba, que era un gran sacrificio estar lejos de sus hijos a quienes extrañaba mucho. Refirió que su primer niño nació desnutrido, y que desde que nació tuvo convulsiones y requerimiento de medicamentos. Refirió que gracias a su trabajo en Ushuaia no le falta nada a sus hijos, que nadie de su familia sabía lo que ella hacía acá. Relató que llegó a Ushuaia por indicación de una amiga de Buenos Aires que la contactó con "Anita", quien pagó su pasaje y a quien se lo devolvió a medida que trabajaba. Que aceptó el trabajo por una cuestión económica ya que hasta ese momento no lograba cubrir las necesidades de su familia.

Está incluida dentro de las conclusiones del informe de fs. 585/590 en tanto su estado de vulnerabilidad psicosocial y este relato corrobora la presencia de los índices que fueron tomados en cuenta al señalar su condición.

3. JMGdeL (a) "Mayra":

Estaba también esa noche del 9 de octubre de 2012 en el local nocturno "Sheik" y está por ese motivo mencionada en el informe de fs. 378/80. En él se indica que también es dominicana, nacida en 1982; también con educación primaria y llegada a Ushuaia un mes antes del allanamiento. En su primera declaración en la sede de la Fiscalía (fs. 382/385) dijo que dejó sus estudios para trabajar; que su primer trabajo fue a los 16 años de edad en un Hotel en su país. Que tenía una vida de clase media, que hace tres años

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

decidió venir a la Argentina y que su primer trabajo fue de moza en un Bar en La Plata, luego de ello se fue a Comodoro Rivadavia en donde con una amiga llamada "Clari" trabajaban de mozas; ahí trabajó por un lapso de 2 años y medio. Posteriormente viajó a Dominicana por 3 meses y luego volvió a Buenos Aires en donde volvió a trabajar en el mismo bar de La Plata, llamado "Ghost" durante 6 meses; que en todos los bares que trabajó hizo "copas". Dijo que sus padres murieron cuando la dicente tenía aproximadamente 20 ó 21 años, su madre en junio y su padre en noviembre del mismo año. Que de niña vivió sola con su madre ya que sus padres no vivían juntos. A los 20 años se juntó con el padre de sus 2 hijos, quienes están al cuidado de sus tías, hermanas de su madre que residen en Dominicana. Que vive en Punta Cana; que alquila. Que su residencia fija era en Buenos Aires, que en diciembre viajaba a Punta Canta y permanecía ahí durante 3 meses. Que se enteró de la posibilidad de trabajar en Ushuaia a través de una amiga de nombre "Wanda", quien también es dominicana. Le pasó el teléfono de "Anita" quien al día siguiente le envió el pasaje. Llegó a Ushuaia el 12 de septiembre del 2012, que viajó sola y que "Anita" la fue a buscar al aeropuerto; que tomaron un taxi y se dirigieron al "Sheik", y que ahí se alojó junto con dos chicas más que trabajaban en el boliche.

Que como tiene una residencia precaria no es fácil encontrar un trabajo diferente, que si tuviera su documento, podría conseguir otro trabajo y traer a sus hijos a la Argentina.

También extranjera y con carencias económicas apremiantes, no resultó objeto de controversia su condición de vulnerabilidad indicada por los profesionales actuantes.

4. QC (a) "Rubi":

También presente en el local "Sheik" el 9 de octubre de 2012. El informe de fs. 378/80 señala con relación a ella que es dominicana; nacida en 1978. Al declarar ante la Fiscalía dijo que viajó a Argentina buscando mejorar económicamente, ahorrar y poder terminar su casa y en la idea de que trabajaría en un restaurante, lo que no fue así. Que la oferta laboral era para

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

trabajar en un privado. Que no pudo acostumbrarse y que de ahí otra mujer la llevó a otro boliche en Recoleta. Que de todas maneras como esta mujer vivía de ella, no llegaba nunca a juntar dinero para enviar a su país. Pasó de ahí a otro sitio y regreso a República Dominicana. Al tiempo regreso a Argentina pues no reunía el dinero para construir su vivienda y no veía a sus hijos. Siguió contando los inconvenientes económicos, el riesgo de perder su vivienda, la necesidad de sacar créditos que no pudo pagar le valió intimaciones reiteradas; el robo de dinero y documentación; los fracasos con distintas parejas. Contó que trabajó en el “Black and White” en Ushuaia hasta su clausura. Que regresó a su país y el 14 de agosto de 2012 regresa o Buenos Aires y a los días otra vez volvió a Ushuaia, que por intermedio de quien fuera su encargada antes y de un amigo que la recibió y contactó en el “Sheik” con “Anita” quien la alojó junto con otras chicas de su nacionalidad. Que “Anita” le explicó todo el sistema de trabajo, le mostró la habitación que compartía con otras dos chicas dominicanas.

Cabe aclarar por nuestra parte que esta mujer no había sido considerada víctima en la intervención que este Tribunal tuvo en la causa del local “Black and White”, pues tuvimos la impresión que poseía recursos personales y materiales que hacían que no tuviera condición vulnerable.

Sin embargo el hecho de que pocos meses después de haber salido de aquel local se encontrara en situación de prostitución nuevamente, demuestran que sus posibilidades de salir del ámbito prostibulario estaban francamente limitadas. La descripción de su historia de vida con que aquí se cuenta presenta indicadores de una situación económica frágil, con hijos en el extranjero que dependían de ella, extremos que hacen cambiar de parecer en esta oportunidad y considerarla también víctima del caso y compartir la conclusión de las profesionales que evaluaron su situación de vulnerabilidad.

5. **EBP (a) “Aylen”:**

Forma parte también del grupo de mujeres que estaba el 9 de octubre en el “Sheik”. Aparece en el informe de la licenciada Berta de fs. 378/80 en donde se establece que es salteña, nacida en 1985, con estudios

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

secundarios completos. Dijo ante la Fiscalía (fs. 386) que había sabido de la posibilidad de trabajar en Ushuaia por una compañera de Comodoro Rivadavia que le dio el teléfono de Pedro con quien habló sobre las condiciones y que fue éste quien la recibió al arribar a Ushuaia. Que ella pagó su traslado. Mencionó a Quiroga y Corina. Dijo que Pedro la llevó a las instalaciones del "Sheik"; fueron al departamento y le presentó a las chicas que estaban en ese momento.

Su situación presenta condiciones distintas a las de las mujeres extranjeras.

Presenta una condición familiar más cómoda que aquellas sin perjuicio de lo cual dijo tener que enviar dinero a su madre jubilada.

Sin embargo cierra en ella el concepto de "circularización" que describió la Licenciada Dafna Alfie del Programa de Rescate en la audiencia, pues ingresó al circuito de la prostitución siendo aún menor de edad y en conflicto con sus padres. Que se escapó del hogar y comenzó a desempeñarse en prostíbulos de diferentes ciudades del país. Contó que la situación de prostitución era ignorada por su familia.

Así las cosas, se trata de alguien que reviste también las condiciones personales, económicas y sociales que hacen que su alejamiento del ámbito prostibulario se vea dificultado; o lo que es lo mismo, que resulte fácil captarla para su explotación sexual.

Sin vínculo familiar o social, se provee su sustento, alejada de su origen, ha "circulado" por el ambiente prostibulario desde su minoría de edad. Llevaba al momento del suceso 6 años en el "Sheik" y casi 10 en el ambiente.

Estos parámetros fueron considerados por los profesionales como condiciones de vulnerabilidad y se comparten.

6. AKS (a) "Carla":

Estaba el día del allanamiento y aparece en el informe de fs. 378/380. Respecto de sus condiciones personales, nació en Córdoba y tiene el secundario incompleto. A fs. 58 aparece como personal del "Sheik" en abril

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

de 2012. A fs. 87 obra la solicitud de libreta sanitaria a su nombre con fecha 8 de marzo de 2010, para trabajar en el "Sheik"; la que fue expedida con domicilio en Gobernador Paz 415 y secuestrada. En el momento del allanamiento se encontraba en la habitación que daba al frente sobre Gobernador Paz en compañía de otras de las mujeres. Durante el juicio en su declaración, relató extensamente su historia de vida. Contó que tenía 16 años cuando sus padres se separaron y se fue a vivir a Córdoba con su mamá y una hermana de 10; que su padre no pasaba manutención. Pasaban necesidades económicas. Que cuando tenía 18 años, su mamá se fue y ella quedó con su hermana. Se fue entonces a Córdoba a buscar trabajo sin mayor suerte. Una amiga le dijo de un boliche en el sur; que no tenía muchas opciones. Que llegó con \$5 y en el avión se enteró que iban a hacer "copas". Al llegar estaban Montoya y Claudia Quiroga. La llevaron al "Sheik". Pedro le dijo que debía adoptar nombre de fantasía, y ahí surgió "Carla". Trabajó 3 meses seguidos, y relató penurias en su salud a raíz de eso. Conoció a su primer marido en el Sheik. En 1999 él le dice de irse a Barcelona en donde estuvo unos años, y él le propone trabajar en un "puticlub" allá en España, fue y estuvo unos meses ahí. Que sufrió violencia física, verbal y violaciones. Empezaban las clases en febrero de 2.010, tenía deudas, tres hijas; tenía que pagar el alquiler. "Claudia" le envía el pasaje de avión. En el aeropuerto la esperaba Carlitos, quien se desempeñaba como personal de limpieza y de recoger las chicas en el aeropuerto. Que por un problema con un cliente tuvo un enfrentamiento con Quiroga y al día siguiente "la pasaron" al "Black and White"; que este "pase" importó que la deuda que ella tenía con el "Sheik", se transfiriera a Morales. Que volvió al "Sheik" porque Pedro resolvió la situación. Contó que viajaba a Córdoba cada 2 ó 3 meses para ver a sus hijos. Los pasajes para venir siempre los compraba la casa. Que le hubiese gustado vivir de otra manera sin arriesgar su vida y la de sus hijas. Interrumpió el último año de secundario para poder comer. No tenía obra social, no recibió ayuda económica de su primer marido y que lo que hacía lo hacía por sus hijas. Viajaba a Mar del Plata en donde estaban con los pasajes comprados por Montoya. En el momento del allanamiento hacía dos meses que estaba

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

en el Sheik. Al ser preguntada por el defensor de Montoya y García contestó que fue a un colegio alemán pago; que en Córdoba trabajaba en un privado. Reconoció, a pregunta del defensor, haber trabajado en empresas españolas. Que trabajó en “Candilejas” en 2012 y le pidió a Pedro Montoya de volver a “Sheik”, porque en aquel otro sitio se vendían drogas y trataba de no estar ahí por una cuestión de seguridad suya y de su familia. Cuando se fue al “Sheik” en 2012 su hija tenía 5 meses.

Presenta condiciones similares a las de EBP analizadas recién. Un quiebre con su familia de origen, ocurrido siendo menor de edad, la aparición temprana de la necesidad de proveerse económicamente y a su hermana habrían incidido en su ingreso en la actividad prostibularia.

Con alguna salida temporal, el fracaso de su relación en España y el resurgimiento de la necesidad económica, produjo su reingreso ya con un grupo familiar numeroso.

Con relación a su condición personal, también obra agregado a la causa e incorporado por lectura al debate, el informe de fs. 1958/66 efectuado por el Médico Forense del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Maximiliano Luna y el Médico en Psiquiatría del Cuerpo de Peritos de la Defensoría General de la Nación, en el que se concluye que “AKS” *“...Presenta conciencia de situación y de sufrimiento psíquico. Presenta una estructura psíquica lábil, con rasgos de secuela psicotraumática y necesidad de contención...Evidencia alta vulnerabilidad psicosocial desde temprana edad en relación a su grupo familiar de origen....Del informe psiquiátrico y psicológico realizado surgen signos y síntomas de daño psíquico compatibles con el trastorno de estrés postraumático vinculable a las circunstancias de violencia psíquica, física y sexual que experimento en forma prolongada durante varios años. La examinada presenta al examen presencial realizado, secuelas que ameritan un abordaje en salud mental desde las perspectivas psiquiátrica y psicológica acorde con lo normado con la ley 26.657 de salud Mental”.*

Asimismo del informe de fs. 1973/1987 realizado por la especialista en Psicología Jurídica Lic. Liliana M. Rudman y el Lic. en Psicología

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Diego Mac Gregor, también del Cuerpo Médico Forense, surge que estimaron a "AKS", un grado de incapacidad del 70% con diagnóstico de Neurosis de angustia grave (traumática y crónica); y concluyeron que requiere un tratamiento psicológico regular intensivo y sostenido en el tiempo, a cargo de especialistas en psicopatología clínica con experiencia en atención de cuadros agudos.

Estos elementos de juicio autorizan a tener por acreditada su condición de vulnerabilidad al tiempo de su incorporación al "Sheik" puesto que su historia personal a esa altura ya había transitado las vivencias que para los profesionales del Cuerpo Médico Forense resultaron en una estructura psíquica lábil determinante de su incapacidad a esa altura, de apartarse del ámbito de la prostitución como generador de una solución económica rápida.

Reitero por mi parte aquí la idea introducida por la Licenciada Dafna Alfie, al señalar que el tránsito prolongado por el sistema de los prostíbulos inhibe la capacidad de autoevaluarse como víctima. El ingreso se facilita puesto que pese a tomar distancia no hay conciencia clara de la propia condición. AKS contó haber tenido que pasar del "Sheik" al "Black and White" por una pelea dentro del primer club nocturno; haber tenido que salir de "Candilejas" expulsada por situaciones violentas. No encuentro motivos para apartarme de las concesiones de las profesionales sin su condición vulnerable.

7. FAR (a) "Fanny":

También alojada esa noche en el local. Ocupaba la habitación del frente hacia Gobernador Paz junto con AKS. Declaró personalmente ante el Tribunal. El informe de fs. 378/80 dice que es nacida en Córdoba en 1973, con secundario incompleto y sin poder establecer desde cuándo se encuentra en la provincia. En su declaración ante el Tribunal dijo que llegó al "Sheik" en el 2.009, en ese momento estaba Quiroga, luego estuvo con Pedro hasta el 2.012.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Si bien no ahondó en condiciones personales previas, su relato traslució situaciones francamente severas y sujeción a la autoridad de Montoya a quien tenía por un sujeto violento desde lo verbal y quien ejercía un rol de poder al que no podía sublevarse. Los relatos de una mayor exigencia de éste hacia ella “porque tenía aguante” y que eran vividas dolorosamente por FAR sin capacidad de resistir, importan también la inexistencia de herramientas personales, familiares, económicas y sociales para oponerse en términos de vulnerabilidad.

Es que expresamente dijo no poder relatar su historia personal porque es doloroso. Se quebró cuando recordó que no se le autorizó viajar cuando su madre estuvo enferma y reconoció tener que enviar dinero a su familia por tener un hermano privado de la libertad.

Concluyo al igual que las demás mujeres respecto de su condición vulnerable.

De la voluntad de las víctimas. Su condición vulnerable:

Así las cosas, se detecta de los relatos de las víctimas un estado de vulnerabilidad preexistente su arribo a la ciudad, ya que estaban en situación económica precaria y pesaba en la mayoría sobre ellas la existencia de familiares a cargo. Ya hemos llamado la atención en otros casos acerca de la ajenidad de las víctimas con relación al sitio de la explotación. O son extranjeras o son traídas a la isla desde lugares distantes del país. Y esto tiene sentido en tanto se traduce en una causa más que aumenta la desprotección y debilita sus herramientas de oposición; es que dejar sus lugares de origen importa la ruptura de lazos sociales y familiares y contribuye al aislamiento. Es que hay circunstancias de la vida que impactan en algunos individuos de especial manera y los llevan a someterse, sin necesidad de violencia física, a los designios de otro, en función del estado de penuria en el que se encuentran.

Y a esto se refiere la figura penal del art. 145 bis al indicar como modo comisivo el “abuso de una situación de vulnerabilidad”.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

El consentimiento se encuentra condicionado a las situaciones personales de cada una de las víctimas, descripto antes, y por ende el consentimiento no se da de modo libre.

Y esto fue evaluado al estudiar la modificación de la ley que acá aplicamos al considerar que "...lo cierto es que estamos frente a un consentimiento viciado de nulidad, a un consentimiento que es expresado por una víctima que viene de una larga historia de violencia, de intimidación y de vulnerabilidad" (orden del día 1.812).

La sección 2ª de Las Reglas de Brasilia nos ofrece alguna pauta sobre las causas a tomar en cuenta al enumerar como constitutivas de causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad...".

Resulta oportuno recordar aquí que la situación de vulnerabilidad "hace referencia a una situación en la que la persona es más propensa a brindar su conformidad para ser explotado, y el abuso de esa situación ocurre cuando el autor usa intencionadamente o se aprovecha de la vulnerabilidad de la víctima para captarla, transportarla, trasladarla, acogerla o recibirla con el fin de explotarla, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable de que dispone y que resulte razonable que crea eso a la luz de su situación (cfr. "Nota orientativa sobre el concepto de 'abuso de una situación de vulnerabilidad' como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del 'Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños' (incorporado por ley 25.632, B.O.29/08/2002), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional").

La jurisprudencia ha desarrollado esta idea al decir que "la vulnerabilidad puede ser personal (por ej., una discapacidad física o psíquica), geográfica (porque la persona se encuentra en situación irregular en un país extranjero, social o lingüísticamente aislada) o circunstancial (por ej., desempleo, penuria económica)..." (cfr. CFCP, Sala IV, causa 12.479,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

“PALACIO, Hugo Ramón s/ recurso de casación”, Registro 2149/12, rta. el 13 de noviembre de 2012).

Y dentro de esta modalidad, la sujeción económica mediante las retenciones que se tuvieron por acreditadas, actúa fuertemente y condiciona una y otra vez la voluntad, aún sin necesidad de hablar de diversidad de modalidades comisivas.

Para completar la idea, como lo hice en mi voto en “Morales, Víctor Antonio” del registro de este Tribunal, sobre las formas condicionantes de la libertad, vale recordar el alcance amplio y global que del derecho de autodeterminación diera la Corte en el considerando 17 del fallo “Arriola, Sebastián y otros s/ causa nro. 9080” recurso de hecho A 891 XLIV, cuando dijo con cita de la CIDH “... *bajo una perspectiva general, (el ser humano) posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía- que es prenda de madurez y condición de libertad-e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones*” (CIDH en el caso Ximenes López vs. Brasil, del 4/7/06, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

Y sin perjuicio que aclaré y lo reitero, que la idea de la cita estuvo concebida para los actos del Estado con injerencia en los particulares, resulta aplicable a aquellos que valiéndose de las dificultades ajenas oprimen sus posibilidades de autodeterminación plena y encima lucran con ello.

De la explotación:

El fin de explotación, es el móvil que otorga sentido negativo a las conductas típicas. El art. 4º de la ley 23684 dispone que a los fines de la ley existe explotación, entre otros supuestos, cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; cuando se promoviere,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual.

De la mayoría de los testimonios se desprende que por el sistema de “trabajo” impuesto en el “Sheik”, existían limitantes de la libertad en cuanto a las salidas y las amistades que podían tener por fuera del local y si bien podían incluso viajar, ello podía ocurrir sólo cuando no hubiera deudas y no afectara momentos de alta demanda como durante la temporada de pesca o llegada de cruceros, tal como declaró FAR.

Los testimonios son demostrativos de la modalidad de explotación sexual; tenían el sistema de “copas” como preliminar al sistema de “pases” (que implicaba mantener relaciones sexuales con los clientes) y los imputados se beneficiaban económicamente con ambos rubros.

La explotación se vio cruda, en los relatos de las dos víctimas (FAR y AKS), al describir que en una noche atendían a un número importante de hombres y lo que ello implicaba, o que a veces se quedaban fuera de horario atendiendo a varios turistas, situación que pone a una mujer en condición de sufrimiento, al exponerla a todo tipo de vejámenes; o que debían trabajar incluso con malestares de salud; o durante su período menstrual.

De las conversaciones de Montoya surge que estaba queriendo cerrar el local y que esto se debía a los mayores riesgos que sabía pesaban sobre él a partir de lo ocurrido al local nocturno “Black and White”.

Y si corría esos riesgos claramente no era por la mera actividad de “copas” o “alterne”, sino porque la explotación sexual era lo que realmente redituaba económicamente.

Las siete mujeres fueron objeto de esta forma de explotación bajo el modo de cobro sobre lo que el cliente pagaba. Como “pase” o “salida” y si bien alguna de las mujeres negó tener que dejar porcentajes en favor de “la casa” o hacer “pases”, ya he explicado por qué esta negación ocurría: o por estar hace poco tiempo; o porque el sistema de “custodia” del dinero inducía a error o simplemente como forma de cuidar al dar testimonio, la fuente de trabajo y su lugar de alojamiento.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Resulta ilustrativa, la conversación en que “Anita” no acepta un cliente, indicándole que en el “Sheik” podía encontrar “chicas” (conversación del 24 de septiembre de 2012, fs. 279):

Anita-Hola

Masculino -Hola Agus.....Hola

Anita- Si decime

M- Si, te había mandado un mensaje, pero no se si... si se puede

Anita-No, no trabajo, estaba jodiendo

M-Eh?

Anita- No, no trabajo

M- Me estabas jodiendo?

Anita-Si, cobro muchísimo más de eso igual, ahora

M-En serio?

Anita-Mmmh, no ya no tengo necesidad de trabajar, por eso cobro caro

M-Che y...cuanto es caro?

Anita-No, te digo, no...no, o sea... en realidad ahora estoy cobrando cinco mil pesos...

M-Que, por cuanto?

Anita- Porque no tengo necesidad

M-Ah, para que no te jodan?

Anita-Claro...el que quiere pagar lo paga, pero me conoce, entendes?

M-Ah, bueno

Anita- Fijate, debe haber más, chicas por ahí

M-Si, no, pasa que tengo un diario viejo y no, no consigo nada, no, no atiende nadie

Anita-Bueno cualquier cosa venite al Sheik

M- No pasa que no tengo tanta plata

Anita- No, pero fijate ahí...

M- Vos sos la que sale en...la foto que esta en el diario tuya, sos vos?

Anita-No, no yo no tengo foto

M-Una foto en el diario viejo

Anita- No, no creo

M- Bueno

Anita- venite al Sheik, hay unas chicas que cobran menos de eso

M-pero son lindas, oh...?

Anita- Si, hay lindas chicas ahora, eh

M-Si?...Bueno, voy a ver

Anita- Dale

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Participación de cada uno de los imputados:

La forma en que cada uno de los imputados se relacionó al hecho probado no fue equivalente; no coincido con la posición de las acusaciones que han referido a una coautoría funcional.

El rol de Pedro Montoya era protagónico; dirigía el negocio; establecía las pautas de la actividad; ejercía los controles de las mujeres víctimas y de Campos Alberca; definía la estrategia y era en definitiva quien dominaba el modo, el cuándo y el cómo de la actividad.

Ivana García, conforme se verá, tenía un rol secundario; de refuerzo de autoridad de su pareja Montoya. No era ajena a cuanto ocurría, pero el alcance de su actuación no superaba esa condición y no se advierten, con la prueba reunida, que tuviera posibilidad de compartir con Montoya decisiones acerca del funcionamiento del club nocturno.

Por su parte Lucy Campos Alberca, muy expuesta en el local, había accedido al rol de encargada poco tiempo antes del allanamiento; en una situación personal y económica desfavorable. Tampoco tenía dirección del negocio. Aun cuando así apareciera a la vista de alguna de las víctimas, debía rendir cuentas de todo a Montoya, quien ejercía control sobre ella.

Paso a evaluar la prueba reunida que fundamenta tales apreciaciones.

Responsabilidad de Pedro Montoya:

Pedro Montoya declaró ampliamente en el juicio oral. En esa oportunidad reconoció que había estado a cargo del club nocturno "Sheik" desde muchos años atrás; primero junto con una ex pareja, Claudia Quiroga, de quien se había distanciado. Que tenía para octubre de 2012 cuando ocurrió el allanamiento, deseos de cerrarlo. Efectivamente esto surge de alguno de los diálogos obtenidos de las intervenciones telefónicas en las que refleja que el negocio había comenzado a darle problemas. Sin embargo la idea no era cesar con la explotación sino mudarse a la ciudad de Tolhuin junto con un tercero que podía favorecer su instalación allí.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

En cuanto a su relación a las mujeres, la testigo FAR contó que era quien marcaba las pautas de la actividad y tomaba las decisiones de dirección básicas.

Era propietario del comercio. Del Expediente de Habilitación nº 4174/Q/1995, surgen las condiciones en que había realizado negociaciones con Claudia Quiroga a lo largo de los años y cómo uno o el otro había tenido mayor injerencia en el manejo del “Sheik”. Lo cierto es que para la fecha del allanamiento y desde hacía varios meses atrás, era él quien había quedado a cargo.

En tal condición, acogió a las siete víctimas del caso, quienes vivían dentro de su propiedad.

Intervino en su captación con la intervención en alguno de los casos de un familiar que vivía en la Provincia de Buenos Aires. Y si bien tal como dice “Anita” no quería continuar pagando pasajes porque había habido incumplimientos anteriormente, no era indiferente a esos viajes puesto que luego, superado el riesgo de la “inversión inicial”, retiraba a las recién llegadas y las trasladaba al sitio en que las alojaría. Todas, las siete mujeres del caso vivían en su propiedad y bajo las condiciones que él fijaba.

Resultó llamativa a mi criterio su explicación acerca de que debían trabajar para él a fin de compensar el costo de su alojamiento, pretendiendo convertir la actividad en un negocio entre partes iguales; o que da las salidas se retuviera un porcentaje por el tiempo de ausencia en que no hacían “copas”.

Todas las víctimas lo tenían por dueño de “la casa” y a “Anita” como su encargada.

Se corroboró con las escuchas que controlaba lo que ocurría, como en la conversación en que interroga a Campos Alberca acerca del reclamo del cliente molesto por la conducta de FAR (conf. conversación de fecha 28/9/12 del abonado fijo de Montoya obrante a fs. 275):

Femenino- Hola

Pedro- Hola, como le va?

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: EUGENIO ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Pedro- Alguna novedad?

F-No, ninguna. Todo bien, por ahora

Pedro- No fue ese muchacho a hablar con Fany?

F-Si, si, vino y le devolvió ella la plata. Le dijo bueno, está bien le dice, toma tu plata, así que bueno, le devolvió la plata nomás

Pedro- Ah, está bien

F-Dijo no mejor, para no tener problemas me dijo, toma y le dio la plata

Pedro- Listo, me tranquiliza...La próxima que elija mejor lo que va a hacer, cuando sale.

F- Si, obvio...no, no, no, si ya le dije. Y me dijo no, no fue lo que habíamos pactado, pero bueno, está todo bien

Pedro- Bueno... cualquier cosa chiflame yo me voy a tirar un rato

F- Bueno, listo, le llamo cualquier cosa

“No se hagan las pícaras”; “No me quieran pasar a mí” fueron frases que FAR le adjudicó como habituales.

Fue quien decidió, conforme el testimonio de AKS el modo en que se adecuaría en “Sheik” frente al allanamiento del vecino club nocturno. Así lo contó, recordando que se les indicó mostrarse como un grupo de amigas y vestirse con cartera y ropa más informal.

Con relación a los traslados de las mujeres arribadas en septiembre, según surge del informe de Gendarmería de fs. 241/251 el personal de CRIMACAY alertó a la prevención acerca de un vuelo reservado para el 19/9/12 y que podría tratarse de una mujer destinada a trabajar en el local “Sheik”. Que el día 19/9/12 “Anita” partió en un taxi rumbo al aeropuerto aproximadamente a las 17:40 horas, recibió a una mujer y la alojó en la habitación destinada a las mujeres. Que si bien no se pudo establecer en ese momento su identidad, surge de los pasajes secuestrados en autos que se trataría de HEF en tanto es el que posee esa fecha y el horario de arribo es de 17:55 horas.

Asimismo en ese parte preventivo se estableció, por una conversación telefónica que mantuvo Ivana García con “Chiqui”, su hermano, el 14/9/12 que estaría por viajar una ciudadana paraguaya de nombre

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

“Tamara”. El personal de Gendarmería pudo corroborar que el 17/9/12 al momento de su arribo a la ciudad de Ushuaia, fue recibida en el aeropuerto por la familia Montoya (según las escuchas y el relato de “Tamara” ya que dijo que la recibieron en el aeropuerto Pedro e Ivana) y albergada en una habitación del local “Sheik”. Se trataría de MDR pues a nombre de ella está el pasaje también secuestrado con esa fecha.

Finalmente conforme al resto de los pasajes secuestrados se establece que habrían realizado los traslados de JMGdeL el 12/9/12 y de AKS el 14/9/12, lo que la primera corroboró en su testimonial al decir que “Anita la fue a buscar al aeropuerto”.

Valga aclarar además, que conforme surge del acta de allanamiento de fs. 422/428, todos esos pasajes se encontraron entre los documentos que estaban en la barra, lo que indica que efectivamente los viajes formaron parte del giro comercial del “Sheik”.

Y una aclaración más con relación a los pasajes.

Ha sido un dato que no pasó desapercibido, el que indica que Pedro se negaba a pagar los pasajes y que en el último tiempo era “Ana” quien lo hacía.

Ahora bien concluyo que esta modalidad fue como ya señalé, también parte de la estrategia de minimizar riesgos, fijada en el último tiempo en el “Sheik”, sin que importe ajenidad de Montoya respecto de los traslados. Y un elemento que refuerza esta conclusión está dado por lo declarado por AKS cuando en el juicio refirió que en tiempos anteriores los pasajes los sacaba “Corina” a quien tenía por encargada, igual rol de “Ana”.

Es decir, que era modalidad de la casa tomar distancia en apariencia del traslado de las mujeres.

En tales condiciones actuó dominando personalmente el hecho; la decisión de acoger a las mujeres y la forma de su explotación sexual dentro del comercio del que era dueño. Se benefició económicamente con ello y ejerció su autoridad para que las condiciones del local fueran las que consideraba más redituables.

Resulta por ende autor en los términos del art. 45 del CP.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Es que sea cual fuera la teoría que se escoja, Montoya resulta autor.

Desde la forma objetiva realizaba personalmente acciones típicas; quería el negocio como propio y por ende la realización de los actos ilícitos que ocurrían –teoría subjetiva- y finalmente, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, era quien aun cuando actuara a través de Campos Alberca, manejaba la decisión final del acontecer dentro del “Sheik”.

Responsabilidad de Ivana García:

Como surgió del expediente municipal de habilitación y del testimonio de AKS, el giro del negocio estuvo originalmente bajo la dirección de la anterior pareja de Pedro Montoya, por lo que la incorporación al “Sheik” de Ivana García se relacionó con su vínculo con éste y el alejamiento de aquella.

Sin embargo, y frente al pedido de las acusaciones de asignarle un codominio de los hechos criminales, y repasando la prueba reunida durante la etapa previa al allanamiento, cuando el local funcionaba y cada uno cumplía su rol, no vemos en García una actuación significativa que podamos poner a la altura de Montoya y que se tradujera en capacidad decisoria.

Y a poco que repasemos las declaraciones testimoniales de las víctimas, tampoco sumamos que para ellas fuera un equivalente a Montoya o que le asignaran un papel esencial.

La declaración de MNA ocurrida el 19 de noviembre de 2011 nada dice acerca de Ivana García a quien parece no conocer.

Las mujeres que más tiempo llevaban en el establecimiento al producirse el allanamiento EBP; FAR y AKS, con más material que evaluar que otras, tampoco describieron un rol preponderante de García.

Por lo general de ella las víctimas señalan que pasaba poco y no participaba a la par de Montoya. MRD (a) “Tamara” dijo que la conocía tan sólo de vista; HEFM (a) “Melisa” si bien la señaló como dueña del negocio, dijo haberla visto acompañando a su marido. Por su parte EBP (a) “Aylén”

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

dijo que no tenía nada que ver con el negocio; que pasaba a tomar mate con Montoya. AKS (a) Carla, la nombró muy poco; tenía más presente a Claudia Quiroga. A García la tenía por la mujer de Montoya y si bien la relacionó con la “provisión” de mujeres, dijo que sabía esto por dichos de “Anita”. FAR (a) “Fanny”, pese a su extenso relato de la vida en el “Sheik”, no hizo referencia a alguna actividad de la que García fuera encargada o responsable.

En tales condiciones los diálogos resultan muestra de que estaba al tanto y acompañaba el negocio; con su presencia reforzaba la autoridad de su marido y las visitas con éste al boliche no eran inocentes sino también ejercicio de una cuota de poder.

De tal modo si bien no puedo aceptar sus dichos de absoluta ajenidad e inocencia, tal como expusiera en el juicio, tampoco puedo con la prueba reseñada, construir un aporte mayor a una participación secundaria, cuyo contenido material consistió en ejercer vigilancia sobre las mujeres pero secundando a su pareja y sin injerencia en el modo de explotación o decisión que supere ese contenido.

El diálogo con “Tamara” acerca de los detalles para su viaje y las consultas a “Chiqui” sobre sus condiciones físicas parecen mostrarla con un rol más protagónico. Sin embargo, en el contexto de casi un año de investigación y frente al conjunto de elementos referidos, esa intervención se desdibuja para otorgarle un protagonismo mayor a una cooperación no esencial a la actividad de su pareja Montoya. Más cuando este último tenía relación directa con quien estaba en Saladillo y trataba con la mujer. Y la propia “Tamara” al declarar dijo que cuando pensó en viajar a Ushuaia, le preguntó a “Nicol” si su cuñado podía pagarle el pasaje y había sido “Ana” quien lo mandara. La misma víctima cuyo caso más vincula a García, la corre del centro de la escena y vuelve como refuerzo de lo que venimos afirmando, sobre Montoya como protagonista y por ende autor de los hechos ilícitos.

Voto así por calificar su participación como secundaria en los términos del art. 46 del CP.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Responsabilidad de Lucy Campos Alberca:

Indicada e identificada por la Gendarmería Nacional en los pasos de gestación de la instrucción, Lucy Campos Alberca la noche del allanamiento se encontraba en el local. Los gendarmes que intervinieron, efectuaron informes y luego declararon y efectivamente la mencionaron como la persona encargada del funcionamiento del "Sheik".

Fue motivo de alegatos e interrogatorios la forma en que se había establecido ese rol para ella y de qué manera había sido posible distinguirla de las víctimas. Lo cierto es que los elementos de prueba reunidos permiten corroborar el lugar y función que le asignara inicialmente la fuerza de seguridad que intervino. Y ello es así ni bien se repasen los testimonios de las víctimas, los mensajes de texto y conversaciones y las filmaciones incorporadas.

Así de los informes surge que era ella quien estaba en la barra (Cipriani, Zacarías e informe de fs. 241/51 y ss.); quien recibía los pagos (testimonios víctimas y nuevamente los funcionarios de Gendarmería Nacional); a quienes las mujeres debían hacer saber sus salidas (escucha telefónica de fecha 14/9/12, obrante su transcripción a fs. 274); quien mantenía contacto con algunas de las mujeres previo a su llegada a la ciudad (escucha de fecha 27/9/12), las retiró del aeropuerto en alguna ocasión (informe de fs. 241/51) y trasladó hasta el "Sheik" (mismo informe).

Pese a ese protagonismo que parece asumir en una primera vista, no era sino quien recibía indicaciones de parte de Montoya y quien rendía cuentas a éste sobre el funcionamiento del "Sheik".

Y las mismas víctimas en sus declaraciones testimoniales lo confirman.

AKS dijo que la conoció en 2012 y que si bien estaba en la ejecución, las decisiones siempre eran de Montoya, extremo que en indagatoria el propio Montoya ratificó, haciéndose cargo.

Sobre las condiciones personales de Campos Alberca declaró la testigo María Elizabeth Bustamante quien dijo que "Anita" trabajaba en "Black and White" junto con "Ariel" una pareja con la que terminó antes de

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

entrar al “Sheik”, quien en 2.011/12 le sacó todo lo que tenía y “Anita” quedó mal. Que por ese motivo quedó desamparada y es ahí cuando le ofrecen trabajar en el “Sheik”. Trabajaba intensamente y no tenía a nadie más que la sostuviera cuando se produjo su ingreso al negocio de Montoya.

Sumaron bajo juramento su conocimiento sobre Lucy Campos, María del Carmen Cabrera y José Ferreira, quienes sostuvieron que efectivamente había estado en mala situación personal y económica luego de la separación de “Ariel”, y que su ingreso al “Sheik” ocurrió en esa situación; que tenía una personalidad dócil, sencilla no altanera. Que tenía necesidad de enviar dinero a su madre porque estaba enferma. Que su origen era de vida sencilla en el campo, humilde.

Campos Alberca solicitó ser escuchada en indagatoria en el curso de la audiencia. Contó con detalles su historia de vida. Originaria de una familia de campo, una “hermana a la que no conocía” la llevó a los 11 años a trabajar a la ciudad; que regresó algunas veces a ver a su familia. Luego se fue a Lima y al tiempo llegó a la Argentina; buscó trabajo y se inició como cajera; luego realizó tareas de limpieza. Siempre continuó mandando plata a la familia. Que al tiempo comenzó a trabajar en un privado. Fue a Perú, regresó y fue una amiga de nombre “Mara” quien le comentó del trabajo en Ushuaia. Comenzó a trabajar para Morales en el “Black and White”. Hacia “pases” y “copas”. Se puso en pareja con Ariel y dejó de trabajar por ser regla de la casa y pasó a depender económicamente de Ariel. Cuando terminó la relación fue que le propusieron trabajar en el “Sheik”.

Ahora bien, con este relato y aquellos testimonios por base, el Sr. Defensor Público solicitó la aplicación del art. 5 de la ley 26364 o de modo subsidiario, una participación secundaria en el hecho que le reprochan las acusaciones (art. 46 CP).

De la prueba reunida se advierte una directa intervención de la acusada en el control de la actividad de las mujeres del “Sheik”. La mayoría eran recién llegadas a la ciudad y esa condición favorecía la posición de autoridad de Campos Alberca. Estaba a diario en la barra y todas las mujeres

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

la ubican en el rol de “encargada”. Y esto corrobora por vía bien distinta, la presunción de los funcionarios de la Gendarmería Nacional.

Incluso alguna de las víctimas refirió que Lucy hacía pases durante el día y alguna de las intervenciones telefónicas parece corroborarlo (fs. 279 y vta., conversación nº 4 del 2012-09-24), pero nada indica de modo determinante que esto hubiera ocurrido bajo el sometimiento en términos de explotación sexual por parte de Montoya, lo que por sí resulta a mi entender suficiente para descartar la aplicación de la figura del art. 5.

Entiendo que existía un vínculo comercial con Montoya y que lo que determina la diferencia entre la coautoría funcional propuesta y una participación secundaria es equivalente a la diferencia que puede establecerse entre un socio y un empleado. Aun cuando parezca algo grotesca la comparación, lo cierto es que ofrece parámetros para analizar el asunto. Y en esa línea, las características personales tanto de uno como del otro impiden construir una igualdad de capacidades de dirección entre ambos. Montoya ha sido descrito como un sujeto con una personalidad fuerte, hasta violento en algunas situaciones a quien la víctima FAR a pesar de conocerlo desde hacía años atrás, tenía temor. Frente a eso, son coincidentes los testimonios y también suma la impresión personal obtenida en los días de la audiencia de juicio, respecto de una personalidad dócil por parte de Campos Alberca. En lo económico, Montoya tenía, junto con su ex pareja, la propiedad del inmueble y estaba también a nombre de ellos la habilitación del negocio. Campos accedía al “Sheik” quebrada en lo económico después de una relación fracasada y con una familia que dependía en parte de lo que ella produjera según contó. Se alojaría ahí mismo en el “Sheik”, índice claro de sujeción ya que permitía a Montoya controlar sus movimientos con terceros y con las víctimas; y tener, además un modo de ejercer autoridad en tanto un desvío podía significar quedarse sin lugar para vivir.

En ese marco no es factible tenerlos por socios y con una capacidad decisiva equivalente.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Su protagonismo resulta proporcional a cuanto Montoya deseó ocultarse, como parte de su propia estrategia y no la ejecución de actos de dominio de la situación de la misma mujer.

Según las declaraciones recibidas en el juicio, consultaba a Montoya y a él rendía cuentas.

El ambiente de que se trata y el origen de la mujer me inclinan por considerar su participación tan sólo secundaria, pues no fue sino una pantalla tras la que Montoya como verdadero ejecutor se protegió como modalidad de la casa ya en tiempos de “Corina” e incrementado luego de lo ocurrido en otro de los clubes nocturnos de la ciudad.

Efectivamente como lo señalara el Dr. Bongiovanni, el caso se asemeja a lo decidido en los autos “Centurión, Ramón” del registro de este Tribunal Oral Federal el 17/3/16. En esa oportunidad he dicho en cuanto aquí resulta de aplicación para fundar la participación secundaria asignada que “de las conversaciones telefónicas, las observaciones de los preventores y sus condiciones de vida, aparece como un “fusible” tendiente a evitar la exposición del originario proveedor de estupefaciente. Y esto se da en una condición de vulnerabilidad cual es la que deriva de su condición de mujer, de limitados recursos económicos, que se desempeña en el ámbito de la prostitución y además extranjera. Ese marco personal permite, en este caso, y dadas las particularidades reseñadas, tenerla por un sujeto fungible y utilizado a modo de ocultamiento y menor exposición del real comerciante de mayor cuantía...”.

Bajo la misma idea evaluó a Lucy Campos Alberca por la precariedad de su situación de vida con un ámbito de autodeterminación limitado para resistir la voluntad de Pedro Montoya y esto me persuade de aceptar el enfoque de la defensa en los términos de una participación no esencial (art. 46 del CP) en los traslados indicados, acogimiento y posterior explotación sexual de las siete mujeres.

Calificación Legal; agravantes y concurso:

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Los hechos así descriptos y probados en relación a cada uno de los imputados importa el delito de trata de personas con fines de explotación sexual establecido en el art. 10 de la ley 26.364, incorporado al Código Penal en el art. 145 bis mediante la modalidad de abuso de una situación de vulnerabilidad, por ser ley más benigna y vigente al tiempo de los sucesos.

Existió una controversia entre las partes acerca de cuáles eran las modalidades comisivas que habían estado incluidas en la apertura del debate y si cabía incorporar otras con la acusación final.

No creo que haya un real motivo de controversia en la medida en que una modalidad no reemplace a otra. Me refiero a que la base condicionante de la voluntad está dada por la vulnerabilidad de origen, según calificamos más arriba a su historia de vida, la que hace a las víctimas propensas a aceptar la propuesta. Y que en la medida en que la falta de consentimiento o el consentimiento viciado de la víctima no sólo debe vincularse con los fines de explotación, sino que básicamente debe relacionarse con el hecho de permanecer en aquellas condiciones de sometimiento a la voluntad del autor del delito, la coacción, la violencia y los engaños varios, no constituyen en el caso sino refuerzos de aquella vulnerabilidad inicial.

Es una figura penal destinada a proteger la libertad individual, y se configura por varias acciones siendo suficiente que el autor realice una, para quedar constituido el delito ya que alcanza con la realización de alguna de las conductas típicas (ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger), teniendo el autor la finalidad o ultraintención de explotar a la víctima mediante alguna de las modalidades previstas en la norma. La consumación del ilícito aparece con total prescindencia de que se hubiera efectivamente logrado dicha finalidad; es que nos encontramos frente a un delito de los denominados de resultado anticipado o recortado, donde el legislador adelanta el momento de la consumación, aun cuando no se haya afectado el bien jurídico final, es decir que puede haber trata sin explotación (Conf. CFCP, Causa FMP 61008434/2013/TO2/CFC1- "Aguirre"- Sala III- registro 537-rta. 4/5/16).

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

También es siempre doloso ya que no se concibe sin la intención del autor, y todas las acciones enumeradas se encuentran dirigidas a generar las condiciones de la explotación (art. 4 inc. "c" Ley 26364).

Hubo acogimiento en los siete casos; transporte verificado mediante el pago de pasajes aéreos en los casos de AKS; MRD; JMGdeL y HEF.

Los tres imputados actuaron dolosamente queriendo la realización de las conductas típicas y sin errores que atender por nuestra parte.

Las acusaciones requirieron la aplicación de dos agravantes previstas en los incisos 2 y 3 del art. 145 bis según ley 26364; cuando participaren en el hecho tres o más personas en forma organizada y cuando las víctimas fueran tres o más.

Entiendo que en el presente no es aplicable el agravante del art. 145 bis inc. 2, toda vez que si bien la doctrina se encuentra dividida, respecto si procede o no en casos como el presente en el que hay dos partícipes secundarios, lo cierto es que el motivo del incremento punitivo encuentra fundamento en la mayor peligrosidad, en el incremento del riesgo para el bien jurídico protegido y en la disminución de la capacidad de defensa de la víctima por la pluralidad de actores.

En esta línea, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal ha expuesto para el concepto de banda pero que sirve para sustentar la posición *"que la colaboración que presta el partícipe secundario queda fuera de la agravante, pues aquella no incide ni incrementa el poder ofensivo de los ejecutores"*. Causa nº 9465 "Arri, Pablo Agustín s/ recurso de casación".

En el caso y tal como quedaron reconstruidos los hechos, Lucy Campos e Ivana García con participaciones menores no produjeron respecto de la suerte de las siete mujeres un efectivo incremento en la afectación de su condición por lo que su aporte no alcanza para configurar la agravante en cuestión.

Ahora bien con relación a la multiplicidad de víctimas tengo dicho en el caso "Morales, Víctor y otros, del registro de este Tribunal Oral, que considero que por el tipo de delito y el bien jurídico aquí tutelado,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

relacionado no sólo con la libertad en el sentido más amplio de la expresión, sino también con la dignidad y la integridad física de las personas, corresponde tener a los hechos aquí investigados como independientes el uno del otro, por lo que es de aplicación el concurso real art. 55 del CP. La trata de cada persona es un hecho independiente.

Este criterio acerca del valor del sujeto protegido, ha sido sostenido por la jurisprudencia al decir con cita de destacada doctrina que “por tratarse de delitos contra bienes eminentemente personales, la pluralidad de víctimas torna múltiple cualquiera de éstos delitos; las lesiones a bienes personalísimos de distintas personas nunca constituyen una sola infracción, ya que no caben definirlos sin su titular (Confrontar las citas de Jakobs, Jescheck, y Zaffaroni- Alagia – Slokar, realizadas por el Dr. Daniel Rafecas en su resolución del 23 de mayo de 2.006, en la causa nº 14.216/03, caratulada: “Suarez Mason Carlos y otros sobre privación ilegal de la libertad...”, del Juzgado de Instrucción Criminal y Correccional Federal nº 3).

Toda víctima es una infracción en sí misma y no cabe a mí entender entonces, hablar de “lote” con referencia a seres humanos, tal como afirma cierta doctrina.

Una consideración de tal alcance privaría el acceso a la justicia de todas y cada una de las víctimas, pues habrían quedado incluidas en el colectivo del primer proceso, cuestión contraria a la normativa convencional y nacional en la materia (Convención Contra el Crimen Organizado Transnacional, el “Protocolo para Prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”; “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”; Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad).

Y este criterio no se modifica al configurarse –como ocurre aquí– la agravante del inc. 3 del art 145 bis, ya que ésta debe entenderse como una regla punitiva que exige por decisión legislativa, apartarse del mínimo y limitar el maximo.

Fecha de firma: 07/12/2016 Firmado por:

LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Con relación a la figura del art. 127 del CP coincido con la acusación Fiscal y considero que existe un concurso ideal ya que ésta última figura excede el marco fáctico de la primera, cuya consumación puede alcanzarse sin que inicie la segunda. Es decir puede haber trata por haberse captado, trasladado e incluso acogido, sin explotación sexual.

Este concepto de aprovechamiento de la actividad sexual de otro, es en la trata, la finalidad que otorga sentido negativo a las acciones típicas. Por el contrario en el art. 127 CP, según su redacción al tiempo de los hechos, es el elemento objetivo que integra la materialidad con relevancia típica. Por ende no siempre va a darse una identidad material. Pero fundamentalmente como además hay diversos bienes jurídicos en juego, libertad en uno e integridad sexual en el otro, no resulta factible pretender encuadrar el caso como concurso aparente como han propuesto los colegas en la deliberación.

Voto así por enmarcar los hechos como delito de trata de personas mayores de 18 años, bajo la modalidad de abuso de una situación de vulnerabilidad agravado de conformidad con el art. 145 bis inc. 3 según ley 26364 en concurso ideal con la figura del art. 127 CP, según texto vigente al tiempo de los hechos en siete hechos que concurren realmente entre sí.

Pena:

Considero a Pedro Montoya merecedor de una pena de 7 años de prisión, multa de \$70.000, accesorias legales y costas del juicio (arts. 22 bis, 40, 41 y 45 del CP).

Es el único de los imputados al que he entendido que manejaba en la realidad de las cosas el negocio; la presencia de Lucy Campos Alberca la entiendo como una agravante en la medida en que, más allá del reproche que debe asumir ésta a título personal, su presencia obedeció en el ánimo de Montoya, a una forma de auto protección, valiéndose de sus escasos recursos económicos, el carácter débil de aquella y una difícil situación personal al tiempo de su incorporación al "Sheik".

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Tomo en cuenta también la multiplicidad de víctimas elemento que si bien nos lleva a la forma agravada de la figura del inc. 3 del art. 145 bis CP según ley 26364, lo cierto es que parte de una exigencia de tres víctimas, las que aquí se han visto más que duplicadas. Considero en el marco de la naturaleza de la acción, los medios utilizados y la extensión del daño del inc. 1º del art. 41CP, las condiciones del sometimiento que ya describí antes, en especial la inexistencia de francos y la falta de consideración con relación a las afecciones en la salud que en caso de impedir el trabajo eran motivo de descuentos bajo la forma de multas. Como atenuante valoro su falta de antecedentes.

El ánimo de lucro y el enriquecimiento no aumentan la pena de prisión en tanto dan lugar a sanciones independientes tal como la prevista en los arts. 22 bis y 23 del CP.

La multa del art. 22 bis la fijo en la suma de \$70.000, considerando para aumentar su monto a partir del mínimo, las mismas pautas de mensuración tomadas en cuenta para la sanción privativa de la libertad.

Rigen las pautas de los arts. 40, 41 y 45 del CP.

Para fijarse el monto de la sanción de Ivana Claudia García computo la regla del art. 46 del CP que indica la reducción de la escala; su escasa actuación con relación a las mujeres para quienes no era motivo de mayor opresión y su falta de antecedentes. Fijo en 3 años el quantum de la sanción de prisión.

Con respecto a la pena de multa solicitada de conformidad al ánimo de lucro que prevé el art. 22 bis, entiendo que procede, pues si algo había para ella era el producto económico de la actividad. Sin embargo por su menor actuación cabe reducirla con respecto a la fijada a Montoya y de tal modo fijarla en la suma de \$30.000.

Su carencia de antecedentes permite su ejecución en suspenso (art. 26 CP) y la fijación de pautas de conducta (art. 27 bis CP) las que voto que consistan en la fijación de domicilio y someterse al cuidado del Patronato

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

(inc. 1) y abstenerse del abuso de bebidas alcohólicas y uso de estupefacientes (incs. 2 y 3) por el plazo de 3 años.

Con respecto a Lucy Campos Alberca, tengo en cuenta sus condiciones personales, los motivos que la llevaron a realizar la conducta que aquí se le reprocha, su condición de sujeción y la regla objetiva del art. 46 del CP.

Entiendo así y por su falta de antecedentes, razonable fijar la pena de prisión en 3 años en suspenso y bajo iguales condiciones que para la situación de García.

No aplicaré la sanción del art. 22 bis CP ya que no fue solicitada.

Corresponde en su caso, por su condición de extranjera comunicar a Migraciones una vez firme la presente esta sentencia (Ley 25871).

Rigen también aquí las pautas de los arts. 40; 41 y 46 CP.

En los términos del art. 530 y siguientes del C.P.P.N. corresponderá a los condenados hacer frente a las costas del proceso.

Aseguramiento personal:

Resulta necesario adoptar, en lo inmediato y hasta la firmeza del fallo, las medidas de cautela personal de Pedro Eduardo Montoya a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia. Para ello voto por incrementar la frecuencia de presentaciones y que se cumplan ante este Tribunal, de modo tal de que en caso de incumplimiento se advierta de forma inmediata; y sin que se descarten adecuaciones a las medidas que aquí se establecen ante indicadores de aumento del riesgo, aún bajo la forma de prisión preventiva en dependencias del Servicio Penitenciario Nacional. Así mismo la renovación de forma inmediata de las comunicaciones a las fuerzas de seguridad y migratorias a modo de reafirmar la imposibilidad de abandonar su domicilio ni salir del país.

Para Ivana Claudia García, en la medida en que la pena impuesta lo fue bajo la forma suspensiva de prisión (art. 26 del CP), las presentaciones

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

ante la sede de este Tribunal mantendrán su frecuencia, salvo caso de incumplimiento que habilitará su modificación para el aseguramiento del cumplimiento de la condena.

En tanto la Sra. Lucy Campos Alberca se encuentra actualmente privada de su libertad a disposición del Sr. Juez Federal de esta ciudad, a éste habrá de librarse oficio a fin de que para el caso de recuperar la libertad lo informe a esta sede de manera inmediata.

Destino de los bienes:

La Fiscalía solicitó el decomiso de la moneda nacional y extranjera secuestrada; el vehículo marca Ford, modelo Ecosport 2.0, dominio KLI 284 y el inmueble de la calle Roca 306 en que funcionaba el club nocturno.

Efectivamente corresponde según las pautas del art. 23 del CP hacer lugar a tales medidas, puesto que resultan elementos utilizados para perpetrar el ilícito y el producto de las ganancias económicas por el hecho delictivo.

La moneda que afecta esta medida es la que se encontraba en el domicilio que ocupaban Montoya y García, Soberanía Nacional 1645; y la que estaba en el bolso de la barra del "Sheik" en tanto razonablemente importa el producto de la explotación del sitio (conforme actas de fs. 422/428 y fs. 456/459 y vta.). En cuanto a la existencia de reclamos personales de las víctimas, propongo sean motivo de un detallado informe actuarial, para que en caso de corresponder sea restituido al tiempo de la ejecución de la sentencia.

Respecto al remanente que pudiere resultar de la devolución que se practique, entendemos que corresponde hacer lugar a lo solicitado y disponer la donación al Programa de Asistencia de Víctimas del delito de Trata, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El mismo destino de decomiso corresponde al el vehículo marca Ford, modelo Ecosport 2.0, dominio KLI 284, cuya titularidad corresponde a

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Pedro Eduardo Montoya (ver fs. 1890); en la medida en que la investigación pudo determinar que fue utilizado para trasladar a alguna de las mujeres desde el aeropuerto al "Sheik". Como se ha hecho en otros casos se pondrá a disposición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo saber el motivo de su comiso para que de existir un destino específico relacionado a las trata de personas, sea redireccionada la medida.

Con relación al inmueble de la calle Roca no hay duda acerca de que fue utilizado para el ilícito en la medida en que el acogimiento tuvo lugar allí y aun cuando los "pases" se hubieran modificado para cumplirse como "salidas", era en el "Sheik" en donde tenían lugar los contactos de las víctimas con los clientes.

Registralmente se encuentra a nombre de una tercera persona, Claudia Mabel Quiroga, atento surge del Incidente de embargo de Montoya, fs. 13vta.

Sin embargo el propio texto del art. 23 CP en su 8º párrafo prevé que "...Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiera sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario".

Por otra parte, del Expediente Administrativo de la habilitación comercial surgen diversas constancias que ilustran acerca de las transferencias hechas entre Montoya y Quiroga respecto del inmueble en cuestión y una sociedad de hecho en disolución (conf. fs. 122; fs. 124; fs. 133; fs. 134 y fs. 136), lo que convence acerca de la medida y sin perjuicio del derecho que algún tercero pudiera eventualmente hacer valer; requiriendo la anotación del embargo a las resultas de la discusión final.

Finalmente se deberá proceder a la devolución, en los términos que establece el art. 523 del C.P.P.N., de las cosas que no fueran objeto de decomiso.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

De la Acción Civil ejercida por la víctima AKS, con el patrocinio del Programa de Asesoramiento y Patrocinio para Víctimas del Delito de Trata de Personas de la Defensoría General de la Nación:

Antecedentes del planteo:

I. Con fecha 25 de noviembre de 2014 la Sra. AKS se constituyó como actora civil y concretó la demanda que luce a fs. 32/62 en tiempo oportuno (art. 90 CPPN).

La acción se dirigió contra Pedro Eduardo Montoya e Ivana Claudia García. Asimismo, solicitó se cite como civilmente demandada a la Municipalidad de la ciudad de Ushuaia, contra la que fundó su acción en el incumplimiento del deber de diligencia exigido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, mediante una falta de servicio, que facilitó, toleró y no evitó -ni intentó hacerlo- la trata de personas en su jurisdicción. El importe de la indemnización lo fijó en \$2.365.067,00 (pesos dos millones trescientos sesenta y cinco mil sesenta y siete).

II. Analizó los daños de la siguiente manera: 1) los derivados de la lesión a la libertad y dignidad; 2) Los físicos, psicológicos y sufrimientos derivados de la lesión a la integridad física y psíquica; 3) El moral.

Respecto del daño derivado a la lesión a la libertad y dignidad lo estableció en la suma de \$238.500 (pesos doscientos treinta y ocho mil quinientos).

Alegó que podría establecerse como variable para cuantificar los daños una indemnización laboral según criterios de la OIT y la estableció en la suma de \$936.500 (pesos novecientos treinta y seis mil quinientos).

Respecto del daño físico, psicológico y sufrimiento derivado de la lesión a la integridad física y psíquica, justificó su pedido haciendo mención a los dichos de la Diputada Rodríguez, en la sesión que trató la modificación de la ley 26.364 por la actual 26.842.

Citó el "principio de no dañar a nadie" (art. 19 CN).

Manifestó que en la actualidad el daño psíquico o psicológico tiene autonomía resarcitoria.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Mencionó la influencia de la reforma constitucional en el derecho de daños y “responsabilidad civil” donde actualmente se observa primero a la víctima que debe ser compensada por lo menoscabos padecidos.

Argumentó que para que el daño psíquico pueda ser considerado rubro indemnizatorio independiente (del daño moral), debe comportar una alteración de la personalidad de la víctima y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación exige, como requisito que el mismo tenga carácter de permanente.

Finalmente agregó que en materia de violencia de género la autonomía del daño psíquico o psicológico tiene fuente legal (ley 26.485).

Fijó el resarcimiento en este rubro en la suma de \$1.005.567,57 (pesos un millón cinco mil quinientos sesenta y siete con 57 centavos). Este importe surgió de la intensidad del tratamiento que debería recibir la actora y los estándares establecidos por el sistema de riesgo de trabajo.

Por último, desarrolló el daño moral de conformidad a lo establecido en el art. 1078 CC, cuantificando este daño en la suma de \$350.000 (pesos trescientos cincuenta mil).

III. Le atribuyó responsabilidad a los imputados demandados civilmente Pedro Eduardo Montoya e Ivana Claudia García, toda vez que el provecho obtenido por los responsables consistía en quedarse con el cincuenta por ciento (50%) de lo que pagaban los clientes del “Sheik”.

IV. Respecto de la responsabilidad del estado- Municipio de Ushuaia alegó que el municipio debe ser civilmente condenado con fundamento en la normativa internacional, en tanto consagra el deber de diligencia, la responsabilidad se encuentra en que las normas internacionales imponen el deber de diligencia, también se encuentra en aquellas que lo obligan a resarcir los daños frente a las faltas de servicio art. 1112 CC y art. 3 inc. d) de la ley 26.944.

Que la debida diligencia bien puede armonizarse con la atribución de responsabilidad por la falta de servicio, con lo que le atribuyó responsabilidad objetiva.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Que por la Carta Orgánica Municipal el Municipio asumió como competencia exclusiva las cuestiones atinentes a habilitación municipal de locales, comercios y espectáculos nocturnos, así como su control, ejerciendo sobre ellos el poder de policía municipal.

V. Corrida la vista al Ministerio Público Fiscal, éste refirió que la demanda resultaba admisible y la justicia federal resultaba competente ya que el expediente penal se encontraba radicado en ese fuero (18/2/15, fs. 64).

VI. A fs. 70/72 se dio traslado de la demanda a Montoya y García.

A fs. 250/254 el 4 de marzo de 2015 la Dra. Patricia Rita Bertolin en representación de la Municipalidad de Ushuaia se presentó, acreditó personería jurídica, opuso excepción de incompetencia parcial, contestó demanda civil hizo una negación genérica de los hechos y una específica respecto de que la actora haya estado signada por la miseria, la exclusión y la discriminación.

Negó que haya existido de parte del Municipio falta de servicio que condujo a la tolerancia de la trata de personas, con omisión de los deberes de la debida diligencia.

Impugnó los rubros resarcitorios respecto por los \$238.500 del lucro cesante, pues objetó la base del cálculo; por la suma reclamada en concepto de afectación psicofísica de \$1.005.567,57 por considerar que la metodología de cálculo es híbrida y finalmente en relación a la suma de \$ 350.000 por el daño moral, solicitó que debe estar sujeto a los resultados que arrojen las pericias.

Finalmente solicitó se cite como tercero al Estado Nacional ya que resulta solidariamente responsable con el municipio por el resarcimiento que aquella reclama (art. 94 CPCCN).

VII. Ya en sede de este Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Tierra del Fuego, al abrir el debate el defensor de la Municipalidad reiteró su pedido de que se convocara al Estado Nacional y se suspendiera la acción hasta tanto compareciera el Estado Nacional.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Por preclusión, el Tribunal no accedió al pedido (art. 351 CPPN).

VIII. Ya finalizada la etapa de producción de la prueba y en ocasión de la discusión final, el Dr. Julio Martínez Alcorta sostuvo que la explotación de "AKS" tuvo dos momentos, el inicial en el año 97, que sufrió interrupción cuando se fue a España con su marido, y a partir de febrero y marzo del 2010. Que el efecto de captación arruinó la posibilidad de "AKS" de construir cualquier otro proyecto de vida. Montoya y García fueron dos personajes decisivos en esto lo que los hace civil y penalmente responsables.

Reseñó que tal como lo señalaron los peritajes del Cuerpo Médico Forense, los años del ejercicio del comercio sexual le ha causado un daño irreparable en su cuerpo y en su aparato psíquico, consecuencias que se extienden hasta el día de hoy. De la entrevista que AKS mantuvo con los psiquiatras surgió que padece un trastorno del sueño, soportó violencia física y psíquica, que incluyeron traumatismo de cráneo; que ese contexto la llevo a consumir sustancias tóxicas, como el exceso alcohol, ácidos, cocaína, de lo que hoy se liberó pero que ha dejado una marca profunda. Que la ley 26657 impone un abordaje psicoterapéutico interdisciplinario. También hizo referencia a alteraciones de la conducta, ideas depresivas y ansiosas en el pensamiento, los daños en su cuerpo (bartolinitis; dos legrados y embarazo perdido). Los médicos concluyeron que presenta alta vulnerabilidad, que condicionan su actualidad.

Estas conclusiones a las que arribaron los médicos forenses fueron convalidadas por el psicólogo forense, al decir que padece un trastorno de estrés post traumático, con efecto expansivo hacia su núcleo familiar.

Establecieron el grado de incapacidad psíquica en el 70%; se recomendó un tratamiento prolongado en el tiempo a cargo de un especialista, por un período de 20 años, con costo promedio que totaliza la suma de \$2.496.000 de costo de sesiones.

IX. La actora sostuvo que ello no pudo ser posible sin la aquiescencia del estado municipal a lo largo de tantos años, llevando adelante un mero control formal en lugar de combatir este flagelo. Habilitó

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

lugares que iban a ser utilizados para la explotación; recién en el año 2014 en la provincia de Tierra del Fuego se prohibieron las Whiskerías. La Municipalidad simplemente requería una documentación para expedir las libretas sanitarias que cobraba, y que denotaba la tolerancia de relaciones sexuales. Aseguró que el estado municipal podía tener indicios de que los pases se hacían en el lugar, porque eran los propios inspectores municipales los que concurrían y tenían relaciones sexuales con las víctimas y se aprovechaban de su relación de poder. Agregó que la Municipalidad exigía la renovación trimestral de esas libretas, cobraba las tasas y fomentó el negocio.

Citó el art 11 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y los arts. 17; 51; 52; 1737 y 1738 del CCCN.

X. Con relación a la cuantía de los daños sostuvo que el daño emergente no se limita a la materialidad al valor comprometido sino al interés del damnificado, cosas menoscabadas como consecuencia del ilícito, los gastos médicos, farmacológicos, etc. Reclamó la pérdida de chance, como una expectativa legítima de la persona. El daño emergente, gastos de traslado, análisis clínicos, ropa, bijouterie, calzado, perfumería, las multas, los gastos de los tratamientos médicos como consecuencia de las enfermedades que contrajo. El lucro cesante, la pérdida de libertad, de acuerdo con el art. 1746 lo fijó en \$936.500. Por la incapacidad sobreviniente a nivel psicoemocional, gastos futuros de futuros de terapia, pidió la suma de \$1.005.567; y por el sufrimiento de la experiencia vivida \$350.000.

Solicitó se condene a Montoya, Ivana Claudia García y a la Municipalidad al pago de \$2.365.067 más intereses a computarse desde el día 8 de marzo de 2010. Deberá aplicarse la tasa activa del Banco Nación con expresa imposición de costas a la vencida y anotación de los nuevos embargos e inhibiciones adecuando a los nuevos montos.

XI. Al turno del Dr. Santamaría, sostuvo la incompetencia del Tribunal porque consideró que se está frente a un reclamo laboral.

XII. Por su parte, la Municipalidad circunscribió el período del caso desde el 14 de septiembre al 9 de octubre del 2012.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Negó que el Municipio tolerara esas actividades. Sostuvo que los testigos y la documental han dado cuenta que se realizaban inspecciones y ante la constatación de infracción se labraba un acta y se mandaba al Juzgado de Faltas. Se actuaba en consecuencia con el poder de policía propio. Que se tuvo en cuenta la superficie del local que se encontraba habilitada. Respecto de los controles, los mismos no sólo eran de inspectores sino también iban con la Policía de la Provincia. El inspector, no tenía posibilidad de acceder a las habitaciones contiguas ni a las separadas por medianera, descriptas en el acta de allanamiento. Los límites de la habilitación eran justamente los del Club Nocturno, de ahí que lo que se realizaba fuera de lo que estaba habilitado, el Municipio no podía controlarlo.

A partir de la limitación temporal que consideró propia del caso -14 de septiembre 2012 a 9 de octubre 2012- sostuvo que tanto Cremades como Zacarías y Cipriani, remarcaron que no había “pases” en el local y que quedó claro que los actores se manejaban en la clandestinidad.

Respecto de tener una norma de clubes nocturnos, dijo que el “Sheik” se encontraba habilitado como club nocturno, igualmente con la DGI y si habían abusos de esa actividad lícita, no era competencia del Municipio. Explicó que la ordenanza 4162/12 sancionada el 8 de agosto de 2012 derogó para el rubro “alternadora”, la exigencia de la libreta sanitaria y por ende el 14 septiembre cuando la querellante vuelve al “Sheik”, la libreta no era exigible y que ya en el año 2.005 se modificaron las exigencias de la ordenanza 2919 requeridas para la libreta sanitaria y el exudado vaginal había sido eliminado como requisito.

Reiteró que la falta de servicio planteada, no tiene que ver con cuestiones de competencia del Municipio, sino que se encuentran reservadas a la Provincia o a la Nación, la que por otra parte no consideró probada.

Finalizó recordando que el Municipio le facilitó un terreno (Decreto nº 1689/15) a la actora y la Provincia le otorgó un subsidio de \$200.000 (Decreto nº 2420/15) para la construcción de una vivienda dentro de ese predio, lo que muestra que el Estado ha tomado un rol efectivo en dar respuesta. Criticó la presentación final de la actora en el alegato, por cuanto

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

a su criterio no especificó el período y rechazó que se usaran criterios laborales para calcular la base indemnizatoria. Entendió que respecto del daño moral que no hay una falta de servicio y que el 1078 del CC no resulta de aplicación porque no hay un acto ilícito por parte del municipio y tampoco se discutió que hubiera, ni ninguno de sus agentes, por lo que requirió el rechazo de los rubros planteados. Entendió que el Municipio no cometió falta de servicio ya que no hay un nexo de causalidad entre los daños que se pudieran provocar y esta situación y que dentro del ámbito del Municipio los controles se realizaron.

XIII. Finalizó destacando la colaboración del Municipio durante el trámite de la causa frente a cada pedido que se le hizo respondió rápidamente. Que en el mes de junio se suspendió el otorgamiento de habilitaciones comerciales para este tipo de comercio, dos años después la provincia sancionó la ley y prohibió el funcionamiento de estos lugares. Desde el 16 de diciembre 2012, se creó la Secretaria de la Mujer. Concluyó diciendo que el Municipio tiene una actitud activa y comprometida. Solicitó el rechazo de la demanda con expresa imposición de costas en cada uno de los rubros solicitados.

Ley aplicable:

Con relación a las disposiciones legales que corresponde aplicar teniendo en cuenta el tiempo de ocurridos los hechos en debate (hasta octubre de 2012), la fecha en que se trabó la litis y lo dispuesto por el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde el 1 de agosto de 2015), para la resolución del presente reclamo, corresponde aplicar el Código Civil de Vélez Sarsfield (confr. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado". Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, 1ª Edición, T.I, págs. 45/49 y Aída Kemelmajer de Carlucci, "La Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes; Rubinzal-Culzoni, pág. 101).

Excepción de incompetencia:

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

El Dr. Félix Santamaría al momento del alegato final, requirió la declaración de incompetencia de este Tribunal en razón de la materia, pues a su criterio se encontraba en discusión un tema evidentemente laboral.

Sin embargo y tal como respondió la parte actora, se trata de una cuestión precluida, pues el art. 101 del CPPN importa su caducidad e improcedencia en esta instancia.

Planteo de la Municipalidad por falta de traslado del peritaje psiquiátrico y psicológico realizado respecto de la víctima por parte de los profesionales del Cuerpo Médico Forense

Con respecto al agravio manifestado por la asistencia letrada de la Municipalidad en orden a que no se le habría dado traslado del peritaje psiquiátrico y psicológico realizado respecto de la víctima por parte de los profesionales del Cuerpo Médico Forense, agregado por lectura y obrante a fs. 1958/1987, debemos decir que las partes que intervienen con un pleito civil en el juicio penal de conformidad con lo que prevé el Código Procesal Penal de la Nación, quedan sujetas a las reglas de este último y facultadas a intervenir para discutir la existencia del hecho y del daño. En ese orden desde la citación del art. 354 del CPPN, las actuaciones quedan a disposición de las partes y la posibilidad de cuestionar la prueba tiene sus previsiones al tiempo de su incorporación (art. 391 y 392 CPPN) y hasta la discusión final del art. 393 CPPN. Oportunidades que no fueron ejercidas para cuestionar la pieza referida.

De tal modo debe rechazarse la impugnación con fundamentos en la normativa citada.

Determinación de la responsabilidad:

Narrados hasta acá los antecedentes del planteo y definida la ley aplicable, analizaré la responsabilidad civil de Pedro Montoya e Ivana Claudia García, por un lado, y la de la Municipalidad de Ushuaia por otro, por entender que el origen de la obligación de reparar no tiene igual

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Es que tanto García como Montoya, han sido considerados penalmente responsables por el hecho ilícito que damnificara a la actora en los términos que han quedado fijados al tratar la cuestión penal y lo que determina el marco de la responsabilidad civil acerca de la que aquí cabe pronunciarnos.

Este es un punto que consideramos esencial aclarar, en tanto el sometimiento que ha descripto la actora, y que hemos considerado para reconstruir su historia de vida, su capacidad para oponer resistencia en términos de salir del ámbito prostibulario y su condición de vulnerabilidad, excede el periodo estricto por el que los nombrados han sido condenados y sobre el que quedamos habilitados para expedirnos al fallar de conformidad a lo señalado en el considerando respectivo de la sentencia penal y lo nombrado por el art. 87 CPPN.

Así las cosas, y conforme los principios de responsabilidad civil, que obligan a reparar el daño, corresponde que ambos respondan por los perjuicios causados en los rubros requeridos por el periodo que abarcan los hechos de este juicio penal.

La afectación de la integridad personal, física y psíquica; el menoscabo a su dignidad como persona y como mujer y el hecho de haber sido utilizada para generar un beneficio económico en provecho de los demandados –en tanto agravio también a su dignidad-, corresponde sean motivo de indemnización, la que deriva de los hechos probados en la sentencia penal y su nexo causal con el perjuicio sufrido por quien ha sido tenida por víctima.

Para tener por verificados los daños resulta esencial la actuación del Cuerpo Médico Forense mediante los informes que se valoraron para evaluar la presencia de vulnerabilidad de la actora.

En cuanto a los montos debo aclarar que descarto la posibilidad de tasar el esfuerzo del sometimiento sexual bajo pautas laborales. Sí consideraré el quantum de la expectativa de retribución por el esfuerzo, el que por el tiempo que la actora estuvo sometida –conforme lo determinado

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

penalmente en este proceso- y los valores e intensidad del trabajo al que se ha hecho referencia en las declaraciones, estaré a la suma de \$180.000.

En cuanto al valor a asignar por daño psicológico, debo decir que la conducta que se ha reprochado a los condenados, resulta una causa entre varias que han concurrido a lo largo de la vida de la actora a producir el daño; y esto no es por pretender apartarme del informe pericial sino establecer con precisión los hechos sobre los cuales ha quedada probada responsabilidad penal luego del juicio y que determinan el marco del reproche como ya aclaré. Es que la pericia señala un tiempo de 20 años el que dista sustancialmente del que se relaciona con el hecho de autos. Limitando el monto requerido por la actora bajo esos dos parámetros –tiempo y otras causas concurrentes ajenas- fijaré en \$300.000 (pesos trescientos mil) el daño psicológico y costos de tratamiento. En este aspecto, la pericia de fs. 1973/1987 señala el daño psicológico del 70 %; y fija montos de tratamiento a los que estaré de forma proporcional (conf. fs. 1987) al tiempo verificado.

Por último, en lo que se refiere al “daño moral” reclamado, considero que cabe admitir su procedencia en virtud de lo dispuesto por el art. 1078 del CC habida cuenta la naturaleza resarcitoria del daño en cuestión y lo decidido en el presente pronunciamiento. En efecto, se trata de un rubro al que se lo ha definido como "...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial. Se trata de todo menoscabo a los atributos a presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica..." (CNCiv., Sala M, "Segura Godoy, Sergio A. c/Hagelin, Alex I. s/daños y perjuicios" 19/03/96. La Ley, 1998-C, 890). A lo que cabe agregar que la indemnización ahora analizada posee presupuestos procesales propios, razón por la cual su determinación no tiene que guardar proporción con los demás daños que también se reclaman, pues ninguna relación forzosa existe entre el perjuicio moral y el material (conf. CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa n° 3430/96 del 12.8.08; n° 6341/98 del 26.4.07, entre otras).

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

De tal modo, meritando las características del hecho que generó el daño a reparar, las consecuencias que sobrevinieron con motivo del mismo, estimo equitativo establecer la indemnización del presente rubro en la suma de \$300.000 (pesos trescientos mil).

Así resulta en una suma total de \$780.000 (pesos setecientos ochenta mil), la que habrá de devengar intereses desde la fecha de cesación del hecho -9 de octubre de 2012- a tasa activa del Banco de la Nación Argentina, en los términos solicitados por la actora.

Rigen los arts. 1077 y 1078 del Código Civil y arts. 351 y 403 del CPPN.

Con relación a la responsabilidad de la Municipalidad, debemos establecer si existe responsabilidad estatal en los términos del reclamo, y si se dan las condiciones para fundarla en los términos del art. 1112 del CC.

Para eso resulta necesario determinar cuál fue la situación de hecho, cual la conducta debida, si se incumplió y si esta omisión resulta causalmente relevante respecto de los daños sufridos por la víctima.

La decisión favorable a la pretensión de la actora se construye, conforme explicaré, sobre seis bases y porque las seis causas concurren en este caso: 1) la obligación convencional de garantía del estado respecto de la protección de la mujer de actos de violencia y discriminación; 2) la intervención del estado municipal en la habilitación de los denominados "clubes nocturnos"; 3) la generación de un riesgo en los términos de la obligación señalada en el primer ítem y la responsabilidad que ello importa aún frente a hechos de particulares; 4) la presencia genérica de indicadores de riesgo que eran conocidos por la administración; 5) la presencia específica de indicadores de riesgo que hacen al caso diferenciable de otros y de la situación general y 6) el cumplimiento tan sólo formal de la obligación de contralor, inadecuada al caso por la presencia de los indicadores de riesgo generales, pero fundamentalmente particulares y específicos del caso.

Paso a explicar.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

1) Conducta debida y exigible a la administración. Deber de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos (art. 1 CADH; art. 2 CEDAW y art. 7 de la CdBDP):

Es ley suprema de la Nación a partir de la reforma constitucional y la incorporación de los tratados de derechos humanos de conformidad con el art. 75, inc. 22 de la CN, la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”; a su vez, ya en 1996, nuestro país incorporó a nuestra legislación interna, mediante la aprobación por ley 24632 (BO 9/4/96), la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”.

Estas dos normas, previas a los hechos del caso, nos ofrecen las definiciones acerca de obligaciones debidas por la administración en todos sus ámbitos, en relación a la mujer y en especial con referencia a la violencia sexual. Aparece en ellas, al igual que en la CADH, la función de garante del Estado para hacer posible el goce y evitar las lesiones a los derechos reconocidos.

Así la CEDAW establece en su art. 2, que los Estados parte se comprometen a abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación (inc. D) y a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer (inc. F).

A su vez en el art. 5, fija para el Estado la tarea de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Por último, en el marco de esta función de garantía, el art. 6 es aún más específico al indicar que los Estados parte tomarán todas las

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

Vale recordar acá que esta disposición resulta derecho positivo nacional desde 1985.

A su vez la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, define en su artículo 1, aquellos actos que constituyen de forma genérica violencia contra la mujer; y señala que se trata de cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Enumera en su art. 3, la expresa protección de la integridad física, psíquica y moral, la libertad, la seguridad y la dignidad.

Específicamente indica en el art. 7, el rol que deben cumplir los organismos públicos quienes se comprometen a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia; a abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación (7.a); incluir en su legislación interna las normas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso (7.c); adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (7.d); tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (7.e).

Todo este desarrollo de obligaciones en cuanto exigencias de hacer u omitir prácticas, está sintetizado en el art. 1 de la CADH que establece las obligaciones de respetar y garantizar derechos, como exigencia al Estado de emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

personas estén en condiciones de ejercer y gozar los derechos. En palabras de la Corte IDH, implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental, y, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso “Velásquez Rodríguez”, párr. 166).

Este deber de garantía incluye la obligación de adecuar la normativa interna a la norma internacional mediante una suficiente revisión. Y cuando la Corte IDH se ha referido a esta obligación de adecuación ha dicho que se incumple mientras la norma o práctica violatoria continua vigente y se mantenga en el ordenamiento jurídico (Caso “La Cantuta”, parr. 172).

Pesaba sobre la Municipalidad, en tanto ente público de la República, esta obligación conformidad con el art. 31 de la CN y arts. 3 y 4 de su Carta Orgánica.

2) La intervención del Estado Municipal en la habilitación de los clubes nocturnos:

De acuerdo a los hechos probados del caso, tenemos la condición de explotación sexual de la actora en el marco del funcionamiento del local –habilitado y controlado por el estado municipal- que gerenciaban particulares, quienes eran entonces, y como tuvimos por definido en esta sentencia, los autores y partícipes de aquella explotación.

Efectivamente el local de la calle Roca al 306 de esta ciudad, había sido habilitado el 30 de noviembre de 2004 por la Dirección de Comercio, Industria y Vía Pública (Disposición nº 485/2004), bajo el rubro “Club Nocturno” (conf. fs. 28 y Expte. nº 4174/Q).

Con relación a las mujeres que desempeñaran tareas allí, bajo la categoría de “alternadoras”, regieron sucesivamente las condiciones de las Ordenanzas 069/75; 1011/92; 1183/93 y luego la 2919/05. Esta última, en su art. 6, incluía para el otorgamiento de la Libreta Sanitaria, la obligación del testeo para VIH, sífilis, la vacunación para hepatitis B y un asesoramiento tendiente a promover el desarrollo de conductas seguras, formas de

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

prevención y proveído de métodos de barrera; y finalmente, información sobre infecciones de transmisión sexual y otros riesgos de exposición laboral. A su vez, los funcionarios municipales quedaban habilitados a realizar los controles del funcionamiento de los establecimientos (art. 11 de la Ordenanza 1183/93).

La actora obtuvo en marzo de 2010 la Libreta Sanitaria nº 013225, figurando como su domicilio el de Gobernador Paz 415, de Pedro Montoya.

3) Responsabilidad del Estado por los hechos de los particulares; garante por el “riesgo creado”:

Seguiré en este tema a Víctor Abramovich, quien con suma claridad explica bajo qué supuestos podemos hablar de responsabilidad estatal por hechos de los particulares.

En su trabajo “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso “Campo Algodonero” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/r31644.polf), el autor describe tres formas bajo las que sería factible responsabilizar al estado: “la doctrina de la complicidad”; “la doctrina del riesgo” y una tercera intermedia entre las dos anteriores, “la del riesgo creado”.

En la primera, el Estado responde de modo directo, como si el hecho hubiera sido realizado por propios agentes; da el caso de grupos violentos paramilitares, actuando con la protección del Estado e incluso bajo amparo legal formal. Este es el supuesto que ilustra el caso Corte IDH, “Paniagua Morales y otros”.

En cambio, según la “doctrina del riesgo”, que es la que refleja el caso de “Maria da Penha Fernandes vs Brasil”, la jurisprudencia de la Corte IDH también ha entendido que el Estado es responsable de actos privados, si no adopta medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar, castigar e indemnizar a las víctimas; bajo esta forma el Estado es responsable por violación de derechos humanos cometida por particulares cuando no ha adoptado medidas de prevención y protección

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

pese a tener conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato y esté en condiciones reales de prevenir ese riesgo.

Y aquí debo realizar una aclaración expresa y determinante, que hace una de las diferencias que deseo establecer entre este caso y otros: no se trata de responsabilizar al Estado frente a cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares, sino que está condicionada esta forma de atribución, al real conocimiento de la situación inminente de riesgo y la posibilidad cierta de evitarlo. De otro modo debería salir a responder por hechos ajenos, que no pudo prever ni evitar. Y no se trata de eso.

Finalmente, como dijimos, hay una tercera forma de atribución y que es la que entiendo aplicable para evaluar este caso.

Limita la posición anterior y se trata de lo que Abramovich denomina "doctrina del riesgo creado". Esta tiene lugar cuando, "si bien no es posible afirmar que agentes públicos han sido cómplices de un acto violatorio de derechos humanos, la participación del Estado no se limita a un incumplimiento de deberes de protección, e incluye acciones públicas, normas, practicas o políticas, que han creado objetivamente la situación de riesgo". Cuando el estado ha creado el riesgo sus deberes de garantía frente a actos de particulares son más estrictos". Una suerte de "deber agravado de protección", dice este autor.

Y, si a este deber "agravado de protección" por la propia intervención previa, le sumamos los deberes también incrementados de protección para casos que pueden derivar en violencia contra la mujer, tal como vimos en la reseña de la normativa convencional hecha antes, queda claro que la Municipalidad no puede eximirse invocando controles tan sólo formales.

Tenemos entonces, una administración que mediante el dictado de las ordenanzas respectivas habilitó el funcionamiento del local "Sheik" bajo el rubro "Club Nocturno" y autorizó, reguló y controló la actividad de "alternadoras" que en él se desempeñaron; tal como vimos en el acápite anterior.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

4) Existencia de índices de riesgo y conocimiento de la Municipalidad:

La Municipalidad sabía que la actividad que estaba autorizando importaba riesgo cierto sobre la integridad física y psíquica de las mujeres, quienes estaban por las condiciones e índole de la actividad, sometidas, objetivamente, a mayor riesgo de violencia sexual.

Y esto es así, ni bien se advierta que la Ordenanza nº 1183/93, señalaba en sus considerandos, la proclividad de los establecimientos nocturnos a adoptar formas encubiertas y clandestinas que incluso la Municipalidad admitió; y se veía en la necesidad de prohibir expresamente la desnudez de las mujeres, la presencia de camas y de construcciones aledañas en el mismo predio.

Se trataba entonces, de un grupo merecedor de especial cuidado y en situación de incremento del riesgo. Frente a ese contexto, que importaba un patrón de violencia conocido, instalado y reiterado, no configuraron signos de alarma la condición de extranjeras de la gran mayoría de las mujeres que ingresaban a trabajar en el “Sheik”; ni que en muchos de los casos vinieran a la ciudad y comenzaron de modo inmediato a trabajar en ese medio; ni que se alojaran en el mismo domicilio donde cumplían tareas nocturnas (conf. planillas para el otorgamiento de Libretas Sanitarias de fs. 65/90). La doble condición de mujeres y migrantes no pudo pasar desapercibida cuando se las incorporaba al trabajo nocturno.

Y si bien la actora no era extranjera, registraba domicilio en el mismo local nocturno y en el que además aquel importante número de extranjeras vivían.

Esas condiciones reunía la actora al tiempo de los hechos del caso y se incorporaba a la actividad conocidamente riesgosa, cuál era la de alternadora en clubes nocturnos.

La citada Ordenanza nº 1183/93, hacía referencia a los “locales comerciales, que bajo la apariencia de otros rubros permitidos, en realidad constituyen centros de actividades toleradas”.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Es decir, una actividad que se sabía adoptaba las formas que la administración le dejaba y provocaba desde siempre la necesidad de acentuar los controles, pues también surge de los considerandos de la ordenanza que las whiskerías con participación de alternadoras habían dado lugar a “cantidad de actas de infracción”.

Se generó en definitiva, un sistema que, bajo la apariencia de un lugar de encuentro y copas, expuso a las mujeres, con conocimiento estatal, a un riesgo cierto. Y este se concretó en la situación de la actora de acuerdo con su relato, el de otras de las mujeres, el testimonio de los gendarmes y el peritaje del Cuerpo Médico conforme se trató en la cuestión penal.

La reglamentación daba un marco legal pero que funcionaba, y se sabía, como punto de encuentro para la actividad prostituyente.

Y en ese contexto, resulta difícil construir, cómo la libreta sanitaria diferenciada para las alternadoras, funcionara como una forma de protección; pues cuesta imaginar, cómo se cuidaba su salud con la exclusión del trabajo y la prohibición de contratarlas, ante la detección de una enfermedad, que no se explica de qué modo afectaría el rubro habilitado, si el contacto sexual no estaba considerado.

Es que, salvo por detección temprana, ningún beneficio tenía para las mujeres y claro sí para el cliente y la reputación del comercio.

5) Existencia de riesgo específico y 6) El cumplimiento tan sólo formal de la obligación de contralor:

El allanamiento del local nocturno “Sheik” ocurrió en octubre 2012. Y ya hicimos referencia a que en abril de ese año había tenido lugar el allanamiento del local “Black and White” y el rescate de varias mujeres que dio lugar a la intervención de la justicia federal por el delito de trata de personas. Y este no es un dato ajeno al caso pues ha sido permanente la remisión a ese hecho en el debate. Reglado por la misma normativa y controlado de igual forma por los inspectores municipales, había dado lugar efectivamente a hechos de violencia sexual verificados.

Ubicado a tan sólo unas pocas cuadras de aquel, el “Sheik”, pudo seguir funcionando, incluso reclutando nuevas mujeres, modificando en algo

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

sus prácticas: “pases” por “salidas”; ropa casual y cartera en mano; y la intermediación de Campos Alberca para amparar al verdadero dueño quien continuó al frente de su funcionamiento con menor exposición.

Esto revela que contó al menos con la desidia en los controles a su favor.

Y esto marca la diferencia de este caso con otros, porque la forma irregular que había adoptado otro de los clubes nocturnos hacía que indefectiblemente los controles se intensificaran en el “Sheik” y eso no ocurrió.

Los controles que se llevaron a cabo antes y aun después de abril, se limitaron a verificar las condiciones del local y la situación de libreta sanitaria al día hasta la modificación del art. 6 de la Ordenanza nº 2919.

Debe recordarse que esta actividad se desarrollaba bajo ciertos códigos infranqueables. Uno de ellos, y sobre el que se escuchó declarar en la audiencia, fue el que indica que “la mujer de la noche no denuncia”. La distancia entre la mujer en riesgo por una actividad reglada y autorizada debió haberse acortado por parte de aquellos que generaron el riesgo a fin de garantizar el acceso a las vías de asesoramiento y defensa; incluso acceso a la justicia, lo que muestra una vez más que las medidas formales, en el caso, eran al menos, conocidamente impropias.

Es que por otra parte, el actuar sin la debida diligencia debe entenderse conforme los canones internacionales como un modo de discriminación contra la mujer, en la medida en que se perpetúan políticas, normas y/o prácticas contrarias a los derechos humanos convencionalmente amparados (recomendación 19 del Comité de la CEDAW). El nivel de riesgo percibido debe ser respondido con acciones positivas y oportunas de protección pues la demora importa discriminación.

No puedo dejar de atender el argumento expuesto por la representación letrada de la Municipalidad, pues resulta cierto, tal como lo afirmara en la discusión final, que el régimen de libretas sanitarias para las alternadoras, se derogó en agosto de 2012 mediante el dictado de la Ordenanza Municipal nº 4162, lo que supone una adecuación normativa

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

positiva. Sin embargo, es claro que no resultó oportuna ni eficaz para evitar en el caso de la actora AKS el daño sufrido.

Pero fundamentalmente lo que es necesario destacar es que lo que su derogación no modifica el razonamiento que aquí pretende explicarse. Es que la relevancia para esta construcción de responsabilidad tiene el art. 6 de la Ordenanza nº 2919, es la de demostrar que el riesgo de que existiera actividad de explotación sexual era para la administración municipal, un hecho conocido.

La pretensión de eximirse de responsabilidad invocando que se habilitaron exclusivamente los metros cuadrados del local y para la actividad de copas, resulta alejado de ese dato evidente que surge de la reglamentación en cuanto a la conciencia del municipio acerca del riesgo de que la explotación sexual tuviera lugar.

Es que tampoco puede omitirse en este caso evaluar lo ocurrido con un criterio de realidad que imponía no desatender los criterios que objetivamente ilustraban ejercicio prostituyente.

Así las cosas, bajo la forma de responsabilidad por el riesgo creado, la Municipalidad que autorizó el funcionamiento de un comercio que ponía en peligro la integridad de la mujer que “alternaba” en él y no lo controló suficientemente, ni generó cuidados específicos para ello, aún frente al riesgo conocido; y específicamente remarcado por la falla probada de los controles en otro de los comercios del rubro, deberá reparar el daño que reclama la actora.

La Municipalidad al haber dado lugar a la generación del daño por la falta de servicio, es responsable de modo concurrente con aquellas que lo aprovecharon y resulta en caso solidariamente responsable frente al daño causado y en los mismos términos.

Es doctrina y jurisprudencia que *“La idea objetiva de la falta de servicio, encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionario públicos en el ejercicio de sus funciones. por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones*

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

legales que les están impuestas, lo cual pone en juego la responsabilidad extracontractual del estado en el ámbito del derecho público, la cual no precisa, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil (Adla XXVIII_B, 1799), al que han remitido sentencias anteriores de la Corte Suprema en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (CS, 1985/06/04, La Ley, 1986-B, 108 con nota de García Martínez, R.- DJ, 986-II-325). en Código civil Comentado y Anotado. Santos Cifuentes , 2ª Edición Actualizada y Ampliada Tomo II La ley, pág.539.

“La obligación de prestar un servicio público (-en el caso, de registración dominial de bienes-) se debe cumplir en condiciones adecuadas para satisfacer el fin para el que ha sido establecido, en caso contrario nace la responsabilidad por los perjuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular. Esta ideo objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil (CS, 1997/07/15, DJ, 1998-2-451- La Ley, 1999-A, 506, J. Agrup., caso 13.485)” en Código civil Comentado y Anotado. Santos Cifuentes, 2ª Edición Actualizada y Ampliada Tomo II La ley, pág.539.

Y un último tema que quisiera abordar es que si bien es cierto que la adecuación de prácticas y normativas resulta en los hechos de forma progresiva y es natural que así se dé, lo cierto es que numerosa legislación interna indicaba prohibiciones que no debieron ignorarse y la normativa internacional que aquí se citó regía desde 1985 en nuestro país.

Rigen los arts. 1112 y 1061 CC.

Finalmente, atento al resultado del pleito y en los términos del art. 77 de CPCyCN, los demandados deberán ser condenados en costas.

Los datos de identidad completos de la querellante habrán de constar en un certificado actuario que se extenderá por Secretaria.

Así voto.

El Dr. Luis Alberto Giménez dijo:

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Adhiero en lo sustancial al voto de la Dra. D'Alessio por compartir los fundamentos, tanto en los hechos tenidos por probados y calificación legal atribuida, como así también en relación a la solución propuesta para cada una de las nulidades que fueron interpuestas.

Solamente haré algunas precisiones en relación a alguno de los aspectos allí contenidos, y en particular desarrollaré los dos puntos que motivaron mi opinión disidente: el concurso ideal solicitado por la Fiscalía y la responsabilidad civil de la Municipalidad de la ciudad de Ushuaia.

En relación al concurso real por los hechos constituidos por cada una de las víctimas coincido con el Ministerio Público Fiscal, tal como lo propicié en la causa Morales" (causa número FCR 52019152/2010/TO1 – Sentencia Definitiva de fecha 23 de septiembre de 2015) en la que señalé, en efecto, que existen a mi entender razones dogmáticas que me persuaden que el caso de cada una de las víctimas constituyen hechos independientes entre sí.

En primer término, pues la afectación del bien jurídico es individual en cada una de las acciones perpetradas a su respecto. No cabe unificar los injustos por el mero hecho de que los imputados percibieran una finalidad de explotación y, por ende, de beneficio –económico en este caso-. La dignidad de la persona humana impone una diferencia sustancial en relación a otros bienes que pueden ser considerados colectivamente para justificar, a partir de la doctrina de la finalidad de la acción, que una multiplicidad de acciones configura un único injusto. Entiendo asimismo, que la voluntad criminal se realiza en cada uno de los comportamientos que atañen a cada una de las víctimas, y si bien puede considerarse que el hecho de captar, trasladar, acoger, etc., pueda ser absorbido por la conducta subsiguiente, cuando se trate del mismo autor y la misma víctima, ello no justifica la unificación cuando se está frente a distintas personas.

Por el contrario, respecto de la concurrencia ideal que la Fiscalía General propicia con el entonces vigente art. 127 del Código Penal, no coincido con dicha apreciación. Sobre este punto en particular ya he dicho en la causa antes citada que el delito de trata de personas constituye una figura

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

compleja, que abarca una cantidad de actos entrelazados constitutivos de lo que se denomina cadena de tráfico de personas, cuyo contenido material de antijuridicidad excede el campo de la explotación económica de la prostitución. Por tal motivo, el Legislador ha querido sancionar, en forma conjunta y conexas, aquellas conductas inherentes y propias de aquel tráfico, como lo son la captación de víctimas, el traslado a través de medios engañoso, violentos o de coerción y el acogimiento y la recepción en determinados lugares, para lograr el provecho de la actividad sexual.

De tal modo, he concluido en aquella oportunidad, que las figuras involucradas contienen un mismo contenido prohibitivo, por lo que no cabe la concurrencia ideal de los preceptos en juego, ya que lo que se presenta es un concurso aparente de tipos penales en el que el delito de trata de personas, consume y absorbe a la figura prevista en el anterior art. 127 del código sustantivo. Ello, por cuanto contiene un mayor alcance en los actos susceptibles de reproche penal al desvalorar no sólo la explotación sexual, sino también, todas aquellas acciones que se lleven a cabo para lograr ese fin.

Por tal motivo, habré de mantener el criterio fijado en aquella ocasión y proponer el rechazo de la concurrencia ideal propuesta por la Fiscalía General, con el delito previsto en el art. 127 del Código Penal, según el texto de la ley 25.087.

Coincido, por lo demás, en que corresponde tener por probado los hechos que fueron imputados con el alcance temporal que fija el voto que antecede, al que también adhiero en cuanto a la responsabilidad que le cupo a cada uno de los imputados, conforme surge del desarrollo realizado por la Dra. D'Alessio que refleja fielmente lo expuesto en la deliberación.

En el mismo sentido, adhiero al razonamiento efectuado respecto del monto de las penas y demás accesorias impuestas a los condenados.

Finalmente, habré de expresar los fundamentos que me llevaron a discrepar de la mayoría en cuanto a la responsabilidad civil asignada a la Municipalidad de Ushuaia.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

En cuanto a esto, corresponde repasar los términos en los que fue demandada conforme el escrito respectivo, a partir del cual quedó trabada la litis, sin que las manifestaciones posteriores autoricen su modificación. En tal sentido la ley procesal penal es clara: "El actor civil deberá concretar su demanda dentro de tres días de notificado de la resolución prevista en el artículo 346. La demanda se formulará por escrito y con las formalidades exigidas en el Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación y será notificada de inmediato al civilmente demandado".

A su turno el CPCCN, en lo que resulta de interés a la presente, prevé que "El actor podrá modificar la demanda antes de que ésta sea notificada...". Es decir que el escrito de demanda cristaliza la pretensión en cuanto a los sujetos, la extensión de la misma y la causa en la que se funda.

En el *sub examine*, la Litis quedó trabada en los términos del escrito de fs. 1/62.

En el mismo se señaló que la Municipalidad de la ciudad de Ushuaia, en función de la ley civil, la Constitución Argentina y los Tratados de Derechos Humanos, debía responder por los imputados por los daños que ha causado el delito (cfr. ap. I.4). Sostuvo la actora que la Municipalidad de Ushuaia habría incumplido el deber de diligencia exigido en los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos, mediante la falta de servicio, que *"ha facilitado, tolerado y no ha evitado -ni intentado hacerlo- la trata de personas en su jurisdicción"*. Afirmó que el Estado Municipal *"tenía conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato y no adoptó medidas razonables para evitarlo, sino más bien todo lo contrario: las medidas y acciones emprendidas toleraban y supervisaban la trata de personas"*.

En la descripción de los hechos que efectuó la parte, sostuvo: que comenzó a prostituirse a los 18 años en la ciudad de Córdoba, debido al abandono de sus padres y la necesidad de mantener a su hermana de 12 años.

Que en el año 1997, a través de un contacto hecho en el privado en el que trabajaba (utilizaré, para evitar confusiones, la misma terminología

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

que usa la actora para referirse a la cuestión) se entera que en Tierra del Fuego se "hacía buena plata" y que en Ushuaia estaba por abrirse un boliche nuevo.

Que habló telefónicamente con Claudia Quiroga y acordó venir a trabajar al Sheik. También refirió que al arribar a la ciudad, la fueron a buscar Pedro Montoya y Claudia Quiroga quienes eran dueños del Club Nocturno Sheik. Y, que el mismo día del arribo, le explicaron qué tenía que hacer en el boliche, y la pusieron a trabajar.

Que en el año 1999 conoció a quien sería su primer esposo, y se mudó con éste a vivir a España.

Que esta relación perduró hasta 2009, ocasión en la que decidió terminar la relación debido a episodios de violencia, y volvió a Córdoba, en Argentina con las tres hijas nacidas de la relación. Como no consigue trabajo toma contacto con Claudia Quiroga y volvió a trabajar al "Sheik". No obstante, debido a desaveniencias con ésta, se mudó al "Black & White" (otro bar Nocturno) a realizar las mismas tareas.

Allí, ese mismo año conoció a Alfredo Antonio Le Pera, quien se desempeñaba como militar en la Base Naval de Ushuaia, y que resultaría su marido actual.

En el año 2010 Le Pera volvió al sur del país para trabajar en la campaña antártica, y la actora comenzó nuevamente a trabajar en el local "Tropicana" (hacia fin de octubre de ese año).

Que debido a que no pudieron juntar los ahorros que pretendían, en abril de 2011 Alfredo Le Pera retornó a Mar del Plata, y decidieron casarse un tiempo después.

Como no consiguieron trabajo estable y dada la situación económica que atravesaban decidió regresar a Ushuaia, a donde llegó en julio de 2012 (junto con su bebé de seis meses). Que en esa ocasión el pasaje se lo habría abonado el responsable del local nocturno "Candilejas" ya que comenzaría a trabajar allí.

Señaló que por no gustarle el ambiente del "Candilejas", habló con Pedro Montoya para trabajar en el "Sheik".

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Aquí el relato no es claro, pues señala que permanece en la ciudad cuarenta días (no se sabe si en total o cuarenta son los días que trabaja en el "Sheik"), pero lo cierto es que volvió a Mar del Plata para dejar al bebé con su marido y poder volver a trabajar al este último local.

En esta situación es en la que es encontrada el 9 de octubre de 2012 al realizarse el allanamiento en el local de Roca 306 de esta ciudad.

II- Que el hecho de la explotación sexual por parte de Montoya, con la colaboración de la codemandada García, ha sido resuelta por este Tribunal previamente al tener por probado la comisión del delito de trata de personas en perjuicio, entre otras víctimas, de la actora. Es decir, que desde esa perspectiva se da uno de los supuestos sobre la base de los cuales la actora reclama su resarcimiento, y en lo pertinente, como dije, me remito y adhiero al voto de la Dra. D'Alessio. No obstante cabe señalar que es claro que ambos imputados-demandados deben responder en razón de ser autor y partícipe (secundario) del injusto que el Tribunal tuvo por probado, en los términos de los arts. 1077, 1078 y 1081 del Código Civil.

III.- Sin embargo, la situación de la codemandada Municipalidad de Ushuaia es distinta a mí entender y es en este punto donde radica mi disidencia con la mayoría del Tribunal, que tuvo por acreditada la falta de servicio invocada por la actora en los términos del art. 1112 del C. Civil.

a- Los fundamentos de la actora:

La actora le reprocha a la ciudad que el PEM, a través de las áreas respectivas, realizó la habilitación comercial del local "Sheik", donde se llevaría a cabo la explotación sexual de las víctimas; y que el mismo gobierno realizaba inspecciones y obligatoriamente exigía a cada una de las víctimas llevar una libreta sanitaria para control (cfr. escrito de demanda p.8).

De allí infiere que el Municipio conocía la actividad que se desarrollaba en los locales nocturnos, lo que, a su criterio, denota que toleraba abiertamente la actividad llevada adelante en dicho local.

Antes de continuar con el relato, y sin perjuicio de lo que se señalará más adelante, no puedo dejar pasar la ambigüedad de la expresión. Es para mí obvio que la Municipalidad sabía y debería saber la actividad

Fecha de firma: 07/12/2016
 Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA
 Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

desarrollada en uno de los denominados por la Ordenanza respectiva: Club Nocturno. Pero ello no importa, *per se*, que estuviera en conocimiento de la actividad delictual que desarrollaban los imputados, y mucho menos que "su comportamiento" guarde un nexo de causalidad con la consecuencia dañosa que padeció la actora.

Según lo expuesto en el alegato final, lo que resultó reprochable fue que la Municipalidad no desplegara las acciones para detectar la trata o la prostitución.

b- Los fundamentos de la Municipalidad de la ciudad de Ushuaia

A su turno, la representación de la ciudad demandada hizo hincapié que el reproche realizado por la actora gira en torno a que se regulara, mediante la ordenanza 1183/93, la actividad de los locales nocturnos. Analizó la norma en sus alcances, enfatizó que la misma prohibía los actos pornográficos y sostuvo que, durante el debate, no se había probado que el municipio tolerara esas actividades. Que la prueba documental y testimonial acreditó, por el contrario, que se hacían inspecciones y se formalizaban actas de infracción que tramitaban ante el Juzgado de Faltas. Que el poder de policía municipal se encuentra restringido al aspecto edilicio y funcional. Agregó que había participación de la policía provincial en las inspecciones y que, en todo caso, era a ésta a quien le incumbía el deber de prevenir delitos. También señaló que de la prueba producida en el debate resultó que la actividad delictual era clandestina, y que la vinculada al desempeño de las alternadoras, se encuentra regulado por un Convenio Colectivo de Trabajo, y que existió, inclusive, actuación de la justicia del trabajo de la provincia que evidencia que también había conocimiento de la situación. Finalmente, recordó que la actividad desarrollada en el "Sheik" estaba inscripta ante la AFIP-DGI.

En otro orden, recordó que para la época de los hechos por los que reclama la actora, más precisamente el 8 de agosto de 2012, la Ordenanza Municipal 4162 había suprimido la exigencia de la libreta sanitaria.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Dado entonces que la falta de servicio que se reprocha a su poderdante no es de la órbita de su competencia solicitó, a su respecto, el rechazo de la demanda.

c- La CSJN ha señalado que *"...la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en co-responsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto."* ("Cohen, Eliazar c/Río Negro, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", C1563.XXXVI).

Agrega nuestro Címero Tribunal, que quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio *"debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, vale decir, tanto la falta de legitimidad de la conducta estatal como la idoneidad de ésta para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama (Fallos: 317:1233)... Cuando la administración regula las actividades privadas, imponiéndoles a las personas que las llevan a cabo determinados deberes, la extensión hasta la cual ella supervisa y controla el cumplimiento de estos últimos depende, salvo disposición en contrario, de una variedad de circunstancias tales como lo son el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que se trata de prevenir, el número de agentes y fondos presupuestarios, y las prioridades fijas de manera reglada o discrecional para la asignación de los medios disponibles. **El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza per se a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la***

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder (cfr. Fallos: 323:318 y 3599)" (el resaltado no pertenece al original).

El art. 14 de la Constitución Nacional, establece como uno de los derechos fundamentales el de ejercer toda industria lícita, conforme las leyes que reglamentan su ejercicio. La licitud de la industria que se encare, no es sinónimo de su aprobación moral. De lo contrario, existirían numerosas actividades comerciales que se desarrollan en el ámbito de la esfera privada que podrían ser severamente cuestionadas desde esa perspectiva. Así, la realización de juegos de azar en los que se apuesta, la existencia de canales televisivos dedicados específicamente al erotismo o la realización de ciertos espectáculos donde se puede apreciar la instrumentalización de la persona como objeto, pueden resultar, desde esta óptica, criticables socialmente. Dicho cuestionamiento moral no los torna *per se* ilícitos.

Desde esta perspectiva puede sostenerse, razones históricas pueden abonarlo, que la actividad de los bares nocturnos podía ser considerada como lícita y por lo tanto sujeta, sí, a la reglamentación que establecieran las autoridades de aplicación.

La Ordenanza 1183/93 tuvo la pretensión, precisamente de reglar esa actividad, mediante una serie de disposiciones que -más allá de su acierto o error en orden a su efectividad- pretendían acotar la actividad que allí se desarrollaba. Ello explica que se defina la actividad (art. 1) y se prohíba la realización de actos pornográficos, que se vede el anexo a ellos de cualquier otro tipo de rubro (art. 4), que se prohibiera su emplazamiento a menos de 200mts. de establecimientos escolares (art. 5), etc. Asimismo, sometía la explotación comercial a inspecciones a fin de verificar las condiciones allí establecidas.

Entiendo que es dable inferir de su texto que el Concejo Deliberante, reconocía y advertía un riesgo en la autorización de este tipo de locales, fundamentalmente basado en parámetros de la moralidad social, y que adoptaba los recaudos que permitían neutralizar o minimizar dicho riesgo (cfr. "Considerando" de la referida ordenanza, donde se enfatiza el deber de la Municipalidad de velar por la salubridad de la comunidad).

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Comparto lo afirmado por el Dr. Medina Holguín en relación a que, en todo caso, no era la principal incumbencia de la Municipalidad de Ushuaia la de prevenir la comisión de delitos. Este es un deber impuesto primordialmente a las fuerzas de seguridad, en particular a la policía provincial.

Por otro lado, la Ordenanza era pública y venía aplicándose desde hacía años. Si la justicia provincial o federal hubieran entendido que ella importaba per se la facilitación del delito de trata de personas (o más aún, de incitación o facilitación de la prostitución) podrían haber dispuesto su inaplicabilidad muchos años antes.

Ni que hablar de la Policía Provincial que conocía perfectamente la existencia de éste y de todos y cada uno de los Bares Nocturnos de la ciudad, y que si hubiera esbozado mínimamente una hipótesis delictiva, debió haberla puesto en conocimiento de la autoridad judicial respectiva.

Ahora bien, la actora pretende fundar la responsabilidad en el concepto de debida diligencia merced el cual es obligación de los Estados proporcionar protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes no estatales. Para dar sustento a ello cita el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en "Osman c. Reino Unido" del año 1998. Sin embargo, si analizamos cuidadosamente ese fallo advertimos que, a diferencia de lo que acontece en los presentes, había existido por parte de los reclamantes insistentes advertencias a la policía sobre el acoso y las amenazas que profería el Sr. Paget-Lewis y que desembocaron en la muerte de Alí Osman y las lesiones de su hijo Ahmet (Cfr. *Affaire Osman c. Royaume-Uni*, 87/1997/871/1083 CEDH, 28 de octubre de 1998). Nótese que en los hechos del caso traído como análogo, las quejas iniciales que anteceden al homicidio se remontan a más de una año (catorce meses), en el curso del cual la familiar acudió a la policía en reiteradas ocasiones, sin que se les haya prestado atención.

Me he detenido en el caso citado como antecedente pues, a contrario de lo que podría pensarse, en lugar de dar sustento al caso planteado por la actora, entiendo que lo debilita.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

También habré de detenerme en un punto que fue enfatizado por la actora, cual es la obligación de que las alternadoras contaran con una libreta sanitaria. En primer lugar, es menester recordar que la exigencia de libreta sanitaria no está dada únicamente para el rubro en el que cursaban las víctimas, sino para muchas otras actividades, vinculadas a la gastronomía y el expendio de bebidas. Es cierto, como puntualizó la demandante, que se le exigía a las alternadoras la realización de otros exámenes y precauciones que permiten inferir que la Municipalidad advertía el riesgo del contacto sexual. Sin embargo, una cosa es advertir el riesgo y adoptar medidas (mejores o peores) para evitarlos o al menos disminuirlos, y muy distinta es responsabilizar a la demandada por las consecuencias de la actividad delictual de los imputados. No existe nexo causal entre la acción y el resultado que deriva del obrar del tercero.

La prostitución existe y, como el propio letrado de la actora admitió, sigue sin ser una actividad prohibida. No cabe entrar en la discusión moral, jurídica o filosófica sobre la mejor manera de encararla, pues la problemática ha sido amplia y arduamente discutida en foros internacionales, donde se han logrado acuerdos mínimos pero no unánimes acerca de cuál es la mejor manera de neutralizar los riesgos que acarrea (principalmente para la persona que la ejerce). También sería absurdo negar que desde hace muchos años la actividad de las alternadoras se asocia inextricablemente a la prostitución, y que esta última fue objeto de debate en nuestro país entre finales del siglo XIX y principios del XX por razones de salud, fundamentalmente la de evitar la propagación de las enfermedades venéreas. En otro orden, también fue preocupación del Estado Nacional evitar la explotación sexual en la forma del proxenetismo y ello motivó la adopción de distintas sanciones administrativas y penales.

Es decir, se intentó contener la situación del modo en que mejor se entendía. La sociedad y el derecho evolucionaron. Se hizo patente la existencia de situaciones de explotación y sometimiento a regímenes de esclavitud. Pero no solamente en nuestro país, sino a escala internacional. Se suscribieron acuerdos y se dictaron leyes. De qu manera la vieja





Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

ordenanza municipal las violaba, no ha sido explicado. No es mi materia, pero la reciente política criminal (me refiero a la de los últimos años) en torno a la problemática, también es susceptible de objeciones. Las medidas que simplemente prohibieron (lo que por cierto ya estaba prohibido) han contribuido, en muchos casos a invisibilizar el problema y dejar en peor situación a las víctimas. La ley no tiene un efecto mágico, y por el simple hecho de prohibir algo no se sigue, inmediatamente, que esa conducta no se continúe realizando. El abuso de alcohol y drogas, el abuso de los juegos de apuestas, la prostitución, entre otros, son males que debilitan nuestra sociedad, pero que encaramos también en el marco de medidas que no resulten contrarias a las de una República democrática de derecho. Como sociedad, confiamos en nosotros mismos para controlar los excesos, pero lo que se verifica a lo largo del tiempo es que se ha procurado evitar soluciones meramente autoritarias e ineficaces.

En los presentes, lo que tenemos en concreto es una actividad reglada en su oportunidad por la comunidad de Ushuaia a través de sus representantes. Que en ese momento se presentaba como posible y sujeta no solamente a esta regulación sino a otras de índole nacional. Que pasados los años, y en función de la evolución de cierto tipo de criminalidad se dictaron leyes que prevén una determinada actividad delictiva (trata de personas). Y que a la luz de esta regulación, y el fenómeno que comienza a observarse hace reflexionar a algunas autoridades sobre la conveniencia de revisar la legislación vigente.

Ahora bien, ninguna adecuación legislativa es automática, sino que conlleva un tiempo en el que la conducta (ya sea que se prohíba o se permita) requiere sea percibida como objeto de una regulación necesaria. A veces espontáneamente por parte del pueblo, a veces por alguno de sus representantes. Los procesos de deliberación democráticos llevan tiempo, y lejos están de generar una responsabilidad puntual y concreta del Estado. Este proceso importa una demora que, en el caso, no parece excesiva, si se aprecia cuál era la ley vigente al momento de los hechos.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

En efecto, la ley 26364 (de abril de 2008) intentó dar cumplimiento al denominado Protocolo de Palermo, que complementaba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. La reforma penal, como señala Tazza, tuvo gran trascendencia pues importó una modificación de la forma en que se concebía este tipo de criminalidad, esto es, se enfatizó el menoscabo a la libertad de autodeterminación de las víctimas (cfr. Tazza, Alejandro, "La trata de Personas", Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 48). Sin embargo, un elemento no menor, en orden a establecer o negar la responsabilidad civil de la ciudad de Ushuaia, es la circunstancia de que en ella, todavía aparecía el consentimiento de la víctima como un elemento relevante. Dicho ello, en función que el delito se consumaba a partir de la verificación de ciertos modos comisivos. Ello se comprende a un mejor si se analiza la nueva redacción de la ley (cfr. ley 26842).

Es decir, la existencia de consentimiento por parte de la persona (eventualmente sujeta a una actividad como la que se trata en el presente) era todavía relevante (en ese sentido Tazza, ob cit, Hairabedián, M. "Tráfico de Personas", Ad Hoc, 2013, 2da. ed., p. 24; Luciani, Diego S. "Criminalidad organizada y Trata de Personas", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 149; Aboso, Gustavo E. "Trata de personas", ed. Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2013, p. 49) y, más allá de la discusión que el modo de redacción generó, parece excesivo reclamar un incumplimiento del deber de servicio de un Órgano Comunal, de frente a una regulación que todavía no aparecía clara, y que, en definitiva, no era estrictamente, de la jurisdicción propia de la esfera de la ciudad.

En tal sentido, no puede perderse de vista que la forma en que fue reclamada la responsabilidad no importaba un reproche por eventuales malos desempeños de los inspectores municipales, sino una atribución de responsabilidad *per se*. Si hubo o no incumplimiento de los inspectores municipales y si dichos incumplimientos podrían comprometer la responsabilidad (directa o refleja) del pueblo de Ushuaia, no es el objeto de discusión en los presentes, y no es el modo en que ha sido trabada la litis.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Este es un límite inexorable, pues de lo contrario, la demandada se hallaría en una situación de indefensión.

Afirmar que el personal municipal que, fragmentariamente, atendía los trámites vinculados a la habilitación municipal u otorgamiento de las libretas sanitarias, representa la voluntad comunal, y reprocharle que “debieron” haber advertido la situación de vulnerabilidad de las víctimas y el riesgo de estar frente a una conducta delictual, me resulta un exceso. A la fuerza de seguridad interviniente, a la Fiscalía y al Juzgado de Instrucción le llevó casi un año verificar los presupuestos que le permitieron la intervención que culminó con el rescate de las víctimas, y estuvieron dedicados exhaustiva y especialmente sobre el tema. Es decir, se trata de agencias dedicadas a la detección del delito, mientras que los agentes municipales están especializados en la realización de trámites de carácter administrativo, sin que exista ninguna obligación de centralizar o analizar la información que va llegando. Entonces, no advierto aquí tampoco falta alguna.

En definitiva, en mi opinión, no ha habido falta de servicio o de la debida diligencia por parte de la demandada, y en consecuencia corresponde rechazar la demanda.

El Dr. Enrique Jorge Guanzirolí:

I.- Como atinadamente han puesto en evidencia las defensas constituidas, constituye una mala práctica judicial, desdoblar un proceso sobre el mismo hecho criminal, para elevar al juicio público algunos procesados, quedando otros -a más de cuatro años de sucedido el allanamiento que mereció el expediente- aún confinados ante el Juzgado instructor, con la expresa conformidad del Ministerio Público Fiscal actuante, pero sin embargo, cabe ceñir este pronunciamiento a los procesados remitidos hoy al juicio.

Recordándose también por sus observaciones, que la denuncia de tan grave delito, fue hecha en noviembre del 2011, recién fue delegada su instrucción el 12 de abril del año siguiente, concretándose el allanamiento y

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

demás determinaciones en octubre del 2012 y en noviembre del 2016, se celebró la audiencia del juicio sobre estos sucesos.

Que habiéndose pronunciado las partes sobre hechos reflejados en los profusos actuados, de conformidad a la doctrina de la Excma. Corte Suprema que enseña que los jueces solo están obligados a tratar aquellos argumentos conducentes a la solución del caso, cabe ceñirse el voto a los atinentes para resolver la cuestión (CSJN, Fallos 325:1922, 8/8/02, “Giardelli, Martín Alejandro c/ Estado Nacional –Secretaría de Inteligencia del Estado”, entre otros).

Previo a abordar el fondo del asunto, es menester tratar las nulidades invocadas, por su aptitud para perturbar o no este ya dilatado trámite.

A mérito de lo expuesto por la Defensa Oficial, cabe señalar que para cualquier tribunal, encarcelar, no es una mera formalidad; como así también, que aquí se encuentra implícita, en la naturaleza del bien jurídico tutelado, la imposibilidad de que el ser humano sujeto de derechos, devenga en una cosa u objeto, que aún asentida la disposición de su cuerpo, forme parte de bienes o servicios del mercado, pues lo impide la dignidad esencial de la persona humana, que impregna todos los bienes jurídicos legalmente protegidos.

Y que si se detectó que la causa, comenzó hacia un objetivo investigativo y luego mutó su trámite hacia otro, sin que las partes antes constituídas lo objetaran; si la actuación de un funcionario en un momento procesal, pudo conllevar un supuesto de parcialidad, tampoco demostrado; o si no se observó cabalmente la regla procesal del art. 239; o se trató de incorporar al debate una añeja declaración, brindada bajo particulares circunstancias y no el testimonio directo con el que se contaba; o se advirtieron desprolijidades oficiales, quizás derivadas de vicios, en juicios de otras características al que aquí se ventila, a su tiempo no observadas; tampoco permite obviar, que ya hubo decisiones adoptadas en la respectiva etapa, que las involucraron y que resultaron preliminares, no conclusivas y que eventuales impugnaciones que pudieron ejercitarse, no lograron los

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

resultados esperados, entonces lo reclamado ahora, aparecen meras opiniones diferentes, de cuestiones ya superadas.

En cuanto a la nulidad pretendida, por la intervención instrumentada por la fuerza de seguridad preventora, cabe recordar que ella se conduce conforme su ciencia y experiencia en este tipo de pesquisas y que optando por un método haya decidido introducir alguno de los suyos de incógnito, en el ámbito donde presumiblemente se desarrollaban los hechos -no un agente encubierto, reglado legalmente- no permite concluir sin mayores elementos convictivos serios, que esa actividad haya tenido por propósito provocar o instigar a la ilicitud, sino justamente, verificar si ella acontecía y su modalidad.

Tampoco se advierte que el nudo sistema del “copeo”, obviamente en exclusiva, no cuando incluye otros aditamentos, al que otrora se habría aludido como una “explotación” en sí misma, -incontenida en algún cuerpo normativo, pero apoyado en un fallo judicial-, obligue como quiere la Defensa a proceder de una manera y no de otra, cuando la actuación policial se condujo entre sus facultades legales y fue bajo el control fiscal y judicial competentes y esa manera no resultó inmiscuirse en una ilegalidad, o apartarse de las reglas de su oficio dadas en una investigación judicial en pleno desarrollo.

Concurrir a beber un trago en esos lugares, que además de disfrutar de la bebida, importaba escuchar música, o departir con los demás circunstantes conocidos o no y que podría o no, incluir una compañía femenina ocasional, no necesariamente conllevaba la salida para tener relaciones sexuales, o indefectiblemente al “pase” con la alternadora de turno; pues no todo parroquiano buscaba el encuentro sexual, ni se sentía obligado a ello, lo relatan las mismas testigos, algunas explícitamente y las demás, cuando revelaron que las ganancias mayores provenían de las bebidas vendidas, antes que por las salidas sexuales pactadas.

Que como era de práctica, dicho consumo, aconteciera en el local nocturno en el curso de una conversación, con una u otro ocasional circunstante, en un lapso más o menos corto o prolongado y más o menos,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

amistosamente, es un hecho bastante habitual en esos sitios que se reservan el derecho de admisión y no admiten al público, si no se consume lo que allí se les ofrece y menos exige a la autoridad, actuar de determinado modo en un preciso instante y de inmediato, que sí ocurre cuando se comete un delito, pues de lo contrario, compartir bebidas en un ambiente velado, mantener diálogos baladíes, con interlocutores conocidos o no, estaría teñido de graves sospechas, lo que es absolutamente irrazonable.

Sostener que el “copeo”, es el preludio, o constituyen prolegómenos necesarios, habituales e inexorables de un próximo encuentro sexual, o del ejercicio de la prostitución a escala, es un criterio anclado en una sensibilidad propia del pasado, como si hoy, prejuiciosamente, se sostuviera que la “previa”, a la que acuden numerosos jóvenes, fuera el prefacio cantado de eventuales desbordes futuros y obvio que no siempre es así y dependerá de cada situación individual y como las propias testigos y la prueba puso de relieve, la ingesta de tragos aquí, no equivalió a las salidas hechas y no puede el juzgador ignorar tales circunstancias.

Más allá de la tacha defensiva de las tareas investigativas, que escasamente tuvieron de “creativas”, lo cierto es que en ese momento ellas poco más pasaron en el punto, de lo que cualquier otro parroquiano habría advertido, si hubiera concurrido por esas horas a beber a ese sitio y como luego se ha visto tampoco fueron nudas vigilancias las que se desplegaron, sino que hubo seguimientos, interceptaciones judiciales de conversaciones telefónicas, que abonaron las conclusiones de la instrucción.

Y que para registrar esa actividad, se recurriera a una manera y no a otra -como prefiere la Defensa- no quiere decir que estuviera inficionada de ilegalidad o haya sido descontrolada para la actividad del Fiscal o del Juez generando un vicio insusceptible de subsanación que no se puso en evidencia; fuera contando lo ocurrido en un relato, o en un informe, nada a su tiempo observaron al respecto los sujetos procesales responsables y convalidaron el evento como encauzado en la dirección del proceso que les competía.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

En cuanto a la argüida nulidad de la intervención telefónica dispuesta sobre una procesada, por alegarse una intromisión a su privacidad, cabe advertir que al momento de resolverse existía suficiente fundamento fáctico para ello y el auto que así lo dispuso no careció del andamiaje de hecho y derecho que lo sustentó, pues en cumplimiento de lo normado en el art. 236 CPPN, “El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas”. Porque aún las meras comunicaciones entre supuestos partícipes, adquieren importancia, para la comprobación del cuerpo del delito y para la precisión de las conductas delictuales atribuidas a cada uno.

La jurisprudencia afirma la necesidad de garantizar la privacidad de las comunicaciones personales, pero también señala, que exigir en todos los casos, que el decreto explicita acabadamente sus fundamentos, deviene en un rigorismo formal excesivo, cuando las demás constancias arrimadas, revelan razón suficiente para el dictado de la medida, ya que “no podrían constituir razonablemente óbice a la investigación, la intervención de las comunicaciones telefónicas, ni la identificación de la persona imputada, ni aún su falta de individualización, durante los primeros momentos de la pesquisa” (CNCP, Sala I, 11/6/99, JA, 2002-III, sint.) y “no se requiere semiplena prueba de culpabilidad de la persona que debe soportar la intervención telefónica, en tanto ello equivaldría a exigir que los jueces conociesen el resultado de las medidas investigativas que ordenan, las que precisamente parten de un campo de ignorancia que están destinadas a eliminar, ya que basta con que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono se efectuarían llamadas vinculadas con el delito.” (CNCP, Sala III, 20/04/10, “Reyes Lantigua, Esmeralda y otros s/rec. de cas.”, reg. 503.10.3 c.11317) y que sucedió.

Fue la dinámica de la pesquisa impuesta, la que derivó en la intervención judicial de las conversaciones telefónicas, que sólo versaron sobre las actividades presuntamente ilegales que se pretendían esclarecer y no hubo un atropello a la privacidad de algunos de los imputados, cuando

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

fueron informadas con detalle al Juez en la oportunidad debida, como se reveló, quien tuvo ocasión para su selección a partir de las transcripciones glosadas y recordando el dictamen del Procurador in re “Garay”, se han verificado incluso requisitos fijados en tribunales internacionales pues la “intromisión estaba y continúa legislativamente prevista, fue ordenada con control judicial suficiente, constituyó una medida necesaria para proteger los derechos y libertades de los demás (conf. artículo 8.2 del Convenio de Roma) y no existió desproporcionalidad, en tanto los datos objetivos con los que se contaba permitían precisar que la línea telefónica era utilizada por personas sospechadas de la comisión de delitos como el que había dado origen a la investigación”.

En otro aspecto y a raíz de manifestaciones defensasistas, no hay invasión a la privacidad de una menor, ni afectación a los derechos del niño, que tutelan convenios internacionales, porque éste en su ámbito familiar usó ocasionalmente un aparato telefónico y expresó algo con aptitud para comprometer alguno de los allí domiciliados, si el objeto estaba legalmente interceptado por la autoridad competente, hacia otra persona y a otro efecto y sin que ello sea entrometimiento indebido en su privacidad, que contó con el debido control judicial.

Valorando que “Tanto las escuchas telefónicas como los listados de llamadas fueron solicitados a fin de constatar la ocurrencia de los hechos objeto de pesquisa en el marco de una línea investigativa y fueron dispuestas mediante órdenes judiciales válidas. Dichas órdenes fueron fundadas debidamente en las pruebas con que se contaba en autos, dentro de los límites de las posibilidades que la realidad impone en la génesis investigativa. El requisito de motivación, que es el modo de garantizar que la intervención de las comunicaciones aparezca como fundadamente necesario, no exige a los magistrados una prueba de culpabilidad de la persona que debe soportar la invasión en su esfera de privacidad, sino tan solo una presunción razonable de la comisión de un delito. No existía óbice legal ni constitucional a la valoración de las pruebas legalmente recogidas en autos, e incorporadas por el tribunal en la audiencia de debate, para analizar la acreditación del

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

segundo hecho atribuido al imputado e individualizado como almacenamiento de estupefacientes, aun cuando las mismas pudieran tener relación con el otro hecho por el cual oportunamente fue sobreseído en la instrucción y que se calificara como organización de actividades dedicadas al narcotráfico.” (CFCP, Sala IV, 16/12/13, “Brandan, David Alberto s/rec. de casación”, Registro nº 2493.13.4. Causa nº: 16597.), porque la protección que otorga el art. 19 CN está orientada para los actos privados de las personas y no para aquellos hechos que presumiblemente infringen la ley, cuando como se vio esas llamadas adquiridas no eran neutrales, sino por el contrario, iban sumando sospechas e indicios sobre una actividad ilícita que prolongó la investigación.

Al efecto cabe recordar que “El embate defensora tendiente a lograr la nulidad de la medida de intervención telefónica y todo lo actuado en consecuencia, no puede prosperar pues el a quo ya ha dado acabada respuesta al planteo reeditado en esta instancia luego de un análisis pormenorizado de los sucesos que llevaron al instructor a autorizar fundadamente y con arreglo a las prescripciones del art. 236 del CPPN las medidas de investigación solicitadas por los preventores. Por otra parte, aun equiparando los mensajes de texto de un teléfono celular con la correspondencia epistolar a la que hace referencia el art. 18 CN, la inviolabilidad que allí se establece no es absoluta, regulándose la intromisión estatal en el art. 234 CPPN que autoriza la interceptación y el secuestro de la correspondencia mediante auto fundado emitido por juez competente de igual manera que el art. 236 CPPN exige el mismo requisito para la interceptación de comunicaciones telefónicas y en el caso, el instructor autorizó fundadamente la interceptación de las llamadas telefónicas y mensajes de texto aludidos.” (CFCP, Sala IV, Reg. 1814/14, 10/09/14, c. 690/13, “Álvarez, Facundo y otros s/rec. de casación”) y fue válido pese a los defectos en las transcripciones, en cuanto a su ortografía y fonética, que en muchos casos dificulta su rápida comprensión.

En orden a la observación realizada por la Defensa, sobre eventual violación del principio de congruencia fiscal, al atribuir a su pupila

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

en el requerimiento elevatorio una intervención de la que luego se aparta, es dable recordar que según las reglas procesales -que admiten aplicación analógica-, el Tribunal puede, de conformidad al art. 401 del CPPN, dar al hecho atribuido en la acusación una calificación jurídica distinta, a condición de respetar su identidad fáctica, se requiere que el sustrato de hecho, descrito en la indagatoria, en el requerimiento de elevación y la acusación, no varíen, pudiendo hacerlo el “nomen iuris”, porque “El ordenamiento procesal acepta que al momento de pronunciarse sentencia se proporcione una calificación jurídica distinta a la contenida en el requerimiento fiscal, pero ello se relaciona únicamente con una diferente apreciación acerca del derecho aplicable al mismo hecho que fuera descrito en la pieza acusatoria y nunca derivado del agregado de nuevos elementos fácticos no contemplados en aquella.” CNCP sala 3ª, 14/5/1999 -F. B., H. JA 2000- II- 655.

Se ha dicho que “Si bien es cierto que el art. 401 CPPN dispone que el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, no lo es menos que para salvaguardar el principio de congruencia la instancia de mérito debe respetar la identidad fáctica.” (CNCP sala 2ª, 9/6/1995, Aguirre, Néstor, JA 1996-II-54) como sucedió en la especie, sin advertir afectación a la congruencia y a la defensa en juicio por parte del Ministerio Público Fiscal, cuando sin alterar los hechos descriptos y en cabal cumplimiento de su cometido jurídico, en el debate, les otorgó a ellos otra significación para conseguir su reproche, que podrá o no compartirse, pero está dentro de sus facultades.

En otro aspecto, no surge que al comenzar el proceso se dio cumplimiento respecto de Lucy Campos Alberca, del art. 36.1.B de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, suscripta por la República y con aptitud para generar su responsabilidad internacional, ni al momento de su detención, ni en la primera oportunidad posible antes de su declaración indagatoria o en ésta misma, ni allí se la advirtió de su derecho a hablar con su Cónsul y solicitarlo; ni al Cónsul de la hermana República del Perú, se le

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

informó que había detenida una nacional de su Estado, para cumplir su derecho a la asistencia.

Es necesario destacar que es obligatorio, a la autoridad argentina, policial o judicial, que corresponda, con independencia que el beneficiado decline su posibilidad de comunicarse o el respectivo Cónsul extranjero lo ejercite, hacer saber al foráneo el derecho que le asiste en todo momento, no es ocioso señalar que los compromisos internacionales suscriptos por el país, de ninguna manera pueden implicar la disminución o detrimento de los derechos del procesado, el que también cuenta con la protección de la más superior jerarquía, además de encontrarse reconocidos desde siempre en nuestra Carta Magna (art. 18 CN) y obviamente, en convenios internacionales que observa la República (arts. 8 CADH y 14 PIDCyP).

Aunque a la procesada al momento de su detención y declarar, se le enrostraron los hechos que lo provocaron, las pruebas obrantes en su contra, su calificación jurídica y se comunicó libremente con un letrado defensor, elegido en tiempo y forma, con quien tuvo asistencia técnica y material y depuso al Magistrado competente, quien imponiéndole sus derechos, observó las garantías propias de su estado, como a cualquier otro nacional y gozando de los derechos inherentes a la defensa en juicio, los hizo valer en el curso de la causa, con acceso a las actuaciones, producción de prueba y las respectivas alegaciones, siendo sus intereses protegidos en forma efectiva.

Y si omitida al comienzo la posibilidad de la encausada de contactarse con el servicio diplomático de su país de origen, sobre el punto se sostuvo que "La información sobre la asistencia consular a los detenidos o indagables extranjeros, es una obligación primaria incluso judicial, de allí que, cuando la omisión fue salvada posteriormente, aún posee aptitud para enervar los actos del proceso; sin embargo ello no permite pasar por alto que en todo tiempo y desde su detención a estos acusados, que residían en el país, se les hizo conocer las garantías y derechos que les asisten por su estado y así fueron ejercitados, a punto de obtener excarcelaciones, en

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

paridad de condiciones como a los demás ciudadanos y que esa comprensión no estuvo en duda, habida cuenta que todos entienden la lengua nacional y no han sido víctimas de discriminación alguna, asimismo contaron en todo tiempo con libre asistencia letrada de su elección, en capacidad de informarles sobre su situación legal y velar por sus derechos. De manera tal que la invocación actual, antes que demostrativa de una auténtica afectación al derecho de defensa en juicio y como cumplimiento del deber de asistencia al pupilo, aparece como un recurso defensivo genérico cuando no hubo menoscabo efectivo sobre el ejercicio de sus derechos, ni se advierte o fue alegado perjuicio concreto alguno a los nativos del Estado Plurinacional de Bolivia sometidos al proceso, ni tampoco se ha dicho de qué defensas se vieron impedidos de oponer, porque no basta con la mera invocación del vicio por quien lo alega, sino que debe demostrarse el daño, de lo contrario, la nulidad buscada responderá a un formalismo vacío que va en desmedro de la pronta solución de las causas y del sentido mismo de justicia. Como bien se afirmó los recaudos que protegen el ejercicio de una garantía, no son la garantía misma, que en el caso respecto de los citados, no se vio afectada. A mayor abundamiento, como bien dice el primer voto, los antecedentes jurisprudenciales de cortes internacionales, traídos a colación por la Defensa, reafirmando lo sustancial de esa asistencia, difieren con estos hechos, porque en un caso el cautivo no fue informado de los motivos de su detención, se falseó la causa y se lo detuvo sin orden judicial, o fue obligado a declarar incomunicado y sin defensor, o en otro medió una tortura policial previa y en alguno existió incomprensión idiomática y afán discriminatorio, violatorios todos ellos del derecho al debido proceso y una real defensa en juicio, a diferencia del presente.-" conf. voto propio en causa "1200" del TOF de Comodoro Rivadavia.

En tal sentido la jurisprudencia interna ha acompañado esta tesis cuando decide: "No se advierte menoscabo a la defensa en juicio si las encartadas nunca solicitaron apoyo al cónsul de su país, ni contestaron la vista prevista por el art. 349 CPPN, ni interpusieron excepciones previas."

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

(CNCP, Sala III, 4/2/10, reg. 21.10.3, “Cárdenas del Castillo, Milena y otras/recurso de casación”).

En consecuencia, no se advierten en el caso perjuicios concretos, agravios o menoscabos graves sufridos, ni se pusieron de manifiesto de qué defensas se habrían visto impedidos y no puede contrariarse el principio de trascendencia y avance procesal que rige la materia, a la solución de los temas tiene dicho la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, “pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma” (Fallos 324: 1564); “porque cuando se adopta en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia” (Fallos 295:961; 198:1413; 311:2337; 311:1413), se afirma así la interpretación restrictiva del instituto (Fallos 321:929) y el rechazo de la nulidad de actos del procedimiento, por la nulidad exclusiva y en beneficio del principio de la conservación del proceso.

Todo lo que así cabe resolver, rechazando las nulidades articuladas y sin costas, porque pudieron haberse creído los nulidicentes por el desarrollo del trámite, con derecho a oponer las impugnaciones tratadas (arts. 166 y sts.; 530 y 531 CPPN).

II.- Que en otro aspecto, la materialidad del hecho traído al juicio, está suficientemente probada, cupiendo repasar su denuncia, acta del allanamiento y testimonios de las mujeres que se hallaron en el local en la ocasión y que se incorporaron legalmente al debate, que se individualizarán con su nombre de fantasía, para su mayor indemnidad, determinando luego la norma aplicable, responsables y conclusiones.

Denunciada la situación sufrida en noviembre del 2011, por MNA, en el Juzgado Federal de Tucumán, con asistente psicóloga de la Oficina de Rescate y Asistencia a la Víctima del Ministerio de Justicia de la Nación, dijo que llegó a “El Sheik” por vía aérea, enviándosele el pasaje cuyo costo luego devolvió y por una amiga, durmió en habitaciones del fondo

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

donde cocinaba, abonando el alojamiento y trabajó con varias chicas, con libreta sanitaria, que antes debió pagarse su trámite, hizo “copas” a porcentaje y “pases” con hombres, sufría un sistema de multas por no limpiar, quedarse dormida o no trabajar y salió del lugar por tierra, según la constancia migratoria.

Que la madrugada del 9 de octubre del 2012, una comisión integrada por profesionales del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia y del Escuadrón Nº 44 de la Gendarmería Nacional, algunos de los cuáles ratificaron su actuación ante el Tribunal, hallaron en el local comercial y domicilio citados, siete jóvenes mujeres, algunas extranjeras, de escasos estudios y recursos y poca residencia en la zona, en evidente estado de confusión, ansiedad, desconcierto, inestabilidad, situación de riesgo y vulnerabilidad actual, inspeccionado el lugar se constataron pocas, reducidas habitaciones, con evidente ausencia de higiene, olor nauseabundo y a gas, humedad, desorden de vestimentas y objetos en uso, hacinamiento y basura acumulada, en la barra del local anotaciones en cuadernos de nombres de personas y a su lado con cifras numéricas y tres cupones de pasajes aéreos, como dieron cuenta suficiente las fotografías allegadas al debate.

Del interior del país provenía “Aylen”, quien depuso -con asistencia de la psicóloga Maricel Barone, del Ministerio de Desarrollo Social provincial-, a fs. 386/8 y a fs. 725/6, ante el Fiscal y Juzgado Federales, de 27 años, soltera, con el secundario completo, cursó inglés y otros estudios y vivía en Salta capital, trabajó en administración y comercio y comenzó a realizar “salidas” porque no le daban los números, viajó y se quedó en su casa familiar confortable, volvió al sur sabiendo que el trabajo elegido incluía “pases”, su madre fue hasta Buenos Aires y ella continuó a Trelew, Comodoro Rivadavia y Ushuaia porque quería conocerla y los costos de “copas” y tragos eran más altos y dejaban más ganancias, viajaba de vez en cuando a El Calafate, una amiga le comentó que le fue bien en el “Sheik”, lo pensó y viajó en avión desde Salta, pagándose el pasaje en efectivo, contaba solo con el teléfono de Pedro y algunos ahorros, cuando llegó eran Pedro y Claudia los dueños y los encargados otros, se le indicó el trabajo, precios,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

porcentajes y comodidades el 80% del “pase” para las chicas y el resto para el local, tuvo relación laboral que “no ata”, viajaba a Salta 4 o 5 veces al año y a Buenos Aires, a veces a ver a su familia, la buscaron en auto y trabajó esa misma noche en el local, Pedro le mostró su habitación donde sólo dormía y le presentó las otras chicas, eran dos habitaciones en las que rotaban, una para ella y otra para dos chicas, de día iba a la casa de un amigo, por su limpieza y comodidad no le gustaba convivir con las demás, pero dejaba allí sus cosas, en esa época los “pases” se hacían en otra habitación que daba a la calle, había un timbre, hacía copas y “pases” todos los días de 24 a 6 hs. salvo uno en la semana a su elección, al principio no pudo elegir, con 7 u 8 compañeras, ayudaba en la barra a veces el dueño, no había seguridad, en una planilla anotaban copas y “pases”, no tenía deudas y tampoco pagaba el alojamiento, ni le dijeron si había un plazo mínimo de servicios, el ingreso era variable según las ganas de trabajar y tenía clientes particulares conocidos, cuyas salidas al hotel o su casa arreglaba por su celular, en el “Sheik” no sabían y sólo hacía copas, los clientes consumen alguna bebida y los “pases” dependen de cada chica que ponía el precio y a ella se abona, tiene libreta sanitaria, había control municipal y policial cada mes o dos meses, no se sintió perjudicada por el trabajo, si querían a veces comían en la casa de Pedro, que abría temprano el local y dejaba a “Ana” la encargada y barwoman, tenía buen trato con todas, era comprensiva y de buen carácter, estaba de marzo del 2012, Ivana nada que ver con el local, no tenía problemas para salir, ni se lo impedían, conoce el Parque Nacional, el shopping y bastante la ciudad, vivió en Trelew, Comodoro Rivadavia, El Calafate y Río Gallegos trabajando de lo mismo, cobraba al final de cada noche, “Ana” llevaba la cuenta en una planilla y les ponía pulseras para controlar, el 50% de cada copa, no conoce a la denunciante MNA, tenía su documento de identidad, celular y efectos personales consigo, no se la trató con violencia física, amenazó o intimidó, salvo con clientes dentro o afuera del local le dieron miedo, una vez le dijo a Pedro, éste reclamó y el otro se disculpó, no tuvo problemas para descansar, ni se le aplicó multa o sanción,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

le dio a "Ana" en esa época para que le guardara \$13.500 pesos de ahorros suyos.

El 17 y 29/10/12 declaró quien se conocía por "Tamara", -con la asistencia de la psicóloga Maricel Barone del servicio del Ministerio provincial competente-, fs.368/70vta y fs. 722/4 ante el Fiscal y luego el Juez Federal, expresando que oriunda del Paraguay, viajó por su cuenta a este país y la isla con un amigo, que previamente había arreglado sus condiciones de trabajo, conservó su documento de identidad, las llaves de su departamento, su celular y sus pertenencias, no fue esperada por nadie en el aeropuerto y le pidió a "Ana" hacer copas, quien le dijo que no se hacía responsable de "copas", ni de "pases", quedándose con la mitad del valor de las primeras y lo que hiciera en sus salidas afuera, yendo al hotel o la casa de la persona, no había seguridad en el lugar y cuando había problemas "Anita" llamaba a la policía, no le pidieron estadía mínima, vivía en un departamento amplio, sin pagar alquiler, compartido al comienzo con "Carla" y buena convivencia con las otras ocho chicas, se compraban comida, cocinaban y hacían la limpieza, no tenía jefes, ni rendía cuentas, guardaba el dinero que hacía y no tenía deudas ni sanciones y podía descansar el lunes, ir y venir y circulaba sin inconvenientes y no tenía obligación de volver, trabajó sin libreta sanitaria, ni control municipal, viajaba a Paraguay, devolvió la plata del pasaje que le habían adelantado, aportando el ticket respectivo del 17/9, residió cerca de un mes, Pedro iba poco, Ivana de pasada y "Ana" era la encargada, el trabajo mejoró su vida, en su país era en el campo, en pobreza, con hambre e hijos que mantener, "me hicieron recordar mi vida pasada que no quiero recordar", en el lugar no había "pases" y las salidas, cada una de \$1000 dependían y las arreglaba ella.

"Rubí", oriunda de República Dominicana, declaró al Ministerio Fiscal el 10/10/12, a fs. 494/8 -previo consejo de Ignacio García y Dafna Alfie psicólogos institucionales de su protección- y dijo que tenía estudios secundarios completos y de secretaria, que en su país había laborado en la secretaría de un estudio jurídico pero estaba construyendo y era poca la paga, trabajó en hoteles y viajo sola a Argentina, trabajando en varios locales

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

nocturnos de Capital y La Plata, pagó sus deudas y regresó a su país, por sus vicisitudes económicas volvió y una amiga le dijo que en el sur era temporada alta y viajó a Ushuaia, pagando su pasaje y comenzó a trabajar el 29 de diciembre del 2011 haciendo sólo “copas” y luego “pases” adentro, conoció a “Carla” y “Camila” le recomendó trabajar en el “Sheik”, empezó en agosto del 2012, “Anita” la esperaba, le explicó la tarea y mostró la habitación, estuvo con “Carla” y “Fanny” y luego se mudó con “Mayra” y “Melisa”, era chico para las tres, compraban la comida y allí cocinaban, comían, tenían heladera y mesada y hacían la limpieza y lavaban, hizo “copas” y por cada una le ponían una pulserita para después pagar y a veces “pases”, no era obligatorio, las salidas había que pagarlas por adelantado, una parte a “Anita” y arreglaba el resto del precio con el cliente, pudo ahorrar dinero, no tenía deudas, no pagaba alquiler y no padeció violencia física, amenaza o intimidación, trabajaba de 0 a 6 y si no lo hacía o se quería ir antes había que avisar a “Anita” y tenía una multa de \$500, había franco pero no el fin de semana, las salidas eran a hoteles o la casa del cliente, trabajaban siete chicas, una vez fue la policía a controlar, no le exigían plazo mínimo, ni recibían clientes en la habitación y se alcoholizaba bastante.

“Mayra” de 30 años de edad, con la asistencia de la psicóloga María Eugenia Cremades, del Ministerio de Desarrollo Social provincial, relata a fs. 382/5 y a fs. 721, el 9 y 29/10/12, ante el Fiscal y Juez Federal competentes, que nació en República Dominicana, es casada, con dos hijos, sus padres murieron y ellos están al cuidado de sus tías en su país, su actual marido es jefe de mantenimiento de un hotel allí, donde alquila una linda casa grande, en el centro, en su país hizo estudios primarios y trabajó de supervisora de bares en hoteles, estaba bien paga y tenía una vida de clase media, hace tres años decidió venir a la Argentina, trabajó de moza primero en La Plata, luego en Comodoro Rivadavia, en diciembre de cada año por tres meses regresa a Punta Cana; le contaron lo lindo que era Ushuaia y despertó su curiosidad, una amiga le pasó el teléfono de “Anita”, llamó y preguntó si podía venir a trabajar y ésta le mandó el pasaje aéreo y el 12 de setiembre del 2012 llegó a Ushuaia, con poco más de mil pesos y sin conocer a nadie, le

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

abonó el gasto a "Ana" con su trabajo de tres semanas, ésta la buscó en remis y alojó en un departamento, bastante cómodo, al lado del trabajo, posee cocinita, habitación grande con cuatro camas cuchetas, televisor, lavarropas, baño, había otras tres chicas con quienes hacía la limpieza y de quienes se hizo amiga, cada una tenía llave del departamento que ocupaba, no pagó por alojamiento, ni servicios, pero tenía que pagarse la comida, estaba enfrente del de "Ana", trabajó en "El Sheik" de 0 a 6hs. de lunes a viernes, no daban franco, pero si alguien quería faltar uno o dos días avisaba a "Ana" y no había inconveniente, el lugar era limpio y "Ana" o Pedro pagaban chica para limpieza y está muy conforme porque se cumplieron sus expectativas, fue para hacer "copas" y no "pases", hacía 8 o 9 por noche y ninguna, si no quería y sin problema, había cerca de ocho chicas más, cuyos nombres todos no recuerda, cada noche la mitad era para ella y guardaba su dinero, tenía trato con "Ana" que vive en un departamento contiguo, ella cobraba, daba la bebida y pagaba y por cada copa que hacía les daba una pulsera, no existían cuadernos ni libretas para registrar las actividades, no tiene deudas con la encargada a excepción de la última copa, el plazo mínimo de trabajo era de un mes pero ella pensaba trabajar dos, no se la intimidó, amenazó o trató con algún tipo de violencia física, no se le aplicó multa o sanción, los pagos eran diarios y pudo ahorrar cerca de \$12.000, el lugar tenía puerta de emergencia, matafuegos, teléfono fijo y a su entender las condiciones eran buenas, no había custodia y sólo estaba "Ana", no tiene libreta sanitaria y a Pedro e Ivana también los trató ya que pasaban en el local una hora o media y se iban; tiene en su poder documento de identidad de su país y pasaporte, documento provisorio de Argentina y su certificado de residencia precaria, su celular y la totalidad de sus efectos personales, su primer ingreso al país fue por Ezeiza y por allí las veces que salió y regresó, podía circular libremente, conoció el centro de Ushuaia, dos "Anónimas", a veces salía sola y otras con alguna compañera, una vez controló el lugar la policía más o menos una hora y media y fueron "Ana" y Pedro, no le solicitaron ninguna documentación, sí sus nombres.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

“Melisa”, de 37 años, oriunda de República Dominicana, brinda su testimonio a fs. 373/6 y 719/20, en la Fiscalía y Juzgado Federal local, allí asistida por el sicólogo Ignacio García, del Ministerio de Desarrollo Social provincial, relata ser casada, no terminó la secundaria, es peluquera y tiene un negocio en su país, tiene dos hijos que viven con su madre y su padre, chofer de micro, los mantiene, también tres hermanos todos con trabajo y cinco hermanas una epiléptica que necesita medicación cara, viven en un pueblo pequeño un poco pobre, a tres horas de la Capital, su familia tiene problemas económicos, colabora con ellos económicamente, aunque no mucho pues tiene hipotecada una casa, para pagarla vino aquí aunque mucho el dinero no le rinde, la angustia bastante tener que perder la casa por sus hijos a los que extraña, van al colegio y otro estudia cosas técnicas, tuvo problemas en un embarazo, su casa es de concreto y techo de chapa, con habitaciones para el varón y la nena cuatro dormitorios y un baño, luz y agua, no les falta nada a sus hijos por su trabajo aquí, nadie de su familia sabe de qué trabaja, les dijo que de peluquera, no le gusta es un sacrificio pero tiene que hacerlo por sus hijos, por una amiga de Buenos Aires vino a la Argentina por primera vez el 18 de enero del 2011 y regresó el 7/6/12, entrando por Ezeiza, trabajó en La Plata, Punta Alta, Córdoba, Comodoro Rivadavia y Ushuaia, a través de una amiga que le dio el teléfono se contactó con “Ana” y conversaron como tres veces porque tenía dudas, ella le dijo que estaría tranquila y tendría una pieza para dormir, con baño, heladera y calefactor y ella pagó el pasaje para venir y se lo devolvió de a poco, ya que se lo descontaba de lo que hacía en el trabajo, si ganaba poco no le descontaba, lo canceló todo, vino sin conocer a nadie y con poco dinero, que al llegar el 19/9 la fue a buscar en remis y la llevó al alojamiento, donde convivía con otras dos chicas dominicanas, en las habitaciones solo dormían y comenzó a trabajar esa misma noche, lo conoció a Pedro hace un mes, dueño del lugar, que iba cada tanto, entraba, saludaba y se iba, no tuvo tanto trato y nunca tuvo inconveniente, a Ivana la veía cuando iba con Pedro y se iba, no sabe que función cumplía y “Ana” era la encargada del funcionamiento del local y vivía con ellas en el predio, servía tragos y copas, se preocupaba por

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

saber si estaban bien o necesitaban algo, trabajó en el "Sheik" por una cuestión económica, de 23.45 a 6 horas, a veces hasta las 7 u 8, todos los días, descansó un solo día porque lo cerraron, pero si quería descansar no había descuento ni multas, había otras chicas que individualiza todas haciendo "copas", que se pagaban al 50%, al final de lo que habían hecho esa noche, ellas tenían el dinero, lo anotaban en una hoja con los nombres de cada una, "Anita" tenía un cuaderno rayado donde anotaba cada copa que hacían las chicas, sólo ella escribía y estaba al lado de la caja, no la obligaban a hacer copas ni "pases", "podía quedarse sentada toda la noche que la que perdía era ella", los "pases" los hacía afuera del local en un hotel que no las registraba, el cliente pagaba el hotel y los importes que los fijaba la chica, por cada hora de \$1000 pesos o media hora de \$700, le daba \$150 y \$120 a "Anita" respectivamente, el resto se lo quedaba y era lo pactado con el local, todo el dinero lo dejaba en su cartera dentro del local y luego "Ana" lo guardaba, actualmente ella tiene \$2650 pesos y dos dólares suyos que quiere recuperar, le avisaban cuando salían y cuánto duraría la salida y lo hacían en un remis de confianza y no en el auto del cliente, se pagaba antes de entrar, si se excedía del tiempo "Anita" la llamaba al celular o le mandaba un mensaje, para saber si estaba bien y luego volvía a trabajar al local, "Anita" le comentó los requisitos y ella los aceptó porque era una buena oferta y no se sintió perjudicada por el trabajo que hacía, cumplieron todas las condiciones pactadas, los clientes consumían más copas que "pases" que se pagaban en la barra a "Anita" o a ella y se cobraban al final de cada noche, "Anita" las dejaba salir, no como en otro trabajo anterior, que su jefe era muy violento y las encerraba y le sacó el pasaporte y del que se fue por temor, su situación económica no era buena y necesitaba ganar dinero, siempre aquí tuvo en su poder sus documentos de identidad, celular y efectos personales, no había ninguna traba o impedimento para entrar o salir del local, conoció el centro de la ciudad, en general estaba a gusto salvo las condiciones de la habitación, se usaba la cocina, comían y dormían en el mismo sitio y no había mucho lugar en el placard para guardar sus cosas, había una sola mesa en la habitación casi arriba de las camas, el lugar era muy estrecho e incómodo,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

también allí se bañaba, en ningún momento se la trató con violencia física, se la amenazó o intimidó de algún modo, nunca estuvo enferma, no se le aplicó multa o sanción ni tiene deudas ya que no pagaba el alojamiento, tampoco le exigieron un tiempo mínimo de trabajo para poder desvincularse o algún precio, calcula que ese tiempo debe haber ganado unos \$12000 pesos, no posee libreta sanitaria y al poco tiempo de haber llegado gente vestida de azul hizo un control de datos personales de cada chica, hablaron con la encargada y los dueños.

De una de las asistentes y hoy querellante, que operó como “Carla” dijo domiciliarse en el lugar y tener libreta sanitaria, que habría recibido educación en dos colegios privados de su provincia mediterránea nativa, hablaba cuatro lenguas, habría residido en el exterior con su primer pareja con la que tuvo hijas y donde tenía parte de su familia y regresado por sufrir violencia doméstica, conformando nueva pareja, esos viajes los pagó de su peculio, que por padecer penurias económicas entre 1997 y 1999, del 2009 al 2010 y de julio del 2012 hasta el allanamiento, trabajó en el “Sheik”, inicialmente con otra no traída al juicio y Pedro Montoya, adonde llegó por sugerencia de una amiga y pagado el pasaje por ellos, hizo “copas”, “pases” y “salidas” y compartió sus ganancias ese entonces con Pedro Montoya y la otra no traída a este juicio, de quien aprendió su tarea y quienes ponían precios y porcentajes, siempre sin días de franco y abonando a cada egreso del local, una suma fijada por ellos, el salón lo manejaba Montoya, su trabajo terminaba a las 6 o 7 de la mañana y continuaba si había hombres que lo pidieran, a veces hasta la tarde siguiente, dormía en la pieza donde hacía los “pases”; últimamente con Montoya estaba Ivana García y debía pagarle a “Anita” en la barra, la encargada que hoy manejaba el dinero, Lucy Campos Alberca, Pedro mandaba y “Anita” ejecutaba, fue quien gestionó su último pasaje que le devolvió y otros más, también controló su desempeño en el interior y su tiempo compartido mediante un timbre y cuando se hacía una salida exterior, había cámaras de vigilancia y no custodia; también un sistema de multas por cualquier cosa que la mantenía mucho tiempo endeudada y se anotaba en un cuaderno que llevaba la encargada y todo lo cual era a su vez

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

controlado siempre por Montoya, quien luego por el allanamiento a otro local de semejante actividad, en una reunión dirigida por él, decidió que no se hicieran más “pases” en sus dependencias y solamente salidas exteriores a hoteles de la ciudad, que no registraran esa concurrencia y brindó directivas sobre cómo declarar; que también consumió tóxicos y que no quiso estar en el local “Candilejas”, porque se vendía droga.

Tardíamente aporta su testimonio al debate “Fanny”, con la debida asistencia, -no lo hizo al comienzo instructorio- y dijo conocer a los procesados, García y Montoya dueños del lugar y la encargada “Anita”, que “Alica” era su compañera y en el 2009 primero estuvo Quiroga y luego Pedro hasta el allanamiento, llegó del “Black and White” donde con varones ejercía la prostitución entre “copas” y “pases”, Pedro era muy violento verbalmente, golpeaba la barra y siempre le debía plata, fue sin libreta al “Sheik” y luego de los trámites municipales y el análisis la obtuvo, le decían que tenía deudas y había que laburar y facturar, los preservativos allí se vendían más caros que en las farmacias, todo era más caro, por eso no podía viajar, vivía allí y había que pagar el alquiler y multas por tratar mal a los clientes, demorarse, siempre Pedro controlaba, Any detrás de la barra trabajaba y controlaba el tiempo con el cliente y la limpieza, nadie podía salir de la casa, estaban encerradas, tenían teléfonos que dejaban antes de trabajar, había que pagar las salidas con clientes a “Anita”, antes de salir, una vez durante 2012 salió con un cliente a su casa y aparecieron tres más para tener sexo, los amenazó para que no le hicieran daño y le dijeron que se iban a quejar, lo hicieron y ella devolvió la plata, porque se la descontó toda Pedro, quien era respetuoso con los clientes e irrespetuoso con ellas; necesitaba trabajar pues hubo en esa época muchos negocios cerrados y Pedro le dijo que no la iba a tirar a la calle ahora, siempre vivió controlada por él porque era la de más experiencia y tenía miedo que le “avivara” a las más jóvenes, las habitaciones tienen baños porque allí se hacían los “pases”, Pedro decidía todo y a la mañana descontaba por preservativos, chiclets, “copas”, le decía lenta porque no atendía a los otros y que la tenía de lástima, las más jóvenes eran más rápidas, generalmente correntinas a las que les decían “pescadoras”,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

viajaban, ella no, en el inmueble había ratas y todas las noches tomaba alcohol, tuvo gastritis, vomitó sangre y no tuvo atención médica en el 2010, era Claudia la dueña y no atendía a la salud, quedó internada; otra vez recuerda que Ivana le pegó a una chica que se tuvo que ir de la isla, ella dejaba la plata en la caja por temor, no podían tener amigos, ni salir mucho a la calle, estaban adentro del boliche más tiempo, había una cocina cerrada, multas para todo y una vez le aplicaron porque le pegó a un cliente, "Anita" llegó a fines del 2011 o en 2012, la trajo Pedro, la clientela eran policías vestidos de civiles o funcionarios municipales, éstos iban a revisar las libretas más o menos cada tres meses, Pedro estaba de lunes a lunes en el boliche revisando y ella trabajando, para que trabajaran no tenía frenos, incluso tenían que hacerlo indispuetas, colocándose una esponja ante las pérdidas, una vez Pedro no la dejó sacarse el tampón, hacía cinco o seis "pases" por noche, después del cierre del "Black and White" cambian el sistema y la ropa, dejan de usar taco aguja, si preguntaban tenían que decir que eran un grupo de amigas que iban a tomar algo, en la Municipalidad había amigos de Pedro, a veces tomaba copas entre amigos, recuerda que pagaban higiene y limpieza y no alquiler, los remises arreglaban con Pedro porque ya no se podían hacer "pases" adentro, se ocultaban, sólo salidas, tampoco se podían hacer "pases" de quince o treinta minutos sino solo de una hora, era la única vestida que podía cobrar \$5000, "Anita" tenía sueldo y le decía a ella que se lo tenía que ganar, vivía sola en las habitaciones del local, "Tamara" vivía con Pedro e Ivana, era de Saladillo como ella, cuando falleció su madre como tenía deudas no pudo ir, no la dejaron ir, tenía que comprarse ropas y joyas con los vendedores que pasaban por el boliche, fue al "Candilejas" pero no le gustó porque no las cuidaban y había drogas, luego al "Sheik", cuando fue el allanamiento estaba con "AKS" en la habitación, sintieron ruidos, música y pensaron que les robaban y tuvieron miedo, fue muy violento.

Ahora bien, que comenzara una actividad de seducción en sus lugares de origen, a tres en República Dominicana y una en Paraguay, todas con sus necesidades básicas personales y familiares insatisfechas y escasas de dinero -de tres de ellas se hallaron cupones de viajes aéreos que dijeron

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

facilitaron los acusados- con la habitual e irresistible promesa, del mejor y más remunerado empleo -en el sur profundo, muy alejado del entorno familiar, que a su modo y con carencias, las protegía-, no puede atribuirse a ninguno de estos acusados, como ellas afirmaron, fueron otros quienes desplegaron los argumentos que las cautivaron.

Y si en tres casos se hallaron los cupones de los pasajes aéreos utilizados fueron las propias testigos y una de las acusadas las que ilustraron el modo en que trataron su traslado aéreo, sin que pueda endilgarse la situación a alguna astuta maquinación urdida por algún acusado para su persuasión, sino más bien a una disponibilidad individual ocasional, que por el tipo y lugar de tarea que desempeñarían, aseguraba su oportuna devolución, más cuando varias afirmaron que las condiciones pactadas se las habían cumplido a satisfacción.

La captación, sigue por difuminar su identidad, adoptando un nombre de fantasía, con el propósito de romper lazos que podrían resguardarlas -y ello es coincidente y habitual para privar desde el comienzo cualquier efecto que complique a sus autores criminales- más aquí las declarantes no señalaron a los circunstantes imponiéndoles tal actitud, sí les han dicho cómo debían trabajar, pero no que estuvieran obligadas a cambiar su nombre e identidad, ni las privaron de su documentación personal, lo que ha de tenerse en cuenta, especialmente, porque ellas mismas aseguraron que sus tareas les daban vergüenza y temor de que sus familiares las conocieran, lo que tampoco permite descartar que el cambio lo adoptasen por sí espontáneamente, en su propio resguardo, más cuando varias señalaron que volvían a sus hogares y al anterior estilo de vida con cierta habitualidad y luego libremente, regresaban al nuevo que detestaban.

Menos puede endilgarse la situación, a una pretendida coerción o imposición, ejecutada en algún momento y de manera más o menos permanente, por algún acusado, al que ninguna señaló, declaran varias no haber sufrido situaciones de violencia, amenazas o intimidación y que fueron bien tratadas, conservaron su documentación, celulares, efectos personales y las llaves de su departamento, del que podían entrar y salir libremente, que

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

tampoco se les impuso un plazo mínimo de prestación de servicios, ni abonar alquiler, sólo una reveló que la violencia de Montoya era más que nada verbal y tampoco nadie aludió a alguna especial modalidad de coerción, aún encubierta, ni a la exhibición o el alarde, o uso de un arma de fuego, cuando la poseída por Montoya -de evidente aptitud para amedrentar a cualquiera en una situación determinada que lo tuviera por antagonista- recién se encontró en su casa y no en el negocio que era frecuentado por las otras.

Tampoco está suficientemente esclarecida la supuesta generación de permanentes deudas desde sus llegadas, empezando por la remisión del pasaje, pagando trámites para su labor, sus análisis de salud, alojamiento, comida, vestimenta, multas, perfumes caros y objetos de su tarea, que según algunas, allí se vendían más encarecidos, fueron pocas las que revelaron haberles remitido el pasaje a su pedido, o que pagaran alojamiento y ello no pareció haber hecho mella significativa en las afectadas, pues varias dijeron que pudieron administrar sus salidas en la ciudad y disfrutar atracciones, logrando importantes ahorros en poco tiempo.

El sistema de multas por nimiedades que alguna dijo sufrir y acrecentaba su endeudamiento está seriamente cuestionado, no todas las testigos lo reconocen, ni se sintieron compelidas por él y a estar a la temporaneidad de los relatos, bien pudo ocurrir en otro momento y con otra conformación societaria y a otro propósito, o con algunas, que la deficitaria instrucción no esclareció, sin dejar de observar que no habría sido óbice, para que varias, en el escaso tiempo que estuvieron en la zona, logran un peculio respetable, a estar a sus dichos y reconocido por la devolución del dinero secuestrado al allanamiento.

Menos está clara la pretendida sujeción a un sistema de encerramiento, o que solamente se autorizaban sus salidas para su manutención y los encuentros sexuales, en un enclave que cuenta con accesos exteriores directos, situado en el centro ciudadano, cuando fueron varias las testigos que afirmaron judicialmente tener libertad para entrar y salir cuando quisieran, contaron en todo momento con las llaves de sus

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

habitaciones, sus documentos, celulares y enseres personales y que incluso conocieron la ciudad y sus atracciones.

Que el lugar en que habitaron, fue en el que llevaron a cabo sus tareas sexuales, solamente algunas lo refieren y resulta harto difícil que así pudiera ocurrir, cuando había pertenencias personales conjuntas, de más de una testigo y ninguna prueba fue colectada al allanamiento, como condones, algodones, etc. que así lo revelara, lo que no quita pudo suceder en un pasado incierto -no probado- y si aquéllo le permitía a su dueño el control y aprovechar de la situación, es otra conclusión que no se basa en constancias acreditadas de esta causa.

Que las condiciones del alojamiento, no fueran las de una higiene y orden razonables, e incluso se percibieran olores nauseabundos y excremento de roedores, que por cierto no es nada edificante, cuando también esa suciedad y desprolijidad, pueden ser vistas en hogares constituidos libremente y regularmente cuidados, no soslaya que no todas lo pusieron en evidencia y tampoco, hace incursionar a sus responsables en conductas criminales.

Se ha dicho por el Ministerio Público Fiscal, que ciertas reticencias al declarar de algunas víctimas, se explica porque estaban interesadas en continuar la explotación del negocio, del que también obtenían sus beneficios, evitando caer en la calle por sus mayores riesgos, o que se condujeron de ese modo por el aleccionamiento de Montoya o de García, pero es realmente menospreciar o cuando menos subalternizar sus criterios y libres expresiones, ya vertidas judicialmente, sin considerar que no sólo son admisibles percepciones diferentes según las personas, sino que la situación misma pudo variar de una a otra declarante, como otras veces sucedió y más, cuando ningún elemento de juicio se proporcionó para sacar en su rechazo semejantes conclusiones.

Los factores de vulnerabilidad previos de las involucradas, aún muy imprecisos, porque la deficiente investigación no ahondó en ellos, adunados a otros actuales indudables, como su calidad de migrantes, de escasos recursos económicos por la condición materna, con hijos a cargo o

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

sostén de otros familiares, su endeudamiento aún ocasional y limitada instrucción carente de mejores posibilidades, que las llevó a aceptar labores descalificantes por las que sentían angustia y vergüenza de que sus familiares se enteraran, tuvieron evidente aptitud para debilitar y cercenar sus anteriores contactos de familia y sociales y facilitar por otro su explotación, mediando a su acogimiento interesado, encuentros sexuales circunstanciales con terceros, que al otro le dejaran ganancias.

Y en lo que todas están coincidentes es que allí fueron recibidas y acogidas, algunas por unos acusados personalmente, moraron y mantuvieron ocasionales relaciones sexuales, con hombres, por dinero, hicieron “pases” y salidas, a partir del antro habilitado que las facilitó y para lo cual abonaban una proporción económica, en la caja del local.

No sólo lo afirmaron los testimonios brindados, sino se adunan las interceptaciones de las conversaciones telefónicas, observaciones, seguimientos y allanamiento del lugar revelando que en el año 2012, las testimoniadas ejercieron la prostitución explotadas por otro, que registraba servicios con pulseras, papeles de color, manuscritos o cuadernos con nombres y cifras obtenidas de sus actividades, que generaban pingües beneficios y alentaban para abrir otro negocio semejante, esta vez en otro ejido municipal y ajena jurisdicción judicial.

El alcohol y el sexo al que se sometían cotidianamente, los fatigosos trajines de la tarea y agotadoras jornadas, a veces peligrosas, sin francos compensatorios, con descansos pobres en ambientes sucios en camas y paredes, incluso según se dijo, con suministro de tóxicos para acentuar su rendimiento, la deficitaria o desordenada ingesta alimentaria, sin mayor precaución, que provocó las enfermedades que revelaron las pericias, no eran solventadas en modo alguno por los otros que organizaron sus servicios sin pudor y para obtener pingües beneficios, colocando a las víctimas en situación de descarte.

A esta altura y a partir de los relatos y descripciones de directa intervención de las víctimas, aunque se advierten ligeras imprecisiones o contradicciones, que en sí mismas no parecen sustanciales, desde que en

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

todo tiempo a diferentes interrogadores mantuvieron la médula de su narración, aparecen suficientemente comprobados.

Ante las propuestas defensas, que entrevén la supuesta confección de relatos apócrifos en perjuicio de sus pupilos, escrutando la personalidad de los testigos, depusieron convocadas y bajo la severa amenaza de las sanciones por falso testimonio y en tal sentido además, son de utilidad entrevistas y análisis mantenidos con los especialistas quienes las asistieron y en ninguno de ellos se aludió, ni mínimamente, a que tuvieran personalidades fabuladoras, proyectaran irrealidades o fraguasen sus historias, semejantes, con el propósito encubierto, común y deliberado para causar un grave daño a los acusados.

Pero las Defensas no explican a título de qué y por qué razón lo harían, cuando no se advierte que ello les reportase algún beneficio personal y sí bastantes inconvenientes.

Que hubiera previas relaciones familiares malas o traumáticas en el seno del hogar original, que impulsaron sus salidas, o graves carencias básicas insatisfechas, incluso, una búsqueda intensa de un mejor pasar personal vital, quizás con métodos no convencionales, tampoco transforman estos relatos en unas fábulas, ni a las víctimas, en personajes de afirmaciones desdeñables e inválidas.

Detalles imprecisos, como nombres de sus compañeras, características físicas de los sujetos de custodia, rodados o casas, reconocen su causa en la escasa atención prestada entonces, la fugacidad de los contactos en un ambiente oscuro, el paso del tiempo y el intenso afán por su seguridad personal y la de sus seres queridos, que siempre sintieron amenazadas, como explícitamente dijeron y la angustia porque su familia llegara a conocer su actividad y torna entendible que sus relatos, a veces sean indefinidos, con indeterminaciones escasas témporo espaciales o ligeras dubitaciones, como precaviendo represalias, aunque ello no afecta su contundencia, ni los vician insanablemente como se pretende.

Se agravia una de las Defensas, si en tanto ajetreo de ir y venir de los testigos acaso podrían constituirse en víctimas “de temporada” de sus

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

autores, por supuesto que sí, en tanto ellas hubieran padecido temporariamente las acciones criminales de los protagonistas. No fueron pocos los casos que organizaciones mafiosas, aprovecharon eventos importantes o masivos para ofrecer subrepticamente servicios sexuales, por personas que les estaban sometidas y acabados los cuáles, las regresaron o abandonaron a la habitualidad de sus vidas en otros sitios, hasta que una nueva ocasión ameritara otro llamado para su explotación onerosa, cuando la sobreexigencia o su escasa rentabilidad, no las había hecho descartables.

Es cierto que en hechos de esta naturaleza, el mayor caudal probatorio, proviene con frecuencia y a veces casi exclusivamente, de las manifestaciones de la víctima, verbigracia, contando sus vicisitudes iniciales, su escasa y deficitaria instrucción, situación de pobreza, sus aspiraciones personales por superarse y contingencias sufridas, su destino, involucrados y sus costumbres, trabajo extenuante, graves carencias de salud y abrigo, pero no es menor, que esos dichos concordaron entre sí, en muchos aspectos particulares y con variaciones ligeras, se mantuvieron en todo tiempo, emergiendo indicios serios, convergentes y plurales que abonaron su veracidad y les otorgaron verosimilitud y credibilidad, corroborándose por las exposiciones de los profesionales y las autoridades actuantes, según reflejaron informes, testimonios y pericias incorporadas al debate.

Entre otros, el calificado testimonio de Dafna Alfie, psicóloga del Ministerio de Justicia de la Nación, explicó la naturalización de situaciones de violencia, carencia de estudios básicos, precariedad de la mayoría y de sus trabajos, engaños, endeudamientos, migrantes, serias carencias económicas, algunas madres y único sostén de sus hijos, sin capacidad para solventar sus necesidades básicas, en un contexto sociocultural ajeno, de control constante por su residencia en el trabajo, sin francos, ni autonomía de movimientos, relaciones fijas y un cambio de modalidad en la tarea al allanarse un comercio semejante, aunque sin referir maltrato y no parecieron modificar sus relatos; o el de Esther Garzón, cuando ilustró que en la comunidad era “vox populi” la explotación que sucedía en el local y que cuando esa noche se apersonó, vio en las habitaciones hasta excremento de roedores.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Nada quita que los episodios sexuales a los que se sometían y debieron protagonizar y que alguna damnificada relató pormenorizadamente en el juicio, no hayan sido confirmados por una inmediata actividad policial y pericial, oportuna y seria, en esta deficiente Instrucción, máxime, porque alguno sucedió escaso tiempo antes y estando la morada individualizada, o que un colchón manchado de semen, podría haberse secuestrado y analizado, pero ello no enerva lo acontecido, cuando se trataba de contactos de una índole, que no eran extraños, ni infrecuentes en la vida de estas jóvenes mujeres vulnerables y carenciadas.

Que las evidencias así acumuladas, revelaron que ellas fueron víctimas degradadas en su condición esencial de persona humana, vulnerándose su libertad y opción sexual que como se sostuvo, las llevó a una total alienación respecto al mundo circundante.

Los relatos proporcionados por las víctimas, fueron puestos en crisis por la inicial negativa de los procesados a hacerse oír y luego haciéndolo en una clara versión exculpatoria, en el ejercicio de sus derechos, colocándose ajenos a toda situación que los comprometiera, pero la denuncia original con mínimas mutaciones se enriqueció por la actuación coadyuvante de fuentes ajenas y los aspectos principales de esos relatos, prolongados en el tiempo, ante diferentes interrogadores, no variaron sustancialmente, sin que las exposiciones defensas proporcionaran datos, motivos o ingredientes convictivos, que aun sucintamente explicasen la grave situación, causa de la imputación penal directa.

El acusado Montoya no era un poseedor inocente del lugar y ajeno desde el comienzo a los hechos que allí se sucedían, porque tuvo a su cargo en todo tiempo, los servicios que se dispensaban al edificio y si su ex concubina del pasado, llevó la dirección del negocio y en tal carácter fue habilitada comercialmente por las autoridades públicas locales -Disposición 485/2004, club nocturno, "Claudia Quiroga"- a la época de los sucesos que se constatan el mismo estaba bajo su égida, como cotitular del club nocturno referido, que demostraba su permanente aunque breve supervisión cada noche, desde la recepción y acogida de las jóvenes involucradas y de las que

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

resultaron las importantes sumas de dinero nacional y foráneo que se le hallaron, pretender que las mujeres eran una suerte de socias mayoritarias, para incentivar el consumo de bebidas en su local, con destino al público masculino, no fue más que otro vano intento, por cohonestar la ilicitud de una conducta que sabía reprochable, como tampoco pueden tener favorable merituación, las supuestas manifestaciones que le habrían hecho un funcionario policial o algún letrado conocidos, exculpando su actividad en ese tiempo, que ni siquiera fueron traídos a declarar al debate.

No sólo fueron planillas con precios establecidos por él, cuya antigüedad aparece difusa y que fueron indicativos de su quehacer delictivo, sino los testimonios brindados y que revelaron que en una reunión que dirigió, a partir del allanamiento a otro antro ciudadano, impuso otra dinámica al comercio, con el evidente propósito de disimular su ilegalidad, que conocía, acometía y se beneficiaba y dispuso el cambio en la vestimenta de las mujeres, menos ostentosa, llamativa o provocativa, aconsejó como declarar ante el requerimiento de la autoridad y trocó el sistema de mantener relaciones sexuales allí en las habitaciones anejas, por salidas a otros establecimientos comerciales externos.

En otro aspecto pretendió este acusado, que las mujeres habidas en su local comercial, no vivían en los recintos indicados, que sólo usaban para cambiarse y por eso estaban sucios y desordenados y que tenían la llave de esos espacios y salían y que si se hubieran sentido explotadas se habrían ido, pero ello no es así, en el lugar se hallaron sus enseres personales y nadie dijo que los sitios fueran sólo para cambiarse de ropa, allí se encontraron elementos que revelaron que se cocinaba, comía, lavaba y dormía en el lugar y además los ocasionales conocidos de las damas, eran a un solo efecto, que no incluía llevarlas a vivir a sus casas; que por tener la llave de la puerta, pudieran marcharse, no reconoce que por su soledad en un medio poco conocido, que sentían hostil y sus escasos recursos, no hallarían cobijo en otro sitio y el temor de afrontar la incierta aventura de partir, ante el temperamental Montoya y sus influencias sabidas, que podría alcanzarles

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

con represalias, no sabían cómo terminaría y qué nuevas privaciones podrían padecer y se imponía su resignación.

Podría suponerse que las víctimas hubieran podido reclamar, abrir sus dolorosas situaciones pidiendo ayuda a sus vecinos, pero desconocían a éstos y el grado de su lealtad con el acusado y contando lo que les pasaba, no esquivaban sus padecimientos.

Tampoco debe desecharse que no escaparan de su hospedaje, porque estaban en un lógico y generalizado estado de debilidad sicofísica, producto de las agotadoras jornadas a que eran sometidas diariamente, bebiendo alcohol y teniendo sexo y así transitoriamente perdieran todo propósito de huir y se abandonaran a su suerte, en una isla lejana de su hogar, a lo que tampoco era inocuo el trato exigente impuesto por el dueño.

Montoya estaba dedicado tiempo atrás a las actividades recreativas, su comercio incluía el trabajo nocturno de mujeres, quienes a su llegada, eran recibidas, acogidas y mantenidas en una situación de evidente vulnerabilidad, de la que abusaba facilitándoles relacionarse allí con terceros sexualmente, para compartir luego las ganancias en esa tarea.

Es cierto que no se hallaron en el local publicaciones indicativas, ni una descarada oferta sexual en exhibición, pero las situaciones de vulnerabilidad previas y contemporáneas, de quienes se encontraron, su recibo y acogida en convivencia forzada y cierto hacinamiento, la modalidad de sus contactos y labor intensiva con abuso del alcohol, los controles por otra adentro o cuando salían del lugar, llevaban a su aislamiento y aseguraba el comercio sexual, diseñado para producir prolongadamente pingües ganancias al explotador.

Aunque no es como pretende la vindicta pública, que el matrimonio daba las órdenes y se quedaba con las ganancias, sino que era Montoya quien instruía, disponía a su antojo y supervisaba lo que allí acontecía, quedándose con sus beneficios, como pasó ya con otra conformación societaria y que le dejó bienes importantes.

Antes de ahora se sostuvo que compartir el lecho, no siempre es compartir el delito, ni aún conocer las fechorías, que su también consorte de

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

causa puede cometer; no necesariamente se engendra al otro responsabilidad penal, si éste no se inmiscuye en alguna acción típica.

Que se los haya visto alguna vez por breves momentos a Montoya y a García, concurrir juntos al antro de la explotación del primero, explicable porque ambos por entonces eran una pareja estable, no implica que estaban sumergidos en la misma situación delictiva con idéntica intensidad.

Los actos procesales adquisitivo probatorios, se hicieron con las prevenciones legales, aportaron un caudal acreditativo suficiente, concordante, con otros elementos de convicción allegados al juicio y se colectaron con sustento en la amplitud que recepta el rito y el control de todas las partes constituidas entonces, no fueron enervados por otras constancias de igual entidad y ninguno de esos ingredientes, actas públicas, testimonios, informes, pericias, merecieron observación alguna que los invalide para su legítima adquisición en el debate al que se incorporaron y presentan plena aptitud para decidir.

Cabe recordar que la declaración de certeza sobre la actuación del imputado puede basarse no sólo en pruebas directas, sino también en elementos de convicción indirectos, entre los que se destacan los indicios, cuya fuerza probatoria reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario) debidamente acreditado y otro hecho desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar (confr. Pérez, Jorge Santiago, "Lógica, sentencia y casación", Alveroni Ediciones, p. 39 -citado "in re" "Condomí Alcorta, Roberto y otro s/recurso de casación", causa n° 4017, reg. n° 5302). CNCP, sala II 16/07/2004, Bianchini, Héctor L. s/rec. de casación e inconstitucionalidad, La Ley 24/11/2004).

Sin olvidarse que son indicios los rastros, vestigios, huellas, circunstancias, piezas vivas o hechos conocidos debidamente comprobados, capaces de hacer inferir el conocimiento de otro suceso desconocido, que se extrae del devenir natural de las cosas involucradas en dicha operación intelectual, en el que caben dos conceptos: el hecho indicador o indiciario y

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

su consecuencia lógica, esto es la conclusión producto de la intelección: el de "inferencia indiciaria o presunción".

La presunción en cambio, no sirve para individualizar hechos, sino operaciones de la mente, es una circunstancia inducida que para adquirir relevancia jurídica se funda necesariamente en los hechos reales y probados, por eso no resulta vano exigir que la materialidad del hecho doloso, no sólo sea "previamente determinado y cierto", sino resulte también acreditado mediante una prueba relacionada directa e inmediatamente con dicha materialidad, basado en un dato específico, cierto, verosímil y no en conclusiones más o menos probables.

Los indicios se deben relacionar al hecho principal, ser directos, conducir lógica y naturalmente al hecho de que se trata, idóneos, independientes y varios, anteriores y concomitantes, inmediatos, concordantes es decir relacionados sin esfuerzo al fin buscado, deben soportar la detenida y prudente crítica, que no los revele equívocos sino convergentes en una unívoca conclusión, desde que la eficacia de su consideración intrínseca se funda más en su calidad que en su cantidad y todo ello sucedió en la especie.

Lo probado, no fueron meras situaciones enfrentadas, sino una versión nítida proporcionada por las damnificadas, apoyadas en constancias probatorias reunidas legalmente confrontada con otra negatoria, que en nada se sostiene, los hechos antes descriptos, se correlacionan y ensamblan entre sí con todos los elementos aportados por las declaraciones e informes reseñados, permiten extraer la situación de la zona de penumbra aventando toda duda razonable y aportar la luz necesaria que acredita la actividad delictual del protagonista.

III.- Una vez especificada la materia histórica, las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ejecución de las conductas en juicio, es menester examinar y si los hechos que se han dado por comprobados precedentemente y provocaron el requerimiento de elevación a juicio y acusación del Ministerio Público Fiscal de la Nación, constituyeron alguna ilicitud del catálogo represivo.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

El Estado, en la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) asumió el compromiso de suprimir toda forma de trata de mujeres y explotación de la prostitución, art.6º, definida en la Convención de Belem do Pará, Brasil, como de violencia contra la mujer...física, sexual y psicológica...en la comunidad...por cualquier persona...violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual ... perpetrado o tolerado por el Estado o sus agentes donde sea (art. 2º) de suerte que en la especie, los compromisos internacionales asumidos por la República, importaron abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia sobre la mujer y que sus agentes e instituciones se comportarán de conformidad para prevenir, investigar y sancionar cualquier infracción, art.7º.

El delito de tráfico de personas mayores de edad para someterlas a explotación, sexual, que de esto se trata la causa, reconoce aplicación a partir de la ley nacional 26.364, que lo tipificó de conformidad a la obligación emergente del art. 5º, del "Protocolo para Prevenir y Reprimir la Trata de Personas", especialmente mujeres y niños, complementando la Convención de las Naciones Unidas, contra la delincuencia organizada transnacional, ley 25632, B.O. 30/8/2002, también conocida como "Protocolo de Palermo", que en su art. 3º, la define como la captación, transporte o traslado, acogida o recepción, con amenazas, uso de fuerza, cualquier coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder concesión o situación de vulnerabilidad, o recepción de pagos o beneficios para obtener el sometimiento de una persona con autoridad sobre otra, con fines de explotación, incluso sexual o prostitución.

Sin dejar pasar por alto que estado de vulnerabilidad, nuestra CSJN lo definió por adhesión -Reglas de Brasilia, IV Cumbre Judicial Iberoamericana, Acordada 5 del 24/2/09-, como la condición de "...aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" a los que otros

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

factores derivados, como su condición de migrante, nivel de instrucción, situación de exclusión, entre otros, pueden adunarse.

La trata de personas con fines de explotación sexual, usualmente mujeres, es una perversa expresión de la violencia, porque les traumatiza sicofísicamente, hiere su dignidad esencial de persona humana y les convierte en un objeto propio del mercado y útil en la medida que reporta ingresos al sujeto dominante en esa relación de poder.

El art. 145 bis del CP, según ley 26.364, reza, “El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de tres a seis años. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando...3. Las víctimas fueren tres (3) o más.”.

Aquí cabe precisar que la pluralidad terminológica con la que se define a las víctimas del delito, de acuerdo a una interpretación auténtica, no exige que sean varias las damnificadas siempre por la acción ilícita, sino basta que una sólo, se encuentre en la condición que describe el texto legal, para que la cláusula penal se torne operativa.

Y con la prueba reseñada, cabe considerar víctimas del accionar del autor, en el período analizado, a todas las mujeres habidas en el local al momento de su funcionamiento y a la actuación de la autoridad, debidamente identificadas y que declararon testimonialmente, hayan llegado por sí, escapando de su familia, o por graves penurias anteriores, o captadas por alguien inescrupuloso, lo cierto es que fueron recibidas y acogidas por Montoya y cada una se mantuvo en una situación vulnerable, para ser aprovechada sexualmente, en beneficio económico del otro.

Como la norma agrava la conducta del autor, en tanto las damnificadas hayan sido al menos tres y aquí sucede en varias más, la propia

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

ley está dando la pauta interpretativa concursal, que no es real, o material, por cada persona allí acogida multiplicando el delito, como algún criterio pudo haber pretendido, sino que es un único comportamiento ilícito, vulnerante del bien jurídico tutelado a varias, que aprehende varias situaciones individuales allí sufridas, en los términos de un delito continuado, según el art. 54 del Código Penal.

Porque su autor se propuso de una vez, en un plan preconcebido y mantenido en el tiempo, cometer concretas acciones respecto de personas mayores de dieciocho años, -aquí mujeres- mediante idéntica modalidad, al mismo propósito de su explotación sexual; sin que hubiera ante cada víctima, una nueva decisión independiente de las demás, sino la mera repetición plural de su conducta, violatoria del mismo precepto legal, unidad e identidad intencional, permanencia, de semejante modalidad y tipo de víctimas.

Sin perjuicio que la cantidad de damnificadas, a su tiempo deba ser considerada para la graduación de la pena, conforme a los arts. 40 y 41 del CP.

Por último, de la intervención de Montoya y los roles acreditados a las demás acusadas y elevadas a juicio -porque inexplicablemente otras no lo fueron- no es posible concluir ahora que haya habido una actividad organizada para cometer el delito como describe la ley.

Que accidentalmente Ivana García se inmiscuyese en alguna operación específica, lo que resulta explicable por su actual condición de pareja del responsable confeso del negocio por ejemplo, cuando exigía limpieza en las habitaciones, o solicitaba precisiones de "Tamara", o del viaje de "Esmeralda", no alcanzan a conferirle un rol relevante determinado en el funcionamiento del antro, su esporádica y ambigua ayuda, no alcanza para tener el dominio funcional del hecho de trata que se pretende, sin que quepa pasar por alto su propio origen, que la presenta proveniente de otra situación de marginalidad; si tuvo cierta preponderancia natural por ser conviviente del dirigente del lugar, no la dota de la autonomía suficiente para decidir

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

cualquier aspecto del asunto que allí sucediera, más cuando también tenía a su cargo otra actividad comercial.

Los relatos de las víctimas dan cuenta que concurría al local nocturno esporádicamente y no era de imprimir un mayor y específico control a esas tareas, tampoco pueden desvincularse esas labores ocasionales, de sus demás actividades orientadas al hogar y al otro comercio que la tenía de titular y se conocían y que era harto evidente habría de restarle dedicación a la tarea marginal, acometida por otro de su confianza.

En cuanto a Lucy Campos Alberca, "Anita", afirmó haber llegado al lugar por su novio, sin abonar alquiler y por un sueldo, escasos meses antes del allanamiento, dedicándose a tareas usuales de la barra controlando copas, que carecían de seguridad y si algo ocurría llamaba a la policía, testimonios logrados lo ratifican y reconocen su buen trato; envió su pasaje a AKS porque se sentía amiga y a "Mayra" y "Melisa", amigas entre sí y de otra en común pues no tenían dinero y querían venir a trabajar; con "Esmeralda" y "Tamara" nada tuvo que ver y ellas convienen; no vio "pases" dentro del lugar y no aplicó "multas", aunque otras afirman lo contrario y que las chicas se iban cuando querían.

Si "Anita" debe responder por administrar el tiempo y el dinero de las víctimas, cobrar los consumos, multas, salidas y al retirarse exigir el aporte dinerario prefijado previo o a quien se pagaban o no los pasajes aéreos, no era atribución de esta recién devenida en encargada, de pocos recursos y a sueldo, sin que pueda pasar por alto que sucedía por indicaciones de Montoya, quien ejercitaba férreo control y autorizaba o no, toda inversión o gasto y de quien aprendió a conducirse y que como a las demás, expoliaba en una más sofisticada y calificada tarea, que la de su pasado reciente y por la que se vinculó al lugar y a las otras.

La ley quiere la participación en el delito de tres personas o más, organizadamente, para que opere la agravante, aún rudimentariamente, que ocurre porque entre los del grupo hay una posición coordinada, un rol más o menos determinado interdependiente, en continuada unidad de acción y con una única decisión, participando objetivamente en los hechos, pero la prueba

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

colectada no resulta demostrativa de una división de tareas o reparto funcional, entre todos los acusados, con determinados propósitos comunes de explotación, sino aquí lo que se trasluce es la intención y acción de uno sólo y no la estructura de varios.

Aquí comenzó por otros y no alguno de éstos, la detección de las jóvenes vulnerables y quien las recibió, ordenó y reguló su acogimiento y explotación sexual fue Montoya y no fue probado que ocurrió con estas otras dos mujeres traídas al juicio, que le obedecían y sí lo rodeaban en el momento final, una por su afecto y la otra por un sueldo, pero que no se acreditó se condujeran entre sí organizadamente y al mismo propósito.

Este delito de trata de personas es doloso, el autor debe tener la voluntad de realizar los elementos del tipo básico y en su caso de las agravantes y tornaron inimaginable un error de Montoya en el evento, tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta desplegada, se aprovechó de la situación de vulnerabilidad inicial y concomitante de sus víctimas, para su futura explotación sexual, al llegar las llevó al alojamiento y acogió, luego al negocio que le pertenecía y les facilitó ejercer la prostitución, de lo que obtuvo sus beneficios, todo ello configuró el tipo objetivo y subjetivo del ilícito.

El análisis de las pruebas útiles y válidas incorporadas al debate, valorando lo que surgió de la inmediación, sin coartar el derecho a la plena interrogación del acusado, ni sustituirlo por vanas impresiones sensoriales y personales, permite considerar al protagonista incursionar, no en el tipo penal traído a colación del art. 127 del CP, sino en las conductas descriptas en el delito de trata de personas, a la sazón ya incorporado por la ley 26364.

Así lo considero a Montoya, autor responsable, de la infracción agravada, prevista en el art. 145bis, inciso 3, del CP versión ley 26364 y en función de los arts. 2 y 4 inc. c) de la ley citada y según arts. 45 y 54 del Código Penal.

Montoya sabía las implicancias ilegales de los hechos que cometía, existió al momento de sus acciones plena conciencia y no hubo

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

error esencial al apreciarlos, que le hubiera quitado el abuso delictivo, la malicia y excluyera el delito según art. 34 inc.1° del CP.

Tampoco se allegó constancia alguna, que revele que por entonces el acusado hubiera padecido algún vicio en sus facultades mentales, que le impidió comprender la gravedad de su conducta o se constató la existencia de alguna situación de tal característica, que no le permitió dirigir libremente sus acciones.

No aparecen en autos, causales de justificación o inimputabilidad que a su respecto deban ser consideradas, habida cuenta de lo cual, su conducta es típica, antijurídica y culpable.

Para graduar la pena a propiciar a Montoya, cabe tener en cuenta su personalidad, edad e instrucción y situación familiar, social y laboral, la información sobre sus antecedentes del Registro Nacional de Reincidencia y conducta y concepto que le conciernen y se incorporó, de la que no hay antecedentes penales computables y así cabe imponer la sanción vigente al momento del hecho, según los términos del art. 2 del CP.

Considero la aplicación del método compositivo, como el más ajustado al suceso, a partir del mínimo legal, que para tres o más víctimas se fija en cuatro años y que aquí se hallaron siete personas inicialmente, como reveló el acta del allanamiento.

Valoro la gravedad del hecho cometido, que la incursión en esas actividades comprometió el ámbito familiar de las víctimas y les dejó sus serias secuelas, su modalidad y extensión, aprovechando su condición de vulnerabilidad y manteniéndolas en ella, en el medio totalmente desconocido y alejado de todo vínculo familiar y las oportunidades elegidas para perpetrar su acción y el tiempo de duración del suceso.

No se me escapa que la problemática de determinar la pena va más allá de la mera mención de las circunstancias agravantes y atenuantes y supone una toma de posición acerca de la función y fin que se le asigne a la sanción.

Y no desconozco la gravedad del delito de trata de personas, no solo en el país sino también a nivel regional y mundial, que ha llevado a

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

numerosas naciones de la esfera global, a concertar convenciones y tratados sobre la materia, para erradicar en el futuro este flagelo, que crece a pasos agigantados sobre todo en países en situaciones de conflictos y en vías de desarrollo y tomo especialmente en consideración, no sólo la gravedad de las consecuencias personales o familiares, sino también las sociales y económicas y que deberán equilibrarse con el control de razonabilidad de la incriminación.

Y particularmente porque en esta ciudad capital, de escasa población arraigada y numerosa trashumante, sucesos de la naturaleza como los ventilados, calan profundamente en la conciencia social de los habitantes y su secuela judicial, debe servir además de la reflexión individual y general, al bien común de sus ciudadanos.

En este lineamiento habré de proponer la sanción que resulta equitativa y proporcional al ilícito cometido, a su naturaleza y características, a la personalidad de su protagonista e ínsita en las finalidades retributiva, reeducativa y ejemplificadora, propias de las penas del derecho criminal y propicio respecto de Montoya, de las demás condiciones personales de autos, por considerarlo autor responsable de recepción y acogimiento continuado, de siete personas mayores de edad, aprovechando sus situaciones de vulnerabilidad, con fines de explotación sexual, agravado por el número de sus víctimas, a siete años de prisión efectiva en una cárcel federal, accesorias legales y costas, arts. citados y 5, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 54 y 145 bis segundo párrafo, inc. 3 del CP, versión ley 26364 y 403, 530 y 531 del CPPN.

Solicitada la multa prevista en el art. 22bis del CP, las argumentaciones expuestas sobre los hechos probados la hacen conducente, pero reducida proporcionalmente que estimo en la cantidad de setenta mil pesos (\$70000) suficientemente adecuada y al destino legal.

El art. 23 párrafo sexto, del Código Penal, impone al órgano judicial, para los casos como el que se trata, el decomiso de muebles e inmuebles usados para cometer el delito y por ello en tanto la propiedad de el "Sheik" y su mobiliario donde se cometió el ilícito, el rodado

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

individualizado en autos por el Ministerio Público Fiscal que sirvió a sus fechorías y todo el dinero nacional y extranjero habido en su poder en la época, no pertenezcan a un tercero inocente, con mejor derecho que así lo acredite, propicia su decomiso; para destinarlos por la autoridad de aplicación a Programas de Asistencia a la Víctima, que llevará adelante el Juez de Ejecución Penal y al efecto preindicado y para asegurar el cumplimiento de la sentencia, como corresponde a quien la dicta, propone la traba de un embargo cautelar sobre la propiedad inmueble debidamente individualizada y el inventario de todo su mobiliario y del rodado, dentro de las 48 hs. de publicitada la presente.

IV.- En otro aspecto y analizando el rol de ambas mujeres acusadas, debe concluirse que ante el papel claramente preponderante y desde antiguo, en este tipo de actividades, de Montoya, su posición en los hechos es intransmisible respecto de García y Campos Alberca en cuya intermediación se movían y al que respondían, diariamente, pretender en ellas el codominio de los hechos que se analizan, o una participación que sin su concurso ellos no habrían podido cometerse, o que aún lo fueran secundariamente, resulta claramente una ficción absolutamente insostenible en este proceso judicial criminal.

Porque no alcanzan un puñado de conversaciones telefónicas ambiguas e imprecisas, interceptadas en setiembre, de todo el tiempo en que duró la prevención por la fuerza policial y otro par de observaciones aisladas, en un horario reducido, sin mejores elementos de convicción, para involucrarlas en tan grave delito; si dos diálogos relacionan a García en el trato con dos personas y tres ticket de pasajes a Campos Alberca, en el mismo período, de lo que ambas dieron sus explicaciones, imputar a éstas alguna de las acciones típicas que describe la ley, aparece como un exceso en el afán persecutorio de la vindicta pública.

No es el relato oral que hizo la Fiscalía General, de las conversaciones telefónicas o de los mensajes de texto interceptados a los interlocutores, lo que habrá de constituir una prueba irrefragable del delito, o del rol dÉNEZ, JUEZ DE CÁMARAe cada uno en la pretendida organización, sino la ligazón concreta

Fecha de firma: 07/12/2016
Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: ENRIQUE JORGE GUÁNZIROLI, JUEZ DE CÁMARA
Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

de éstos a los hechos probados y que conducen a su intencionalidad, conjura y modo de perpetración de cada protagonista, cometiendo las acciones típicas que describe la ley penal, pues lo que se castiga no es la verbalización de intenciones, tampoco diálogos por más comprometidos que parezcan, sino conductas, comportamientos, proceder ilícitos comprobados en el tiempo y el espacio.

Si con esfuerzo pudiera cobrar vocación aplicativa el art. 46 de la normativa penal de fondo respecto a estas acusadas, adviértase que él exige cooperación en la ejecución, o posterior ayuda, cumpliendo promesa anterior y a ninguna de esas conductas puede referirse hoy, con certeza la prueba lograda, como integrativa de las acciones que describe el tipo penal y a todo evento basta además, el ejercicio intelectual de imaginar la ausencia del accionar de éstas en los hechos y se verá, por añadidura, que no se habrían de interrumpir la manera y los servicios ilícitos que allí se brindaban, por decisión exclusiva del otro.

De la pareja del citado todas han sido coincidentes que su tarea era ocasional y nada regular sobre algún aspecto de sus labores asignadas, sin orientarse decididamente al acogimiento y al objetivo de la explotación sexual de cada una, si participó en algún traslado aislado y seguramente de las ganancias obtenidas en el negocio, no fue por sus esfuerzos orientados a cometer el delito, con plena capacidad de decisión, sino por su posición dominante de pareja del dueño del lugar, quien sobradamente conocía la situación de vulnerabilidad previa y la concomitante creada en su ámbito, a las jóvenes concurrentes y si alguna conversación interceptada la involucra de manera más directa, se verá que además de ambigua, remite a la decisión del otro, sin olvidar que la ley castiga por acciones concretas y no por expresiones vertidas entre interlocutores por más comprometidas que aparezcan.

El episodio de una de las víctimas con un tercero, en una alejada ciudad bonaerense, el que se conoció por una escucha telefónica traída al debate y no suficientemente investigado por la autoridad competente, no

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

alcanza para inmiscuir hoy más tarde, en ese hecho ajeno a esta procesada, como constitutivo de un comportamiento criminal que, quizás, otro realizó.

La otra, empleada reciente y que cobraba un sueldo, también incurra en una situación de necesidad, semejante a las que trabajaban en el local, sufría con ellas la suciedad, participó de su pobreza, escasa instrucción, sostén de familiares, migrante y fue en su medida otra víctima que aún no había alcanzado a salir de la telaraña criminal que la había inicialmente conseguido y todavía la tenía sujeta por su vulnerabilidad, esta vez por otra habilidad, útil al propósito de explotación sexual por dinero que tenía el autor, a punto tal que no puede descartarse que no realizara ese tiempo alguna salida ocasional en su beneficio personal, su propia historia de vida probada revela su desvalimiento pasado en su país y aquí y su posición sumisa, presente y receptiva a los mandatos autoritarios del otro.

Es cierto que alguna conversación telefónica interceptada, la muestra dando indicaciones a otra para consumar el acto sexual y sin asegurar el bienestar de su interlocutora, que parece más urgirla en la terminación del encuentro como fuera, que en su disfrute natural, pero ese conocimiento y apremio no alcanza para inmiscuirla en el delito de que se trata, que más allá de algún acontecer individual aislado por más indicativo que aparezca, requiere otros aditamentos que la ley describe con precisión.

Si la acusada reconoció haber mandado el pasaje aéreo a AKS porque sentía amistad por ella, no debe pasar por alto que la misma admitió haberla conocido recientemente, en el último tramo de su variada actividad prostibularia y que si lo hizo a dos más, fue por la amistad tenida con otras en común y la necesidad de trabajar que sabía las animaba.

También señalo que no computo a ningún efecto, el supuesto pagaré con su firma, traído al debate y atribuido a esta procesada, no sólo porque no lo reconoce, sino porque sobre él y su pretendida autoría, no se aportó la más mínima prueba objetiva independiente, como una elemental pericia caligráfica, según reclamó su Defensa y en otro aspecto, porque tampoco puede considerarse que poseer varias líneas telefónicas a su

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

nombre constituya algún delito, o signifique un atisbo de su futura ocurrencia.

Respecto de esta acusada no pueden ignorarse sus condicionamientos culturales explicados suficientemente y su condición de migrante en un país ajeno y paraje lejano y menos que, ante la ruptura de su anterior pareja, siguió en una situación de absoluta dependencia de sus explotadores, no varió su condición victimizada, por más que se esforzó en avanzar en su empleo, continuó en un estado vulnerable, fue acogida y vivía como las demás, trabajó pocos meses con ellas y no se probó que haya abusado o tentado hacerlo, de alguna en su perjuicio y haya tenido la intención de explotarlas.

No pueden pasar por alto los testimonios acercados al debate de María del Carmen Cabrera, colaboradora parroquial, un largo tiempo cuñada de la acusada y que compartía reuniones, quien ilustró que vivían solos y la pareja se disolvió cree por una infidelidad de Ariel, quien se fue de Ushuaia, ella atendía la barra de un local nocturno y luego se fue al "Sheik", donde vivía, que le pareció humilde, sumisa, preocupada por su mamá y su familia, sencilla y dócil, que no tocaba tema laboral; y de José Ferreira, quién la conoció a través de Ariel, trabajando en la barra de un local nocturno y luego el "Sheik", que no le pareció ambiciosa, o altanera, mandaba dinero a la familia y ayudaba a los hermanos, era débil, influenciable, otro podía influirla, que tiene de ella un buen concepto y la vio en su último trabajo; todo lo que es indicativo de la actitud ante la vida de esta acusada Campos Alberca, que más que participe de un delito tan grave, la demuestra como otra víctima más.

No hay acción individual descripta en la ley -captar, trasladar, recibir, acoger, etc- cometida supuestamente o en colaboración consciente y determinada, por alguna de estas mujeres a quienes se acusa, que pudieran resolver por sí solas, sin la decisión efectiva de Montoya.

Aunque ambas posiciones personales no son idénticas, pues una era pareja del sentenciable de cierta antigüedad y la otra, empleada que reportaba recientemente al mismo, ambas actuaron así por sus propias

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

necesidades, sin ignorar las ocurrencias que sucedían, ni estar en condiciones de colocarse en otra postura mejor y no aparecieron decisivas, en maniobras receptivas o alguna situación concreta en perjuicio de alguna víctima, ellas también fueron a su modo otras damnificadas, del proceder criminal del autor, con mayores prebendas pero que aún no habían logrado superar sus desvalimientos y sujeción al circuito prostibulario.

Que ocasionalmente participara de un traslado del aeropuerto, enviara un pasaje que luego era devuelto, o controlara cada noche desde la caja, cuando se advierten dubitaciones sin mayor capacidad de decisión, difiriendo la resolución final de cada asunto al dueño, no las sitúa convergiendo en intención y acción en la misma finalidad y menos que cada una se aprovechara personalmente y a consciencia del desvalimiento y explotación sexual de las otras, fue evidente que quien desde el comienzo tuvo la mirada global y el control periódico y minucioso sobre todo lo que allí sucedía, desde disponer recepciones, acogidas y estadías, ordenar registrar en papeles las tareas de cada una, fijar valores y porcentajes, aceptar o variar la modalidad de salidas, fue Pedro Montoya y menos que puedan deducirse como integrantes de una organización con roles determinados y cierta autonomía de cada uno.

La sólo presencia ocasional de García en el local al que concurría esporádicamente, o su equívoca intervención en el concurso o el viaje de alguna joven y la de Campos Alberca, quien habría remitido pasajes y realizado prestaciones sexuales consentidas, sin colectarse respecto de ambas más elementos de convicción útiles, despejando los vacíos investigativos y fundando más el reproche pretendido, no permiten avanzar en su mayor responsabilidad criminal en los hechos y aconsejan su desvinculación definitiva de los mismos.

Una última reflexión sobre el papel que estas ambas mujeres, desarrollaron en los hechos traídos al juicio, porque campea a lo largo del expediente, lo difícilísimo que es salir de la situación de sometimiento, que la trata de seres humanos, hace padecer a sus víctimas, aprovechándose de sus distintas carencias, algunas como describe la ley y prolongadas -y que a una

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

de ellas aquí, le llevó a acreditar graves daños sicofísicos y pedir una millonaria indemnización-, porque habría sido una vana y ligera lectura del juzgador, si concluyera que porque se llevan algunos años en pareja, con el jefe de la explotación, o algunos meses a su orden cuidando su caja, habrían escapado a los dictados de la red criminal que cautivó sus vidas y les impuso criterios distorsivos de la realidad circundante, como se dijo y en particular, porque analizadas sus posiciones, desde una perspectiva del género, que tantas duras vicisitudes las llevó a padecer en el país y en especial, en esta isla, pretender que sus conductas estuvieron inficionadas dolosamente, a cualquier efecto, para incursionar en este delito, no lo reconoce la prueba incorporada legalmente, ni el sentido común, ni la ley.

Y así, se torna operativa la cláusula de no punibilidad, reglada en el art. 5 de la ley 26364, que impone una pauta legal interpretativa, para valorar hechos que hayan sido resultado directo de su accionar en ese tiempo y más, la duda emergente sobre su intervención en los sucesos, impone la absolución de culpa y cargo a cada una, cesando a su respecto cualquier restricción que les hubiera sido impuesta, sin costas, además arts. 3, 402 y 530 del CPPN.

Que esta investigación haya sido posterior a otra semejante por ese tiempo, sobre otro antro en la ciudad, su vinculación nada aporta; que las víctimas fueran vistas en el interior o las inmediaciones de supermercados y no paseando, tampoco quita que lo hicieran a su antojo, en otro momento no advertido; menos un supuesto consumo de cocaína del que no se revela cuándo, cómo, ni de quién, que tampoco habría estado de más que seriamente se hubiera investigado, puesto que ahora no solventa prueba alguna en un determinado sentido; que las copas se pagaran en la caja y sus beneficiarias registradas en un libro, otro de asistencia y las ausencias remarcadas, o las jóvenes alguna vez fueran visto ebrias en el local, hubiera 3 puertas y no más, o menos, hubiera antecedentes de recepciones en el lugar, anteriores al tiempo vigilado, llegaran allí de Tucumán o del exterior, a dos de las acusadas no se le reconozcan otros trabajos, cuando nada de eso fue investigado con suficiencia para ligarlo certeramente al delito hoy en análisis,

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

no constituyen pruebas sólidas que en algún sentido aporten a los hechos en juicio más que subjetividades propias del Ministerio Público.

V.- AKS se constituyó además de querellante en actor civil en los términos de los arts. 80, 88, 90, 97 y ccdtes. del CPPN, respecto de los procesados Montoya y García y la Municiplidad local y solicitó su condena por \$2.365.067, más actualización e intereses hasta su efectivo pago y medidas de restitución, bajo apercibimiento de multa diaria por la demora y costas por los daños causados por el delito.

Cabe precisar aquí que dada la solución propuesta para la acusada García, las valoraciones consecuentes serán en exclusiva para el sentenciable Montoya y la Municipalidad local.

Computo que nuestro país desde la aprobación del Convenio para la represión de la Trata y Prostitución ajenas, DL 11925/57 a la fecha, ha adoptado diversas normas para combatir el flagelo y entre otras, para “derogar o abolir... cualquier disposición administrativa vigente ... las personas dedicadas a la prostitución o de quienes se sospeche que se dedican a ella tengan que inscribirse en un registro” (Art. 6 del Convenio), más el Estatuto de Roma que considera delito de lesa humanidad “... la esclavitud sexual, prostitución forzada ... u otros abusos sexuales de gravedad comparable...”, la “Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, “Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes” y “Protocolo de Palermo”, que son hoy derecho vigente y leyes 26364, 26842 y 26485 -en tanto el suceso es un fenómeno de la violencia de género que coloca a la mujer en situación de inferioridad, desigualdad e institucionaliza su discriminación y violencia en su contra- y todo este plexo, que no importa un cambio paradigmático sorpresivo, desde antiguo busca prevenir, investigar, juzgar y sancionar a los responsables, así como otorgar las reparaciones correspondientes, que de eso aquí se trata.

Y cabe recordar que para aceptar la responsabilidad del Estado, en este supuesto objetivo, pues aún no se determinaron responsabilidades subjetivas de sus agentes, fue necesario ante todo comprobar el daño cierto y concreto y aquí por la prueba acumulada ha sucedido, asimismo, la falta del

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

servicio pertinente, entendido como el de las condiciones para realizar los fines de control para el que se estableció y que como se ha visto se concretó y finalmente, su relación causal entre ambas situaciones, que también se ha verificado.

Era clave para revelar su falta del servicio, la omisión antijurídica implícita, cuando era dable esperar del Estado una actuación tuitiva de las personas, en su salud y libertad, no sólo para la clientela del local, sino sobre todo para quienes prestaban allí sus tareas; y en la seguridad, de que ninguno de sus habitantes, sería aprovechado en su vulnerabilidad, para someterlo a explotación sexual, generando ganancias a otro; eran deberes concretos a cuyo cumplimiento podía ser compelida la administración y no eran obligaciones genéricas, ni difusas y sin que mediara un caso fortuito o fuerza mayor, no lo hizo y no debe olvidarse que para poder eximirse de su responsabilidad objetiva, el municipio demandado debe probar que el daño se produjo por el caso fortuito, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (conf. Zabala de González, "Responsabilidad por Riesgo", Hammurabi, Buenos Aires, 1987, ps.41/2) y según las pruebas rendidas no surgió probada una causa ajena que exima total o parcialmente al Municipio.

Es cierto que podría quizás derivarse también, la omisión o el defecto en el servicio, a las fuerzas policiales de jurisdicción provincial o federal, actuantes en la población, que nada relevaron sobre estos hechos de notable gravedad, -de lo que trataré al final del voto- sin embargo, el reclamo aparece dirigido a otra entidad oficial, a la que también en el área, le incumbe velar de manera directa por el bienestar general de sus habitantes, en lo atinente a su salud e integridad sicofísica, seguridad individual y colectiva, que en particular resultaba competente para regular la materia y actividades que desenvolvían las víctimas, ajenas al medio, en nocturnidad y en un local de consumo de bebidas, que estaba ubicado a la vista y casi en el corazón del radio céntrico y menos puede soslayarse, que fue otro fallo judicial anterior, el que puso de manifiesto un sistema delictivo semejante, desarrollado en otro antro, también en el centro de la ciudad.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Fue indudablemente una omisión atribuible, provocante del daño en la accionante, que guardó una concreta relación de causalidad y aunque aún fuera del autor del delito no se pruebe otra culpa individualizada, responderá el Estado por el defectuoso funcionamiento de su servicio, al engendrarse el perjuicio en la organización que el mismo titulariza.

Se dijo que “La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, es la obligación que le incumbe de reparar económicamente los daños lesivos a la esfera jurídica garantida de otro y que le sean imputables en ocurrencia de comportamientos unilaterales, lícitos o ilícitos, comisivos u omisivos, materiales o jurídicos.” SCBA, 5-7-1996, Rodríguez V. M. y otro c/ Municipalidad del Partido de Merlo s/ Daños y perjuicios, en DJBA 151.

Desde la consecuente Carta Orgánica Municipal, este Estado, en cuanto poder policial de las actividades de que se trata, actuó en el caso implicada la salubridad de las personas en tareas que se ofrecían al público y la seguridad general, como lo exige el deber de cuidado de sus habitantes y resultan de sus funciones municipales, por ser una actividad propia que debe regularse en aras de la protección de la comunidad, en los lugares bajo su jurisdicción y que ya había intervenido a su tiempo, para controlar conductas semejantes, como las que ahora definitivamente fueron expuestas en el proceso.

Se dijo que “La función administrativa de policía del Estado -que debe distinguirse de su poder de policía- se ejerce con la finalidad de satisfacer directa o inmediatamente necesidades colectivas, lo cual exige de actos concretos que implican el ejercicio del poder. Si éstos no se cumplen y de ello se origina perjuicio concreto para personas determinadas surge entonces la responsabilidad jurídica del Estado (art. 1112 del Código Civil) de naturaleza extracontractual y con fundamento en la culpa (art.1109 Código civil) la que puede consistir en la ejecución de un hecho en sí mismo dañoso o en la omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o para evitar un daño cualesquiera sea la clase de la obligación (art.1074 Código

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Civil)". CCiv. y Com. San Nicolás, 15-3-1994, Zacharski Ana c/ Municipalidad de San Pedro s/ Daños y Perjuicios.

Y en cumplimiento de su deber, debió precaver con diligencia, al conocer la situación de riesgo real que importaba habilitar el local nocturno con sus características, pues lo que allí acontecería era apto para provocar peligros a la vida de cualquiera, no sólo de quienes prestaban sus servicios, incluso, engendrar un acto criminal de terceros, -aunque no todo alegado riesgo a la vida impone adoptar medidas operativo-preventivas- y no tomó medidas razonables precautorias, hubo un absoluto desentendimiento de sus obligaciones esenciales como las del cuidado y vigilancia que hacen a la seguridad pública de los asistentes a un lugar, sin que ellas fuesen una carga desproporcionada para su responsabilidad, sino ínsitas en una planificación racional, acorde a las políticas públicas, como reclama el siglo XXI.

Su conducta de inactividad material y formal, permitió el funcionamiento del lugar con sus peculiaridades y sus controles ineficientes permitieron que se practicaran servicios sexuales como los descubiertos y aún la trata de seres humanos en su jurisdicción, de lo que obtenía beneficios, percibiendo las tasas por sus servicios municipales, lo que la obligará en su medida a resarcir los daños, art. 1112 CC, sin olvidar que también se benefició el otro, que condenado, igualmente deberá responder.

Porque no puede desdoblarse la actividad oficial, por un lado controlando y vigilando las actividades que se desarrollaban en el local, nocturno, céntrico y que hacían al objeto de la habilitación y por el otro, ignorando las demás labores "extras", que se acometían en esas mismas horas, por sus trabajadoras; si bastaron un par de observaciones a la autoridad policial, para sacar sus certeras conclusiones de lo que allí acontecía, no puede entenderse que los funcionarios municipales, que reiteradamente hacían sus inspecciones y algunos se dijo que disfrutaban más tarde allí sus distracciones, estuvieran ajenos a lo que sucedía.

Esa pretendida ignorancia es una falacia inaceptable, cuando una testigo que no frecuentaba esos lugares, enfáticamente dijo al Tribunal, que en la ciudad se sabía lo que allí ocurría.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Cuando está en juego la seguridad y salubridad general y el interés público, no se tolera una actitud pasiva por parte de quien tiene el deber de velar por ello y aunque hubiera habido un exiguo plantel municipal de control, se debió llevar a cabo acciones tendientes a restablecer las condiciones de prevención necesarias, lo que lució omiso y siendo que por ello la responsabilidad del Estado es directa, basada en la objetiva falta del servicio -art. 1112 CC- y se subsumen allí todos los elementos de su responsabilidad civil.

Debió tornarse el Municipio muy prudente por su deber de policía, a la hora de habilitar el local como un club nocturno, desde fines del siglo anterior, cuando contaba la existencia de habitaciones en su inmediación, donde residían las jóvenes mujeres que allí trabajaban, cocinaban, se higienizaban y pernoctaban según afirmaron y no era una situación inocua que pasara desapercibida a la administración oficial, situada a escasa distancia y ambas en el radio céntrico de la ciudad pequeña y que menos pasó ignorada a la población, como se afirmó testimonialmente en la audiencia.

Se ha dicho -SAIJ: J0034888- que “Un supuesto de responsabilidad del Estado consiste en la prestación defectuosa o irregular del servicio; para decirlo de manera simple: el servicio funcionó mal. La idea de falta de servicio es objetiva, se independiza de la culpa y permite responsabilizar al Estado aun cuando no se individualice al autor del daño. Se trata de una responsabilidad objetiva y directa, porque los funcionarios actuando en el ejercicio de sus funciones son órganos del Estado y por tanto lo que ellos hacen lo hace el Estado mismo.”.

Si el funcionamiento del local se presumió en los límites de un club nocturno y sólo para el expendio de bebidas y goce de espectáculos, no se controló a qué efecto había mujeres vestidas provocativamente -al principio- que alternaban con hombres, en ambientes velados mediante una fuerte ingesta alcohólica y si eran funcionales y pertinentes a lo autorizado y debió hacer suponer con un mínimo de razonabilidad y sagacidad, que se estaba ante una fachada, montada para encubrir otras actividades no

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

declaradas que allí se llevarían a cabo, cuya subreptividad permitía pensarlas reñidas con la ley.

Los funcionarios inspectores, que se dijo, que oficialmente con periodicidad verificaban el local y se ciñeron a su infraestructura o la ejecución exclusiva de las tareas para las que estaba autorizado, restringiendo su poder de policía municipal a ello y a que no se hicieran actos pornográficos, deslindando en la Policía local verificar ilícitos, cuando se afirmó que frecuentaban el lugar extra laboralmente y no los llevó a controlar higiene, condiciones de habitabilidad y demás actividades de los concurrentes, aparece como un comportamiento de cierta doblez o cuando menos hipócrita, sino delictivo, al no denunciar irregularidades o los delitos que se percibían en su función y continuar percibiendo las tasas correspondientes fijadas, otorgando visos de legalidad a ese comercio que conocían en detalle.

Y se ha dicho -SAIJ: B0200237- que “El Estado es responsable por los actos realizados por sus representantes o agentes con motivo del desempeño de sus cargos y en contravención a las garantías individuales, sea que fueren contra la persona o contra el patrimonio de los gobernados.” Y que -SAIJ: A0028167- “El principal responde no sólo por los hechos de los dependientes realizados en el desempeño de las tareas a su cargo sino también por aquellos actos practicados con abuso de la función, sea que el subordinado haya contrariado expresas instrucciones, sea que haya asumido tareas que podrían considerarse no comprendidas en el encargo o haya violado disposiciones reglamentarias”.

El explícito incumplimiento de su deber de cuidado, constituyó una severa falta en el buen servicio que debió brindar, faltó de manera irregular a su diligencia sobre el lugar que era autorizado y permanentemente inspeccionado, en los términos del art. 1112 del CC, al no hacer cesar una actividad ilegal porque le permitía generar rentas, verbigracia, por otorgar las libretas de control sanitario.

Y poco importa a la situación comprobada, que por el tiempo de la acreditación de los hechos ya se hubiera cancelado el otorgamiento de

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

libretas sanitarias como las secuestradas pues no es ese comportamiento administrativo, el que está hoy en entredicho.

Resultó indiscutido el poder de policía municipal, para verificar la seguridad edilicia, higiene, estado de las mercaderías, incolumidad de la moral y buenas costumbres, vigencia o no de la libreta sanitaria personal y su potestad para labrar actas por la verificación de las faltas y su clausura preventiva, sin embargo tal amplitud por su laxitud, no la llevó a explorar la comisión de conductas reñidas con los objetivos de su habilitación, que como prostitución o la trata de personas podría desenvolverse en el local autorizado y por esa manifiesta inobservancia también deberá responder.

El accionar municipal demostró en los hechos pasividad, insuficiencia, tolerancia a la coyuntura, una conducta relajada o cierto tácito consentimiento y esas omisiones hicieron a su responsabilidad, por su carácter de titular del respectivo poder de policía, permitieron acreditar el nexo causal, ya que de haberse cumplido a conciencia las medidas regladas de salubridad y seguridad municipales, la situación de trata de seres humanos, para su explotación sexual, allí no habrían sucedido.

Adviértase que a quienes allí trabajaban se les exigía llevar una libreta sanitaria -se han secuestrado 126, incluso de la querellante- y el tenor de los exámenes de salud y su periodicidad, no se correspondía a la habilitación del lugar -más aparentaban servir para preservar la salud de la clientela, que la propia de las afectadas- y tampoco se observó en todo ese tiempo, que numerosas titulares fijaron allí su domicilio y ello debió alertar que podrían practicarse conductas encubiertas de sexo por dinero, porque era obvio, que invitar o servir solo al consumo de bebidas, no fundaba un control de enfermedades de transmisión sexual a quienes allí prestaban sus servicios, como resultaba de esa expedición cartular.

Y si se realizaron inspecciones, para verificar las libretas sanitarias exigidas a cada una, los funcionarios no podrían dejar de observar las situaciones que acontecían y más parecieron atentos a las distracciones que allí ocurrían, -que según testigos les hacían reiterar su visita disimuladamente- que a cumplir cabalmente con su responsabilidad.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Cabe recordar que -SAIJ: A0070872- “Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular, y la idea objetiva de la falta de servicio - por acción o por omisión- encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil, sin que se trate de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.”.

Porque no obstante el control que se suponía obligatorio y persistente, adoleció concreta permisividad, que se extendió a las actividades ilegales allí sucedidas, lo que se afirmó era un secreto a voces en la pequeña ciudad y esa transgresión al deber de cuidado, exige a la Municipalidad su reparación, del demérito patrimonial probado, del perjuicio moral o de consecuencias extrapatrimoniales, de violación a la intimidad, sexualidad y sus secuelas familiares, deben resarcirse a la querrela en plenitud, pues la actividad estatal defectuosa in vigilando, exige reparar lo ocurrido como si el hecho no hubiera sucedido, según las expectativas legítimas de la persona afectada y por el curso normal de los acontecimientos.

Se ha dicho “in re” sumario de Fallo 21/7/06 id. SAIJ 2004169 que “La denominada presunción legal de culpa obedece a razones de política legislativa que se condicen con la regla del “favor victimae”; por lo tanto, el causante del daño está precisado a producir prueba adversa a esa presunción legal y la falta o insuficiencia de esa prueba compromete su responsabilidad.” (conf. Alterini, Atilio A. en Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto, Temas de responsabilidad civil, Buenos Aires, Ciudad Argentina y Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1995, pág. 111/2).

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Y en materia de reparaciones -muy eficaces para fines de prevención general- la “restitutio ad integrum” es la más comprensiva para reintegrar a la víctima al estado de que gozaba antes de sufrir los deméritos por el delito y es inclusiva, facilitando su inserción efectiva y social, en la devolución de todos sus derechos.

Mas ante la imposibilidad fáctica de una reparación plena, que debía ser inmediata vbgr., por la naturaleza del bien afectado, las vicisitudes personales naturales de la víctima, o por el transcurso del tiempo, debe recurrirse a parámetros objetivos, proporcionales, medibles económicamente para fijarla, relativos a la gravedad de esa violación y a sus circunstancias, a los daños materiales y morales emergentes directos de ella, sicofísicos, socioeconómicos, lucro cesante, como pérdidas de oportunidades en educación, empleos, ingresos, prestación previsional, gastos médicos, psicológicos, de rehabilitación y medicamentos, jurídicos, etc., adicionando un propósito satisfactorio, como la publicidad de los hechos probados y las reparaciones dispuestas, sanciones de todo tipo aplicadas, normas y medidas eficaces para evitar la repetición de esos episodios, declaraciones oficiales públicas que restablezcan la dignidad de los afectados y reconozcan responsabilidades por acción u omisión, aplicación didáctica del caso previniendo reiteraciones, conmemoraciones, etc.

La medida de la reparación está dada por la vulneración del bien jurídico protegido, la libertad y en particular la de opción sexual, seguridad, integridad e indemnidad corporales, toda vez que la dignidad esencial de la persona humana, está ínsita en todos los bienes jurídicos tutelados legalmente y aún demás derechos no protegidos penalmente, pero derivados de ésta, como fundar una familia, casarse, tener hijos, etc. que razonablemente pudieron considerarse afectados.

Tampoco escapan otras atinentes a la personalidad de la víctima, como su edad, estado civil instrucción, personas a cargo, antecedentes personales, familiares y sociales y de conducta y concepto y su comportamiento, no sólo al tiempo del allanamiento del local, sino luego con su cerrada negativa a aceptar la ayuda ofrecida, por expertas del ente oficial

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

provincial competente y las diferentes gestiones encaradas para explorar alternativas asistenciales disponibles aplicables, que a lo largo de cinco meses tampoco logró interesarla, según los informes de Andrea Berta, Marisa Montero y Cecilia Merchan y sus vicisitudes por lograr una asistencia estatal efectiva para ella y su grupo familiar, que entonces incluía cuatro niños y que más tarde brindó las explicaciones de las que no resultaron inertes, sus graves condicionamientos sufridos anteriormente.

Sin pasar por alto que los criterios tradicionales de mensuración del perjuicio, aquí son insuficientes, por lo que resulta prudente recurrir al método que consigna el art. 16 del CC.

Ahora bien, la secuencia de la degradación reparable de los derechos de la reclamante, que puede ir desde su traumática iniciación, continuando por su sometimiento a la explotación y otros tratos ilegales, hasta su rescate, no debe ir más allá que el tiempo en que ella estuvo sujeta efectivamente en el antro en que se la rescató, -regentado por el condenado y mal inspeccionado por la Municipalidad- descontando sus varios regresos a su hogar, durante el período investigado y adviértase que al nacimiento de su última hija en la alejada ciudad bonaerense, también la obligó a permanecer allí.

Corresponde la condena de Montoya con la Municipalidad local a favor de la actora AKS, no por otras actividades de ella en otros lugares y en tiempos anteriores e imprecisos, no probados, sino por el tiempo efectivo sufrido por ella, en el lugar que aquél gestionaba y ésta habilitó y se demostró por la adquisición probatoria, que desde noviembre del 2011, hasta octubre del 2012 en que cesó, aproximadamente concurrió un mes y medio al local.

Que estos daños producto de su vida en las condiciones expuestas, que dejaron secuelas psicosociales patológicas graves y crónicas de pronóstico reservado, con obvia incidencia en su entorno familiar, no sólo es responsable el condenado, sino también el Estado Municipal de Ushuaia, por su cumplimiento irregular de las funciones estatales que le eran propias y cabe computar los sufrimientos a que fue sometida la víctima, lo que dejó de

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

percibir mientras duró la explotación en la ciudad, incluso la disminución de sus aptitudes para relacionarse socialmente y desempeñar otras tareas, incapacidades constatadas, gastos de terapia futuros y medidas asistenciales, que deben integrar la suma dispuesta.

Y las testigos por entonces aseguraron conseguir por esa tarea, en el período al que se alude en la denuncia como de ocurrencia cierta de los hechos, entre noviembre del 2011 a octubre del 2012, fecha del rescate, -tiempo admitido que administró el acusado Montoya-, un promedio, de cerca de cuatro encuentros sexuales por noche, cada uno por el valor que se dijo (Tamara/Melisa/Fanny) de mil pesos \$1000, sin descontar la parte que llevó el acusado porque sería reconocerle una ganancia ilícita, por treinta noches de un mes, ya que se adujo que no había francos, llegaría a ciento veinte mil pesos, \$120.000 más la mitad de otro y por el tiempo que funcionó el local con su asistencia, se llega a la suma estimada de ciento ochenta mil pesos \$180.000 que sería el monto de apropiación ajena de su actividad sexual.

La situación en la que fue mantenida por el condenado Montoya durante el período en que se vinculó al citado, provocó daños a su salud psicofísica debidamente acreditados por testimonios y pericias y que imponen ingentes tratamientos reparadores y sesiones, incluso futuras, que el tiempo que ejerció el comercio sexual que dejó al otro sus beneficios, debe ser resarcido y no, por todo el resto del lapso en que hubo abordado y continuó en esa tarea fuera de la égida del condenado.

Su actividad que se ha dado por probada en ese tiempo, le ha causado una perturbación psicológica funcional profunda y permanente, una patología de su personalidad, que perturba con intensidad su correcta integración al medio doméstico, cultural y social, que se debe reparar, (art. 3º ley 26485), comprendiendo el tratamiento y gastos terapéuticos, derivados directos, actuales y futuros, que quepa dispensarle hasta que los profesionales competentes le den de alta firme -art. 1086 CC- debiendo responder proporcionadamente por lo padecido en el tiempo que estuvo

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

sujeta en el lugar y adecuando lo peticionado a lo expuesto resulta pertinente la suma de trescientos mil pesos, \$300.000.

Asimismo se le provocó un daño moral y cultural, que utilizando las herramientas traídas a colación por la actora, que resultaron pertinentes a lo ocurrido y solicitado, adecuado al tiempo estimado ocasionante de esos perjuicios sufridos y considerando que “A los fines de la fijación del quantum del daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste” (CSJN, 09.12.1993, in re “Gómez Orué de Gaete, Frida A. y Otra c. Provincia de Buenos Aires”, JA 1997-II, síntesis) y que “la fijación del importe por daño moral es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante” (Cám. Nac. Civ., Sala F, 05.08.1997, in re “Depaolini, Jorge R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires,” en JA 20.05.1998, págs. 48 y ss.), con la difícil ponderación en la que cabe justipreciar el dolor ajeno, parece apropiado resarcir en la suma de trescientos mil pesos, \$300.000.

Y en tal sentido se ha dicho “in re” SAIJ: A0071942 “El reclamo de daño moral invocado por la actora - herida de bala en una estación de subte- es procedente, ya que debe tenerse por configurado in re ipsa, por la sola producción del episodio dañoso, que -más allá de las escasas secuelas incapacitantes derivadas del mismo-, importó un episodio traumático teñido de dramatismo, que acarreó inevitables padecimientos y angustias a la demandante, cuyas molestias se proyectan al presente...” y en SAIJ: A0071941 “Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida y a fin de evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral.” de aplicación en el asunto.

También es adecuado tornar operativo el art. 6, de la ley 26364, versión ley 26842, en especial sus incisos incs. b), c) y d), incluyendo a la actora como beneficiaria de planes asistenciales y habitacionales locales, en condiciones de igualdad con los demás participantes, lo que deberá hacerse saber al ente oficial correspondiente.

En cuanto a la aplicación de una suma en carácter indemnizatorio, para la erradicación del trabajo forzoso, pretensión de naturaleza unilateral, resulta infundado el reclamo fáctica y jurídicamente, e imprecisos los parámetros que consigna la Ley de Contrato de Trabajo y sus complementarias a otros efectos, careciendo de vocación aplicativa esa legislación, por el tipo de tarea de que se trata, además difícil de determinar su base estimativa, comienzo y extinción de la relación que se pretende laboral, diferencias salariales o vacacionales y todo cálculo aquí aparece insustentado legalmente, no cupiendo hacer lugar a lo requerido.

Las sumas fijadas en un total de setecientos ochenta mil pesos (\$780.000), exigibles a ambos demandados -Montoya y la Municipalidad local- serán reajustadas con sus intereses, desde el rescate de la actora -9 de octubre del 2012- hasta el momento de su efectivo pago y habida cuenta que no se trata de una reparación exclusivamente patrimonial, conforme la tasa activa que cobre el Banco de la Nación Argentina, en sus operaciones de descuento mensual de documentos y las costas procesales, arts. 530 y 531 del CPPN.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

VI.- No puede pasar desapercibido que durante el debate, se trajeron a colación varios sitios denominados “Tropicana”, “Candilejas”, “Barneys”, “Black&White”, “Copita de Plata” y algún otro más, en los que en esta localidad pequeña, portuaria, fronteriza, de carácter internacional y notable población masculina fluctuante, sin vínculos familiares o de arraigo, bastante de origen extranjero, habrían trabajado en similares condiciones algunas de las declarantes como si fuese un circuito prostibulario, -que otras veces terminó en episodios policiales- casi a la vista de las autoridades públicas de aplicación, que demostraron cierta permisividad, revelando que funcionarios competentes no evidenciaran un compromiso auténtico por erradicar el flagelo, cupiendo recordar in re -SAIJ: K0024161- que “La comprobación de una falta de servicio imputable al ente estatal no excluye la posibilidad de que también se configure la falta personal del agente público” (en igual sentido Cassagne. Juan Carlos; Derecho Administrativo; 7ma. edición; t. I; pag. 502) (Del voto de la juez Garzón de Conte Grand, cons. VII).

Que las víctimas, circularon entre local y local, sin mayor control, como incluidas en un ilegal mercado o fuesen material de descarte y otros aprovechando sus beneficios económicos y que la Instrucción desplegada, omitió avanzar hacia mayores responsabilidades penales por acción u omisión, hacia la élite de este negocio criminal, en el que no es impensable haya implicancia de algún estamento del Estado, poniendo de relieve cómplices de importancia y no a personajes secundarios, o menores, -como pudo ser la encargada de un local-, lo que hubiera sido más deseable y conveniente al servicio de justicia, que nivelar hacia abajo.

Y aunque ya ha pasado demasiado tiempo, habida cuenta que en el debate el Ministerio Público Fiscal, expresó que también hubo consumo de tóxicos prohibidos y una víctima destacó que en un local que se dedicaba a la misma actividad, había venta de drogas, es de esperar que en el ámbito de las respectivas competencias y teniendo a su disposición las partes, las actuaciones pertinentes de este proceso, el titular de la acción penal, ejerce las obligaciones propias de su estado, para esclarecer mejor los sucesos ocurridos y determinar certeramente sus mayores responsables.

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARÍA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mí) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509



Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE TIERRA DEL FUEGO

Adhiriendo en lo demás, al voto que inicia esta deliberación y acuerdo, así se pronuncia.

Que con los fundamentos expuestos y aplicando lo preceptuado por los arts. 396, 400 y 403, se dictó el veredicto que fuera leído el día 30 de noviembre próximo pasado, tras la deliberación que tuviera como base los argumentos aquí transcritos, de todo lo cual doy fe.

ANA MARIA D'ALESSIO
JUEZ DE CÁMARA

LUIS ALBERTO GIMÉNEZ
JUEZ DE CÁMARA

Nota: para dejar constancia que el Dr. Enrique Jorge Guanziroli participó de la deliberación que dio origen al acuerdo que antecede y fundó su postura en el voto emitido en tercer término y no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia fuera de la jurisdicción (art. 399, último párrafo CPPN). -----

CHRISTIAN H VERGARA VAGO
SECRETARIO DE CÁMARA

Fecha de firma: 07/12/2016

Firmado por: LUIS ALBERTO GIMÉNEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ANA MARIA D'ALESSIO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ENRIQUE JORGE GUANZIROLI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado (ante mi) por: CHRISTIAN H VERGARA VAGO, SECRETARIO DE CÁMARA



#27636673#167765956#20161207180343509

Reconhecimento que o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. (HC 118533, DJE nº 199, do dia 19/09/2016)

Síntese jurídica

Trata-se de decisão em que a Suprema Corte, por maioria, nos termos do voto da Relatora, concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. No voto condutor, restou assentado que o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006), não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Ressaltou-se que o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

Síntese dos fatos

A Defensoria Pública da União impetrou *habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, em favor dos assistidos, tendo como objeto o Recurso Especial n. 1.297.936, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Consta nos autos que, em 15.6.2010, os Pacientes foram condenados pelo transporte de “55 embalagens de substância entorpecente conhecida como ‘Maconha’, totalizando a quantia de 772,0 kg”, como incurso no art. 33, caput e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sete anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e setecentos e dez dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade. Tendo a sentença expressamente afastado a incidência, no caso, do disposto na Lei n. 8.072/1990.

Em 20.6.2011, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul negou provimento às apelações interpostas pelo Ministério Público e pela defesa, tendo o MPF interposto Recurso Especial. O Ministro Relator, em decisão monocrática, deu provimento ao recurso especial reconhecendo a natureza hedionda do delito em questão. Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração que restaram rejeitados, e agravo regimental, tendo a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negado seguimento.

Daí a presente impetração, na qual a Defensoria Pública da União sustentou que “*houve maltrato à CF pela exegese segundo a qual deva incidir a Lei 8.072/90 também sobre as condenações de tráfico de droga, mas com o privilégio do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06*”

Para tanto, argumentou que “*o tráfico privilegiado não pode ser equiparado ao crime hediondo e, conseqüentemente, deve ser concedida a possibilidade de início de cumprimento de pena nos regimes diversos do fechado, bem como seja autorizada a progressão de regime prisional após o cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 112 da LEP, qual seja, 1/6 da pena imposta, tempo este já cumprido pelo recorrente*”

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 97

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

| | |
|------------------------|--|
| RELATORA | : MIN. CÁRMEN LÚCIA |
| PACTE.(S) | : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA |
| PACTE.(S) | : ROBINSON ROBERTO ORTEGA |
| IMPTE.(S) | : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO |
| PROC.(A/S)(ES) | : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL |
| COATOR(A/S)(ES) | : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA |

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Pleno, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, **em conceder a ordem de habeas corpus para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas**, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Reajustaram os votos os Ministros Edson

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 97

HC 118533 / MS

Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber. Ausente, justificadamente e neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 23 de junho de 2016.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 97

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
PACTE.(S) : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA
PACTE.(S) : ROBINSON ROBERTO ORTEGA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega, tendo como objeto o Recurso Especial n. 1.297.936, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze.

2. Tem-se nos autos que, em 15.6.2010, na Comarca de Nova Andradina/MS, os Pacientes foram condenados pelo transporte de “55 embalagens de substância entorpecente conhecida como ‘Maconha’, totalizando a quantia de 772,0 kg”, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sete anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e setecentos e dez dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade (Evento 6, fls. 88/97, e Evento 7, fls. 1/6).

3. Tendo a sentença expressamente afastado a incidência, no caso, do disposto na Lei n. 8.072/1990, o Ministério Público interpôs apelação, pleiteando o reconhecimento da natureza hedionda do delito (Evento 7, fls. 16 e 19/27).

O Paciente Robinson Roberto Ortega também interpôs apelação, pleiteando a redução da pena (Evento 7, fls. 33/52).

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 97

HC 118533 / MS

4. Em 20.6.2011, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul negou provimento a ambas as apelações:

“APELAÇÕES CRIMINAIS – RECURSO MINISTERIAL - ART. 33, § 4º, DA LEI N- 11.343/06 – RECONHECIMENTO DA HEDIONDEZ - RÉUS CONDENADOS POR TRÁFICO PRIVILEGIADO - INCOMPATIBILIDADE - APELO DEFENSIVO - REDUÇÃO DA PENA BASE E AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO REFERENTE A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §40, DA LEI DE DROGAS - INVIABILIDADE - GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS - RECURSOS IMPROVIDOS.

Considerando que o crime de tráfico privilegiado não está elencado no rol previsto na Lei nº 8.072/90, não é admitido o reconhecimento da hediondez.

Mantém-se a pena-base fixada na sentença, bem como a fração mínima da causa de diminuição prevista no art. 33, §40, da Lei nº 11.343/06, quando se tratar da apreensão de grande quantidade de droga apreendida (772 kg de maconha).” (Evento 8, fl. 17)

5. Contra o acórdão de 2ª instância, o Ministério Público interpôs o Recurso Especial n. 1.297.936 (Evento 8, fls. 34/51).

6. Em 30.4.2012, o Ministro Relator, em decisão monocrática, deu provimento ao recurso, reconhecendo a natureza hedionda do delito praticado pelos Pacientes:

“PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA.

1. A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes.

2. Recurso especial provido.” (Evento 8, fls. 95)

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 97

HC 118533 / MS

7. Contra essa decisão, o Paciente Robinson Roberto Ortega opôs embargos de declaração (Evento 8, fls. 109/116) e a Defensoria Pública da União, em benefício dos dois Pacientes, interpôs agravo regimental (Evento 8, fls. 118/127).

8. Em 18.3.2013, também em decisão monocrática do Ministro Relator, os embargos de declaração opostos pelo Paciente Robinson Roberto Ortega foram rejeitados diante da ausência de obscuridade, contradição ou omissão (Evento 8, fls. 129/132).

Contra a rejeição dos embargos declaratórios, o Paciente Robinson Roberto Ortega interpôs outro agravo regimental (Evento 8, fls. 138/145).

9. Em 18.4.2013, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou seguimento a ambos os recursos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA.

1. Vigê no ordenamento jurídico processual pátrio o princípio da unirrecorribilidade, razão pela qual não há como se conhecer do segundo recurso interposto por um dos réus contra a mesma decisão, haja vista ter ocorrido a preclusão consumativa da via recursal.

2. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado, no julgamento de agravo regimental, supera eventual

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 97

HC 118533 / MS

violação ao princípio da colegialidade.

3. *A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes.*

4. *Agravo regimental conhecido em parte, apenas no tocante ao agravante Ricardo Evangelista Vieira de Souza, e, na parte conhecida, negado provimento.” (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.297.936 – www.stj.jus.br); e*

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. QUESTÃO PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. *É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o “tráfico privilegiado” tipo autônomo.*

2. *Agravo regimental a que se nega provimento.” (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.297.936 – www.stj.jus.br)*

10. Daí a presente impetração, na qual a Impetrante sustenta que *“houve maltrato à CF pela exegese segundo a qual deva incidir a Lei 8.072/90 também sobre as condenações de tráfico de droga, mas com o privilégio do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06”* (Evento 1, fl. 4).

Salienta que *“a incidência das agravantes da Lei dos Crimes Hediondos a toda condenação imposta pela Lei de Tóxico vem dando ensejo à desarrazoada*

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 97

HC 118533 / MS

situação de se tratar alguém que seja condenado a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses (por ser primário, ter bons antecedentes, não integrar organização criminosa, etc) de maneira mais severa do que a outro que tenha sofrido uma condenação de 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos de reclusão, pena imposta no patamar máximo, diante de suas péssimas condições judiciais e legais” (Evento 1, fl. 4).

Aponta “a necessidade de afastar do tráfico privilegiado a pecha de hediondez” (Evento 1, fl. 5), impondo-se que se faça “uma analogia in bonam partem, a fim de se afirmar que o tráfico privilegiado possui a mesma justificativa do homicídio qualificado-privilegiado, qual seja, a necessidade de tratamento menos rigoroso para o agente delituoso que, por requisitos atenuantes, cometeu o crime” (Evento 1, fl. 9).

Conclui afirmando que “o tráfico privilegiado não pode ser equiparado ao crime hediondo e, conseqüentemente, deve ser concedida a possibilidade de início de cumprimento de pena nos regimes diversos do fechado, bem como seja autorizada a progressão de regime prisional após o cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 112 da LEP, qual seja, 1/6 da pena imposta, tempo este já cumprido pelo recorrente” (Evento 1, fl. 9).

Este o teor dos pedidos:

“Por todo o exposto, restando configurado o fumus boni iures, demonstrado no contexto da fundamentação jurídica do presente habeas corpus, em que a situação fática, de forma escorreita, subsumiu-se à orientação jurisprudencial deste Egrégio STF, bem como o periculum in mora, em vista do constrangimento ilegal imposto aos pacientes, vem requerer a Vossa Excelência que seja concedida LIMINARMENTE a presente ORDEM DE HABEAS CORPUS em favor dos pacientes, determinando a suspensão dos efeitos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, para que os pacientes possam fazer jus aos benefícios do livramento condicional e a progressão de regime nos prazos dos crimes comuns e, no mérito, seja concedida a ordem para que seja reconhecida a inexistência da

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 97

HC 118533 / MS

hediondez no crime de tráfico privilegiado, e, por consequência, o direito da paciente em ver lhe ver concedido o livramento condicional e a progressão de regime nos prazos dos crimes comuns, fazendo, finalmente, cessar o constrangimento ilegal, requerendo, ademais:

- a) seja o presente habeas corpus distribuído a um dos eminentes Ministros deste Tribunal;*
- b) seja concedida a liminar conforme os termos expostos;*
- c) sejam colhidas as informações de estilo;*
- d) seja colhido o parecer do Ministério Público;*
- e) seja concedida a ordem no presente habeas corpus, nos termos solicitados.” (Evento 1, fl. 11)*

11. Em 2.7.2013, o Ministro Joaquim Barbosa, Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferiu o seguinte despacho:

“O caso não se enquadra na hipótese prevista no art. 13, VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Encaminhe-se o feito ao ministro-relator.

Publique-se.” (Evento 10, fl. 1)

12. Em 1º.8.2013, indeferi a liminar, requisitei informações e determinei fosse dada vista dos autos à Procuradoria-Geral da República, que se manifestou “*pela concessão da ordem*” em 18.2.2014:

“(…) 5. Assiste razão à impetrante.

6. A questão da hediondez do ‘tráfico privilegiado’ está afetada ao Plenário (HC nº. 110.884/MS), aguardando julgamento. É certo que nos crimes de tráfico de drogas é necessário que o réu cumpra 2/5 da pena para obter a progressão de regime (art. 2º, § 2º, da Lei nº. 8.072/9) e 2/3 da pena para fins de livramento condicional (art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006, e art. 83, V, do Código Penal). Contudo esses prazos maiores se aplicam apenas aos crimes previstos nos arts. 33, caput, e 34 a 37 da Lei 11.343/2006, sem abranger as condutas punidas pelo § 4º do art. 33, que têm menor grau de reprovabilidade e, portanto, não podem ser qualificadas pela hediondez. Donde, condenados os pacientes por tráfico privilegiado,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 97

HC 118533 / MS

deve ser aplicada a regra geral, ou seja, o resgate de 1/6 e 1/3 da pena, para a progressão de regime e livramento condicional, a teor dos artigos 112 da Lei de Execução Penal e art. 83, inciso I, do Código Penal, respectivamente (...)".

13. Em 24.4.2014, determinei a afetação do presente feito ao Plenário deste Supremo Tribunal.

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 97

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, eu gostaria de fazer algumas observações iniciais. Este não é um bom caso, talvez, para se discutir a tese. O que é a tese aqui? É se, nos crimes chamados de tráfico privilegiado, mantém-se a natureza de hediondez do que se tem, por exemplo, no § 1º do artigo 33 da lei específica. E por que não é? Porque o juiz, expressamente, afirma essa natureza do chamado tráfico privilegiado.

Tem-se na sentença, e, portanto, é algo com base no que foi desenhado lá. E é fato. O que se tem aqui como quadro que nós estamos julgando? Os policiais, diante do nervosismo de um caminhão que seguia uma caminhonete do condutor, o Ricardo, que é um dos pacientes, o primeiro dos pacientes, parou e ali encontrou 770 g de maconha em pequenos pacotes. E o Robinson, o segundo paciente, seria o batedor. Portanto não era uma mula, nada disso. Mas o juiz afirma o que na sentença? E eu trago esses dados, porque algumas coisas nós podemos rever no quadro, algumas coisas não. E também estou em sede de **habeas corpus**, que eu não posso reformar para pior. Tem-se na sentença:

Diante desse quadro, fixo a pena-base para ambos em dez anos de reclusão. Presente a atenuante genérica da confissão, diminuo-a de um ano e seis meses, fixando-a, provisoriamente, em oito anos e seis meses de reclusão para ambos.

Por último, atento à minorante do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343, diminuo-a de um sexto. Para alcançar o **quantum** de atenuação, observei especialmente a quantidade de drogas, circunstância essa eleita pelo legislador como preponderante.

Ou seja, o juiz fixou que era o chamado tráfico privilegiado, e isto vem, então, sendo discutido, o tempo todo, até chegar em recurso no Superior Tribunal.

O que se tem como objeto de indagação aqui? E a Procuradoria, pela

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 97

HC 118533 / MS

palavra do seu Procurador-Geral, reforça muito bem as cores muito graves deste caso, embora o parecer do Procurador nos autos seja pela concessão da ordem, exatamente para fazer a distinção do crime hediondo daquele que, para ele, seria o crime privilegiado e, portanto, não dotado dessa qualidade. Eu estou, portanto, acentuando este quadro.

E, apenas para dar notícia aos Senhores Ministros, de não ter havido prejuízo, como houve no outro caso relatado pelo Ministro Lewandowski, que tanto o Ricardo quanto o Robinson estão já cumprindo regime semiaberto e teriam direito ao aberto no próximo ano.

Portanto, eu estou considerando este quadro fático posto e os termos da sentença que eu não posso alterar.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 97

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Conforme relatado, pretende a Impetrante o afastamento da incidência da Lei n. 8.072/1990 em caso de tráfico de drogas privilegiado, ou seja, tráfico de drogas para o qual se determinou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, possibilitando aos Pacientes o livramento condicional e a progressão de regime nos moldes do que estabelece o regime geral da Lei n. 7.210/1984.

2. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Nesse sentido, por exemplo, os *Habeas Corpus* ns. 121.255, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 1º.8.2014; 114.452-AgR/RS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ 8.11.2012; 118.577, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 21.11.2013; e 118.351, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 16.6.2014.

3. Entretanto, anoto que a submissão da presente questão ao Plenário deste Supremo Tribunal deságua no dever desta Relatoria de reanalisar a matéria e decidir segundo o seu convencimento, firmado a partir da legislação, dos dados dos autos e dos recentes posicionamentos jurídicos e doutrinários.

4. O art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República estabelece que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (grifos nossos).

5. O art. 2º da Lei n. 8.072/90, por sua vez, prescreve:

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 97

HC 118533 / MS

“(...) Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (...)”.

6. Dispõem os arts. 33 e 44 da Lei n. 11.343/2006:

“(...) Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 97

HC 118533 / MS

ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa"; e

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico (...)".

7. Pelo que se tem nas normas legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, caput, e § 1º da Lei n. 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos.

8. Na espécie vertente, os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sete anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e setecentos e dez dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade, tendo a sentença expressamente afastado a incidência, no caso, do disposto na Lei n. 8.072/1990.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 97

HC 118533 / MS

9. Segundo a doutrina de Eugenio Pacceli:

“(...) Outra importante questão que vem sendo absolutamente ignorada na legislação penal brasileira diz respeito ao modelo de cominação e de aplicação de penas, via do qual não se faz qualquer distinção entre a natureza do crime e a quantidade (total) e qualidade (detenção, reclusão e seus regimes – aberto, fechado e semi-aberto) de pena cominada nos tipos. É dizer: todo o tratamento de escolha da sanção cabível está centralizado no mínimo e máximo de pena cominada.

Pensamos que para alguns delitos e para alguns de seus autores, ainda que enquadrados em tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação do delito de tráfico de drogas, por exemplo, apesar de excessivamente apenado quanto ao mínimo da sanção cominada – 5 anos (art. 33, Lei 11.343/06) – prevê a possibilidade de redução da pena, de um sexto a dois terços, até para abaixo do mínimo, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa (art. 33, §4º, Lei 11.343/06).

Com efeito, é preciso não perder de vista que todo delito tem sua singularidade em relação aos demais, quando nada pelas circunstâncias pessoais do agente e sua inserção no meio em que praticado o crime. Assim, o aludido dispositivo legal já permite maior flexibilidade na gestão da política de drogas, dado que autoriza o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor.

E não é só.

Trata-se, em verdade, de levar-se a sério a inegável importância das decisões de política criminal, não só para a compreensão da legislação positiva, mas também – e, talvez, sobretudo! – para a aplicação do Direito. Por isso, o funcionalismo penal tem angariado tanta simpatia mundo afora: trata-se de modelo ou de sistema em que as decisões de política criminal devem ser necessariamente consideradas na construção da dogmática do direito penal.

No caso do chamado tráfico privilegiado, o que se decidiu, via legislativa e por decisão de política criminal, é que tais pessoas devem

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 97

HC 118533 / MS

receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recai o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstram claramente o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição de tais pessoas. Não se pode, então, chancelar-se a tais condutas a nódoa da hediondez, por exemplo.

Eis, então, um caminho: a imposição de pena não deveria estar sempre tão atrelada ao grau de censura constante da cominação abstrata dos tipos penais. O ideal é que se dê ao juiz a possibilidade de exame quanto à adequação da sanção imposta e respectivo regime de cumprimento, a partir do exame das características específicas na execução de determinados fatos, cujo contexto em que praticados apresente variantes relevantes (socialmente) em relação ao juízo abstrato de censura cominada na regra geral (pena mínima e máxima).

De outro lado, se há motivos para se elogiar a citada norma penal do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, haveria que se criticar o mesmo dispositivo, no parte em que proíbe a substituição da pena privativa por penas restritivas de direito. Aqui, a exceção legal feita pela Lei às regras gerais do art. 44, CP, não se justifica – ou pode não se justificar – quando presentes os requisitos subjetivos e objetivos do aludido art. 44, CP.

Não vemos, porém, inconstitucionalidade alguma na alternativa escolhida pelo legislador, nem sob a justificativa - abstrata a mais não poder – da necessidade de igualdade de tratamento entre os todos os condenados. Do mesmo modo que o legislador tem o poder de fixar a pena mínima e a máxima aos tipos penais, segundo um juízo de gravidade de qu e ele mesmo é o titular, poderia também dispor sobre exceções quanto ao cumprimento de pena de determinados delitos. Mais diremos sobre o tema, deixando, porém, já consignado, que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da citada norma e que o Senado Federal já suspendeu os seus efeitos (Resolução 5, de 2012)” (no prelo, grifos nossos).

10. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006), portanto, não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 97

HC 118533 / MS

O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente.

Nesse sentido, o entendimento externado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.351:

“(...) A mim me parece que, sob a perspectiva da política criminal, é evidente a intenção que decorre objetivamente do texto normativo de dispensar um tratamento diferenciado ao pequeno traficante, uma vez que são estendidos a ele certos benefícios absolutamente incompatíveis com o caráter hediondo ou, por equiparação legal, dos delitos objetivamente mais graves. O Supremo Tribunal Federal chegou até mesmo a declarar a inconstitucionalidade parcial desse texto normativo ao permitir que, mesmo no que concerne ao “tráfico privilegiado”, se proceda à conversão da pena privativa de liberdade e pena restritiva de direitos, e também autorizando uma substancial redução no quantum da pena privativa de liberdade ao permitir uma causa especial de diminuição de pena, que pode chegar até a 2/3. É evidente, a mim me parece, que muito mais do que a “mens legislatoris”, a própria “mens legis”, quer dizer, aquilo que decorre objetivamente do texto normativo, vale dizer, a intenção de se dispensar um tratamento diferenciado, menos rigoroso, a quem? Ao pequeno traficante(...)” (DJ 16.6.2014).

Ademais, é de se ressaltar que, a despeito da Constituição da

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 97

HC 118533 / MS

República impedir a concessão de graça ou anistia e da Lei n. 11.313/2006 o indulto ao tráfico de entorpecentes, os Decretos Presidenciais ns. 6.706/08 e 7.049/09 beneficiaram os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado com o indulto, o que demonstra que os mencionados textos normativos inclinaram-se na corrente doutrinária de que o tráfico privilegiado não é hediondo.

Assim, no meu entendimento, há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores legais destinados ao tráfico de entorpecentes equiparado ao crime hediondo.

11. Nesse sentido, o parecer ministerial:

“(...) 5. Assiste razão à impetrante.

6. A questão da hediondez do ‘tráfico privilegiado’ está afetada ao Plenário (HC nº. 110.884/MS), aguardando julgamento. É certo que nos crimes de tráfico de drogas é necessário que o réu cumpra 2/5 da pena para obter a progressão de regime (art. 2º, § 2º, da Lei nº. 8.072/9) e 2/3 da pena para fins de livramento condicional (art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006, e art. 83, V, do Código Penal). Contudo esses prazos maiores se aplicam apenas aos crimes previstos nos arts. 33, caput, e 34 a 37 da Lei 11.343/2006, sem abranger as condutas punidas pelo § 4º do art. 33, que têm menor grau de reprovabilidade e, portanto, não podem ser qualificadas pela hediondez. Donde, condenados os pacientes por tráfico privilegiado, deve ser aplicada a regra geral, ou seja, o resgate de 1/6 e 1/3 da pena, para a progressão de regime e livramento condicional, a teor dos artigos 112 da Lei de Execução Penal e art. 83, inciso I, do Código Penal, respectivamente (...).”

12. Pelo exposto, voto pela concessão da ordem.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 97

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Ministra-Relatora, percebe-se que - é evidente - o tema suscita discussão acerca da exclusão ou não do caráter de hediondez do delito de tráfico de entorpecentes, diante da causa de diminuição prevista na Lei 11.343/06.

Com o devido respeito, eminente Relatora, a conclusão a que cheguei, sem embargo das razões que foram expostas da Tribuna e também das peças recursais muito bem elaboradas pela Defensoria, não vai ao encontro da conclusão apresentada pela eminente Relatora. A conclusão a que se chega, e que tomo a liberdade de apresentar, é pela não concessão da ordem, tendo em vista que a causa de diminuição não nos parece incompatível com a manutenção do caráter hediondo do crime. E sobre isso, não apenas a quantidade da droga apreendida chama a atenção, que é um elemento quantitativo, mas, em meu modo de ver, a razão da impetração do **habeas corpus** está na decisão monocrática do Ministro do Superior Tribunal de Justiça. E nessa decisão se assentou que:

"A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes."

Portanto, atento ao inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, tenho, para mim, que esta decisão deve ser mantida com a não concessão do **habeas corpus**, sem embargo de ser uma garantia constitucional importantíssima na defesa da liberdade e das garantias individuais, mas, no caso concreto, fico com a jurisprudência anteriormente consolidada do Supremo Tribunal Federal, entre outros, no **Habeas Corpus** 118.351 onde, em contraposição do ilustre Ministro-Presidente, nos seguintes termos:

"A minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi estabelecida não porque o legislador entendeu que a conduta, nos casos em que

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 97

HC 118533 / MS

verificados aspectos favoráveis ao réu, seria menos grave, mas, sim, por razões de política criminal [...]."

Também encontro fundamento em acórdão do eminente Ministro Luiz Fux, no **Habeas Corpus** 118.351, perante a Segunda Turma, explicitando que:

"a minorante [...] não retirou o caráter hediondo do crime do tráfico de entorpecentes [...]."

E também, no **Habeas Corpus** 114.762, do Relator ilustre Ministro Luís Roberto Barroso.

Portanto, pedindo todas as vênias à ilustre Ministra-Relatora, tenho, para mim, que, neste caso, não é hipótese de deferir-se a ordem de livramento, seja, com o devido e imenso respeito, entendo pela não concessão, Senhor Presidente.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 97

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, a manifestação do eminente Ministro Luiz Edson Fachin, divergindo da Ministra Cármen, já revela que a matéria não é simples. Aliás, todas essas questões que envolvem drogas apresentam uma complexidade de ser um tema tabu, e um tema efetivamente difícil de equacionar.

Eu, no entanto, Presidente, vou acompanhar a eminente Relatora pelas razões que tentarei, e muito brevemente, sistematizar.

O parágrafo 4º do art. 33 se aplica - como bem observou a eminente Relatora - a réus primários, de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas nem integrem organização criminosa.

Eu já, por esse elenco, não teria simpatia por enquadrar réus nessa situação à condição de réus responsáveis por crimes hediondos. De parte disso, eu verifico que toda a tendência do Tribunal, ao longo dos anos, tem sido a de atenuar um pouco este rigor, que resultou da equiparação do crime envolvendo drogas a crimes hediondos. Portanto, o Tribunal, ao longo do tempo, considerou ilegítima a exigência de regime inicial necessariamente fechado; depois, o Tribunal considerou inconstitucional a proibição de aplicação de pena restritiva de direito; e, depois, considerou inconstitucional o impedimento à liberdade condicional nestes casos. E acho que isso vem associado a duas questões igualmente complexas e que discutiremos aqui um pouco mais à frente: o fracasso da guerra às drogas, mediante exacerbação do Direito Penal, que hoje é uma constatação mundial, e a situação do hiperencarceramento, que aflige a todos nós que vivemos no Brasil - se houver tempo, ainda hoje discutiremos a questão da insignificância que está na pauta. Portanto, esse crime de tráfico privilegiado comporta uma pena bem menos do que quatro anos. A pena aqui, se aplicada a minorante máxima, cai para um ano e oito meses. E, evidentemente, se o ordenamento jurídico apenas esta

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 97

HC 118533 / MS

conduta com um ano e oito meses, o ordenamento jurídico não está tratando essa conduta como de reprovabilidade tal que possa merecer as consequências de um crime hediondo.

Concordo com a eminente Relatora que esse caso é muito ruim, porque este é um caso em que a imputação era de tráfico de 700 kg de maconha. Evidentemente, não consigo imaginar - teria muita dificuldade de imaginar - alguém traficando 700 kg de maconha sem integrar algum tipo de organização. Logo, o caso é péssimo. Quando eu estava refletindo para tentar contornar o caso, imaginara de nós dissociarmos a hediondez nas hipóteses em que a pena fosse inferior a quatro anos, mas aí cairíamos num problema técnico, uma vez que passaríamos da tipicidade para a culpabilidade. Então, quer dizer, o tráfico, você o qualificaria como hediondo ou não em função da pena, o que tecnicamente seria uma complexidade.

Mas a verdade, Presidente, é que, embora o caso concreto não nos seja indiferente como juízes que somos, o grande papel do Supremo não é decidir uma situação concreta; o grande papel do Supremo é fixar as teses que orientarão a jurisprudência. Se eu pudesse fixar uma tese a mais, **extra petita**, o que não poderia, menos ainda em **habeas corpus**, eu diria: "Quantidades de droga acima de determinados volumes pressupõe que o réu integra uma organização criminosa" - como, neste caso, aqui, claramente me pareceria. Assim, para fixar a tese que entendo correta, que é o nosso papel, vou abstrair do fato de achar que essa foi uma decisão pouco feliz. Mas o que decidirmos aqui vai influenciar a condição de centenas, quando não, milhares de pessoas e, dessa forma, não só posso, como acho que tenho o dever de superar essa dificuldade do caso concreto.

Assim sendo, nesta reflexão que o mundo está fazendo, e nós também, sobre como lidar com o tráfico de drogas, no caso do chamado "tráfico privilegiado", que é aquele em que o acusado não integra a organização criminosa, não se dedica à atividade criminosa, tenha bons antecedentes e seja primário, concordo com a eminente Relatora, Ministra Cármen Lúcia, que não deve ter o caráter nem as consequências negativas

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 23 de 97

HC 118533 / MS

dos crimes hediondos.

Peço todas as vênias ao Ministro Fachin, cujas razões entendo, as quais provavelmente serão secundadas por outros colegas, mas, presentes essas circunstâncias brasileiras, sobretudo de hiperencarceramento, a atribuição do caráter de hediondez dificultaria a progressão, acompanho a Relatora.

.....

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 97

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, com a vênia da Relatora e do Ministro Barroso, acompanho a divergência.

Aqui, a questão está em saber se, no caso em que se aplicou o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o crime é hediondo ou não é hediondo. Ou, mais precisamente, se se aplica ao caso o art. 2º da Lei nº 8.072, que diz:

"Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança."

Esse dispositivo nada mais faz do que reproduzir o que está na Constituição. É a Constituição que estabelece, no inciso XLIII, que:

"A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, (...)."

Portanto, a Constituição, quando considerou inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia esses delitos, entre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ela não levou em consideração a situação pessoal do agente, ela levou em consideração uma determinada conduta.

Por isso, a questão de saber se se aplica ou não esse dispositivo, no meu entender, não tem nada a ver com a situação pessoal do agente. Está em saber se aquela conduta é ou não é tráfico ilícito de entorpecente.

Ora, o § 4º do art. 33, que institui uma causa de diminuição da pena, ele institui uma causa de diminuição da pena voltada exclusivamente para a condição pessoal do agente:

"Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 25 de 97

HC 118533 / MS

Eu não posso conceber que um crime seja "hediondo" no caso de o agente ter maus antecedentes, e não ser hediondo só porque ele tem bons antecedentes. Quer dizer, essa distinção, no meu entender, não é suficiente para nós estabelecermos uma exceção que a Constituição não estabelece.

De modo que pedirei vênias para acompanhar a divergência, denegando a ordem.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 97

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, só gostaria de fazer um comentário. Quer dizer, a Constituição considera inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. A consequência jurídica da posição da Relatora, que eu acompanhei, não afeta nem a inafiançabilidade, nem a concessão de graça ou anistia. Ao dizer que não é hediondo, a consequência prática é acelerar a progressão de regime e permitir o livramento condicional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Aqui é só o livramento condicional.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, a posição não é incompatível com a Constituição, com todas as vênias.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - E essa outra matéria é objeto de um outro **habeas**, até porque já tivemos, na Segunda Turma, este é julgamento específico, em que eu me conduzi desse jeito e fui voto vencido. Quer dizer, ainda há uma polêmica por ser decidida pelo Supremo.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 27 de 97

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, a minha dificuldade passa justamente pela precisão ou definição do que seja a hediondez de um crime. Crime hediondo é exatamente o quê? A hediondez diz com a conduta em si ou com as condições pessoais de quem exerce, desempenha, executa esta conduta, na linha do raciocínio empreendido, agora, pelo Ministro Teori?

Essa, desde logo, a minha dificuldade, porque não tenho dúvida, quanto ao art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006, que ele está privilegiando o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Quer dizer, trata do pequeno traficante, ou do dito tráfico privilegiado.

Aí, a questão seguinte que propunha para chegar a uma conclusão: se o juiz se equivoca - com todo o respeito, no caso concreto, parece-me que o juiz se equivocou ao considerar como pequeno traficante, não envolvido em atividade criminosa, pessoa que está carregando quase uma tonelada de maconha-, então, eu me perguntava se a eventual má aplicação da lei pelo juiz poderia me levar ao afastamento da tese. Eu fiquei entre essas duas questões.

E, com todo o respeito aos que pensam em contrário, diante da jurisprudência do Supremo na linha da inaplicabilidade, ou seja, do não afastamento da condição de hediondez, porque vinculada à conduta em si...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra Rosa, é uma questão que aflige a todos nós. Estamos tentando pensar numa melhor resolução.

Esse critério conceitual equipararia um menino de dezoito anos que esteja com cem gramas de maconha a um grande traficante internacional que esteja transportando internacionalmente mais de uma tonelada. Portanto, dizer que é hediondo, equipara essas duas situações, o que me

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 28 de 97

HC 118533 / MS

parece, com todo o respeito, uma injustiça patente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)- É a lição do Pacelli.

Como disse, Ministra Rosa, respeitando evidentemente o voto, trata-se de um caso grave, exatamente porque estamos levando em consideração um fundamento que, no caso, a olhos vistos, se o juiz errou - e eu não posso mudar, porque não sei quais as condições que ele considerou -, e o Supremo assentando que todo tráfico é hediondo, tal como posto pelo Ministro Fachin, pelo Ministro Teori, e imagino que deva prevalecer, apenas é preciso termos essa atenção do que acaba de afirmar o Ministro Barroso. Quer dizer, aquele menino de dezoito anos que pratica o tráfico, ou este que estava carregando na caminhonete, haverão de se submeter às mesmas condições, inclusive de cumprimento de pena.

É esse o drama desse voto, porque não tenho dúvida da gravidade, não tenho dúvida da seriedade. Mas a lição do professor Pacelli é exatamente isso, quando ele diz: Vamos todos considerar, carimbar que é hediondo, e esse carimbo, nessa decisão de hoje do Plenário, haverá de prevalecer não para os nosso julgamentos, mas para todo mundo.

Agradeço o aparte de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu também agradeço o aparte e devolvo a palavra a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministra Rosa, gostaria de fazer uma observação, porque a discussão está muito centrada no eventual erro **in judicando** do juiz de primeiro grau. Sucede que essa decisão do juiz de primeiro grau foi recorrida. Houve um recurso, a apelação manteve o erro **in judicando** do juiz, mas o STJ, julgando o mérito, restabeleceu - digamos assim - a jurisprudência que já é pacificada no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Então, particularmente, terei como ótica a última decisão proferida, que é a do STJ que entendeu especificamente, claramente, que o fato de haver uma causa de diminuição de pena não retira o caráter de hediondez do crime.

O resto, quando eu tiver que votar, vou falar, é porque Vossa Excelência estava sendo encurralada em razão da sentença, mas há um

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 97

HC 118533 / MS

acórdão aqui.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sempre gosto de ouvir. É muito interessante. Ouvindo as razões e os fundamentos de uma das correntes e, depois, da outra, realmente o espírito oscila... Eu gostaria muito de concluir no sentido do voto da eminente Relatora. Acho que até ficaria mais apaziguada, porém tenho dificuldade de concluir que a hediondez não esteja vinculada à conduta, em si, e sim às condições pessoais de quem executa a atividade delituosa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A própria natureza do crime que é definida no *caput* do art. 33.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - A natureza do crime, essa é a dificuldade. Não é o que eu desejo, é como faço a leitura. Então, peço todas as vênias à eminente Ministra Cármen Lúcia e aos que a acompanham para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Fachin.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 97

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público, ilustre Defensor Público, que fez uma belíssima sustentação, senhores presentes, advogados, estudantes.

Senhor Presidente, esse caso hoje pautado, ele cai como uma luva ao que vem veiculado, hoje, no editorial do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso. Sua Excelência lidera um movimento de descriminalização do uso da droga. E isso é um fato notório. E nesse artigo, publicado no jornal O Globo, ele destaca que, não obstante tenha essa propensão, é preciso ter as cautelas de distinguir a figura do usuário da figura do traficante.

Então, em resumo, o que diz Sua Excelência é o seguinte: uso é uso; tráfico é tráfico. Então, o tráfico foi eleito uma figura penal mais grave, tendo em vista os seus efeitos deletérios no meio social. E tanto assim o é que, sem prejuízo da menção que aqui já foi feita na parte relativa aos direitos fundamentais - e também é um direito fundamental do Estado impor a sua ordem penal - e na defesa da saúde das pessoas - uma Constituição que preza pela dignidade da pessoa humana -, a própria Constituição Federal faz essa equiparação. E, pelo princípio da supremacia constitucional, não vejo nenhuma irregularidade nessa opção do constituinte originário.

E, se assim não bastasse, quando a lei trata, infelizmente, da maior clientela da droga, que é o jovem e o adolescente, a lei dispõe que o Estado tem o dever de promover políticas públicas preventivas para evitar que o jovem e o adolescente sejam capturados pelo tráfico de drogas.

Então essa é a primeira observação que eu faria, salvo se Vossa Excelência tiver algum aparte.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 97

HC 118533 / MS

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, é que estou vendo que há uma manifestação por parte dos Colegas. Estou acompanhando com muita atenção o voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois não. Pensei que Vossa Excelência quisesse interferir. Apenas tive a gentileza de lhe dar a palavra.

Isso é um primeiro aspecto, Senhor Presidente.

O segundo aspecto é que, na verdade, eu vou repisar a lei, em auxílio à Ministra Rosa, que estava sustentando esse ponto de vista: é de somenos importância o **error in iudicando** do juiz. O Superior Tribunal de Justiça substituiu as decisões anteriores pelos seguintes termos: *é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no §4º do art. 33 da Lei, não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos.*

Ou seja, uma causa de diminuição de pena não descaracteriza o tráfico como crime hediondo, por quê? Porque a preocupação constitucional, o sentimento constitucional, a vontade constitucional está expressa numa regra geral, princípio **mater** consagrado nos direitos fundamentais, e na parte setorial de saúde do jovem e do adolescente para afastá-lo dessas drogas. Esse é um dos aspectos.

Então, a **ratio** da Constituição Federal é essa e, por isso, tráfico é tráfico. Agora, o que é tráfico privilegiado? Tráfico privilegiado é uma figura inexistente na lei penal. Não existe tráfico privilegiado. Não há essa figura. Se alguém encontrar, no Código Penal e nas leis especiais, essa figura, aí, realmente, vou me convencer desse posicionamento.

Evidentemente fica sempre mais oneroso discutir um voto da Ministra Cármen Lúcia, que traz sempre argumentos profundos e convincentes, mas, nesse caso específico, eu verifico que estamos na contramão do que preconiza a gênese da Constituição Federal com

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 97

HC 118533 / MS

relação ao tráfico de entorpecentes, a preocupação do constituinte em relação ao tráfico, a distinção que hoje em dia se vem fazendo entre o usuário e o tráfico e, finalmente, a nossa própria jurisprudência que, aqui, foram citados todos os acórdãos que eu mencionaria.

Aqui, trago apenas um trecho, que não foi citado pelos Ministros que me antecederem, no sentido assentado pela Primeira Turma, no **Habeas Corpus** nº 114.452, de um item que é bem específico não para o caso concreto, mas para a ideia de que o tráfico se desprende da pessoa do traficante, ele é hediondo por si só.

Então, disponho esse item do **habeas corpus**:

"A minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior. "

O reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se o Texto Legal, constitui, sem dúvida, incentivo para que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas.

Mutatis mutandis, no **Habeas Corpus** nº 118.577, Vossa Excelência também assenta, basicamente, esses mesmos fundamentos.

Por fim, Senhor Presidente, apenas para responder ao arguto argumento trazido pelo ilustre defensor público, há uma profunda diferença entre homicídio privilegiado e tráfico privilegiado. Em primeiro lugar, não encontramos a figura penal do tráfico privilegiado, e encontramos o homicídio privilegiado constando do Código Penal. Entretanto, o homicídio é privilegiado porque leva-se em consideração...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 97

HC 118533 / MS

permite? Mesmo assim, o Código Penal não se refere a homicídio privilegiado. Há o homicídio simples, o qualificado e o culposo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, mas mesmo nessa conotação, o que o Código Penal e a doutrina assentam? Que esse homicídio é atenuado por força do elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo do agente é atenuado em razão das circunstâncias da prática do delito.

Aqui, não. Aqui houve uma opção objetiva legislativa no sentido de que tráfico é tráfico e deve ser tratado igualmente, salvante a peculiaridade de se conferir uma causa de redução da pena para o traficante esporádico, primário, de bons antecedentes, coisas que ainda não conseguimos enxergar ainda nesses anos de justiça penal na Primeira Turma. Por outro lado, Senhor Presidente, no caso concreto, não se pode imaginar um usuário com setecentos quilos de droga, porque aí ele vai usar isso até na outra vida.

De sorte que estou pedindo todas as vênias, Senhor Presidente, para acompanhar a divergência que foi inaugurada pelo Ministro Fachin, seguida pelo Ministro Teori Zavascki e pela Ministra Rosa Weber, com a vênia da eminente Ministra-Relatora.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 97

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 118.533**

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S) : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA

PACTE.(S) : ROBINSON ROBERTO ORTEGA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), concedendo a ordem para afastar a natureza hedionda do crime praticado, no que foi acompanhada pelo Ministro Roberto Barroso, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, denegando a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelos pacientes, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor-Público, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.06.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 97

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), em favor de Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial 1.297.936/MS.

Os pacientes foram condenados por tráfico de drogas, com a aplicação de causa diminuição de pena – art. 33, *caput* combinado com o § 4º, da Lei 11.343/06.

As penas do tráfico de drogas (art. 33) e do tráfico por equiparação (§ 1º) são diminuídas de um sexto a dois terços desde que “o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (§ 4º). Trata-se do chamado tráfico privilegiado.

O que se debate no presente caso é se o tráfico privilegiado submete-se ao regime jurídico dos crimes equiparados a hediondo, enunciado pelo art. 5º, XLIII, da CF e regulamentado pelo art. 2º da Lei 8.072/90, pelo art. 44 da Lei 11.343/05 e pelo art. 83 do CP.

Na sessão do Plenário de 24.6.2015, após os votos dos ministros Cármen Lúcia e Roberto Barroso, concedendo a ordem para afastar o caráter hediondo do crime, e os votos dos ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, denegando a ordem, pedi vista dos autos.

Feita essa recapitulação, passo aos fundamentos de meu convencimento.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 97

HC 118533 / MS

Em primeiro lugar, alinho-me à ministra Cármen Lúcia para ressaltar que a aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não é objeto da discussão. A quantidade da droga e a circunstância de que a carga era escoltada por batedor indicam que atores envolvidos na operação criminosa estavam associados para a prática desse crime. Dentre os condenados, é provável que ao menos o batedor estivesse, naquele momento, dedicado “às atividades criminosas”. Mas essas considerações são meramente laterais, uma vez que a aplicação da privilegiadora é uma questão decidida de forma definitiva pelas instâncias antecedentes.

Definida a aplicação da privilegiadora, resta saber se o tráfico privilegiado submete-se ao regime jurídico dos crimes equiparados a hediondo, enunciado pelo art. 5º, XLIII, da CF e regulamentado pelo art. 2º da Lei 8.072/90, pelo art. 44 da Lei 11.343/06 e pelo art. 83 do CP.

Mandados de criminalização. A Constituição de 1988 contém diversas normas que determinam, expressamente, a criminalização de um amplo elenco de condutas, conforme se observa nos seguintes incisos do art. 5º:

“XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 97

HC 118533 / MS

No mesmo sentido, o art. 7º, inciso X, ao assegurar, em favor dos trabalhadores urbanos e rurais, a proteção do salário na forma da lei, estabelece, expressamente, que “*constitui crime sua retenção dolosa*”. De igual modo, prevê o art. 227, § 4º, da Constituição, que “*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.*” Da mesma forma, estabelece o art. 225, § 3º, que “*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*”

É possível identificar, em todas essas normas, um mandado de criminalização dirigido ao legislador, tendo em conta os bens e valores objeto de proteção.

Em verdade, tais disposições traduzem importante dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado obriga-se não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do poder público, como, também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros.

Os direitos fundamentais não podem, portanto, ser considerados apenas proibições de intervenção. Expressam, igualmente, um postulado de proteção. Utilizando-se da formulação de CANARIS, pode-se dizer que os direitos fundamentais contemplam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbote*), como, também, uma de proteção insuficiente (*Untermassverbote*). (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS 1989, p. 161 (163).

Sob esse ângulo, é fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a legal, permitindo que se

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 97

HC 118533 / MS

reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever estatal de tomar as providências necessárias à realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Nessa linha, as normas constitucionais acima transcritas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte, traduzido em mandados de criminalização expressos, dirigidos ao legislador.

Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras constituições adotam orientações assemelhadas (Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, *c*, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I). É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia.

Regime constitucional e legal do tráfico de drogas. O art. 5º, XLIII, da CF, estabelece um mandado de criminalização, uma ordem direcionada ao legislador, com o seguinte conteúdo: *a lei considerará crime a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

A Constituição selecionou três incidências que considerou particularmente graves – tortura, tráfico de drogas e terrorismo – e determinou que o legislador desse a elas tratamento penal. Em sintonia com esse dever de criminalizar, o constituinte eliminou o poder de perdoar, ao vedar a graça e a anistia.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 97

HC 118533 / MS

O regime rigoroso conferido aos acusados de tortura, tráfico de drogas e terrorismo também se manifesta na vedação de fiança.

Para além disso, o constituinte deixou o regime penal e processual dessas condutas a cargo do legislador ordinário. Muito embora estabeleça que a responsabilidade deve recair sobre mandantes, executores e omissos, o constituinte não determina idêntica responsabilidade para todas as condutas.

Incumbe ao legislador, de acordo com as circunstâncias e consequências de cada conduta, estabelecer os tipos penais, definindo penas proporcionais a cada ilícito.

Assim, a lei que trata dos crimes de tortura define as figuras típicas básicas (art. 1º, I, II e §1º) e qualificadas (§ 3º), e estabelece causas de aumento de pena (§ 4º). Para a omissão, comina pena bem mais modesta (§ 2º) – todos da Lei 9.455/97.

Fenômeno semelhante ocorre com o terrorismo. A lei respectiva inicia definindo *terrorismo* (art. 2º). Em torno da definição, faz gravitar condutas, estabelecendo penas a elas correspondentes – prática de atos de terrorismo, doze a trinta anos de reclusão (art. 2º, § 1º); participação em organização terrorista, cinco a oito anos de reclusão e multa (art. 3º); realização de atos preparatórios de terrorismo, a pena do ato consumado, reduzida até a metade (art. 5º); financiamento ao terrorismo, quinze a trinta anos de reclusão (art. 6º, todos da Lei 13.260/16).

Ou seja, o legislador tem margem para definir condutas diferentes, com penas maiores ou menores.

A questão está em saber se mesmo condutas com menor lesividade são, sempre e necessariamente, reconduzidas ao dispositivo constitucional e, portanto, submetidas ao regime constitucional dos

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 97

HC 118533 / MS

crimes hediondos – crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia.

No caso específico do tráfico de drogas, trata-se de avaliar se toda e qualquer transação ilícita envolvendo drogas é um crime submetido ao regime constitucional dos crimes hediondos, ou se o legislador tem algum espaço para definir de forma diversa.

Penso que o legislador tem, sim, margem de conformação, podendo prever figuras que envolvam transação ilícita com drogas, mas que não configurem crime equiparado a hediondo. Isso porque o mandado de criminalização não exclui a necessidade de adotar uma reação estatal proporcional ao injusto. E, ainda que o constituinte tenha avaliado que, de modo geral, as transações ilícitas com drogas são uma conduta especialmente insidiosa, seria desproporcional concluir que isso sempre ocorresse.

Sob esse aspecto, o tráfico de drogas tem peculiaridades em relação aos demais crimes qualificados constitucionalmente de hediondos – tortura e terrorismo. A simples enunciação dos termos “tortura” ou “terrorismo” denota o especial desvalor da conduta relacionada.

Tortura e terrorismo são definidos pela legislação de regência pela conjugação de ações violentas com propósitos especialmente insidiosos, como “obter informação, declaração ou confissão”, “provocar ação ou omissão de natureza criminoso”, ou “provocar terror social ou generalizado”.

Se uma conduta não for suficientemente grave, não será definida como tortura ou terrorismo.

No tráfico de drogas, essa particular gravidade não está pressuposta. A expressão constitucional “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” tem espectro denotativo muito amplo. Se interpretada ao pé da

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 41 de 97

HC 118533 / MS

letra, toda e qualquer transação ilícita envolvendo drogas será um crime de *status* hediondo.

Essa interpretação não produz resultados razoáveis.

É possível que uma transação com drogas, em suas circunstâncias, não denote particular gravidade. Veja-se, por exemplo, a conduta de “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”, tipificada no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06. Trata-se de uma conduta valorada pelo legislador como de menor potencial ofensivo, punida com pena máxima de um ano de detenção e multa. Não faria sentido algum considerar tal infração um crime inafiançável.

E, de fato, o legislador ordinário deixou essa disposição fora do regime dos crimes equiparados a hediondo – art. 44 da Lei 11.343/06. Essa foi uma inovação substancial. Por ocasião da promulgação da Constituição, vigia a Lei 6.368/76, que não dava tratamento mais favorável ao oferecimento para consumo conjunto – art. 12.

Se não houvesse espaço de conformação, a exclusão seria inconstitucional.

Esse dispositivo bem ilustra como determinadas transações com drogas podem, sim, denotar baixa gravidade. E isso pode ocorrer em várias hipóteses.

Como apontei no caso que trata da constitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal – RE 635.659, sessão de 10.9.2015 –, as fronteiras entre o vício e o tráfico são fluidas. O viciado está numa situação de especial vulnerabilidade, que merece uma reação voltada mais à recuperação e menos à punição. Relembro:

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 42 de 97

HC 118533 / MS

“Cabe citar, sobre esse aspecto, denso estudo sobre a recorrente situação de pessoas presas em flagrante na posse de drogas (Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República).

Segundo a pesquisa, na qual foram examinadas 730 sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de entorpecentes no período de outubro de 2006 a maio de 2008, por volta de 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%) e com pequena quantidade de droga (inferiores a 100g).

Outro dado interessante é que, em apenas 1,8% dos casos da amostra, houve menção ao envolvimento do acusado com organizações criminosas.

A pesquisa constatou, também, uma considerável presença de jovens e adolescentes nas ocorrências. A maioria dos apreendidos (75,6%) é composta por jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos.

Verificou-se, ainda, que 62,1% das pessoas presas responderam que exerciam alguma atividade remunerada – formal ou informal. Revela a pesquisa, também, que 57% das pessoas não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes.

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.

Não se está aqui a afirmar que a palavra de policiais não mereça crédito. O que se critica é deixar exclusivamente com a autoridade policial, diante da ausência de critérios objetivos de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 43 de 97

HC 118533 / MS

distinção entre usuário e traficante, a definição de quem será levado ao sistema de Justiça como traficante, dependendo dos elementos que o policial levar em consideração na abordagem de cada suspeito.”

Nem sempre será proporcional tratar o viciado que repassa drogas para sustentar o vício como autor de um crime hediondo.

Por todas essas razões, tenho que a Constituição dá ao legislador algum espaço para retirar do âmbito dos crimes hediondos algumas condutas de transação ilícita com drogas.

Por óbvio, há casos em que o legislador não pode fugir do regime da hediondez. Casos que denotem habitualidade e intuito de lucro no trato com quantidade significativa de drogas pesadas, claramente, amoldam-se ao regime constitucional.

Por outro lado, a pequena monta do tráfico, a inexistência de habitualidade, eventuais motivos nobres, a coação resistível etc. podem servir de fronteira para descaracterizar a hediondez.

O legislador pode afastar a hediondez de duas formas: ou criando figuras típicas à margem do regime constitucional, ou relegando ao juiz certa margem de avaliação para decidir, na sentença, se o fato tem a necessária gravidade.

Em qualquer hipótese, a descaracterização da hediondez é exceção. O legislador precisa de fazer constar, do texto legal, a exclusão, ou o poder do juiz para excluir.

Resta ver se, no caso específico do tráfico privilegiado, o legislador optou por tratar o fato como crime equiparado a hediondo ou não.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 44 de 97

HC 118533 / MS

Tenho que o legislador fez essa opção, ao especificar os crimes da lei de drogas que são sujeitos ao tratamento constitucional:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Deixou-se de fora tanto o já mencionado art. 33, § 3º – oferecimento para consumo conjunto – quanto o art. 33, § 4º – tráfico privilegiado.

Não desconheço que o art. 44 menciona os tipos penais que são considerados hediondos, incluindo na lista o art. 33, *caput* e § 1º. Muito embora se costume falar em tráfico privilegiado, em verdade o § 4º traz uma causa de diminuição de pena, aplicável sobre o art. 33, *caput* e § 1º:

“§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

Ainda que privilegiadoras e qualificadoras, de um lado, e causas de diminuição e de aumento de pena, de outro, acrescentem circunstâncias, objetivas ou subjetivas, a um tipo penal básico, há diferenças importantes entre ambas.

As privilegiadoras e qualificadoras trazem uma nova cominação de penas, respectivamente inferior ou superior àquela do tipo básico. Já as causas de diminuição ou aumento de pena estabelecem um percentual de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 45 de 97

HC 118533 / MS

redução ou aumento sobre a pena cominada no tipo base. Leciona Cézár Bittencourt:

“Alguns doutrinadores não fazem distinção entre as majorantes e minorantes e as qualificadoras. No entanto, as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais – tipos derivados – com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem sua variação” - BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 762.

Não há dúvida, não estamos diante de um tipo penal novo em relação ao crime de tráfico de drogas. Nem mesmo de um tipo derivado se trata. Ninguém comete o crime do art. 33, § 4º. Comete-se o crime do art. 33, *caput*, ou de seu § 1º, ainda que, na terceira fase da aplicação da pena, o agente seja beneficiado pela diminuição de pena prevista no § 4º. Não há um tipo penal derivado, mas a incidência de uma causa de diminuição de pena sobre o tipo penal básico.

Ainda assim, tenho que, caso o objetivo fosse tratar o tráfico privilegiado como crime hediondo, o art. 44 mencionaria o § 4º do art. 33.

Ou seja, tenho que o legislador excluiu o tráfico privilegiado do tratamento dado aos crimes hediondos.

Resta ver se a hipótese do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 permitia ao legislador afastar-se do regime constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça respondeu a essa questão negativamente, no precedente que levou à edição da Súmula 512 – “*A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.*

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 46 de 97

HC 118533 / MS

11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

Esse enunciado é baseado no REsp 1.329.088, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13.3.2013. Daquela feita, afirmou-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 é baseada em critérios subjetivos, não no fato em si, pelo que não se poderia refugir ao regime constitucional.

Não há dúvida de que os requisitos da causa de redução de pena dizem respeito exclusivamente ao agente – *“seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”*. Mas, por outro lado, denotam que o envolvimento com o tráfico de drogas – e com o crime em geral – é episódico.

Tenho que é o caráter isolado do envolvimento com o crime que autoriza o afastamento do regime constitucional.

Aliás, quanto a esse ponto, não é incomum a alegação de que a privilegiadora socorre os pequenos traficantes. Não se trata de uma verdade absoluta. A percepção mais correta é a de que o dispositivo é aplicável ao agente que tomou parte no crime de forma episódica. Nos dizeres da lei, as penas são reduzidas para o agente que *“seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”*. Todas essas circunstâncias dizem com a inexistência de participação do agente em crimes para além de uma oportunidade.

O próprio caso em análise ilustra como a privilegiadora é aplicada a pessoas que, em um momento, envolvem-se em grandes incidentes de tráfico de drogas.

O caso tratou do transporte rodoviário de 772 kg (setecentos e

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 47 de 97

HC 118533 / MS

setenta e dois quilos) de maconha. Segundo a prova, o motorista que dirigia o veículo tinha profissão lícita, não tinha antecedentes criminais, mas foi contratado para conduzir a carga de três quartos de tonelada.

E esse não é um caso singular. Pelo contrário, o proceder aqui revelado é perfeitamente adequado à forma racional como o tráfico de drogas costuma organizar-se para minimizar o impacto da repressão estatal. As pessoas que estão em contato direto com a droga durante o transporte são aquelas com maior risco de prisão. Considerado o risco, não são os membros ativos das associações criminosas que fazem essa atividade. É comum o recrutamento de pessoas com a ficha limpa para atuarem, *ad hoc*, como “mulas” e motoristas do tráfico. Além da remuneração, o contratado tem o conforto da expectativa de, caso apanhado, receber penas baixas, tendo em vista a aplicação da privilegiadora. Ou seja, não são apenas os pequenos traficantes que recebem o benefício.

Em suma, tenho que o legislador optou, de forma válida, por excluir a modalidade criminosa do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 do regime constitucional dos crimes equiparados a hediondo.

Além do regime constitucional, há previsões legais que dão ao condenado por tráfico de drogas sanções mais severas do que as comuns. Tenho que ao tráfico privilegiado, tampouco, essas disposições se aplicam.

No que se refere ao **livramento condicional**, o parágrafo único do já mencionado art. 44 da Lei 11.343/06 é expresso ao estabelecer que o regime mais severo é aplicável aos crimes mencionados em seu *caput*:

“Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.”

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 48 de 97

HC 118533 / MS

Relembre-se que o § 4º do art. 33 não é mencionado no *caput* do dispositivo. Logo, a regra mais gravosa quanto ao livramento condicional não se aplica.

E, no que tange à **progressão de regime**, o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 estabelece um regramento mais rigoroso do que o ordinário, aplicável ao tráfico de drogas:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.”

Seguindo a linha aqui defendida, por tráfico de drogas deve ser entendida a conduta que se amolda ao art. 5º, XLIII, da CF. Não é o caso do tráfico privilegiado. Portanto, a regra mais gravosa à progressão de regime de cumprimento de pena não se aplica.

Ante o exposto, peço vênias à divergência e **acompanho a Relatora, para conceder a ordem, assentando que aos incursos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não se aplicam os regimes mais severos previstos no art. 5º, XLIII, da CF (equiparação a crime hediondo), no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06 (livramento condicional) e no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 (progressão de regime).**

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, essa causa de redução da pena do art. 33, § 4º, é bastante complexa quando vista da perspectiva do que ocorre na realidade social.

O Ministro **Gilmar Mendes** destacou, com fundamento normativo, que o art. 44 da mesma Lei de Drogas estabelece que os crimes previstos nos arts. 33, **caput** e § 1º - então, excluindo-se o tipo do § 4º -, e de 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de **sursis**, graça, indulto, anistia ou liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Por outro lado, nós temos a disposição que equipara o tráfico de drogas a crime hediondo, de uma maneira geral.

Como destacado no voto do Ministro **Gilmar Mendes**, era um motorista que, embora não tivesse antecedentes criminais e fosse primário etc., estava conduzindo uma carreta com setecentos e setenta e dois quilos de maconha, o que já é um indicativo de que ele estaria atuando para uma organização criminosa, porque o caminhão tinha até batedor. Tinha até batedor protegendo a valorosa carga que transportava. Tinha segurança para transporte do ilícito.

A aplicação da causa de redução da pena do § 4º do art. 33 parece que já ficou de bom tamanho para o caso concreto, embora o que nós estejamos, aqui, a julgar, é a tese. Mas, só para dar um exemplo do pano de fundo... Por quê? Qual é a preocupação que eu gostaria de manifestar? É que, ao se afastar a hediondez desse, popularmente chamado, tráfico privilegiado, tecnicamente uma causa de redução da pena, nós faremos com que, cada vez mais, as organizações criminosas procurem pessoas com bons antecedentes e atraiam, muito provavelmente com oferecimento de valores razoáveis, para que elas corram o risco de se aventurar no ilícito e de se iniciar no ilícito. Porque uma carreta de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 50 de 97

HC 118533 / MS

setecentos e setenta e dois quilos de maconha, com batedor, só pode ser algo de uma organização criminosa. Não é algo aleatório, não é uma carga que uma pessoa vai consumir, não é algo isolado.

Então, minha preocupação é - ao se afastar a hediondez para o tráfico privilegiado, com a causa de redução da pena do § 4º do art. 33 - estimular as organizações criminosas a agregar cada dia mais pessoas à organização criminosa.

Por essa razão consequencialista e, também, por se tratar de tráfico, não dá para distinguir: se o tráfico como um todo é equiparado a crime hediondo, como afirmar que essa, que é uma causa de redução da pena, é diferente e não seria, também, um crime hediondo?

Eu gostaria de anotar que, embora estejamos, no Plenário, a enfrentar, pela primeira vez, em conjunto, todos juntos, o tema, as Turmas têm aceitado, em decisões isoladas, tanto a Primeira quanto a Segunda, o caráter da hediondez do chamado tráfico privilegiado. Cito, como exemplos, o agravo regimental no HC 114.452/RS, Ministro **Luiz Fux**; e o HC 118.577 MS, Segunda Turma, Ministro **Ricardo Lewandowski** - da época em que Sua Excelência integrava a Segunda Turma, 2013. No mesmo sentido, de relatoria minha, destaco o RHC 118.195/DF e o HC 114.558, Primeira Turma, este, julgado recentemente, 8 de abril de 2015. Também, quando proferi meu voto, subscrevi os argumentos do Magistério de Guilherme de Souza Nucci - permitam-me fazer a leitura.

Disse Souza Nucci:

"(...)

Figuras de tráfico ilícito de drogas equiparadas a hediondos: são as previstas nos arts. 33, **caput**, e § 1º, e 34 a 37, a teor do dispositivo 44, que proíbe liberdade provisória com ou sem fiança, suspensão condicional da pena, graça, indulto, anistia (...), bem como reitera que o livramento condicional somente dar-se-á após o cumprimento de dois terços da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico. Lembremos de alertar que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 51 de 97

HC 118533 / MS

delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que são assim considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º (...).”

No voto por mim proferido no HC 118.195, julgado em 10 de setembro de 2013, trouxe precedentes; naquele caso concreto, havia parecer da Procuradoria-Geral da República, o qual transcrevi, no seguinte sentido:

“O crime de tráfico de drogas, cuja tipificação se encontra no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 é conduta equiparada aos crimes hediondos, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, inciso XLIII), assim definidos em lei (Lei nº 8.072/90), sujeitando-se, portanto, ao tratamento dispensado a tais crimes.

O fato de os recorrentes terem sido beneficiados com o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 113.343/06 não afasta o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes. Na verdade, apenas abranda a pena do pequeno traficante que não seja contumaz na prática do referido delito. Ou seja, quando tratar-se de réus primários, possuidores de bons antecedentes e não se dediquem a atividades criminosas, nem integrem organização criminosa.”

Então, Senhor Presidente, eminentes Colegas, subscrevendo e reiterando o voto já proferido, bem como esses magistérios trazidos na doutrina e nos pareceres fornecidos, embora, no parecer do caso específico, subscrito pelo Dr Edson, o Ministério Público tenha se manifestado pela concessão da ordem, segundo o documento que eu tinha -- mas o Procurador-Geral identifica, agora, a retificação da orientação, exatamente nesse sentido que li de um outro parecer num caso que julguei.

Quem pode dizer se esse motorista já também não integrava essa

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 52 de 97

HC 118533 / MS

organização criminosa? Porque setecentos e setenta e dois quilos, em uma carreta, com batedores? Tudo indica que era um caso realmente extremamente grave.

Então, Senhor Presidente, peço vênias à eminente Relatora e aos eminentes Colegas que proferiram votos substanciosos no sentido de acompanhá-la, para acompanhar a divergência aberta pelo eminente Ministro Luiz Edson Fachin.

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, começo pelo fim. Dizem que sou progressista, libertário, indulgente, pronto a perdoar a qualquer momento. Não é bem assim. Sou simplesmente um juiz que interpreta a norma, que entende que atividade judicante mostre-se, acima de tudo, vinculada ao Direito positivo.

Enquadrar-se ou não o tráfico de drogas na Lei nº 8.072/1990, traz consequências gravosas para o réu, uma vez que se tem, como regime inicial de cumprimento da pena, necessariamente, não se aplicando o § 3º do artigo 33 do Código Penal, fechado, que a progressão só surge possível, se não for reincidente, após o cumprimento de 2/5 da reprimenda, e, no caso de reincidente, 3/5. Ocorre também que o período alusivo à prisão provisória é um período dilatado de 30 dias, passível de ser prorrogado por igual tempo.

Não há a menor dúvida de que se deu normativamente ao tráfico de drogas tratamento todo próprio. Sequer a Lei nº 8.072/1990 o aponta no rol dos crimes hediondos. Pelo artigo 2º do aludido diploma legal, aplicam-se os parágrafos aos crimes hediondos e – vejam em que patamar se colocou o tráfico de drogas – também à prática da tortura. Aí vem o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. E tem-se o regramento especial.

Recuso-me a considerar que um delito pode ser privilegiado. Trata-se de apelido dado pela jurisprudência. Não existe crime privilegiado. No caso do tráfico ilícito de entorpecentes, há causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Houve opção normativa, pelos legisladores, pelo Congresso Nacional, partindo da premissa de que o tráfico é crime causador de muitos delitos. Chegou-se a rigor maior quanto ao tráfico de entorpecentes.

Não posso potencializar – e disse o ministro Dias Toffoli que a situação do paciente está de bom tamanho, porque ele já foi beneficiado,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 54 de 97

HC 118533 / MS

muito embora ele numa cadeia reveladora de uma organização criminosa, com a causa de diminuição da pena do § 4º do artigo 33 –, não posso, no caso, partir para a interpretação e estabelecer, na Lei nº 8.072/1990, exceção não contemplada pelo legislador. Tem-se uma regra quanto ao tráfico, pouco importando se haja ou não a incidência da causa de diminuição do § 3º do artigo 33, no que concerne ao tráfico, existem as consequências previstas na Lei nº 8.072/1990.

O ministro Dias Toffoli ressaltou que o paciente foi surpreendido transportando – como condutor, como ele, portanto, pessoa da confiança da organização criminosa – setecentos quilos de maconha.

Não tenho como sair desses parâmetros normativos e dar um passo que não dei no tocante à inconstitucionalidade, declarada pelo Supremo, da cláusula da Lei de Drogas relativa à liberdade provisória. Votei também no sentido da constitucionalidade, como o fiz no que se refere à cláusula vedadora da substituição da pena privativa de liberdade pela privativa de direitos.

Por isso, reafirmando que simplesmente busco atuar como juiz, vinculado ao Direito positivo, acompanho o ministro Luiz Edson Fachin, no que divergiu da Ministra Relatora para indeferir a ordem.

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, tenho que reconhecer, a Relatora também já o fez, que, talvez, este não seja o melhor caso para debate, tendo em vista a expressiva quantidade de droga. Mas é notório que o legislador teve o intuito, seja nesse chamado tráfico privilegiado, seja naquela situação especial do consumo conjunto, de emprestar um tratamento diferenciado. Se partirmos da premissa de que esse sujeito, esse elo da cadeia já integra a organização criminosa, obviamente que não se aplica o § 4º. O ministro Toffoli enfatizou isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência tem toda razão. O *habeas corpus*, Presidente, não é ação de mão dupla. Tem-se parte única, o paciente, personificado pelo impetrante.

O que articulei o foi como reforço de argumentação. Longe de mim pretender implementar ordem prejudicial ao paciente, no que já foi, a meu ver, de forma equivocada, beneficiado com a causa de diminuição da pena.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Dado que eu até chamei atenção - o Ministro Gilmar chegou a fazer referência - é que nós temos uma decisão, na qual constou expressamente que havia essa situação a privilegiar aquela condição. Se esse condutor era contratado, ou o que era, nós não temos como voltar às provas e rever isso nessa instância e no *habeas*.

Isso foi caracterizado e eu chamei atenção desde o início. Estamos discutindo uma tese num caso que não é nem um pouco bom para essa tese.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 56 de 97

HC 118533 / MS

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A questão jurídica é única: saber se coabitam o mesmo teto o disposto na Lei nº 8.072/1990 e a causa de diminuição da pena. O ministro Gilmar Mendes respondeu que não, e os outros, que sim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas essa que é a questão, porque me parece que o legislador, tanto na primeira hipótese, quanto na questão do chamado tráfico privilegiado, quis emprestar... Tanto é que, como já foi observado e Vossa Excelência apontou, nós também declaramos a inconstitucionalidade de normas dessa lei que impunham um tratamento muito mais rigoroso em relação ao tema. E, para mim, é extremamente grave, a partir dessa decisão, manter-se aquilo que está na Súmula 512 do STJ, que é a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, portanto, atendidos todos aqueles requisitos, inclusive não integrar a organização criminosa. Por quê? Se nós afirmamos que ele integra a organização criminosa, ou partimos dessa premissa, obviamente, não se aplica mais o § 4º. Então, não temos o que fazer. Não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Essa é a questão. Quer dizer, aqui, como o ministro Barroso sempre se preocupa, é que está a tese, expressa na manifestação do STJ, nessa Súmula 512. Ou seja, mantido esse julgamento e preservada essa orientação aqui no Plenário, obviamente isso terá todas as consequências, o tal tráfico privilegiado será tratado, de forma geral, como crime hediondo. Essa é a implicação, isso que me preocupa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Aqui, eu entendi que não tinha como nós mudarmos o que estava posto, no sentido de que esse era o fato, tinha sido reconhecido. E, num dos

HC 118533 / MS

memoriais que nos foram encaminhados, aliás, a firmar-se esta tese que está sendo firmada, agora, já por maioria, nós recebemos, entre outros memoriais, o da Conectas. E, ali, o item é esse: impacto da hediondez do tráfico no encarceramento - e eles fazem uma diferença inclusive do encarceramento de homens e mulheres -, afirmando-se que o impacto dessa lei elevou a quantidade de pessoas presas condenadas por tráfico de drogas, de 2005 a 2014, em 340%.

Quando se faz um recorte, por exemplo, do gênero, percebe-se que, no mesmo período, o número de mulheres presas condenadas por tráfico de drogas aumentou aproximadamente em 600%. E, nos últimos dados que eu estou vendo, é exatamente porque as mulheres - é um dado da ONU -, os dados mais recentes apontam que atualmente 68% das mulheres encarceradas no Brasil estão detidas por tráfico de drogas, porque elas estão sendo usadas, e como se trata de crimes hediondos, elas estão sendo mantidas presas com todas as condições por isso, elas podem ser condenadas mesmo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Também os menores são usados, não é?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Exatamente. Então, neste caso, o que se tinha dos dados iniciais do processo, e que nós não iríamos rever aqui, era exatamente essa questão da terceirização de alguns trabalhos que são feitos, como, por exemplo, a condução, sem que esta pessoa tenha nada a ver, até para ela não saber quem é o traficante, e não poder entregar na organização criminosa. Essa é uma das técnicas usadas. E firmar-se essa tese, que o Ministro Toffoli chamou a atenção para essa circunstância, temos até nas duas Turmas decisões que reconhecem, a partir de hoje, nenhuma mais vai poder reconhecer, porque nós estamos dizendo que não existe mais, pelo Plenário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É uma

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 58 de 97

HC 118533 / MS

equiparação que fará mal ao sistema e eu gostaria de reiterar o meu apoio ao voto de Vossa Excelência. E esse mesmo memorial da Conectas e do Instituto do Direito de Defesa esclarece que a maioria das pessoas que é presa por tráfico, é presa com quantidades inferiores a 100 gramas. Portanto, nós vamos equiparar isso a crime hediondo, com todas as implicações que tem sobre o Sistema Penitenciário?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)- Como eu disse, neste caso, não é bom. Eu visitei, no sábado, uma penitenciária acompanhada de um psicólogo, de um capelão e de um especialista em drogas, um médico, e ele dizia isso: "O que cresceu é assustador em termos de serem considerados todos traficantes". Nessa penitenciária que eu visitei no sábado, ele disse: "É impossível ter crescido aqui 800% do tráfico. Impossível, porque inclusive eles se degladiariam entre eles". Não é isto. É porque eles usam e aí são pegos. E são pegos, muitas vezes, estes. No caso das mulheres, eu não tenho dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Teríamos intermediários – o "aviãozinho", por exemplo, na entrega do tóxico, que não poderia mais ser enquadrado como traficante!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Marco Aurélio, não é nem que não possa ser. É uma questão um pouco de política criminal e de política judiciária.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Ele será enquadrado, mas nessa característica.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Essa pessoa, ela é presa e colocada no sistema, e é imediatamente reposta. Portanto, nós criamos uma imensa sobrecarga para o sistema sem

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 59 de 97

HC 118533 / MS

nenhuma consequência relevante para o problema que queremos enfrentar que é a continuidade do tráfico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Combate ao tráfico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, eu acho que a equiparação que exacerba o regime de prisão e dificulta as medidas alternativas, eu acho que sobrecarrega o sistema com as pessoas erradas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Eu acho que, além da sobrecarga, um outro dado. Na PPP, Penitenciária da Parceria Público- Privada de Minas, um dos presos me disse o seguinte: "Vocês dizem, professora, que querem ressocializar. Por que vocês acham que eu não me socializo? Eu não sou bicho!" Literalmente, estou repetindo o depoimento dele: "Eu não sou bicho. Então, me ponha aqui dentro, porque, separando por crime, eu sou traficante, eu vou conviver com estes, porque eu não vou ficar sozinho. Eu estou socializado. Quando eu for lá pra fora, eu vou procurar um outro tipo de gente, porque agora eu não tenho mais como voltar para o meu grupo."

Quer dizer, o modelo é um modelo perverso e errado. Nada a ver com este julgamento, mas significa que nós temos que repensar isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Talvez o sistema, considerada a situação das próprias penitenciárias, é que seja ruim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu queria aproveitar esse ensejo, não vou ler o meu voto, mas eu trago alguns dados. A minha posição tradicional, neste Supremo Tribunal Federal, que está expressa, por exemplo, no HC 110.884, sempre foi no sentido de não permitir que o tráfico privilegiado possa se afastar dessa classificação de hediondo. Mas eu queria trazer alguns dados que realmente são impactantes.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 60 de 97

HC 118533 / MS

O InfoPen, do Ministério da Justiça, colacionou algumas informações, que datam de dezembro de 2004, e dão conta – e os números impressionam – que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28%, mais precisamente 174.216 presos ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. Portanto, quase 30% desses mais de 600.000 estão presos por tráfico de drogas. Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% são mulheres encarceradas. E hoje nós temos a quinta maior população do planeta, levando em conta o número de mulheres presas, que estão envolvidas com tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico.

Um outro dado que impressiona, só para ajudar aqui na discussão: estima-se que a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente, ou seja, algo em torno de 80.000 pessoas, em grande maioria mulheres, tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio.

Portanto os números impressionam: 30% dos presos, dos mais de 600.000 presos estão lá no sistema penitenciário porque praticaram algum delito ligado ao tráfico de drogas, e 45% desse contingente, na sua maioria mulheres, ou seja, 80.000 pessoas tiveram na sentença o reconhecimento do privilégio. A situação é dramática. É uma questão de política criminal. Eu acho que, aqui, além da questão propriamente de interpretação, de hermenêutica jurídica, há um fato que o Supremo Tribunal Federal deve considerar que é esse.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 61 de 97

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

| | |
|------------------------|--|
| RELATORA | : MIN. CÁRMEN LÚCIA |
| PACTE.(S) | : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA |
| PACTE.(S) | : ROBINSON ROBERTO ORTEGA |
| IMPTE.(S) | : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO |
| PROC.(A/S)(ES) | : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL |
| COATOR(A/S)(ES) | : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA |

VISTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, após o voto da eminente Ministra-Relatora, eu me encaminhei em sentido diverso. E um dos fundamentos foi exatamente um acórdão da lavra de Vossa Excelência, como Vossa Excelência acabou de registrar, que era - ou ainda é - nesse sentido, o posicionamento de Vossa Excelência no HC 118.351, em cujo julgamento perante a Segunda Turma Vossa Excelência inclusive foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia pelo registro que tenho aqui.

A divergência que acabei inaugurando foi, a rigor, no sentido de manter aquilo que depreendi ser a orientação deste Supremo Tribunal Federal, inclusive do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, que tenho aqui alguns precedentes também nessa direção.

Mas eu entendo que o tema tem uma repercussão imensa, como Vossa Excelência acaba de dizer, e um impacto inegavelmente também imenso sobre o sistema carcerário. E as consequências deste julgamento, ainda que o caso concreto não seja uma boa moldura na qual caiba a fotografia da tese, eu tomaria a liberdade de propor ao Plenário, em forma de diálogo, a suspensão da emissão de meu posicionamento e pediria vista para examinar essa matéria quiçá com esta dimensão mais elástica. E trarei, mantendo ou não o posicionamento que havia adotado, precisamente no sentido de seguir a orientação majoritária do Tribunal.

Portanto, proponho isso ou uma solução que o Plenário entenda

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 62 de 97

HC 118533 / MS

coerente, porque acredito que estamos a debater aqui algo que transcende este julgamento específico deste *habeas corpus*.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 97

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência me permitir, Ministro Fachin, na sequência do meu voto, que não lerei, trago um pouco da preocupação da Ministra Cármen Lúcia, mostrando que a grande maioria, se não a imensa maioria das mulheres condenadas por tráfico de drogas ou associação para o tráfico foram induzidas a isso por motivos pessoais, sentimentais, íntimos, familiares. E que a grande maioria das pessoas que estão envolvidas nesta atividade delituosa o estão por razões da crise econômica, porque estão expelidas do mercado formal de trabalho, inclusive do mercado informal, que permite que atuem como camelôs ou outros tipos de atividades correlatas. Este é um aspecto extremamente dramático que eu quero trazer à consideração da Corte – que eu queria, mas que deixarei, portanto, para trazê-lo oportunamente – e que agora, convivendo por quase dois anos com a realidade carcerária de forma mais íntima e mergulhando no âmago dessa questão, me parece que o Supremo Tribunal Federal realmente deve trazer para esta discussão considerações outras que não as meramente de caráter hermenêutico, de caráter formal, com a devida vênia daqueles que atuavam de forma mais técnica.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O voto do Ministro Fachin será decisivo, porque não sei ainda o voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 64 de 97

HC 118533 / MS

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu não quero antecipar meu voto, mas eu pretendia mergulhar mais profundamente nesta realidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu gostaria de louvar a iniciativa e a disponibilidade intelectual e filosófica do Ministro Fachin de todos recolocarmos a questão, porque ela não é banal nem do ponto de vista jurídico, nem do ponto de vista social, nem do ponto de vista moral, e trazê-la num dia em que eu possa participar do debate.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Presidente, eu não quero deixar de fazer uma referência. Claro que os números, Vossa Excelência certamente, no seu voto, vai esmiuçar melhor, mas só para não ficar parecendo que o número de mulheres é muito maior. Do total de presos, as mulheres representam, hoje no Brasil, 6% do total de condenados penalmente e de 5 a 8% do total de presos. Isso não muda nada, porque a gente queria que não houvesse mulher nenhuma no sistema, mas apenas para dizer que o número realmente cresceu muito mais de homens do que de mulheres e há até uma diversificação de crimes. No caso de drogas é mais grave do que outros pela circunstância de que não poucas vezes elas são levadas. Quer dizer, é um marco civilizatório melancólico para nós mulheres, que até nisso somos carregadas. Como somos mais invisíveis - e está-se vendo cada vez mais isso -, somos completamente invisíveis, 54% do eleitorado brasileiro, mas parece que ninguém enxerga nem que existe, então até nesta hora de levar para o crime... Nós somos mais da metade dos advogados brasileiros e não há ninguém numa diretoria da OAB nacional. Então nós continuamos sendo uma maioria completamente invisível. Para o crime, isso é usado por este dado cultural.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu queria trazer mais dois dados de ordem estatística. Eu, na segunda-feira, participei de um evento da Associação dos Advogados de São Paulo e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, e lá foi feita uma exposição técnica do resultado que até hoje logramos com

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 65 de 97

HC 118533 / MS

relação às audiências de custódia, mas que ainda se mostram insuficientes para resolver os problemas do nosso sistema carcerário. Mas, mantidos a proporção e o ritmo de encarceramento que nós temos hoje, em poucos anos nós alcançaremos um milhão de pessoas presas. Quer dizer, temos que enfrentar uma solução de natureza política criminal.

Sou informado agora pelo meu coordenador do DMF – o juiz Luís Lanfredi, um magistrado paulista que há mais de vinte anos trabalha apenas no setor criminal – que uma decisão no sentido da concessão da ordem, que eventualmente o Supremo Tribunal venha a tomar neste julgamento, levará à libertação imediata de 45% das mulheres presas atualmente. Isso é um dado estatístico comprovado que nos é revelado pelo coordenador do DMF do CNJ. Então são números impressionantes.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É o que eu insisto o tempo todo. Eu concordo que o quadro é gravíssimo, e não é o melhor caso. Aliás, fiz questão de chamar atenção. Mas a tese que foi trazida e que foi afetada ao Plenário infelizmente... Inclusive, eu e o Ministro Barroso, naquela primeira assentada, insistimos nisso: reconhecíamos a gravidade, mas a tese era maior do que o caso.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 97

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**ESCLARECIMENTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu só queria fazer um registro: quando votei, votei também prestigiando a jurisprudência do Supremo. Estava agora quase pedindo vista, mas o Ministro Fachin se antecipou e me deixou muito confortável, permitindo que eu melhor reflita e, se o caso, reajuste o meu voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 67 de 97

01/06/2016**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, eu estava animado a sugerir essa medida, mas constrangido. Parecia que era um tentar vencer no "tapetão" e fiquei um pouco incomodado. De modo que queria cumprimentar o ministro Fachin por essa iniciativa exemplar.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 68 de 97

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Eu mesmo, que já votei, vou manter o voto por ora, até porque, no caso concreto, não vejo como conceder a ordem. Mas podemos - e conversávamos há pouco - até denegar a ordem no caso concreto, mas fixar alguma tese.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É porque, realmente, o caso tem peculiaridades.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O caso é ruim.

Cumprimento o Ministro Edson Fachin por sua disponibilidade intelectual e por sua sensibilidade jurídica. Seja qual for o resultado que Vossa Excelência trazer, mas apenas esse fato de se dispor a reestudar a matéria, em face das discussões travadas, foi extremamente louvável.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Fui estimulado, Senhor Presidente, especialmente pelas reflexões de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Muito obrigado.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 97

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 118.533**

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S) : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA

PACTE.(S) : ROBINSON ROBERTO ORTEGA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), concedendo a ordem para afastar a natureza hedionda do crime praticado, no que foi acompanhada pelo Ministro Roberto Barroso, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, denegando a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelos pacientes, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor-Público, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.06.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, concedendo a ordem, e os votos dos Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, denegando-a, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin, para reexame da matéria e eventual reformulação de seu voto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 01.06.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 70 de 97

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

V O T O-VISTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, trata-se de *habeas corpus* em que se discute se há, ou não, tratamento equiparado a hediondo ao delito de tráfico de drogas na hipótese em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, cabível “*desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*”

Conforme bem registrado pela eminente Relatora, Ministra Cármen Lúcia, a aplicação da causa de diminuição, no caso concreto, constitui tema já vencido pelas instâncias antecedentes. A dúvida cinge-se à submissão, ou não, do tráfico de drogas minorado ao regime jurídico dos crimes hediondos e equiparados, bem como quanto à exigência dos requisitos mais severos de livramento condicional.

Pedi vista a fim de reexaminar a matéria. Na assentada anterior, por constatar que eminentes integrantes desta Corte já haviam manifestado em precedentes entendimento contrário à tese da impetração, inclinei-me pelo caminho da estabilização de tais precedentes. Todavia, diante da nova reflexão que se espelhou nos debates que se seguiram ao meu voto, voltei a analisar o tema, razão pela qual peço vênia para reajustar a proposta de voto anteriormente apresentada.

1. De início, aponto que o sistema normativo brasileiro, quanto à definição dos crimes hediondos, adota o **critério legal**, de modo que, observadas as diretrizes constitucionais, incumbe à **lei ordinária** criminalizar condutas e estabelecer quais delas receberão ou não a pecha de hediondas.

Em relação ao regime mais gravoso destinado aos delitos hediondos e equiparados, prescreve a CF (art. 5º, XLIII) que “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como*

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 71 de 97

HC 118533 / MS

crimes hediondos (...)”.

Diante do mandamento constitucional, emerge controvérsia acerca da liberdade de conformação do legislador quanto à previsão de específicas figuras penais que incriminem transações ilícitas que envolvam drogas e que, mesmo assim, não se submetam ao regime jurídico dos crimes equiparados a hediondos.

Ao meu sentir, a determinação constitucional não revela tamanho alcance e deve ser compreendida à luz da individualização da pena, cuja materialização primeira recai sobre os ombros da lei ordinária, sob pena de esvaziamento da atribuição conferida pela própria Constituição (art. 5º, XLVI - “a lei regulará a individualização da pena...”)

Ademais, o gravoso regime em comento constitui âmbito de cunho excepcional e, de acordo com essa condição, deve ser reservado ao legislador espaço para opção de incidência do regime geral a hipóteses específicas que não se ajustem aos respectivos pressupostos ou que não exijam retribuição penal em tamanha dimensão.

A primeira premissa de meu voto, portanto, alinhando-me ao explanado pelo Ministro Gilmar Mendes, reside na conformidade constitucional na atribuição ao legislador ordinário da definição de quais condutas demandam submissão ao regime dos crimes hediondos e equiparados, o que inclui, ainda que de forma excepcional, condutas que envolvam circulação de entorpecentes.

2. A previsão e dosagem, qualitativa e quantitativa, da resposta penal, sob o prisma legislativo, submete-se a **juízo de meios e fins, e, nessa perspectiva, pressupõe decisão de índole legislativa**. Nesse cenário, impende assinalar que o legislador detém ampla margem para selecionar quais condutas carregam repugnância suficiente a legitimar o tratamento penal mais gravoso.

É indubitável que essa definição não pode, em prejuízo do acusado, ser realizada pelo Estado-Juiz, tampouco consubstanciar decorrência de critérios doutrinários ou meramente axiológicos. Assim, como desdobramento do Princípio da Legalidade, de intensa aplicação na seara

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 72 de 97

HC 118533 / MS

penal, considera-se que **o rol dos crimes elencados na Lei 8.072/90 é de caráter estrito**, ou seja, **não admite ampliação mediante analogia**.

Entre outras razões, é nessa linha, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça compreende que o delito de homicídio qualificado-menorado não integra o rol taxativo dos crimes hediondos, visto que não indicado, **de forma precisa**, nas hipóteses legalmente traçadas.

Com efeito, o regime dos crimes hediondos é de aplicação excepcional, de modo que o afastamento das regras gerais aplicadas aos demais crimes somente se justifica, na minha ótica, mediante afirmação legislativa expressa.

Adoto como segunda premissa, portanto, que, **para qualificar um crime como hediondo ou equiparado, é indispensável que haja previsão legal expressa e estrita**.

3. A Lei 8.072/90, ao elencar os crimes **hediondos**, faz remissão explícita aos correspondentes artigos e eventuais incisos, descritos no Código Penal ou em lei especial, bem como abrange, de forma expressa e estrita, os delitos consumados e **tentados**:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, **consumados ou tentados**:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (**art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII**);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (**art. 129, § 2º**) e lesão corporal seguida de morte (**art. 129, § 3º**), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - latrocínio (**art. 157, § 3º, in fine**);

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 97

HC 118533 / MS

- III - extorsão qualificada pela morte (**art. 158, § 2o**);
 - IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (**art. 159, caput, e §§ 1o, 2o e 3o**);
 - V - estupro (**art. 213, caput e §§ 1o e 2o**);
 - VI - estupro de vulnerável (**art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o**);
 - VII - epidemia com resultado morte (**art. 267, § 1o**).
 - VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (**art. 273, caput e § 1o, § 1o-A e § 1o-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998**).
 - VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (**art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º**).
- Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto **nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado.**"

Nota-se que, em relação aos crimes **hediondos**, a lei é meticulosa ao apontar a capitulação jurídica que reclama referido tratamento. Ademais, é explícita ao prescrever que isso alcança os crimes **tentados**.

Já em relação aos **equiparados**, a norma limita-se a apontar "*a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo*", de modo que não se afigura determinação precisa de hediondez, já que o tráfico pode ser permeado por uma multiplicidade de circunstâncias.

Cumprase asseverar que nenhuma das figuras típicas previstas na Lei 11.343/06 ostenta *nomen iuris* correspondente a "*tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*", de modo que se mostra necessário construir uma interpretação que estabeleça o real alcance da categorização legal, o que passa por uma investigação da proporcionalidade do tratamento mais gravoso e, de forma indissociável, da interpretação sistemática do ordenamento penal e processual penal.

Da mesma forma, o art. 44 da Lei 11.343/06 menciona que:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 74 de 97

HC 118533 / MS

34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. **Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.**”

Como se vê, o art. 44 da Lei 11.343/06 não consagra, de forma peremptória, o crime de tráfico, na hipótese em que aplicável a causa de diminuição, como um dos delitos que exigem a observância de condições especificamente nele previstas, cenário a recomendar análise mais detida à luz de uma interpretação sistemática e que se amolde ao Princípio da Proporcionalidade.

Passo, portanto, a investigar o alcance da hediondez equiparada prevista na Lei 8.072/90, bem como se os requisitos mais severos do livramento condicional, conforme previsto no art. 44 da lei de regência, são aplicáveis ao tráfico minorado.

4. Embora a causa de diminuição não consubstancie tipo penal autônomo, a repercussão na pena é potencialmente tão intensa a ponto de traduzir alteração penal deveras substancial. Assim, embora, de fato, reitere-se, não se divise a existência de novo tipo penal, diante da ausência de correspondência expressa e precisa, a conclusão de que o tráfico minorado é compatível com o regime geral da execução penal e de livramento condicional não se afigura irrazoável.

Importante mencionar que, salvo se elemento constitutivo (art. 142 do Código Penal Militar, por exemplo), **a tentativa também não configura tipo penal próprio**. Em verdade, trata-se de norma de extensão que denota modalidade de realização incompleta da tipicidade objetiva:

“É de se enfatizar, ainda, que a tentativa não é punível como delito autônomo (tipo subordinado/dependente/acessório – no tocante à forma), devendo ser referida ao tipo de uma

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 75 de 97

HC 118533 / MS

determinada figura de delito. **A ausência de autonomia tipológica para a tentativa leva à conclusão de que a regra ancorada no artigo 14, II, do Código Penal representa uma norma de extensão do tipo legal de delito consumado.**" (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 11 ed. São Paulo: RT, 2011. p. 508, *grifei*)

Todavia, **mesmo diante da ausência de autonomia tipológica**, ao eleger os crimes hediondos, a Lei 8.072/90 foi expressa ao inserir os delitos **tentados** no regime especial em comento. Vale dizer, quando o legislador pretendeu que causas que ensejassem intensa diminuição da pena não interferissem no juízo de hediondez, o fez de modo expreso e estrito, providência que se coaduna com o, repita-se, regime **excepcional e legal** que caracteriza os crimes hediondos e equiparados.

Assim, a ausência de derivação típica não obstaculiza, por si, a interpretação no sentido de que o regime excepcional não se estende ao tráfico minorado.

5. A discricionariedade legislativa não significa, naturalmente, que a opção do legislador esteja, de forma absoluta, imune ao crivo do controle judicial, notadamente sob a ótica dos limites constitucionais à produção legislativa no âmbito penal:

"A liberdade de conformação política do legislador e o âmbito de previsão não são incompatíveis com uma vinculação jurídico-constitucional, mas, por outro lado, **se as previsões ou prognoses são atos políticos, também isso não significa que esses atos não possam ser medidos pela Constituição.**" (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 1538, jan./jun. 2015, *grifei*)

Nesse diapasão, observo que a aferição da compatibilidade da

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 76 de 97

HC 118533 / MS

norma frente ao Princípio da Proporcionalidade, que materializa a vedação ao excesso, mormente nas hipóteses voltadas a atingir o direito de locomoção, pode legitimar, excepcionalmente, o implemento do controle jurisdicional. Isso porque, *“o princípio da proporcionalidade não constitui, apenas, um critério de orientação das políticas criminais, mas também de controle sobre o legislador por parte da Corte Constitucional (...).”* (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 1538, jan./jun. 2015, grifei)

Ou seja, em casos extremos, é possível que o Princípio da Proporcionalidade atue como parâmetro normativo de controle de constitucionalidade. Sendo assim, com maior razão, é possível que referido princípio funcione como **instrumento interpretativo dirigido a desvelar o real alcance da norma infraconstitucional.**

Mesmo nessa medida, é importante que se ateste que o emprego do juízo de proporcionalidade não deve atuar de modo desvinculado do cenário técnico-normativo. Vale dizer, não se admite que inflexões meramente subjetivas do julgador, ainda que sob a envernizada roupagem normativo-principiológica, sirvam como fundamento jurídico da definição do âmbito de incidência normativa. Assim não fosse, o Estado-Juiz, a pretexto de investigar a juridicidade da lei, transformar-se-ia em juiz da discricionariedade legislativa, avaliando as razões políticas que deram azo ao ato normativo. Em relação ao preocupante tema, leciona **Leonardo Sarmiento:**

*“(...) A tradição no Direito brasileiro era o manejo de regras, e não de princípios, de modo que as dificuldades eram, a rigor, previsíveis. Realmente, a **vagueza de muitos dos princípios contidos na Carta de 1988 – cujo sentido se abre para compreensões diversas, variáveis em função das concepções pessoais do intérprete –**, associada ao pouco cuidado metodológico de alguns aplicadores, **tem desencadeado um fenômeno descrito pela doutrina por meio***

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 97

HC 118533 / MS

de expressões como “euforia principiológica”, “carnavalização dos princípios”, “embriaguez principiológica”, dentre outras similares. Em muitos momentos, a menção a um princípio constitucional passou a ser empregada como a palavra mágica que autoriza o intérprete a proferir qualquer decisão.

Até porque, do ponto de vista puramente retórico, a verdade é que praticamente qualquer solução pode ser reconduzida a princípios como, e.g., os da dignidade, da justiça social, da solidariedade e outros tantos. Qualquer pretensão de que alguém cogite pode ser descrita como algo relevante para sua dignidade humana. A justiça social e a solidariedade, dependendo da compreensão que se tenha delas, podem justificar a imposição de inúmeras obrigações a terceiros; uma série infinda de providências hipotéticas podem contribuir de algum modo para a proteção do consumidor, do meio ambiente, do idoso e da criança e dos adolescentes, até porque tais metas nunca estarão inteiramente satisfeitas, e assim por diante.

Nessa linha, e com fundamento genérico em alguns princípios, passou-se a afastar a aplicação de regras validamente editadas pelo legislador sem muita cerimônia ou cuidado. Em muitas ocasiões o intérprete tem se sentido livre para simplesmente deixar de aplicar um dispositivo legal, não porque ele seja inconstitucional ou por se tratar de uma incidência inconstitucional do comando, mas simplesmente por assim “parecer bem” ao aplicador, à luz de sua compreensão pessoal acerca do sentido do princípio. (...) ” (SARMENTO, Leonardo. Controle de constitucionalidade e temáticas afins. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 46, grifei)

Comungando dessa posição, colho o escólio de Daniel Sarmento:

“Tornou-se extremamente comum, na jurisprudência brasileira, a invocação dos princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Porém, nem sempre se trata de um emprego racional e metodicamente controlado. Muitas vezes, estes

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 78 de 97

HC 118533 / MS

princípios são utilizados de forma pouco rigorosa, tornando-se instrumentos para a afirmação das preferências subjetivas dos magistrados. Trata-se de fenômeno preocupante, que gera insegurança jurídica, e **que também pode ameaçar o princípio democrático**, sobretudo quando a proporcionalidade e a razoabilidade são utilizadas para invalidação de atos administrativos aprovados pelo legislador, eleito pelo povo.” (SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade *in* Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 149-184, *grifei*).

Recomendável, em verdade, que o juízo de proporcionalidade, notadamente quando implementado pelo Poder Judiciário, observe como premissa as demais decisões políticas tomadas pelo próprio legislador. Assim, a fim de atribuir previsibilidade ao exame jurisdicional, é desejável que a avaliação do alcance da norma passe pelo juízo axiológico já empreendido pelo legislador, em nítida hipótese de aferição da extensão da autovinculação das proposições legislativas.

Mais que isso, como decorrência do Princípio da Unidade, indispensável que o ordenamento jurídico seja compreendido à luz de uma interpretação sistemática direcionada a conferir integridade ao conjunto de normas emanadas do legislativo. Nesse cenário, é tarefa do intérprete buscar uma solução que mantenha a higidez do sistema normativo, seja a partir de uma compreensão que lhe atribua harmonia, seja mediante a declaração de invalidade de dada regra:

“(...) um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a compatibilidade das normas. Se num ordenamento vem a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento tem certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento da compatibilidade, que

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 97

HC 118533 / MS

implica a exclusão da incompatibilidade.” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UNB, 1994, p. 80, *grifei*)

No âmbito penal, as ideias de Bobbio dão sustentação à compreensão de **tipicidade conglobante**, defendida por Zaffaroni, em que se assenta o necessário entrelaçamento nutrido entre as regras que compõem a ordem normativa, sob pena de que se forme uma completa “desordem”:

“Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma “desordem” arbitrária. **As normas jurídicas não “vivem” isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente.** Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*) (WELZEL).

Esta ordem mínima, que as normas devem guardar entre si, impede que uma norma proíba o que a outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que a outra fomenta. (...)

Isto nos indica que **o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.**” (ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: volume 1. 9. ed. São Paulo: RT, São Paulo, 2011. p. 400/401, *grifei*).

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 80 de 97

HC 118533 / MS

No mesmo caminhar, *mutatis mutandis*, compreendo que a definição de hediondez, decorrente da maior gravidade ou repugnância do delito, também se submete a um juízo conglobante. Vale dizer, as lições atinentes à tipicidade também podem ser aplicadas quanto à hediondez, cuja aferição desafia investigação do alcance normativo de acordo com a ordem jurídica globalmente considerada.

6. É nessa atmosfera que tomo o cuidado de aferir a proporcionalidade do tratamento equiparado a hediondo segundo as balizas do próprio juízo legislativo de retribuição penal, explicitado mediante a pena abstratamente cominada e pelas demais nuances associadas à resposta penal. Trata-se, portanto, de averiguação traçada a partir da necessária integridade do sistema normativo e que guarda compatibilidade com o critério legal que natura a definição dos crimes hediondos e equiparados.

Com efeito, os ensinamentos de Beccaria, desde os idos do século XVIII, já davam conta da necessidade de observância da proporcionalidade entre delito e resposta penal. A esse respeito, colaciono trecho da clássica obra “*Dos delitos e das penas*”:

“O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. **Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.**

Se o prazer e a dor são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre os motivos que determinam os homens em todas as suas ações, o supremo Legislador colocou como os mais poderosos as recompensas e as penas; **se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais**

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 81 de 97

HC 118533 / MS

facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajosos; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quando freqüente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer.

Se se estabelece um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos morais, obra de muitos séculos, cimentada por ondas de sangue, estabelecida com lentidão através mil obstáculos, edifício que só se pode elevar com o socorro dos mais sublimes motivos e o aparato das mais solenes formalidades.

(...)

Se os cálculos exatos pudessem aplicar-se a todas as combinações obscuras que fazem os homens agir, **seria mister procurar e fixar uma progressão de penas correspondente à progressão dos crimes.** O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade ou da maldade de cada nação.

Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, **não aplique os menores castigos aos maiores crimes.**

Na mesma direção, **Claus Roxin** ensina que *“ao estruturar o injusto e a responsabilidade, deve-se buscar um equilíbrio entre a necessidade interventiva estatal e a liberdade individual.”* (Estudos de direito penal, 2ª ed; tradução de Luís Grecco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70)

Desvela-se, portanto, que a quantidade da pena cominada atua como indicativo da intensidade do juízo político implementado pelo legislador quanto à gravidade do crime e à extensão da retribuição penal:

“Por outro lado, afere-se que **a pena legalmente cominada indica a importância que a ordem jurídica atribui ao preceito e ao bem jurídico tutelado.** Formula-se a pena com

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 82 de 97

HC 118533 / MS

fundamento na gravidade da infração, de maneira que aquela cumpra a função educativa, socialjurídica do direito penal, na definição dos valores cuja proteção é considerada necessária à segurança da coletividade.

Na análise da parte especial do Código Penal, a **quantidade de pena cominada assume, desta forma, grande relevância. De um lado, fundamenta e constitui a hierarquia material dos valores penalmente protegidos e, de outro, a hierarquia das formas de tutela de um mesmo interesse, em relação às diversas modalidades de agressão.**" (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 1538, jan./jun. 2015, *grifei*)

Nessa medida, a partir da exigência de proporcionalidade entre o delito e a pena, é imperioso que o Estado observe um equilíbrio mínimo entre as formas de materialização da tutela penal, de modo que a máxima de sopesamento, nessa perspectiva, desenvolve-se como instrumento de proporcionalidade conglobante. Ou seja:

"(...) o juízo de proporcionalidade deverá considerar se a qualidade e a quantidade da pena cominada ao delito é proporcional à sua gravidade, principalmente se a relação entre a pena e o delito é proporcional a outras relações entre penas e delitos dentro do ordenamento." (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 1538, jan./jun. 2015, *grifei*)

No caso dos autos, diversos aspectos normativos denotam a incongruência, e quiçá contradição, da possibilidade de tratamento equiparado a hediondo ao tráfico de drogas minorado.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 83 de 97

HC 118533 / MS

7. Verifico que, na hipótese de aplicação da minorante em grau máximo, como bem registrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a **pena mínima possível equivale a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.**

Referida reprimenda sequer ultrapassa o patamar estabelecido como marco definidor de infrações de menor potencial ofensivo, caracterizadas por pena máxima não superior a 02 (dois) anos (art. 61, Lei 9.099/95).

Da mesma forma, essa pena não impediria a substituição (art. 44, CP), e, salvo motivação idônea (Súmulas 718 e 719/STF), recomendaria a fixação de regime inicial aberto.

Além disso, sob a ótica da pena mínima cominada, se aplicável o procedimento comum previsto no CPP, não se exigiria rito processual de maior robustez (art. 394, CPP). Ademais, a pena mínima não preenche o pressuposto autorizador da prisão preventiva previsto no art. 313, I, CPP.

Na fase da execução, o tempo mínimo de pena não configuraria óbice à suspensão condicional (art. 156, LEP) ou ao livramento condicional (art. 83, CP).

Não bastasse, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, **que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não** é equiparado a hediondo.

Ou seja, afirmar que o tráfico minorado é hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal.

É óbvio que não se cuida de atribuir ao tráfico minorado o caráter de infração de menor potencial ofensivo, ou de afirmar que o tempo de pena confere, *ipso facto*, direito subjetivo aos benefícios listados.

Trata-se, tão somente, de, sob o prisma da quantidade mínima de pena, signo a traduzir, por excelência, a gravidade do crime e a extensão da necessidade de punição penal, extrair que o tratamento equiparado a

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 84 de 97

HC 118533 / MS

hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Isso porque, sob todos os ângulos elencados, o ordenamento jurídico confere ao delito de tráfico minorado, segundo a perspectiva da quantidade de pena, tratamento que não se coaduna com a agressividade ínsita à hediondez por equiparação.

Considerando que a intensidade do tratamento penal deve guardar uniformidade por parte do legislador, à luz das demais respostas penais e institutos processuais, depreendo que a equiparação a crime hediondo não alcança o delito de tráfico na hipótese de incidência da causa de diminuição em exame.

Ao contrário, visto que tal consequência jurídica se amolda ao espírito da causa de diminuição, destinada a conferir tratamento penal diferenciado ao agente episódico consistente em rigor arrefecido que destoa das características inspiradoras dos delitos hediondos e equiparados.

É nessa linha que, no caso do tráfico de drogas, o encarceramento não é uma opção legislativa marcante na hipótese de agentes episódicos, âmbito normativo que não pode ser desprezado no momento de concretização do programa da norma.

Com efeito, não observaria a Constituição e a unidade do sistema jurídico a norma que atribuisse hediondez dissociada das demais nuances da infração penal, as quais, repita-se, derivam das demais decisões políticas do próprio legislador. Nesse contexto, a partir de um juízo conglobante, compreendo que não se verifica hipótese de hediondez equiparada.

Diante da expressividade da minorante, bem como que se trata de norma excepcional e que, portanto, desafia interpretação restritiva, e na linha do bem lançado voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, compreendo que o legislador não desejou incluir o tráfico minorado no regime dos crimes equiparados a hediondos, tampouco nas hipóteses mais severas de concessão de livramento condicional, caso contrário, o teria feito de forma expressa e precisa. Além disso, a avaliação sistemática, sob o prisma da proporcionalidade, reforça essa conclusão.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 85 de 97

HC 118533 / MS

Em suma, após o intercâmbio dialógico levado a cabo nesta Corte sobre a matéria em pauta, pedindo vênias às compreensões que se formaram em direção diversa, averbo que concluí no sentido da não equiparação do também (e impropriamente) denominado “*tráfico privilegiado*” aos delitos hediondos, sendo, assim, passível de indulto, como faculdade expressa no art. 84, inciso XII, da Constituição da República.

8. Diante do exposto, voto com a eminente Relatora para conceder a ordem, declarando que os regimes dos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII, CF), do livramento condicional (art. 44, parágrafo único, Lei 11.343/06) e da progressão de regime (art. 2º, §2º, Lei 8.072/90) não se aplicam às hipóteses que ensejem a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/06.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 86 de 97

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**RETIFICAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, da mesma forma que o Ministro Fachin, o meu voto, na Sessão anterior que iniciou o julgamento do caso, teve como fundamento principal a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixada sobre a matéria em ambas as Turmas. Eu mesmo, na Segunda Turma, havia seguido a linha divergente da eminente Relatora.

Todavia, desde a Sessão passada, quando se iniciaram aqui os debates a respeito e sobretudo agora com o voto do Ministro Edson Fachin, convenço-me de que também devo reajustar o meu voto para acompanhar a eminente Relatora.

É como voto, Senhor Presidente.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 87 de 97

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

RETIFICAÇÃO DE VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, na mesma linha do que agora foi dito pelo Ministro Teori, também reajusto o meu voto.

A primeira vez em que o tema veio a debate, embora louvando o belíssimo voto da Ministra Cármen Lúcia, fiquei muito centrada na situação fática. Na verdade, pareceu-me que talvez o caso não fosse o mais adequado, porque envolvida uma tonelada de maconha. Realmente uma situação limítrofe...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O quadro - como eu disse na ocasião - não era dos melhores para o avanço da tese.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Para o exame da tese.

Mesmo assim, oscilei, mas termino agora convencida pelo voto do Ministro Fachin, que, Senhor Presidente, vindo ao encontro daquela minha primeira dúvida - e também a partir da reflexão que fiz, com base, inclusive em excelente memorial do Conectas Direitos Humanos -, me leva a reajustar meu voto, ainda que, repito, até me sentisse mais tranquila denegando a ordem ao exame do caso concreto, sem prejuízo de consagrar a tese proposta. Acompanho, contudo, o voto da eminente Relatora.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 88 de 97

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Presidente, Vossa Excelência me permitiria, apenas para secundar algo que não atentei no voto, mas que não poderia deixar de fazer nesta hora, em atenção específica ao que foi dito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto, principalmente quanto à população carcerária feminina.

É que, normalmente, nesses casos, o tráfico dito privilegiado, que é da doutrina, pela circunstância de que, ou por dependência econômica, ou por dependência psíquica ou afetiva, ela acaba realmente em subserviência total e prestando-se a papéis até, Ministra Rosa, em condições como esta. Não estou dizendo que seja este caso, porque, desde a leitura do relatório, na primeira sessão de julgamento, eu chamei atenção de que o quadro não é lá muito bom para discutirmos esse assunto. Mas mulheres são utilizadas, hoje mesmo, como motoristas para conduzir carros carregando drogas, em altas quantidades, exatamente por considerar que nós mulheres não teríamos uma aparência que facilmente fosse detectável. E há um aumento realmente significativo.

Hoje, a média de prisão de mulheres aumentou de 6 para 7 e pouco por cento em todas as carceragens brasileiras. Vossa Excelência referiu-se ao dado de 64, eu tenho um dado já chegando a 70% de mulheres que são apenadas ou aprisionadas exatamente por causa da questão das drogas.

Mas apenas pra chamar atenção de que, até mesmo sobre esse aspecto, este é um julgamento com importância social de enorme gravidade, porque temos as mulheres com filhos que ficam aprisionadas, porque o crime é hediondo.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 89 de 97

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ministro Decano, Vossa Excelência tem toda razão ao fazer alusão às Regras de Bangkok, que representaram um avanço enorme no que diz respeito à sistematização do tratamento que se dá aos presos no mundo todo.

Também observo que, no dia 22 de maio de 2015, representantes das Nações Unidas, reunidos na África do Sul, elaboraram um novo conjunto de regras, chamadas de Regras de Mandela, que complementam as Regras de Bangkok e melhoram aquelas antigas regras mínimas para tratamento de presos, que vigoraram durante 55 anos no concerto internacional sobre essa matéria. E observo que o CNJ fez traduzir as Regras de Bangkok e as Regras de Mandela e distribuiu fartamente para todos os atores envolvidos com esse sistema prisional, revelando exatamente a preocupação que temos com esse magno assunto.

Portanto, vejo que Vossa Excelência, como sempre, apesar dos anos que passou aqui nesta Suprema Corte, está muito atualizado com relação a todas as novidades legislativas, tanto nacionais quanto internacionais, além, evidentemente, dos avanços doutrinários que se têm nos diversos campos do Direito.

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE): A discussão proposta neste *habeas corpus* transcende, a meu ver, os estreitos limites da proposta jurídica que nele se contém.

Com efeito, o impacto que resultará da consideração de que o tipo tráfico privilegiado de drogas (art. 33, §§ 1º e 4º, da Lei 11.343/2006) deve receber tratamento distinto daquele dispensado aos crimes hediondos não pode ser minimizado.

Resultado significativo dessa “equiparação”, entre tantas outras consequências, corresponde à impossibilidade de contemplar os condenados enquadrados nessa tipificação com os institutos do indulto e da comutação de penas.

Essa consequência pode ser extraída da conjugação da Lei de Drogas¹ e da Lei dos Crimes Hediondos², que impede possam esses instrumentos – sabidamente utilizados, de longa data, para ajustar e modular os rigores de uma sentença condenatória descontada em ambientes carcerários absolutamente inadequados – ser empregados na situação ora sob exame.

1 Lei 11.343/2006:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

2 Lei 8.072/1990:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [\(Vide Súmula Vinculante\)](#)

I - anistia, graça e indulto;”

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 91 de 97

HC 118533 / MS

A degradação de nosso sistema penitenciário, vale recordar, foi recentemente considerada por este Supremo Tribunal Federal como situação que configura um “estado de coisas inconstitucional”.

Mas, para subsidiar o meu voto, permito-me apresentar a este egrégio Plenário alguns números que se mostram deveras impressionantes.

Dados do último INFOPEN, do Ministério da Justiça, os quais colacionam informações que datam de dezembro de 2014, dão conta de que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28% (ou, mais precisamente, 174.216 presos) ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas.

Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres que estão em situação de privação de liberdade (e hoje já, lamentavelmente, somos a quinta maior população do planeta levado em conta o número de mulheres presas) estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico.

Rosa Del Olmo³ chama-nos a atenção para os tipos “esdrúxulos” de participação nesses delitos. É muito comum, explica a referida criminóloga, a prisão de mulheres em razão de colaborarem com um ou mais homens – quase sempre por razões afetivas ou familiares – no transporte de drogas ou simplesmente por estarem em lugares onde se produziam ou armazenavam tais produtos ilícitos, o que as tornam cúmplices, digamos assim, involuntárias, não obstante vinculadas à ação

3 “Reclusion de mujeres por delitos de drogas reflexiones iniciales. Reunión del Grupo de Consulta sobre el Impacto del Abuso de Drogas en la Mujer y la Familia”. Organización de los Estados Americanos O.E.A. Fundación José Félix Ribas. Disponível em: http://www.cicad.oas.org/reduccion_demanda/esp/Mujer/venezuel.pdfhttp://www.cicad.oas.org/reduccion_demanda/esp/Mujer/venezuel.pdf, último acesso em 1º/6/2016.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 92 de 97

HC 118533 / MS

criminosa.

Luciana Chernicharo, por sua vez, adverte que, embora o tráfico de drogas não configure uma opção primária do delinquente, aquela atividade ilícita acaba por absorver boa parte da mão de obra que é expelida do mercado de trabalho formal pela crise econômica.

Por isso, forçoso é reconhecer que o desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho constituem fator fundamental que leva à inserção de jovens e de mulheres nessa prática delituosa, a qual é assumida como uma alternativa laboral e, até mesmo, para prover a própria subsistência.

Deixando de lado eventuais julgamentos morais, que não podem ser legitimamente exercidos longe do dia a dia dessas pessoas, a compreensão de tal realidade sociológica configura fator decisivo para melhor entender os motivos da participação de um enorme contingente de pessoas, sobretudo do gênero feminino, nessa modalidade de crime⁴.

Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico de drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita.

Muitas participam como simples “correios” ou “mulas”, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica.

Enfim, são mulheres que foram consideradas culpadas, do ponto de vista penal, simplesmente porque guardavam alguma relação de

4 Sobre Mulheres e Prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil, p. 109-110. Disponível em http://www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 93 de 97

HC 118533 / MS

causalidade com a ação criminosa, embora menor, mas, apesar disso, ficaram impedidas de ser contempladas, entre outros benefícios prisionais, com o indulto e a comutação de penas, porque pesa sobre essa capitulação (mesmo na sua forma privilegiada) uma condição impeditiva, que inviabiliza a utilização desses institutos.

Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio.

Quer dizer, são pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico, tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante. São, enfim, os “descartáveis”, dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade.

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.

Ante o exposto, concedo a ordem para afastar os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada.

É como voto.

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, como eu ia falando naquela oportunidade, queria só pela ordem, quer dizer, só em termos de defesa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Quando nós votamos, nós observamos que ambas as Turmas do Supremo tinham o entendimento de que efetivamente não se poderia excluir essa categorização jurídica do tráfico privilegiado, porque o tráfico privilegiado não é uma figura legal, ele é uma figura doutrinária. Então, o que está se operando, na verdade - e até Vossa Excelência traz esses dados impressionantes -, é uma certa mutação constitucional, porque o artigo é claro: a Lei considera inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Está previsto na Constituição. Então, há de surgir uma explicação que altere esse núcleo da Constituição Federal, que, por uma opção do constituinte originário, fez incidir, sobre o tráfico de drogas, uma grande preocupação, a ponto de categorizá-lo como um crime hediondo. É verdade que a Constituição não pode viver insulada da realidade social. E hoje nós verificamos que esse tráfico privilegiado, conforme os dados que Vossa Excelência trouxe, ele se refere a mulheres. E eu acho que só assim é que se explica realmente que se possa, digamos assim, alterar o espírito da Constituição, porque, em 1988, era um flagelo o tráfico de drogas, daí a preocupação do constituinte, nesse rol do art. 5º, considerar esse delito tão importante.

Por outro lado, a redação da Lei de Drogas considera privilegiado o tráfico que é realizado por um *freelancer*. Não existe mais isso; não existe traficante autônomo de drogas. Ele está sempre vinculado a uma organização criminosa.

De sorte que a jurisprudência do Supremo sempre foi essa exatamente por isso, mas agora Vossa Excelência traz esses novos dados.

Eu queria só... porque efetivamente é paradoxal que esses

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 95 de 97

HC 118533 / MS

parâmetros normativos mais evoluídos venham de Bancoque, onde o tráfico de drogas, e às vezes até o uso de drogas, é punido com pena de morte. Então, realmente essas normas se anulam pela bastardia da origem, porque vieram... talvez até um brasileiro, parece, ficou no corredor...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, foi na Indonésia, mas, em Bancoque, a pena de morte é aplicada aos usuários de drogas.

De sorte, Senhor Presidente, mantendo a fidelidade da jurisprudência, porque ela fez uma interpretação sem mutação da Constituição Federal, eu, impressionado com os dados que Vossa Excelência trouxe, eu vou pedir vênia para manter, muito embora, a partir de agora, eu vá me submeter à decisão do Plenário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu agradeço a explicação de Vossa Excelência. É importante porque, quando o Supremo dá uma guinada jurisprudencial, é importante que se sopesem todos os pontos de vista, e aqueles que se mantêm fiéis à jurisprudência explicitem o seu ponto de vista para que as pessoas que nos assistem, sejam leigos, sejam especialistas na matéria, possam bem compreender a razão de nossa evolução.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 96 de 97

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 118.533**

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S) : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA

PACTE.(S) : ROBINSON ROBERTO ORTEGA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), concedendo a ordem para afastar a natureza hedionda do crime praticado, no que foi acompanhada pelo Ministro Roberto Barroso, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, denegando a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelos pacientes, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor-Público, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.06.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, concedendo a ordem, e os votos dos Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, denegando-a, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin, para reexame da matéria e eventual reformulação de seu voto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 01.06.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Reajustaram os votos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber. Ausente, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 23.06.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 97 de 97

As condenações anteriores não caracterizam maus antecedentes, quando o paciente não for considerado reincidente, diante do transcurso temporal superior a 5 (cinco) anos. (HC 133.978, DJe-159 do dia 01/08/2016).

Síntese jurídica

Trata-se de decisão que aplicou a jurisprudência dominante da Suprema Corte no sentido de que, a condenação anterior ao prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, não pode ser invocada para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Ressaltou-se a pendência do julgamento do RE 593.818/SC (Tema 150).

Síntese dos fatos

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do Código Penal); a condenação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; inconformada, a defesa interpôs recurso especial que, inadmitido na origem, desafiou

o agravo nos próprios autos ao Superior Tribunal de Justiça, que lhe negou provimento, em decisão confirmada pelo colegiado.

Diante disso, a Defensoria Pública da União impetrou o presente *habeas corpus* alegando em suma que “*não se pode ser considerada como maus antecedentes condenações cujas penas foram extintas há mais de 5 (cinco) anos*”, pois “*se essas condenações não valem para o efeito da reincidência, que é o mais, com maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos*”. Requerendo a concessão da ordem, a fim de reduzir a pena-base imposta ao paciente, “*afastando-se os antecedentes como circunstância judicial desfavorável*”.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 8

10/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 133.978 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S) : CHRISTIANO RODRIGUES SILVA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. TRANSCURSO DO PRAZO DEPURADOR (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Não obstante a pendência do julgamento do RE 593.818/SC (Tema 150), é de se aplicar a jurisprudência dominante desta Corte, no sentido de que, “quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes” (HC 130613, DJe de 18-12-2015).

2. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro DIAS TOFFOLI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conceder a ordem de *habeas corpus* para determinar ao juízo de origem o reexame do cálculo da pena-base, sem considerar as condenações extintas pelo transcurso do período depurador previsto em lei como maus antecedentes, procedendo-se aos reajustes daí advindos, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 10 de maio de 2016.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 8

HC 133978 / MG

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 8

10/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 133.978 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S) : CHRISTIANO RODRIGUES SILVA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no AREsp 787.889/MG, Rel. Min. Jorge Mussi. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do Código Penal); (b) a condenação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; (c) inconformada, a defesa interpôs recurso especial que, inadmitido na origem, desafiou o agravo nos próprios autos ao Superior Tribunal de Justiça, que lhe negou provimento, em decisão confirmada pelo colegiado, conforme acórdão assim ementado:

“(…) 1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreram há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes para fins de exasperação da pena-base.

2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

3. Agravo a que se nega provimento”.

Nesta ação, a Defensoria Pública da União alega, em suma, que “*não*

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 8

HC 133978 / MG

se pode ser considerada como maus antecedentes condenações cujas penas foram extintas há mais de 5 (cinco) anos”, pois “se essas condenações não valem para o efeito da reincidência, que é o mais, com maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos”. Requer, ao final, a concessão da ordem, a fim de reduzir a pena-base imposta ao paciente, “afastando-se os antecedentes como circunstância judicial desfavorável”.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem “para que seja afastado o aumento pelos maus antecedentes”.

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 8

10/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 133.978 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais referendou os maus antecedentes considerados na exasperação da pena-base, sob o fundamento de que *“as condenações transitadas em julgado, mesmo que transcorridos mais de cinco anos do fim da execução da pena, malgrado não sejam capazes de gerar a reincidência, confirmam maus antecedentes”*.

Em abono a esse entendimento, o STJ fixou que *“o aresto objurgado está em consonância com o entendimento consolidado nesta Corte Superior no sentido de que as condenações criminais transitadas em julgado há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes para fins de exasperação da pena-base, situação que atrai o óbice da Súmula nº 83 deste Sodalício, aplicável também ao recurso especial interposto com supedâneo na alínea a do permissivo constitucional”*.

2. Não se desconhece que a controvérsia trazida aos autos encontra-se pendente de julgamento no Plenário (RE 593.818/SC, Rel. Min. Roberto Barroso Tema 150). Entretanto, enquanto não decidida definitivamente a matéria, é de se aplicar a jurisprudência dominante da Corte no sentido de que condenação anterior ao prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal não pode ser invocada para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes, como bem ilustram os precedentes de ambas as suas Turmas:

(...) 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes. 3. Writ extinto. Ordem concedida de ofício (HC 119200/PR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Dje 12- 03-2014).

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 8

HC 133978 / MG

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. Condenação transitada em julgado há mais de cinco anos utilizada nas instâncias antecedentes para consideração da circunstância judicial dos antecedentes como desfavorável e majoração da pena-base. Impossibilidade. Precedentes. 2. Ordem concedida.(HC 133077, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 22-04-2016).

Habeas corpus. Penal. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenação transitada em julgado há mais de 5 (cinco) anos. Aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Possibilidade. Precedentes. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. 1. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 2. Ordem concedida (HC 130613, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 18-12-2015)

3. O acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça, portanto, encontra-se em desconformidade com a jurisprudência atual desta Suprema Corte, a revelar quadro de ilegalidade passível de reparo pela presente via processual.

4. Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para determinar ao juízo de origem o reexame do cálculo da pena-base, sem considerar as condenações extintas pelo transcurso do período depurador previsto em lei como maus antecedentes, procedendo-se aos reajustes daí advindos. É o voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 8

10/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 133.978 MINAS GERAIS

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Apenas deixo ressaltada a minha posição, diferente. Mas tenho acompanhado, em face do respeito ao princípio da colegialidade, o que tem sido assentado exatamente na forma prevista e, portanto, fazendo esta ressalva, acompanho o Relator, Presidente.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 8

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 133.978**

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S) : CHRISTIANO RODRIGUES SILVA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem de *habeas corpus* para determinar ao juízo de origem o reexame do cálculo da pena-base, sem considerar as condenações extintas pelo transcurso do período depurador previsto em lei como maus antecedentes, procedendo-se aos reajustes daí advindos, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. **2ª Turma**, 10.5.2016.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Ravena Siqueira
Secretária

Breve resumen:

Rol CS 52.933-2016

CS revoca fallo de ICA de Arica y acoge amparo expulsión de extranjero

Norma asociada: CPR ART. 10 n°1; 21;

Tema: Recursos; Migrantes, expulsión administrativa de extranjero.

Descriptor: Recurso de amparo, discriminación, migrantes, derechos humanos, derecho a la libertad y a la seguridad individual.

Síntesis:

Extranjero que fue objeto de expulsión administrativa, fundándose en que registra una condena en Chile. La discusión se centra en que el amparado nació en Chile y conforme al art. 10 n°1 de la CPR era hijo de extranjeros transeúntes. Luego de abandonar el país sus padres regresaron a Chile, cuando representado ya tenía 9 años de edad y se quedan definitivamente en territorio nacional. La CS indica que sin perjuicio que amparado nunca solicitó la nacionalidad chilena, a la que tenía derecho, aquello no afectaba su derecho a ser considerado como nacional, por tanto no podía ser expulsado del país argumentando calidad de extranjero.

Santiago, veintitrés de agosto de dos mil dieciséis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de su motivo 6°, que se elimina.

Y se tiene, además, presente:

1°) Que en el certificado de nacimiento del amparado Mamani Blanco consta que tiene anotación de “hijo de extranjero transeúnte” de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 N° 1 de la Constitución Política de la República -5 N° 1 de la Constitución de 1925 a la época de su nacimiento-, lo que lo habilita para optar por la nacionalidad chilena.

2°) Que, sin embargo, la calidad de “transeúnte” del extranjero no ha sido definida por la Constitución ni por la ley de la especialidad, por lo que ha de estarse a su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, conforme señala el artículo 19 del Código Civil, entendiéndose por tal a la persona que está de paso en el territorio nacional, sin ánimo de residir en él, como tripulantes o turistas. Es así como el propio Departamento de Extranjería recurrido, considera como “Hijo de Extranjero Transeúnte” -según la información que pone a disposición del público- a la “persona nacida en Chile, cuyos padres (o madre) extranjeros se encontraban en calidad de turistas”.

3°) Que, en el caso sub lite, no ha sido controvertido por la autoridad recurrida al evacuar el informe solicitado en esta causa, lo afirmado por el amparado en cuanto a que sus padres han residido de manera permanente en Chile, desde antes de su nacimiento, sin perjuicio que él fue llevado a Bolivia a los dos años y luego traído nuevamente a Chile a los 9 años. Es así como tanto los padres del amparado como éste obtuvieron permiso de permanencia definitiva en Chile.

4°) Que, así las cosas, no cabe calificar la situación del amparado Mamani Blanco como la de un “hijo de extranjero transeúnte” pues, como se dijo, la realidad de sus padres a la sazón estuvo lejos de ser equivalente a la de alguien



0146041896476

que estaba de paso en Chile y, por consiguiente, no rige respecto del amparado la excepción al principio *ius solis* reglada en el artículo 10 N° 1 de la Carta Fundamental, debiendo ser considerado y tratado como chileno.

5°) Que, es más, como es de público conocimiento -basta revisar la información publicada por el propio Departamento de Extranjería y Migración en su sitio oficial-, la autoridad recurrida modificó recientemente su jurisprudencia administrativa, mediante la cual estimaba a los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular en Chile como “hijo de extranjero transeúnte”, para considerarlos ahora como hijos de extranjero con residencia transitoria, quedando a salvo, por tanto, de la excepción del artículo 10 N° 1 de la Constitución y reconociéndoles a esas personas nacidas en Chile la calidad de chilenos, disponiéndose un trámite que no tiene por objeto “optar por la nacionalidad chilena” conforme establece el citado artículo 10 N° 1, sino únicamente “rectificar” la inscripción de nacimiento en el Servicio de Registro Civil e Identificación.

De esa manera, aun si los progenitores del amparado se hubiesen encontrado en territorio nacional de manera irregular a la época del nacimiento de éste, lo cierto es que la misma autoridad administrativa recurrida reconoce que en ese caso se trata de un ciudadano chileno y que lo consignado en su certificado de nacimiento -“hijo de extranjero transeúnte”- constituye un “error” que puede ser enmendado mediante un mero trámite administrativo.

6°) Que, derivado de lo anterior, es que el estatuto legal que regula la situación de los extranjeros no resulta aplicable al amparado y, por ende, no ha sido posible decretar su expulsión basándose en dicha normativa, por lo que el decreto que así lo resolvió resulta ilegal y pone en riesgo, de la misma forma, su libertad personal, debiendo acogerse la acción de amparo intentada para restablecer el imperio del derecho vigente en este caso.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la sentencia apelada de diez de agosto de dos mil dieciséis, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el



0146041896476

Ingreso N° 103-2016 y, en su lugar, se declara que **se acoge** el recurso de amparo interpuesto a favor de Santiago Félix Mamani Blanco, dejándose sin efecto el Decreto N° 681 de 4 de agosto de 2010, dictado por el Ministerio del Interior.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Cisternas, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada, atendido que no puede ser materia a resolver en este procedimiento de amparo -dada la naturaleza cautelar del mismo-, si la situación migratoria de los progenitores del amparado al momento del nacimiento de éste era distinta a la de “transeúntes” como consigna el certificado de nacimiento, considerando que desde esa época -1966- no ha sido controvertida ni por aquéllos ni por éste, sometándose además el amparado durante toda su vida al régimen legal previsto para los extranjeros y, tal es así, que ni siquiera en la presente acción de amparo cuestiona su calidad de “hijo de extranjero transeúnte”. De esta manera, para efectos de resolver la presente acción, se debe considerar al amparado como hijo de extranjero y, dado que no ha optado por la nacionalidad chilena, debe tenérselo para estos efectos como extranjero. En este contexto, la medida de expulsión, a juicio de estos disidentes, resulta suficientemente fundada y proporcional a la gravedad del delito cometido en territorio nacional -participación en el delito de tráfico de drogas de más de 25 kilos de clorhidrato de cocaína-por el cual fue condenado, medida que además fue adoptada por autoridad competente y dentro del marco de sus facultades legales.

Comuníquese de inmediato por la vía más expedita, regístrese y devuélvase. Sin perjuicio, ofíciase.

Rol N° 52.933-16.



0146041896476

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

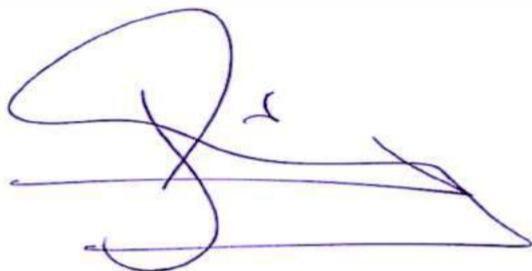
[Handwritten signature]



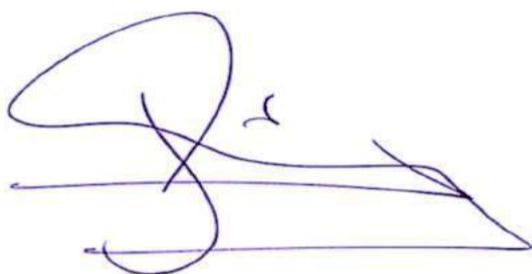
0146041896476

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O. Santiago, veintitrés de agosto de dos mil dieciséis.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema



En Santiago, a veintitrés de agosto de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.



0146041896476

Corte Suprema revoca sentencia apelada y acoge recurso de amparo deducido por la defensa en favor de Lorenza Cayuhan (01.12.2016 rol 92.795-2016)

Norma asociada: CPR ART. 21; PIDCP ART. 9; CA ART. 7.

Tema: Recursos; Derecho penitenciario, Enfoque de género.

Descriptor: Recurso de amparo, discriminación, derechos de la mujer, derechos humanos, derecho a la libertad y a la seguridad individual.

SÍNTESIS.

Corte Suprema acoge por unanimidad la acción constitucional de amparo en favor de la comunera mapuche Lorenza Cayuhan, quien presentando síntomas de parto prematuro, fue obligada a parir engrillada, presenciando dicho acto un gendarme de sexo masculino. La Corte Suprema argumentó que tal despliegue de medidas de seguridad se basó expresamente en que se trataba de una comunera mapuche y que el parto en tales condiciones no respetó la normativa internacional.

Se estima que en el caso hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo

TEXTO COMPLETO

Santiago, uno de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de su fundamento segundo, que se suprime.

Y se tiene, además, presente:

1°) Que, en primer término, cabe aclarar que la sentencia apelada, en cuanto desestima la acción de amparo deducida en favor de la menor Sayén Ignacia Nahuelán Cayuhán, no fue recurrida ni por quien interpuso dicho recurso ni por las instituciones que dedujeron acción de amparo en favor de la madre de aquélla, Lorenza Cayuhán Llebul, por lo que esta Corte sólo examinará lo relativo a la situación de esta última.

2°) Que, conforme fluye de la declaración contenida en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, la base principal de nuestra institucionalidad está dada por el reconocimiento de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La libertad es un derecho ampliamente protegido en nuestro ordenamiento jurídico. De las diversas manifestaciones de ese principio fundamental, tanto el artículo 19 N° 7 de la Constitución como los artículos 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, amparan específicamente el derecho a la libertad personal y seguridad individual;

3°) Que, la libertad personal es entendida como la libertad física de la persona y como la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella. Por su parte, la seguridad individual es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger ese derecho, a la libertad personal, de los abusos de poder y de las arbitrariedades. Esta garantía se expresa en el artículo 19 N° 7, letra b), de la Carta Fundamental, al declararse que nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida *“sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”*;

4°) Que si bien la responsabilidad administrativa que pueda caber a funcionarios y autoridades de la institución recurrida de Gendarmería por los hechos que se denuncian en la acción de amparo de que se trata debe ser definida mediante la debida sustanciación del procedimiento sumario administrativo respectivo, ello no excluye que esta Corte se base en hechos no discutidos o suficientemente probados para adoptar las medidas necesarias y urgentes para resguardar los derechos de la recurrente en caso de estimar que ellos se han puesto en peligro o vulnerado, sea que el carácter no discutido o probado de esos hechos provenga de haber sido reconocidos por las propias autoridades recurridas en sus informes o por sus subalternos en sus declaraciones prestadas a propósito de la investigación administrativa que se lleva adelante, o por aparecer ya demostrados de manera irrefragable con los antecedentes allegados a este expediente.

5°) Que, en ese orden, de los diversos informes y antecedentes acompañados por Gendarmería, aparece que el día 13 de octubre del año en curso, alrededor de las 14:00 hrs., la amparada Cayuhán Llebul, quien tenía a la sazón un embarazo de 32 semanas, fue derivada por personal del área de enfermería del Centro de Detención Preventiva de Arauco al Servicio de Urgencia del Hospital de la misma ciudad, sin que exista claridad de las medidas de seguridad que se usaron para este traslado o en ese recinto -aun cuando la amparada relató que fue llevada esposada, según consigna en el Informe Médico del Departamento de Derechos Humanos del Colegio Médico allegado a estos autos-. Este traslado se realiza en un taxi particular, en cuyo interior custodian a la amparada dos funcionarios de Gendarmería -un hombre y una mujer-, y además el vehículo es escoltado por un carro institucional -en el que se desplazan cinco gendarmes- y por dos motoristas de Carabineros de Chile. En ese centro de salud se le diagnostica preeclampsia y a las 18:00 hrs. es trasladada al Hospital Regional de Concepción en ambulancia, en cuyo interior la custodian dos funcionarios de Gendarmería -hombre y mujer-, manteniéndola durante ese trayecto engrilletada por el pie izquierdo a la camilla de la ambulancia. Ingresa al Hospital Regional alrededor de las 19:00 hrs., donde es evaluada en presencia de una funcionaria de Gendarmería, para lo cual se le habrían retirado los grilletes a petición del personal médico -según la versión de Gendarmería-, los que fueron repuestos a la amparada por la funcionaria de Gendarmería a su cargo, cerca de las 22:00 hrs. El día 14 de octubre, alrededor de las 15:00 hrs. la amparada es trasladada a la Clínica de la Mujer de Concepción, por la falta de disponibilidad de camas en el Hospital Regional, lugar donde el personal de salud

pide retirar las medidas de seguridad para llevar a cabo el respectivo monitoreo, las que no se vuelven a reponer ya que en el intertanto los funcionarios custodios reciben instrucciones de su mando para que la amparada permanezca en adelante sin aquellas -todo ello, según la versión de Gendarmería en su informe-. Durante dicha evaluación se mantiene en la misma sala una funcionaria de Gendarmería, la que también asiste al parto, dando a luz la amparada a una niña a las 16:00 horas del mismo día 14 de octubre, luego de lo cual aquélla es derivada a la Clínica Sanatorio Alemán, por no contar la Clínica de la Mujer con servicio U.C.I. Su hija, en tanto, quedó internada en la Clínica de la Mujer para mantenerla en incubadora bajo los cuidados médicos respectivos.

6) Que lo antes reseñado evidencia entonces que la amparada Cayuhán Llebul fue mantenida con grilletes -que ataban uno de sus pies a la camilla o cama, de la ambulancia u hospital, según el caso- al menos desde las 18:00 hrs. hasta las 19:00 hrs. del día 13 de octubre, durante su traslado del Hospital de Arauco hasta el Hospital Regional de Concepción, y desde las 22:00 hrs. del día 13 de octubre hasta al menos las 15:00 hrs. del día siguiente, desde que se reponen esas medidas por Gendarmería luego de su observación en el Hospital Regional de Concepción, hasta que es tratada en el Hospital de la Mujer.

Todo lo anterior ocurre, no obstante que en el Hospital de Arauco ya se había diagnosticado que la amparada sufría preeclampsia y, por ende, con riesgo para su vida como de la criatura que estaba por nacer, lo que permitía descartar que en esas condiciones pudiese intentar fugarse o evadir el cumplimiento de su condena, sea o no con ayuda de terceros. Por lo mismo, igualmente resultaba innecesaria la presencia de una funcionaria de

Gendarmería al interior de las salas y pabellones en que la salud de la amparada fue evaluada y monitoreada, y finalmente intervenida, presencia que, junto con interrumpir o distraer del mejor desempeño a los facultativos y especialistas, ocasionan en la amparada una situación de presión y hostigamiento contrario a la protección que en esos momentos más demandaba de la institución de Gendarmería a cuyo cuidado se encontraba, circunstancia en que lo primordial residía en resguardar la salud y vida de la gestante como de la criatura que estaba por nacer, bastando para cumplir con su deber de evitar una eventual -y muy improbable- fuga de la amparada con mantener vigilancia en el exterior de la sala respectiva así como otras medidas de seguridad indispensables que, por otro lado, no afectaran de manera desproporcionada el normal desarrollo de las actividades en los respectivos centro de salud.

7°) Que tal obrar por parte de los agentes estatales, como se demostrará, contraviene la normativa nacional e internacional a la que Chile se ha obligado en el tratamiento de personas privadas de libertad y, en particular de mujeres en estado de gravidez.

En efecto, el artículo 1° de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile dispone que Gendarmería de Chile ... tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley . El artículo 15 del mismo texto prescribe que El personal de gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana.

Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes". Por su parte, el Reglamento de Establecimiento Penitenciarios, en su artículo 1° señala que "La actividad penitenciaria ... tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados ..." Agrega el artículo 2 de ese Reglamento que *"Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres"* y el artículo 6 declara que *"Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento... La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal"*.

8°) Que la normativa interna antes enunciada es concordante con el Derecho Internacional. Así, el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que *"toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"*, disposición que también contiene el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normas que, al estar contenidas en un Tratado Internacional suscrito por el Estado de Chile y que se encuentra plenamente vigente, tienen primacía incluso por sobre las normas del derecho interno, según lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta

Fundamental, que señala en su inciso segundo que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos garantizados en la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Cabe recordar, en este punto, que el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dispone que *“El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”*.

9°) Que lo antes expuesto configura el marco normativo que rige al Estado chileno en cuanto a la situación jurídica de los privados y privadas de libertad en orden a ser un mandato legal, supralegal y constitucional el respeto a la dignidad humana como principio básico rector de la relación entre Gendarmería de Chile y los y las internas, sujetos a su protección, cuidado y custodia, lo que deviene en un límite a cualquier acción de Gendarmería de Chile.

10°) Que, todavía más, el derecho internacional se ha preocupado por establecer reglas mínimas para el tratamiento de mujeres privadas de libertad y, en particular, para quienes de ellas se encuentren embarazadas, en período de lactancia o al cuidado de hijos menores. En relación con las medidas de seguridad usadas contra la amparada en las circunstancias ya asentadas arriba, esto es, durante los traslados entre los recintos hospitalarios como durante su permanencia en los mismos, las Reglas

mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas de Mandela), en particular los artículos 47, 48 y 49, señalan:

“Regla 47

1. Se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor.

2. Otros instrumentos de coerción física sólo podrán ser utilizados cuando la ley los autorice y en los siguientes casos:

a) como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa;

b) por orden del director del establecimiento penitenciario, si han fracasado los demás métodos de control, a fin de impedir que el recluso se lesione a sí mismo o lesione a terceros, o que produzca daños materiales, en cuyos casos el director deberá alertar inmediatamente al médico u otros profesionales de la salud competentes e informar a la autoridad administrativa superior.

Regla

48

Cuando la utilización de instrumentos de coerción física esté autorizada de conformidad con el párrafo 2 de la regla 47 habrán de aplicarse los siguientes principios:

a) emplear instrumentos de coerción física únicamente cuando ninguna otra forma menor de control resulte eficaz frente a los riesgos que entrañaría la libre movilidad;

b) optar por el menos invasivo de los métodos de coerción física que sean necesarios para controlar la movilidad del recluso y que puedan aplicarse razonablemente, en función del nivel y la naturaleza de los riesgos en cuestión;

c) aplicar instrumentos de coerción física únicamente durante el tiempo necesario, y retirarlos lo antes posible una vez que desaparezcan los riesgos planteados por la libre movilidad.

2. No se utilizarán instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.

Regla 49

La administración penitenciaria tratará de utilizar técnicas de control para evitar la necesidad de imponer instrumentos de coerción física o reducir el carácter invasivo de esos instrumentos, y ofrecerá capacitación en esas técnicas.”

11°) Que resulta patente que conforme a la normativa internacional antes reproducida, en particular la sección 2) de la Regla 48, que se repite en la Regla 24 de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bang o), no resultaba admisible en el caso de marras el uso de grilletes en contra de la amparada, atendido que su traslado de urgencia desde la unidad penal a los distintos recintos de salud a que fue conducida, obedeció a su estado de gravidez y a la inminencia de un parto complejo desde el punto de vista médico, constituyendo el uso de grilletes una forma de represión y sujeción y, por ende, de coerción, que resultaba improcedente por la específica norma citada. Aún más, por aplicación de las otras Reglas mencionadas, desde que el empleo de grilletes en las circunstancias ya referidas adquirieron un carácter degradante , contraviniendo la Regla 47 N° 1, desde que ante la absoluta innecesariedad de esa medida, su único objeto fue el de resaltar la situación procesal de condenada de la amparada frente al personal médico que la atendía,

lo que en el contexto ya conocido, resultaba del todo inútil. También se quebranta la Regla 47 N° 2, por cuanto las circunstancias ya comentadas hacían innecesario el uso de grilletes como medida de precaución de la evasión de la amparada durante los traslados de que fue objeto. Asimismo se conculca la Regla 48 en sus letras a), b) y c) dado que el mero acompañamiento de una funcionaria de Gendarmería durante sus traslados en la ambulancia -siempre que ello no dificulte las labores de los profesionales de la salud, o la mera custodia en otro vehículo en su caso-, y la sola vigilancia al exterior de las salas en que fue atendida e intervenida la amparada resultaba ya suficiente para controlar un eventual -y, cabe insistir, casi inexistente- riesgo de evasión, o la intervención de terceros con ese objeto -si eso era lo que en verdad buscaba precaverse-. Por consiguiente, Gendarmería no empleó la forma de menor control y menos invasiva que resultaba suficiente para manejar la supuesta movilidad de la amparada en la situación particular que padecía.

12°) Que ahora bien, el Oficio N°202/2015 del 20 de mayo de 2015 de Gendarmería de Chile, que reitera Instrucciones de buen servicio sobre Servicios Hospitalarios y Salidas al Exterior, acompañado a estos autos, al cual se habrían ceñido los funcionarios que actuaron como custodios de la amparada, tampoco se adecúa a la normativa internacional precitada.

En efecto, señala dicho instructivo: Se tendrá por regla general una estricta aplicación de medidas de seguridad, a todas las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y que se encuentren hospitalizadas en recintos externos a los institucionales./ De manera excepcional, el encargado de custodia

considerará la posibilidad de no aplicar alguna de estas medidas de seguridad o retirarlas en su caso, cuando su uso se considere un riesgo a la integridad física y psíquica del interno hospitalizado lo cual procederá sólo cuando el médico tratante o de turno del recinto hospitalario lo solicite por escrito a los funcionarios de custodia, facultativo que deberá argumentar la solicitud en el informe emitido, en caso contrario, cuando no se indique y argumente los motivos de salud, el funcionario de custodia no deberá acceder a lo solicitado, comunicando de manera inmediata al oficial de guardia de la unidad, con el objeto que éste a su vez, lo informe a la jefatura de la unidad para mejor resolver./ En los casos de urgencia de salud de un interno, podrá el funcionario de custodia obviar la solicitud escrita de retiro de las medidas de seguridad, pudiendo hacerlo de inmediato, siempre y cuando el propio funcionario de custodia evalúe y determine que las condiciones del entorno sean apropiadas para dicho fin./ En caso de cirugías, partos u otros que obliguen el ingreso de interno a pabellón quirúrgico bastará con el requerimiento verbal del médico”.

Dicho instructivo, amén de imponer formalidades que no parecen razonables en circunstancias médicas de urgencia, como una solicitud escrita fundada del facultativo, en el caso de la mujer embarazada privada de libertad, deja a la discreción de los funcionarios de Gendarmería actuantes el uso de medidas de coerción en los momentos anteriores y posteriores a la intervención médica directa, como ocurrió en este caso -durante los traslados y con posterioridad a la evaluación e intervención-, en circunstancias que las reglas 48 de las Reglas de Mandela y 24 de las Reglas de Bangkok, prohíben su uso, sin necesidad de requerimiento del médico tratante en los momentos anteriores, durante y posteriores al parto.

13°) Que, por otra parte, las actuaciones de Gendarmería antes descritas constituyen un atentado contra el derecho de la amparada a vivir una vida libre de violencia, el que se encuentra garantizado por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –conocida como Convención de Belem Do Pará- suscrita por nuestro país. Dicha Convención trata la violencia contra las mujeres como una violación de sus derechos humanos, como una ofensa a su dignidad y como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; y comprende la violencia que tenga lugar, no solo dentro de la unidad doméstica, sino aquella ejercida fuera del ámbito de la familia, en los lugares educativos, establecimientos de salud o cualquier otro lugar y también, y de especial interés en lo que interesa al presente recurso, a aquella derivada del uso del poder del Estado en forma arbitraria. En efecto, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención, Se entenderá que violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica, que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual, que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar del trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y; que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra . En este caso, el Estado ha transgredido su obligación de proteger a la amparada de la violencia ejercida por funcionarios de Gendarmería, al permitir

que aquella, que se encontraba en una especial condición de vulnerabilidad, dado su estado de embarazo y su privación de libertad, fuera sometida a tratos vejatorios e indignos, que debieron evitarse.

14°) Que, asimismo, no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta de parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección, en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto - más aún en las difíciles circunstancias de salud y de privación de libertad en que éste se desarrolló-, como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto negativo que una aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer.

Los funcionarios de Gendarmería, como revelan los hechos ya comentados, asimilaron este complejo y único proceso que vive la mujer, al de cualquier intervención quirúrgica al que podría ser sometido un interno privado de libertad, descuidando las especiales características del mismo, así como el atento cuidado que la mujer requiere en esas condiciones, haciendo primar por sobre cualquier otra consideración y, por ende, careciendo de toda proporción, el deber de evitar una eventual evasión o fuga por parte de la amparada, la que, conviene reiterar, en el contexto antedicho resultaba inviable.

De ese modo, lo referido contraviene los compromisos pactados en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer –conocida como CEDAW- suscrita por nuestro país, primer instrumento internacional que recoge el principio mundial para erradicar la discriminación contra la mujer y que confiere derechos a las mujeres frente al Estado, implicando obligaciones de éstos frente a las ciudadanas. Es importante hacer notar que la CEDAW establece que la discriminación puede presentarse por cualquier distinción o restricción y prohíbe no sólo los actos que tienen la intención de discriminar, sino también aquellos que, aunque no la tuvieren, el resultado de los mismos genera una discriminación. En tal sentido, es útil reseñar lo que ha establecido la Recomendación General N° 25 del Comité de la CEDAW: *“un enfoque jurídico o pragmático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También debe tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre las mujeres y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias...”*

En concordancia con lo anterior, el principio segundo de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección De las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece *“que no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes”* y en el mismo sentido el principio 5.2 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que *“Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias”*. Y en cuanto a la situación de particular cuidado y que demanda especial atención del Estado respecto de los organismos que custodian a las mujeres privadas de libertad, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer en su artículo 12.2 prescribe que *“los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”*. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en su artículo 3 (15) refiere que *“las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento, y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los estados partes*

deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención ofrecen a esas madres y a su hijos .

1 °) Que, es posible constatar indicios que permiten tener por acreditado que el maltrato recibido por la amparada también encuentra explicación en su pertenencia a una comunidad mapuche, lo que refuerza el origen discriminatorio de las actuaciones de Gendarmería. De otra forma no se explica el desmesurado y, por ende, desproporcionado operativo de seguridad que a su salida de la unidad penal para su atención médica en un recinto asistencial llevó a cabo Gendarmería. En efecto, la amparada está condenada por delitos comunes de receptación y robo con intimidación, además su clasificación es de bajo compromiso delictual según Ficha Única de condenada de fecha 17 de octubre acompañada por Gendarmería, a lo que cabe agregar que su estado de salud restaba toda posibilidad de que durante su traslado pudiera atender contra terceros o intentar su huída. Tales circunstancias no resultan coherentes con el inusual despliegue de medidas de custodia y coerción en los traslados y durante su permanencia en los recintos hospitalarios, donde, como el Director Regional de Gendarmería reconoce en su informe, la salida de la unidad penal en la comuna de Arauco se realizó con escolta de otro carro institucional en el que se trasladaban cuatro funcionarios, además de su conductor. Sumado a ello una escolta de dos motoristas de carabineros, más la custodia directa ejercida por dos funcionarios en el mismo taxi en que iba la amparada. Estas importantes medidas de seguridad se reiteraron luego en su traslado a Concepción y durante su permanencia en los distintos recintos por los que debió transitar para obtener la adecuada asistencia médica.

Es así como tal despliegue de medidas únicamente se explica por el hecho de tratarse de una condenada de origen mapuche, lo que se confirma con la observación que se consigna en la orden de salida hacia el hospital de Arauco, también acompañada a este expediente por Gendarmería, donde se indica: interna que debe ser trasladada al servicio de urgencias del Hospital de Arauco, se adjunta salida al hospital, *“ojo interna comunera mapuche, adoptar las medidas de seguridad correspondiente”*. Su carácter de “comunera mapuche” se vuelve a destacar en los Parte N° 238 y 239 de 13 de octubre, Parte N° 239 de 14 de octubre, e Informes de Novedades de 13 de octubre -documentos todos también incorporados a este legajo-, en los que se consignan los egresos y hospitalizaciones de la amparada, destacando siempre el ser ésta “comunera mapuche”. Así se habla, respectivamente, de Salida de Urgencia del Hospital de Arauco *“de comunera mapuche”* que indica; Hospitalización de *“comunera mapuche condenada”* que indica; interna *“comunera mapuche”* da a luz en clínica de Concepción; Sale “comunera mapuche” al Servicio de Urgencia; y, Hospitalización de condenada *“perteneciente a comunidad mapuche”*.

En este caso se adoptaron medidas de seguridad para el traslado de una interna en razón de su pertenencia a una comunidad mapuche, y que si no concurriera esta cualidad adscrita en la amparada, no se habrían implementado. Estos antecedentes constituyen prueba irrefragable de discriminación, pues no obedecen a la gravedad de los delitos por los que cumple condena, ni a su alto grado de compromiso delictual, ni a indicios o noticias que permitan siquiera sospechar un intento de fuga, sino en forma exclusiva a su etnia de origen.

16°) Que, así las cosas, se estima que en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia. Estas reglas, han advertido que la convergencia de múltiples formas de discriminación aumenta el riesgo de que algunas mujeres sean víctimas de discriminación compuesta, por lo cual la entidad recurrida, Gendarmería de Chile, afectó la seguridad personal de la amparada durante la privación de libertad que sufría con motivo del cumplimiento de las penas impuestas y su dignidad como persona, en contravención a la Constitución Política y las leyes, debiendo en consecuencia ser acogida la acción de amparo interpuesta en su favor, adoptándose las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho.

17°) Que, resta expresar que no es obstáculo para hacer lugar a la acción constitucional la circunstancia de que, a la sazón, pudieran haber dejado de existir las medidas descritas precedentemente y que afectaron la seguridad personal de la amparada, porque una acción de este tipo busca restablecer el imperio del derecho, lo que comprende la precisión del sentido de los derechos fundamentales, su respeto, el de las garantías que los protegen y la eventual corrección funcionaria, como con tanta precisión lo señalaba el artículo 313 bis del Código de Procedimiento Penal;

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la sentencia apelada de nueve de noviembre de dos mil dieciséis, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción en el Ingreso Corte N° 330-2016 sólo en cuanto rechazó la acción de amparo deducida en favor de Lorenza Cayuhán Llebul y, en su lugar, se declara que **se acoge el recurso** de amparo interpuesto, a fin de dejar establecida la ilegalidad que fundamenta su acogida. Para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la recurrente, se decretan las siguientes medidas:

1. La custodia de la amparada y las medidas de seguridad que se adopten por Gendarmería durante los traslados de aquélla a algún recinto asistencial de salud se efectuarán dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de la Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.
2. Durante dichos traslados, así como durante su permanencia en dichos recintos, su custodia directa será ejercida exclusivamente por personal femenino de Gendarmería de Chile.
3. Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.
4. Gendarmería de Chile deberá remitir copia de los resultados del sumario administrativo que lleva adelante con motivo de estos hechos a la

la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, dentro de un plazo no superior a 30 días, además de informar a dicho tribunal sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de los tres puntos precedentes.

Comuníquese de inmediato por la vía más expedita, regístrese y devuélvase. Sin perjuicio, ofíciase.

Rol N° 92.795-16.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Carlos Künsemüller L., Sra. Andrea Muñoz S., Sr. Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Jaime Rodríguez E., y Carlos Pizarro W. No firma el Abogado Integrante Sr. Pizarro, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a uno de diciembre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

VENEZUELA

SENTENCIA 1013 21/10/2016. SALA DE CASACION SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

RECURSO DE CASACIÓN

NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 489-A y 489-D LEY ORGANICA PARA LA PROTECCION A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

ASUNTO: RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE PATERNIDAD DESCRIPTORES: RECURSO, DERECHO A LA IDENTIDAD, FILIACIÓN, RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, REGISTRO CIVIL.

TITULO

Recurso de Casación interpuesto contra sentencia dictada el 06 de mayo de 2015, por el juzgado Primero Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, que declaró sin lugar

el recurso de apelación propuesta por la parte demandada y la Defensa Pública con respecto al carácter voluntario del reconocimiento de paternidad en referencia a una planteada nulidad de acta de reconocimiento efectuada en fecha 7 de enero de 2013.

SÍNTESIS LEGAL

Recurso interpuesto por la Defensora Pública Primera con competencia para actuar ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 489-A y 489-D de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, denunciando la infracción del artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, por error de interpretación de su contenido, teniendo en cuenta que el mismo refiere el reconocimiento voluntario de la paternidad ante el Registro Civil.

RESUMEN DE DATOS

La demandante alega que después de 5 años del nacimiento de su hijo, cuya partida de nacimiento fue asentada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 del Código Civil, se ha incoado un juicio de fijación de régimen de convivencia familiar por una ciudadana que dice ser su abuela paterna, quien para probar el aludido parentesco presentó una nueva partida de nacimiento, desconociendo la partida originaria que fue asentada bajo el N° 112 del libro 1 llevado por la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda, en fecha 1 de febrero de 2008; que la partida presentada por la referida ciudadana es de fecha 7 de enero de 2013, fue asentada bajo el N° 2 del libro 1 llevado por la misma Oficina de Registro Civil y en ella se omiten datos y formalidades que son requisitos necesarios por ser de orden público, indicando la parte actora que tal hecho la hace nula.

Continúa señalando, que, con ocasión de la nueva partida de nacimiento, la Oficina de Registro Civil dejó sin efecto el acta de nacimiento N° 112, libro 1, de fecha 1° de febrero de 2008; que los hechos y fundamentos expuestos en la segunda partida de nacimiento son falsos, ya que el niño no fue presentado y se omitió el hecho que ya había un asentamiento de partida anterior, lo que obligaba al Registrador a no asentar ninguna otra partida, sino a dar cumplimiento a las disposiciones de orden público contenidas en los artículos 95, 96 y 97 de la Ley Orgánica de Registro Civil y no a asentar una nueva partida creando una duplicidad.

A lo anteriormente planteado la Sala señala que, no es cierto que la partida de nacimiento impugnada cambie la filiación del niño, puesto que la filiación paterna quedó legalmente establecida no por el hecho de la emisión de aquella, sino porque se verificó la declaración voluntaria del progenitor de querer reconocer al niño como su hijo; que el acta de nacimiento no debe contener mención de la declaración del padre reconociendo la paternidad, esta fue recogida en el Acta de Reconocimiento Posterior N° 1 del libro 1 de fecha 7 de enero de 2013, suscrita por el declarante, dos testigos y la Registradora Civil, e inmediatamente, el Registro Civil procedió a redactar la nueva partida de nacimiento que aquí se impugna; que el artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad dispone que la nueva acta asentada luego de un reconocimiento voluntario, no contendrá mención alguna del procedimiento administrativo, llevado a cabo para el reconocimiento.

Por las razones antes planteadas la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, declara con lugar el recurso de casación anunciado y formalizado por la Defensora Pública Primera con competencia para actuar ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia quien actúa en representación del niño de autos y obteniendo como resultado la convalidación del acta de reconocimiento posterior de fecha 7 de enero de 2013, asegurando el derecho a la identidad del niño menor, anulando el fallo recurrido y declarando sin lugar la demanda de nulidad de partida de nacimiento intentada por la ciudadana Marjore Alexandra Veitia Volweider, contra la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda.

JUSTIFICACIÓN

En el caso concreto, se observa que el reconocimiento se efectuó cumpliendo con el procedimiento y las formalidades legales antes señaladas, establecidas en los artículos 95 al 97 de la Ley Orgánica de Registro Civil, y, si bien la madre tuvo conocimiento del mismo no porque haya sido notificada, sino como consecuencia de un procedimiento judicial de fijación de régimen de convivencia familiar, esto no afecta la legalidad del reconocimiento, puesto que, como se señaló antes, la notificación se habría efectuado con la finalidad de que la madre estuviese en conocimiento de la filiación establecida respecto a su hijo. Además, nada de lo que hubiese manifestado en el procedimiento de reconocimiento habría tenido efecto alguno sobre el reconocimiento, por tanto, sobre la filiación paterna, pues la declaración de la madre no basta para excluir la paternidad.

En adición a lo anterior debe la Sala señalar que las decisiones que se dictan en situaciones en que se encuentran involucrados los derechos de niños, niñas y adolescentes, persiguen principalmente vigilar que no resulten lesionados los intereses de éstos, conforme al principio del interés superior del niño, y no dirimir los intereses controvertidos de los progenitores como si de bienes patrimoniales se tratara. De tal modo que las decisiones no tienen por objeto favorecer a una de las partes, antes por el contrario benefician a los niños, niñas y/o adolescentes, fortaleciendo la institución familiar.

De manera que, en este asunto no se trata de determinar cuál de los progenitores resulta favorecido por lo que aquí pueda decidirse, sino de brindarle la protección adecuada al niño.

Es por ello que, en criterio de esta Sala, de resultar anulada el acta impugnada, esto en nada afectaría el reconocimiento de la paternidad efectuado por el ciudadano Elisandro López, que, por ser declarativo de filiación, despliega todos sus efectos mientras no sea impugnado o anulado por los procedimientos establecidos en la ley

CONCLUSION

En definitiva, con la nulidad de la partida de nacimiento se estaría afectando el interés superior del niño puesto que se vería limitado su derecho a la identidad consagrado en el artículo 56 de la Constitución de la República, tanto más en cuanto que la filiación establecida por el reconocimiento de autos no está en controversia con otra, pues la madre del niño no señaló en el certificado de nacimiento quién es el padre y tampoco hay evidencia de que se haya instaurado algún juicio de inquisición de paternidad respecto de otro hombre ni de que se haya impugnado el reconocimiento.

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia de la Magistrada Doctora MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

En el juicio de nulidad de partida de nacimiento del niño S A (cuya identidad se omite por mandato del artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), asentada en fecha 7 de enero de 2013, identificada con el N° 2 del libro 1 llevado por la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda, que sigue la ciudadana **MARJORE ALEXANDRA VEITIA VOLWEIDER**, titular de la cédula de identidad número V-6.751.015, representada por el abogado Marco Useche, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N°, 45.724, contra la **DIRECTORA DE LA OFICINA DE REGISTRO CIVIL DEL MUNICIPIO BARUTA DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA**, representada por la abogada Sairy Johana Rodríguez Herrera, inscrita en el Instituto de Previsión del Abogado bajo el N° 174.850, tercero interviniente ciudadana **JOSEFA ABDULIA ROSALES GONZÁLEZ**, representada por la Defensora Pública Segunda en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes abogada Haydee Velásquez Urbaz, el Juzgado Primero Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, conociendo por apelación de la parte demandada y de la Defensora Pública Décima en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes abogada Norbelys Baez, quien actúa en representación del niño, en sentencia publicada el 6 de mayo de 2015, declaró sin lugar el recurso de apelación diferido propuesto por la parte actora contra los autos de fechas 21 de febrero y 26 de junio de 2014, dictados por el Juzgado Décimo Segundo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la misma Circunscripción Judicial; sin lugar los recursos de apelación propuestos contra la sentencia definitiva de primera instancia; improcedente la tercería adhesiva propuesta por la ciudadana Josefa Rosales, confirmando la decisión proferida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la referida Circunscripción Judicial y Nacional de Adopción Internacional, de fecha 20 de enero de 2015, que declaró con lugar la demanda de nulidad.

Contra esta decisión de Alzada, la Defensora Pública Primera con Competencia para actuar ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien actúa en representación del niño de autos, y la ciudadana Josefa Abdulia Rosales González anunciaron y formalizaron oportunamente recurso de casación. Hubo contestación.

En fecha 11 de junio de 2015, se dio cuenta en Sala, asignándose la ponencia a la Magistrada Marjorie Calderón Guerrero.

En fecha 23 de diciembre de 2015, mediante acuerdo publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.816, de la misma fecha, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, designó como Magistrado de esta Sala de Casación Social al Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, quien tomó posesión de su cargo, quedando conformada la Sala de la siguiente manera; Presidenta Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, Vicepresidenta Magistrada Mónica Misticchio Tortorella y los Magistrados, Edgar Gavidia Rodríguez, Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Jesús Manuel Jiménez Alfonzo.

El 28 de julio de 2016, a las 9:30 a.m. se celebró la audiencia pública y contradictoria prevista en el artículo 489-F de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Cumplidas las formalidades legales, la celebración de la audiencia oral, pública y contradictoria y la emisión de la decisión inmediata contemplada en el artículo 489-G *eiusdem*, pasa en esta oportunidad la Sala a reproducir y publicar la sentencia en los términos siguientes:

**RECURSO DE CASACIÓN ANUNCIADO Y FORMALIZADO POR LA
DEFENSORA PÚBLICA PRIMERA CON COMPETENCIA PARA ACTUAR ANTE
LA SALA DE CASACIÓN SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, y los artículos 489-A y 489-D de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, denunció el formalizante la infracción del artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, por error de interpretación.

Después de citar y transcribir el referido artículo 27, el formalizante expone lo siguiente:

De la norma antes señalada se establece el reconocimiento voluntario por parte del padre ante el Registro Civil, indicando la norma que se debe expedir nueva acta de nacimiento, la cual sustituirá la que fue levantada solo con la madre, indicando la norma citada en su único aparte que el padre *podrá solicitar* ante el Registro Civil la Experticia de (ADN), siendo potestativo del mismo solicitar la práctica de la referida prueba heredobiológica, alegándonos en la sentencia que hoy es objeto de censura que es de carácter obligatorio la práctica de la prueba para poder pasar a realizar la nueva acta de nacimiento, sin embargo en el caso que ocupa nuestra atención el reconocimiento se realizó de manera voluntaria, acudiendo el ciudadano Elisandro López hasta las instalaciones del Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda y realizar de manera voluntaria el reconocimiento, atendiendo a lo establecido en el encabezamiento del artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, parte el juzgador de una situación que no pudo ser verificada, que no es más que la madre o padre negaren la paternidad, en este caso se podría solicitar la práctica de la prueba, sin embargo, no nos encontramos en presencia de este caso, toda vez que se realizó **el reconocimiento de manera voluntaria**. Se verifica pues, del texto de la sentencia como el juzgador aunque aplica la norma correcta le da un sentido distinto al querer darle un sentido obligatorio a una situación que entraña un contenido de carácter potestativo, privando a final de cuentas la filiación que fuere determinada entre el ciudadano Elisandro López y su menor hijo, no tomándose en consideración ese interés superior del niño que en definitiva debe ser supremo y prevaleciente ante cualquier otro conflicto o interés legítimo. Darle un sentido distinto a la norma en discusión cercena el sagrado derecho a la defensa ya que se deja en minusvalía a la parte afectada al no darle el estricto sentido que contiene la ley, máxime cuando nos encontramos en presencia de un juicio en el cual en vez de salvaguardar los derechos del niño otorgándole la posibilidad de conocer a su familia paterna e interactuar con esta, se le priva de ese derecho, restándole la convivencia familiar que conlleva la filiación paterna que se encuentra definida en el acta de fecha 7 de enero de 2013.

Aduce quien recurre que la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) no es obligatoria en el supuesto de realizarse el reconocimiento voluntario; que el hecho que el ciudadano Elisandro López no haya sido señalado por la madre del niño como el padre no

significa que aquel no pudiese efectuar el reconocimiento en forma voluntaria; que el Juez de alzada desvirtuó el sentido del precepto delatado al interpretar que la práctica de la prueba heredobiológica es obligatoria.

Concluye el formalizante señalando que debe, en atención al interés superior del niño, otorgarse pleno valor al reconocimiento voluntario y, de existir dudas, ordenar lo conducente a fin de que sea revelada la filiación biológica, de conformidad con lo establecido en el artículo 450, literal J de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, referido al principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias.

La Sala observa:

El artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, incardinado en el Capítulo IV que trata “*Del Reconocimiento de la Paternidad*”, establece textualmente lo siguiente:

Artículo 27. Si la persona señalada como padre comparece ante el Registro Civil y acepta la paternidad se considerará como un reconocimiento voluntario con todos sus efectos legales, dejando constancia del reconocimiento en el expediente y en el Libro de Actas de Nacimiento respectivo. En este caso, la autoridad civil expedirá nueva Acta de Nacimiento que sustituirá a la que fue levantada con la presentación de la madre, la cual quedará sin efecto. La nueva acta no contendrá mención alguna del procedimiento administrativo aquí establecido.

En los casos en que un hombre desee el reconocimiento voluntario de una niña o un niño sin que conste su relación paternal en el certificado médico de nacimiento, podrá solicitar ante el Registro Civil la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), cumpliendo con el procedimiento establecido en el presente capítulo, de resultar positiva la experticia, se procederá a redactar el acta de nacimiento dejando constancia de la identidad del padre.

Con la finalidad de ilustrar sobre la interpretación que la Alzada efectuó del precepto transcrito, es necesario transcribir parcialmente la sentencia recurrida en los términos siguientes:

Si bien es cierto, la Ley Orgánica de Registro Civil en su artículo 95, regula el reconocimiento voluntario de paternidad, sin más exigencia que la presencia del padre reconocedor y de dos testigos; pues se trata de un procedimiento muy ambiguo e impreciso, que no da certeza de la filiación biológica. Fue muy sabio el legislador al implantar con la Ley para la Protección de las Familias, la

Maternidad y la Paternidad, un procedimiento que además de una filiación legal, otorgue certeza en cuanto a una filiación biológica.

Para un mejor entendimiento del asunto planteado, traemos a colación una sentencia de la magistrada **LUISA ESTELLA MORALES**, en la cual interpreta los artículos 56 y 76 de los (sic) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales se refieren al sagrado Derecho a la Identidad (sic); a saber:

(Omisis)

En fecha catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1.443, con Ponencia (sic) de la Magistrada **LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO**, estableció lo siguiente:

(Omisis)

En base al criterio que antecede, considera este Tribunal Superior que en el supuesto expresado por la sentencia, consideró la Sala Constitucional, que se inicia el procedimiento a la parte señalada como padre del niño, si la persona señalada como padre reconoce la paternidad, se dejará constancia de ello en el expediente abierto y en el Libro de Actas de Nacimientos respectivo, debiendo el funcionario competente expedir una nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la anterior, en la cual no se (sic) contendrá mención alguna del presente procedimiento; *mutatis mutandis*, en el caso en particular que hoy nos ocupa, al presentarse el supuesto padre a reconocer voluntariamente al niño, sin haber sido señalado como progenitor del mismo, ha debido la Registradora Civil, notificar a la madre para que esta expresara su conocimiento o no; debió aplicar el procedimiento establecido en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad; y no justificarse en lo estipulado en el artículo 95 de la Ley Orgánica de Registro Civil, presumiendo *-como lo alegó-* de la buena fe del presunto padre reconocedor, profiriendo (sic) salvaguardar el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes.

En observancia al procedimiento aplicado por la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del Estado (sic) Bolivariano de Miranda, resurge una gran inquietud entonces ¿puede cualquier persona acudir ante un Registro Civil y manifestar su deseo de reconocer voluntariamente a un niño, niña o adolescente, y proceden inmediatamente a estampar la nota marginal de tal reconocimiento, y posteriormente a dejar sin efecto el acta original, levantando un acta nueva? ¿Están salvaguardando el derecho a la identidad establecido en el artículo 56 de la Constitución Nacional, el cual dispone: **“El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad”** ¿Dónde está la función investigativa que otorga el estado? (sic) ¿Por qué a sabiendas de que existe un procedimiento que otorga más certeza en cuanto a la filiación, el mismo no se aplicó?.

El artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecen (sic) lo siguiente:

(Omisis)

Por su parte el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dispone:

(Omisis)

Tanto la norma de rango Constitucional (sic) como la Ley especial, tienden a proteger el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente, y la familia como componente fundamental en la sociedad; no se trata de que un interés prive sobre otro, sino que es necesario lograr una conjunción armoniosa entre ambos. Considera este Tribunal Superior que la Directora del Registro Civil del Municipio Baruta del Estado (sic) Bolivariano de Miranda, al emitir una nueva acta de nacimiento, sin notificar a la madre del niño, sin importar siquiera tener certeza de la filiación biológica del mismo; no tuvo como norte el interés superior del niño, ni el resguardo a las relaciones familiares. **Y así se establece.-**

(Omisis)

En el presente caso, la Directora del Registro Civil del Municipio Baruta del Estado (sic) Bolivariano de Miranda, a sabiendas que no tenía certeza de la filiación biológica entre el niño de autos y el padre reconocedor, tenía dos opciones; la primera, no anular el acta primigenia, por cuanto no se había cumplido con el procedimiento establecido en la ley para ello; y la segunda, remitir al supuesto padre reconocedor al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para que incoara una demanda de filiación. Es así como se iba a garantizar el Interés Superior del Niño, y el sagrado Derecho a la Identidad (sic) establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el la Ley Orgánica de (sic) Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. **Y así se declara.-**

Por otro lado, la parte recurrente alegó que el Juez del Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio, dio una interpretación errónea del artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad; al respecto esta Juzgadora considera que fue claro el legislador al establecer que ***“...En los casos en que un hombre desee el reconocimiento voluntario de una niña o un niño sin que conste su relación parental en el certificado médico de nacimiento, podrá solicitar ante el Registro Civil la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), cumpliendo con el procedimiento establecido en el presenta capítulo...”***, sobre este particular, hay que resaltar que el verbo facultativo **“podrá”** esta directamente enlazado con ese deseo de querer reconocer al niño o niña, con la certeza de su paternidad a través de la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN); toda vez que esta es de carácter obligatorio para todo aquel que desee reconocer a un niño o niña, si la

madre al ser notificada no lo reconoce como padre. Tanto así, que el legislador en dicha norma le otorga una consecuencia inmediata a las resultas de dicha experticia, saber: (sic) “...**de resultar positiva la experticia, se procederá a redactar el acta de nacimiento dejando constancia de la identidad del padre**”, pues indica que se procederá a redactar el acta de nacimiento si y solo si resultare positiva el resultado de la experticia. **Y se declara.-**

Como puede observarse, según la decisión transcrita, en el supuesto que un hombre interesado en reconocer a un niño o una niña, sin que haya sido señalado como padre por la madre del niño o niña en el certificado médico de nacimiento, acuda ante el Registro Civil a reconocerlo o reconocerla, el Registrador deberá ordenar la notificación de la madre a fin de que lo reconozca o no como padre; de no reconocerlo, surge obligatoria la práctica de la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), sin lo cual no se procederá a redactar una nueva acta de nacimiento, si es que el resultado es positivo.

A los fines de precisar el alcance de la disposición del artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, se debe tener presente, en primer lugar y como consideración primordial, que en la aplicación e interpretación de las leyes que regulan de alguna manera situaciones que involucren a niños, niñas y adolescentes, el interés superior del niño es de obligatorio cumplimiento; de allí que se erige como piedra angular para la adecuada interpretación no solo del artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, sino del Capítulo IV de dicha Ley, el cual trata *Del Reconocimiento de la Paternidad* y regula el procedimiento administrativo a seguir ante el Registro Civil para efectuarlo.

En efecto, el interés superior del niño es consagrado como principio rector que informa la doctrina de protección integral de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita y ratificada por Venezuela el 29 de agosto de 1999 en los términos siguientes:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Cumpliendo con el mandato consagrado en la Convención, la Constitución de la República en su artículo 78 dispone que *“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Ley, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan”*

En ese mismo sentido, de una manera más precisa, el Artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes consagra al interés superior del niño como un principio de interpretación y aplicación de la Ley en los términos siguientes:

Artículo 8.- Interés Superior del Niño.

El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías”.

De manera que, cualquier decisión judicial que involucre o afecte a niños, niñas y adolescentes debe estar orientada por el interés superior del niño como premisa fundamental, lo que implica darle preeminencia a los derechos de los niños niñas y adolescentes.

Así lo ha interpretado la jurisprudencia de este Alto Tribunal, cabe mencionar en ese sentido lo establecido por la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 2.176 del 16 de noviembre de 2007, en la que dejó sentado que el interés superior del niño es un instrumento de interpretación que debe ser aplicado y evaluado en todo momento que se conozca una causa en la que deba decidirse algún procedimiento en materia de niños, niñas y adolescentes, expresó en esa oportunidad la Sala Constitucional lo siguiente:

Al respecto, considera esta Sala que el Juez *a quo* constitucional efectuó un somero análisis de la situación, sin atender a los principios rectores que

dominan la materia relativa a niños y adolescentes, y que deben servir de guía en la labor jurisdiccional de aquellos jueces que ejercen tan delicada competencia.

En ese sentido, no existe por ejemplo, en el fallo apelado ningún tipo de ejercicio argumentativo que refleje que se haya tomado en cuenta el interés superior del niño, instrumento de interpretación que debe ser aplicado y evaluado en todo momento que se conozca una causa en la que deba decidirse algún procedimiento en materia de niños y adolescentes.

Tanta es la trascendencia del interés superior del niño, que excluye la libertad de establecer y perseguir fines individuales, así lo advierte la misma Sala Constitucional en sentencia N° 1.917 del 14 de julio de 2003 (caso: *José Fernando Coromoto Angulo contra Rosalba María Salcedo de Angulo*)

Por ello, el ‘interés superior del niño’ previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente viene a excluir y no a limitar la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más allá de los personales. Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social.

Todo esto significa, que, bajo ningún concepto, ha de prevalecer, en el Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes, otro interés que el que este derecho especial tutela, como es el de los niños, las niñas y los adolescentes, sin obviar que dicho interés debe aplicarse en forma adecuada y razonable respetando el resto del sistema constitucional y legal.

El interés superior del niño es un principio jurídico garantista en cuanto obliga a que cualquier medida que se tome o cualquier interpretación que se haga debe tender a la protección de los derechos del niño. No consiste en lo que se crea o se juzgue más conveniente o beneficioso para el niño en una situación particular, sino en la prevalencia de sus derechos y garantías, entre los que se encuentra el derecho a la identidad, que es el que eventualmente resultaría afectado en el caso de autos, puesto que en definitiva se trata de darle, o no, efectividad al acto de reconocimiento de la paternidad, en cuanto determinante de la filiación del niño.

El derecho a la identidad -consagrado en el artículo 56 de la Constitución de la República- es inherente a la persona humana y de él no se puede prescindir, lo cual genera

paralelamente una obligación al Estado, consistente en el deber de asegurar una identidad legal, la cual debería coincidir con la identidad biológica, todo ello con la finalidad de otorgar a todo ciudadano un elemento definidor de su conducta y desarrollo individual y diferenciador con respecto a los integrantes de una sociedad.

Este derecho lleva consigo o implica el derecho al nombre, el cual se configura por dos elementos, a saber, el nombre de pila y el apellido de los padres, el primero es disponible por estos, pero el nombre de familia o apellido no es disponible, sino que se trasmite a los descendientes por efecto de la filiación.

En el caso concreto, lo que en definitiva se pretende con la acción de nulidad de la partida de nacimiento es soslayar los efectos de la filiación del niño establecida mediante el reconocimiento de la paternidad, lo que, obviamente, afecta su derecho a la identidad.

De esta manera, teniendo el reconocimiento voluntario importancia primordial en el establecimiento del vínculo filiatorio extramatrimonial, como sucede en el caso de autos, cualquier interpretación que se haga sobre las disposiciones legales que regulan dicho acto debe propender a facilitararlo; ello en virtud de que la protección del interés supremo en la filiación del niño es la protección de su derecho a la identidad y, consecuentemente, al respeto y consagración de sus otros derechos constitucionales. Tanto más en el caso concreto, en el que la filiación establecida mediante el reconocimiento no está en pugna con otra, pues la madre no hizo mención en el certificado de nacimiento de quién es el padre del niño y tampoco hay evidencia de que se haya impugnado el reconocimiento ni de que se haya instaurado algún procedimiento judicial que tenga por objeto la inquisición de la paternidad respecto de otro hombre.

En segundo lugar, es menester fijar la naturaleza del reconocimiento como determinante de la filiación extramatrimonial, con especial referencia al reconocimiento voluntario de paternidad, que es el supuesto del caso que ocupa la atención de la Sala.

En este sentido, debe recordarse que la filiación extramatrimonial resulta de su reconocimiento, que consiste en el acto jurídico mediante el cual el hijo adquiere el título de su filiación y puede ser voluntario o judicial. En el primero la filiación se establece de manera espontánea, en el segundo resulta de una sentencia que la declara.

El reconocimiento voluntario expreso de la paternidad consiste en una declaración espontánea hecha con las formalidades exigidas por la ley, de la cual resulta un vínculo de filiación entre la persona que la hace (padre) y la que señala como hijo. De modo que el reconocimiento voluntario, de la misma manera que el judicial, es declarativo de filiación, ello porque es una afirmación de la cual deriva el vínculo jurídico de la filiación extramatrimonial.

Es decir, que, si bien el nexo biológico que existe entre el padre y el hijo no resulta del reconocimiento, solo este lo pone de manifiesto, puesto que la relación jurídica entre el padre extramatrimonial y su hijo, y, por tanto, la prueba de la filiación derivan del reconocimiento.

El reconocimiento voluntario expreso se forma y perfecciona, como antes se señaló, con la simple declaración de la paternidad hecha con las formalidades exigidas por la ley, esto siempre será así y no admite excepción ni aun en los casos en los que se exige el consentimiento o aceptación del reconocimiento, como los considerados en el artículo 220 del Código Civil. Solo que, cuando se requiere la aceptación, los efectos de la declaración de la filiación paterna quedan en suspenso hasta que se produzca el consentimiento o aceptación.

De lo antedicho, se deriva el carácter irrevocable del reconocimiento de la paternidad, pues sería contrario al orden público y a la seguridad jurídica que la subsistencia del estado familiar que se crea con esa declaración de voluntad dependa de lo que pueda posteriormente decidir el padre reconociente.

Corolario de lo anterior, es que lo que señale o deje de señalar la madre en la partida de nacimiento sobre el padre reconociente de su hijo, no impide ni le resta eficacia al reconocimiento; de allí que el artículo 212 del Código Civil establezca que *“la declaración de la madre no basta para excluir la paternidad”*. La declaración de la paternidad pierde eficacia solo cuando ha sido efectuada en contradicción con normas legales o con principios fundamentales del Derecho, es decir, sin cumplir con la formalidades exigidas por la ley; o si se realizó en contradicción con la verdad material; siempre que tal ineptitud sea declarada en el respectivo juicio de nulidad, en el primer caso, o de impugnación, en el

segundo; de esta manera, mientras no haya sido declarada judicialmente la ineficacia del reconocimiento, este produce todos sus efectos.

Cuando el reconocimiento es efectuado en contradicción con la verdad, esto es, cuando el sujeto pasivo o reconocido no es hijo de quien lo reconoce, sin importar si en la declaración hubo falsedad consciente o equivocación involuntaria, el *único medio* con que cuenta quien se considere afectado para que sea declarada la falsedad es la impugnación judicial del reconocimiento. Para lo cual puede hacer valer en el juicio todos los medios de prueba que pone a su disposición el ordenamiento jurídico, incluida la experticia del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), medio este que, por efecto de los avances tecnológicos, se ha convertido en la prueba por excelencia en este tipo de juicios, así como en los de inquisición de paternidad, en los cuales lo que se persigue es determinar o establecer la filiación real o biológica.

De manera que, puede sostenerse que, así como el marido se presume padre biológico del hijo nacido dentro del matrimonio, salvo que en juicio se demuestre lo contrario, *mutatis mutandi*, en el reconocimiento voluntario el reconocido se presume hijo biológico de quien lo reconoce, salvo que en el juicio respectivo de impugnación se demuestre lo contrario.

Esto impone la necesidad de precisar, en tercer lugar, la naturaleza y alcance de la nombrada prueba heredobiológica.

En ese orden de ideas, es menester recordar que la determinación de la filiación biológica de un niño o de una niña es un asunto esencialmente contencioso -artículo 177, Parágrafo Primero de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes- y como tal debe ser conocido por los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes, y tramitarse a través del procedimiento ordinario regulado en el Capítulo IV de la citada Ley.

En este mismo sentido, se pronunció la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en sentencia N° 2.491 del 21 de diciembre de 2007 (caso: *Belkis Martínez*), en la que anuló, por violación del orden público constitucional, todo lo actuado con ocasión de una prueba heredobiológica que se solicitó fuese practicada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria; estableciendo lo siguiente:

Sin embargo, de la revisión minuciosa de las actuaciones que integran el expediente, la Sala evidencia que en el presente caso se cometió una inexcusable violación al orden público constitucional, por cuanto se tramitó por jurisdicción voluntaria -a través de una solicitud de autorización judicial para la práctica de una prueba de ADN- lo que es un asunto esencialmente contencioso, como es la determinación de la filiación de un niño, materia esta que, de conformidad con el artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, debe tramitarse a través del procedimiento contencioso en Asuntos de Familias y Patrimoniales, previsto en el Capítulo IV de la referida ley especial, normativa que atañe al orden público, en razón de lo cual no puede ser relajada por la voluntad de los particulares, ni por los auxiliares de justicia y mucho menos por los órganos jurisdiccionales.

En abundancia, esta Sala hace suyos los motivos expuestos en el voto concurrente de la parcialmente transcrita decisión, emitido por la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en los términos siguientes:

Así, el supuesto padre de la niña, dudando de la paternidad, condicionó su reconocimiento a la práctica y efectivo resultado de la prueba heredobiológica; condición que halló eco en la Sala de Juicio N° 3 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Estado Lara quien ordenó la práctica de la mencionada prueba. En criterio de quien suscribe, dicha orden, librada en tales términos, invade la esfera particular de la ciudadana Migdalia del Carmen Silva y trastoca su derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, pues, con ocasión de la simple contumacia del señalado como padre, se expone innecesariamente al ámbito público la fase más reservada de la vida privada de cualquier individuo: sus relaciones sentimentales de pareja; las cuales ni siquiera el Estado tiene la potestad de cuestionar o increpar.

Del texto transcrito, infiere esta Sala de Casación Social que el caso decidido por la Sala Constitucional es muy similar al supuesto previsto en el único aparte del artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, en ambos casos el sujeto activo condiciona el reconocimiento de la paternidad a la práctica y resultado de una prueba heredobiológica, solo que en el caso conocido por la Sala Constitucional para la práctica de la experticia se solicitó autorización a un Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente, mientras que en el supuesto de la Ley, la solicitud de la experticia se hace ante el Registro Civil. Es por ello que, se puede aplicar el criterio establecido en la sentencia de la Sala Constitucional al supuesto previsto en el artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad y concluir que no puede el hombre que deseara

el reconocimiento voluntario de una niña o de un niño, condicionarlo a la práctica y resultado positivo de la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN).

De la misma manera, tampoco puede condicionarse el reconocimiento al consentimiento de la madre del niño o niña, mucho menos exigírsele al reconociente que, en el caso que la madre no consienta el reconocimiento, se someta en forma obligatoria a la experticia, quedando en este caso el acto de declaración de la paternidad condicionado al resultado positivo de la prueba.

Lo determinado hasta ahora, se erige como premisa fundamental para la adecuada interpretación no solo del artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, sino del Capítulo IV de dicha Ley, el cual trata *Del Reconocimiento de la Paternidad* y regula el procedimiento administrativo a seguir ante el Registro Civil para efectuarlo. En virtud de ello, esta Sala de Casación Social, como máxima autoridad jurisdiccional en la materia, atendiendo al interés superior del niño, establece que en el procedimiento para el reconocimiento voluntario de la paternidad no puede el Registrador Civil ordenar la práctica de la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) a que se refieren los artículos 27 y 28 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad; en consecuencia, cuando la persona señalada como presunto padre en la partida de nacimiento, negare la paternidad, la madre o quien tenga interés deberá acudir al órgano jurisdiccional competente a demandar la inquisición; y cuando no se hubiese señalado a persona alguna como presunto padre, el hombre que desee el reconocimiento de la paternidad solo tendrá que acudir ante el Registro Civil y declarar su voluntad en ese sentido cumpliendo con las formalidades legales exigidas, de lo cual se notificará a la madre, no con el propósito de que dé su consentimiento, sino para que esté en conocimiento de la filiación establecida respecto a su hijo o hija, y de no corresponderse esta con la verdad real o material, proceder a su impugnación.

De manera que, el Juzgado Primero Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, realizó una interpretación del artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad contraria al orden público al

establecer que al presentarse el supuesto padre a reconocer voluntariamente al niño, sin haber sido señalado como progenitor del mismo, *ha debido la Registradora Civil, notificar a la madre para que esta expresara su conocimiento o no*; y, en caso de negativa, *ordenar la práctica de la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), toda vez que esta es de carácter obligatorio para todo aquel que desee reconocer a un niño o niña, si la madre al ser notificada no lo reconoce como padre.*

Por las razones expuestas, la denuncia se declara procedente. Así se decide.

Al ser declarada la procedencia de la denuncia, resulta inoficioso el examen del recurso anunciado y formalizado por la tercera interesada ciudadana Josefa Abdulia Rosales González.

De conformidad con lo previsto en el artículo 489-H de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se declara nulo el fallo recurrido, por lo que la Sala debe pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

DECISIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

ALEGATOS DE LAS PARTES

La demandante alega que después de 5 años del nacimiento de su hijo, cuya partida de nacimiento fue asentada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 del Código Civil, se ha incoado un juicio de fijación de régimen de convivencia familiar por una ciudadana que dice ser su abuela paterna, quien para probar el aludido parentesco presentó una nueva partida de nacimiento, desconociendo la partida originaria que fue asentada bajo el N° 112 del libro 1 llevado por la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda, en fecha 1 de febrero de 2008; que la partida presentada por la referida ciudadana es de fecha 7 de enero de 2013, fue asentada bajo el N° 2 del libro 1 llevado por la misma Oficina de Registro Civil y en ella se omiten datos y formalidades que son requisitos necesarios por ser de orden público, lo que la hace nula.

Continúa señalando, que, con ocasión de la nueva partida de nacimiento, la Oficina de Registro Civil dejó sin efecto el acta de nacimiento N° 112, libro 1, de fecha 1° de febrero de 2008; que los hechos y fundamentos expuestos en la segunda partida de nacimiento son falsos, ya que el niño no fue presentado y se omitió el hecho que ya había

un asentamiento de partida anterior, lo que obligaba al Registrador a no asentar ninguna otra partida, sino a dar cumplimiento a las disposiciones de orden público contenidas en los artículos 95, 96 y 97 de la Ley Orgánica de Registro Civil y no a asentar una nueva partida creando una duplicidad.

Aduce que uno de los requisitos que debe tener la partida de nacimiento es la identificación del certificado médico de nacimiento, con número, fecha y autoridad que lo expide, lo cual no contiene la partida N° 2 del 7 de enero de 2013 y no lo contiene porque en dicho certificado médico no está señalado el padre, lo cual hace nula la referida partida de nacimiento; que el fundamento utilizado por la Directora de la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda para dejar sin efecto la partida de nacimiento de fecha 1° de febrero de 2008, N° 112 del libro 1 llevado por la nombrada Oficina de Registro no es correcto, puesto que para que sea aplicable el artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad el padre, además de efectuar el reconocimiento voluntario, debe aparecer identificado en el certificado médico de nacimiento.

Con base en estos hechos demanda la nulidad de la partida de nacimiento de fecha 7 de enero de 2013, asentada bajo N° 2 del libro 1 llevado por la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda.

La demandada aduce que la demandante incurrió en un error de técnica argumentativa al señalar de forma genérica que el acta impugnada está viciada de nulidad absoluta, sin indicar a qué vicios en particular se refiere; que esa falta de precisión y ambigüedad impide determinar con claridad las razones en las cuales fundamenta la demandante la pretensión de nulidad; afirma que el acta de nacimiento impugnada es un acto administrativo dictado por un órgano de la Administración Pública Municipal; que los artículos 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, y 30 del Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil ordenan la redacción de una nueva acta de nacimiento como consecuencia de un reconocimiento posterior; que el acta impugnada no resuelve un caso precedentemente decidido con carácter definitivo, puesto que la filiación del niño respecto de ambos progenitores no quedó establecida de manera definitiva al momento de su presentación ante el Registro Civil el 1° de febrero de 2008,

debido a la ausencia de su padre en esa oportunidad; que la filiación paterna fue establecida con posterioridad como consecuencia de la declaración de voluntad del ciudadano Elisandro López, la cual fue recogida en Acta de Reconocimiento posterior de fecha 7 de enero de 2013, y una vez verificada dicha declaración el Registro Civil procedió a emitir la partida de nacimiento impugnada en autos; que el acta de nacimiento en cuestión fue emitida por la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta por ser la competente para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Registro Civil, y siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

Señala que, no es cierto que la partida de nacimiento impugnada cambie la filiación del niño, puesto que la filiación paterna quedó legalmente establecida no por el hecho de la emisión de aquella, sino porque se verificó la declaración voluntaria del progenitor de querer reconocer al niño como su hijo; que el acta de nacimiento no debe contener mención de la declaración del padre reconociendo la paternidad, esta fue recogida en el Acta de Reconocimiento Posterior N° 1 del libro 1 de fecha 7 de enero de 2013, suscrita por el declarante, dos testigos y la Registradora Civil, e inmediatamente, el Registro Civil procedió a redactar la nueva partida de nacimiento que aquí se impugna; que el artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad dispone que la nueva acta asentada luego de un reconocimiento voluntario, *no contendrá mención alguna del procedimiento administrativo*, llevado a cabo para el reconocimiento.

Continúa exponiendo que el citado artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad sí es aplicable al caso de autos; que una vez realizado el reconocimiento de la paternidad por parte del ciudadano Elisandro López, lo cual se efectuó en la misma Oficina de Registro Civil, se procedió a estampar la nota marginal correspondiente en la partida de nacimiento original; que la Ley Orgánica Registro Civil y su Reglamento no hacen referencia a las formalidades que deben seguirse para la emisión de la nueva partida luego del reconocimiento, por lo que para colmar este vacío se aplica lo dispuesto en el citado artículo 27.

Agrega que, ningún precepto jurídico establece que la falta de mención del certificado médico de nacimiento acarrea la nulidad del acta; que el hecho que se haya verificado un reconocimiento posterior cambia sustancialmente la situación que se había establecido

respecto a la filiación del niño y los efectos previstos en el artículo 238 del Código Civil, es decir, que si bien el 2008 se estableció la filiación solo respecto de la madre, trayendo como consecuencia que el hijo adquiriera los apellidos de esta, quedando abierta la posibilidad de que se estableciese posteriormente la filiación paterna, lo cual ocurrió con el reconocimiento voluntario, produciéndose todos los efectos que ello derivan, como el que el hijo adoptase el apellido del padre.

Por último, señala que el caso de autos no se subsume en el supuesto previsto en el cardinal 3 del artículo 150 de la Ley Orgánica de Registro Civil, porque la partida objeto de impugnación no constituye una doble inscripción, puesto que era previsible que la situación declarada en la primera partida de nacimiento podía ser modificada como consecuencia de un reconocimiento posterior, que de efectuarse, como en efecto se realizó, necesariamente debía redactarse una nueva acta de nacimiento en la que se evidenciara la doble filiación, tanto materna como paterna.

En el caso concreto, del análisis de la demanda y de la contestación, se observa que la controversia se circunscribe a determinar si la partida de nacimiento de fecha 7 de enero de 2013, asentada bajo el N° 2 del libro 1 llevado por la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda, debió ser emitida o no, y, en caso afirmativo, si se emitió cumpliendo con las formalidades legales. A tal efecto, se procederá valorar las pruebas que cursan en autos

PRUEBAS

Cursan en autos los documentos públicos siguientes:

Copia certificada de la partida de nacimiento de fecha 1° de febrero de 2008, asentada bajo el N° 112 del libro 1, llevado por la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda, en la que consta el registro del nacimiento del niño (se omite su identificación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), quien fuera presentado por la madre ciudadana Marjore Veitia Volweider.

Copia certificada del acta de reconocimiento de fecha 7 de enero de 2013, asentada bajo el N° 1, del libro 1, llevado por la misma Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta, en la cual consta que el ciudadano Elisandro José López Rosales reconoció como su hijo al niño a que se refiere la partida de nacimiento N° 112 arriba mencionada.

Copia certificada del acta de nacimiento de fecha 7 de enero de 2013, redactada con ocasión del reconocimiento efectuado por el ciudadano Elisandro López en la misma fecha, asentada bajo el N° 2 del libro 1, llevado por la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda. Acta esta que es el objeto de la acción de nulidad a que se contrae el caso de autos.

Ninguno de estos instrumentos fue cuestionado por las partes, por lo que mantienen toda su eficacia probatoria.

Precisado lo anterior, esta Sala procederá a decidir la controversia, previas las consideraciones siguientes:

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Para fundamentar su pretensión la demandante aduce que se omitió el hecho que ya había un asentamiento de partida anterior, lo que obligaba al Registrador a no asentar ninguna otra partida, sino a dar cumplimiento a las disposiciones de orden público contenidas en los artículos 95, 96 y 97 de la Ley Orgánica de Registro Civil y no a asentar una nueva partida creando una duplicidad.

Sostiene que uno de los requisitos que debe tener la partida de nacimiento es la identificación del certificado médico de nacimiento, con número, fecha y autoridad que lo expide, lo cual no contiene la partida N° 2 del 7 de enero de 2013 y no lo contiene porque en dicho certificado médico no está señalado el padre, lo cual hace nula la referida partida de nacimiento; que el fundamento utilizado por la Directora de la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda para dejar sin efecto la partida de nacimiento de fecha 1° de febrero de 2008, N° 112 del libro 1 llevado por la nombrada Oficina de Registro no es correcto, puesto que para que sea aplicable el artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad el padre, además de

efectuar el reconocimiento voluntario, debe aparecer identificado en el certificado médico de nacimiento.

Aprécia la Sala que, más allá de aseverar que existe una duplicidad de actas de nacimiento por cuanto la N° 2, cuya nulidad pretende, no debió emitirse, sino que la Directora del Registro Civil debió limitarse a recibir la declaración de voluntad del ciudadano Elisandro López reconociendo su paternidad sobre el niño y asentarla en acta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Registro Civil, la demandante no expone ningún otro argumento para sustentar su pretensión de nulidad.

Empero, dada la importancia de los intereses involucrados en este asunto y el eminente carácter de orden público del que se reviste la materia debatida, se procederá a un examen minucioso de la situación, con la finalidad de evitar que se lesione el interés superior del niño de autos y de salvaguardar el orden público.

En este sentido, se observa que la madre del niño ciudadana Marjore Veitia Volweider lo presentó ante el Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda en fecha 1° de febrero de 2008, lo cual se hizo constar en la partida de nacimiento asentada bajo el N° 112 del libro 1, llevado por dicha Oficina.

Posteriormente, en fecha 7 de enero de 2013, el ciudadano Elisandro José López Rosales reconoció, ante la misma Oficina de Registro, su paternidad respecto al niño, declaración de voluntad que fue recogida en el acta de reconocimiento N° 1 del libro 1. En esta misma fecha, se redactó una nueva partida de nacimiento, que es la impugnada en el caso de autos, en la cual se deja constancia de la filiación materna del niño como de la paterna establecida mediante el reconocimiento voluntario del ciudadano Elisandro José López Rosales.

Ahora, la figura del reconocimiento voluntario como medio para establecer la filiación, en este caso la paterna, está regulado en cuanto a las formalidades que deben cumplirse para la manifestación de la declaración de la voluntad del reconociente y al contenido del acta de reconocimiento, en los artículos 95 al 97 de la Ley Orgánica de Registro Civil; así se establece que el Registrador solo exigirá la presencia de la persona

que efectúa el reconocimiento y la de dos testigos; y que las actas de reconocimiento deben contener:

1. Declaración expresa del padre o de la madre que efectúa el reconocimiento.
2. Identificación del hijo reconocido o hija reconocida.
3. Impresiones dactilares del padre o la madre que efectúa el reconocimiento.
4. Identificación completa de las personas presentes en el acto, ya sean declarantes o testigos.
5. Firmas del registrador o registradora civil, declarantes y testigos.

Pero no regula la mencionada Ley, el procedimiento a seguir para efectuar el reconocimiento, ni cómo se resuelven las situaciones como las del caso concreto en el que el reconocimiento de la paternidad es posterior al de la maternidad, por lo que debe atenderse a las previsiones de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, para examinar estos aspectos.

En este orden de ideas, debe reproducirse aquí lo establecido por la Sala sobre el procedimiento para el reconocimiento voluntario de la paternidad, al decidir el recurso de casación; allí se dejó sentado que cuando la persona señalada como presunto padre en la partida de nacimiento, negare la paternidad, la madre o quien tenga interés deberá acudir al órgano jurisdiccional competente a demandar la inquisición; y cuando no se hubiese señalado a persona alguna como presunto padre, el hombre que desee el reconocimiento de la paternidad solo tendrá que acudir ante el Registro Civil y declarar su voluntad en ese sentido cumpliendo con las formalidades legales exigidas, de lo cual se notificará a la madre no con el propósito de que de su consentimiento, sino para que esté en conocimiento de la filiación establecida respecto a su hijo o hija, y de no corresponderse esta con la verdad real o material, proceder a su impugnación.

En el caso concreto, se observa que el reconocimiento se efectuó cumpliendo con el procedimiento y las formalidades legales antes señaladas, establecidas en los artículos 95 al 97 de la Ley Orgánica de Registro Civil, y, si bien la madre tuvo conocimiento del mismo no porque haya sido notificada, sino como consecuencia de un procedimiento judicial de fijación de régimen de convivencia familiar, esto no afecta la legalidad del reconocimiento,

puesto que, como se señaló antes, la notificación se habría efectuado con la finalidad de que la madre estuviese en conocimiento de la filiación establecida respecto a su hijo. Además, nada de lo que hubiese manifestado en el procedimiento de reconocimiento habría tenido efecto alguno sobre el reconocimiento, por tanto, sobre la filiación paterna, pues la declaración de la madre no basta para excluir la paternidad.

En cuanto a la alegada duplicidad de actas de nacimiento, es necesario atender a lo preceptuado en el artículo 27 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, según el cual, efectuado el reconocimiento, la autoridad civil redactará nueva acta de nacimiento que sustituirá a la que fue levantada con la presentación de la madre, la cual quedará sin efecto. La nueva partida contendrá la identidad del padre, pero no hará mención del procedimiento administrativo de reconocimiento.

Observa la Sala, que en el caso *sub iudice*, la Oficina de Registro Civil, una vez recibida y registrada la declaración de voluntad de reconocimiento de la paternidad el 7 de enero de 2013, en la misma fecha procedió a emitir la nueva partida de nacimiento que sustituyó a la asentada el 1º de febrero de 2008.

De manera que, no se trata de una doble inscripción en el Registro Civil, a la que se le pueda atribuir el efecto previsto en el artículo 150 de la Ley Orgánica de Registro Civil, pues el acta registrada después del reconocimiento sustituye a la asentada con la presentación de la madre; es oportuno aclarar que este efecto sustitutivo se produce aunque el acta sustituta no lo diga expresamente, este se da en forma automática con la emisión de la partida en virtud de que en esta agrega el nuevo estado familiar del niño, dato que no contiene la sustituida.

Considera oportuno la Sala, precisar que, así como la presunción de que el hijo concebido y nacido dentro del matrimonio se tiene como hijo del cónyuge de la madre tiene ínsita una finalidad social de protección al hijo, ya que, ante la posible falta de parentesco paterno, por no ser su padre el cónyuge de la madre sino hijo de una pareja extramatrimonial y su falta de reconocimiento voluntario por parte del padre biológico, la legislación patria establece una protección al niño de gozar inmediatamente al momento de su nacimiento de una identidad legal, plena y expedita, de la misma manera, al establecer el legislador que el reconocimiento es declarativo de filiación -artículo 221 del Código Civil-

está estableciendo una protección al niño de gozar inmediatamente al momento del reconocimiento de una identidad legal, plena y expedita.

Siguiendo el mismo orden, debe destacarse que en caso de controversia que verse sobre el reconocimiento el ordenamiento jurídico contempla las acciones de impugnación y nulidad del mismo, según sea el caso, lo cual no implica un menoscabo del derecho a la identidad que debe asegurarse al niño.

En adición a lo anterior debe la Sala señalar que las decisiones que se dictan en situaciones en que se encuentran involucrados los derechos de niños, niñas y adolescentes, persiguen principalmente vigilar que no resulten lesionados los intereses de éstos, conforme al principio del interés superior del niño, y no dirimir los intereses controvertidos de los progenitores como si de bienes patrimoniales de tratara. De tal modo que las decisiones no tienen por objeto favorecer a una de las partes, antes por el contrario benefician a los niños, niñas y/o adolescentes, fortaleciendo la institución familiar.

De manera que, en este asunto no se trata de determinar cuál de los progenitores resulta favorecido por lo que aquí pueda decidirse, sino de brindarle la protección adecuada al niño.

Es por ello que, en criterio de esta Sala, de resultar anulada el acta impugnada, esto en nada afectaría el reconocimiento de la paternidad efectuado por el ciudadano Elisandro López, que, por ser declarativo de filiación, despliega todos sus efectos mientras no sea impugnado o anulado por los procedimientos establecidos en la ley.

En definitiva, con la nulidad de la partida de nacimiento se estaría afectando el interés superior del niño puesto que se vería limitado su derecho a la identidad consagrado en el artículo 56 de la Constitución de la República, tanto más en cuanto que la filiación establecida por el reconocimiento de autos no está en controversia con otra, pues la madre del niño no señaló en el certificado de nacimiento quién es el padre y tampoco hay evidencia de que se haya instaurado algún juicio de inquisición de paternidad respecto de otro hombre ni de que se haya impugnado el reconocimiento.

En consecuencia, se declara sin lugar la demanda. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por la Defensora Pública Primera con Competencia para actuar ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien actúa en representación del niño de autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primero Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, publicada el 6 de mayo de 2015; **SEGUNDO: NULO** el fallo recurrido; y, **TERCERO: SIN LUGAR** la demanda de nulidad de partida de nacimiento intentada por la ciudadana Marjore Alexandra Veitia Volweider, contra la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta del estado Bolivariano de Miranda.

No hay condenatoria en costas dada la índole de la decisión.

La Magistrada Mónica Gioconda Misticchio Tortorella no firma la presente decisión por cuanto no estuvo presente en la audiencia pública y contradictoria.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen, antes identificado, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 489-I de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veintiuno (21) días del mes de octubre de dos mil dieciséis. Años: 206° de la Independencia y 157° de la Federación.

La Presidenta de la Sala y Ponente,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

La Vicepresidenta,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrado,

Magistrado,

DANILO A. MOJICA MONSALVO

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C. N° AA60-S-2015-000649.

Nota: Publicada en su fecha a las

El Secretario,

VENEZUELA

SENTENCIA 034 06/02/2017. SALA DE CASACION SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

RECURSO DE CASACIÓN

NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 489-H DE LA LEY ORGANICA PARA LA PROTECCION A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

ASUNTO: IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

DESCRIPTORES: RECURSO, IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD, ORDEN PÚBLICO, COSA JUZGADA, FILIACIÓN, DERECHOS HUMANOS, INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

TITULO

Casación de Oficio, efectuado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia contra sentencia de fecha 19 de noviembre de 2015, emanada del Juzgado Tercero Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró con lugar el recurso de apelación propuesta por la parte demandada, siendo representados en este acto por la Defensa Pública, en un juicio de impugnación de paternidad incoado por Alberto Álvarez Araujo contra los ciudadanos Matilde Vásquez Jiménez y Alexander Álvarez Vásquez.

SÍNTESIS LEGAL

Recurso de Casación asistido por la Defensoría Pública Primera ante la Sala Plena, Constitucional, Político Administrativa, Electoral, Casación Civil, Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los artículos 257 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al artículo 489-H de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, denunciando infracciones de orden público y Constitucional con respecto a la cosa juzgada.

RESUMEN DE DATOS

El demandante mediante escrito libelar presentado en fecha 07 de marzo de 2012, señaló que la ciudadana Matilde Vásquez Jiménez incoó en su contra una acción de inquisición de paternidad, derivándose del precitado procedimiento, el establecimiento judicial de paternidad a favor del ciudadano Alexander Álvarez Vásquez (quien para la fecha era adolescente, y en la actualidad mayor de edad), mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2011, emitida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

El 18 de septiembre de 2015, el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, declaró con lugar la demanda de impugnación de paternidad incoado por el ciudadano Alberto Álvarez Araujo contra los ciudadanos Matilde Vásquez Jiménez y Alexander Álvarez Vásquez, es decir, alteró lo decidido por una autoridad de su misma jerarquía.

Ahora bien, como quiera que en el presente caso operó la excepción de la cosa juzgada, resultó impretermitible para la Sala declarar la nulidad de la sentencia recurrida, y emitir un nuevo pronunciamiento sobre el mérito del asunto por cuanto se preserva el carácter de la cosa juzgada contenida en la sentencia de fecha 14 de marzo de 2011, emitida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

JUSTIFICACIÓN

La sentencia de fecha 14 de marzo de 2011, emitida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, que estableció judicialmente la paternidad del ciudadano Alberto Álvarez Araujo para con el entonces adolescente Alexander Álvarez Vásquez (hoy mayor de edad), no fue impugnada a través de los medios recursivos previstos por el ordenamiento

jurídico para tal efecto, de manera que la misma se encuentra definitivamente firme, razón por la cual reviste de autoridad de cosa juzgada.

Al respecto, es menester precisar que las acciones de estado, bien sean constitutivas o declarativas y concretamente aquellas atinentes a la filiación de las personas, son asuntos que superan la esfera de los intereses privados para manifestarse también en un interés social, pues constituyen fuente de derechos y deberes que aseguran el cumplimiento de las funciones familiares, por lo que la seguridad jurídica juega un papel fundamental en el resguardo de la paz social que debe imperar dentro de esos derechos y garantías que a su vez integran el debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra reconocido en el numeral 7, el derecho que tiene toda persona a no ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente, este derecho de rango constitucional, es la consagración de la garantía a la eficacia y autoridad de la cosa juzgada, tal y como lo reconoce la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en sentencia N° 1710 de fecha 18 de diciembre de 2015.

Determinado el anterior criterio jurisprudencial, se tiene que la cosa juzgada es inimpugnable, inmutable y coercible, por lo que garantiza a las partes dentro del proceso el valor de las sentencias definitivamente firmes, además del pleno y efectivo ejercicio del derecho a la defensa, y una vez decidido el tema de juicio, se inicia el lapso correspondiente para que las partes si así lo requieren puedan ejercer contra este fallo los recursos autorizados por la ley, y agotado dicho lapso, sin que se lleve a cabo la impugnación, lo decidido adquiere el valor de una sentencia definitivamente firme, con carácter de cosa juzgada, como ocurrió en el presente caso.

CONCLUSION

En definitiva, con el acompañamiento que realizó la Defensa Pública desde las primeras instancias del proceso con la demanda de impugnación de paternidad incoada en contra de los demandados, se realizó una Defensa Pública garante de los derechos de filiación del joven que en el momento de la interposición de la impugnación era menor de edad, debiendo tener en cuenta el interés superior del niño tipificado en el artículo 8 de la

Ley Orgánica de Protección a los Niños, Niñas y Adolescentes y al artículo 56 Constitucional de nuestro ordenamiento jurídico que contempla el Derecho de los niños a tener los apellidos de su madre y de su padre y de conocer la identidad de los mismos, de igual manera a la protección de los mismos en cuanto a Derechos Humanos contenida en el artículo 25 numeral 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia de la Magistrada Doctora MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

En el juicio que por impugnación de paternidad sigue el ciudadano **ALBERTO ÁLVAREZ ARAUJO**, venezolano, mayor de edad y titular de la cédula de identidad N° V-12.454.252, representado judicialmente por el abogado Alfredo Abou-Hassan F., inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N°58.774, contra los ciudadanos **MATILDE VÁSQUEZ JIMÉNEZ** y **ALEXANDER ÁLVAREZ VÁSQUEZ** (en la actualidad mayor de edad), venezolanos y titulares de las cédulas de identidad números V-25.701.214 y V-23.610.554 en su orden, asistidos por la abogada Teresa Elizabeth López Cruz, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 76.244, en su condición de Defensora Pública Primera ante la Sala Plena, Constitucional, Político Administrativa, Electoral, Casación Civil, Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia; el Juzgado Tercero Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, conociendo por apelación de la parte demandada, en sentencia publicada el 19 de noviembre de 2015, declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y ordenó la reposición de la causa al estado de realizar nueva experticia heredo biológica a las partes intervinientes en el proceso; en consecuencia, revocó la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la misma Circunscripción Judicial que declaró con lugar la demanda de impugnación de paternidad.

Contra esta decisión, la representación judicial de la parte demandante, anunció y formalizó recurso de casación. Hubo impugnación.

El 11 de diciembre de 2015, se dio cuenta en Sala el expediente y correspondió la ponencia a la Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero.

En fecha 23 de diciembre de 2015, mediante acuerdo publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.816, de la misma fecha, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, designó como Magistrado de esta Sala de Casación Social al Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, quien tomó posesión de su cargo, quedando conformada la Sala de la siguiente manera; Presidenta Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, Vicepresidenta Magistrada Mónica Misticchio Tortorella y los Magistrados, Edgar Gavidia Rodríguez, Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Jesús Manuel Jiménez Alfonzo.

El 10 de agosto de 2016, se fijó la audiencia oral, pública y contradictoria para el día martes 29 de noviembre de 2016, a la una y treinta minutos de la tarde (1:30 p.m.), siendo diferida para el día martes 31 de enero de 2017, a las nueve y treinta minutos de la mañana (9:30 a.m.).

Cumplidos los trámites de sustanciación del recurso de casación, se realizó la audiencia oral y pública con presencia de las partes y siendo dictada la decisión en forma inmediata, se pasa a reproducir su extenso atendiendo a lo dispuesto en el artículo 489-G de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, bajo las consideraciones siguientes:

-ÚNICO-

CASACIÓN DE OFICIO

En aplicación de los postulados constitucionales establecidos en los artículos 257 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a objeto de lograr una recta y sana administración de justicia, y de acuerdo con lo dispuesto en el criterio sentado por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1353, de fecha 13 de agosto de 2008 (caso: *Corporación Acros, C.A.*), conforme al cual la casación de oficio, más que una facultad discrecional, constituye un verdadero imperativo constitucional, toda vez que *“asegurar la integridad de las normas y principios constitucionales es una obligación de todos los jueces y juezas de la República, en el ámbito de sus competencias (ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)”*, esta Sala, en atención a la facultad que le ha sido conferida en el artículo 489-H de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se pronunciará sobre las infracciones de orden público o constitucional, que ha evidenciado en el caso *sub iudice*, aun y cuando éstas no han sido expresamente denunciadas.

En tal sentido, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, al definir lo que debe entenderse por casación de oficio, ha establecido el carácter excepcional de su aplicación, al precisar que *“no se trata de un mecanismo instaurado en protección de derechos e intereses particulares, sino para tutelar ciertas normas cuyo respeto el ordenamiento considera esencial”* (Sentencia N° 116/2002, caso: *José Gabriel Sarmiento Núñez*).

Sobre el particular, y a los fines de determinar la trasgresión al orden público procesal, lo que se traduce en una afectación que trasciende lo subjetivo, en virtud que atenta contra el ordenamiento jurídico, lo que justifica *per se*, el encause en la tramitación de la solución efectuada a la presente controversia, tenemos que se trata de un juicio de impugnación de paternidad incoado por el ciudadano Alberto Álvarez Araujo contra los

ciudadanos Matilde Vásquez Jiménez y Alexander Álvarez Vásquez (en la actualidad mayor de edad), con el propósito de desvirtuar la filiación legal establecida mediante sentencia para con el último de los nombrados.

El demandante mediante escrito libelar presentado en fecha 07 de marzo de 2012, señaló que la ciudadana Matilde Vásquez Jiménez incoó en su contra una acción de inquisición de paternidad, derivándose del precitado procedimiento, el establecimiento judicial de paternidad a favor del ciudadano Alexander Álvarez Vásquez (quien para la fecha era adolescente, y en la actualidad mayor de edad), mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2011, emitida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, la cual anexó junto al libelo quedando inserta a los folios 12 al 14 de la primera pieza principal del expediente.

El 14 de mayo de 2012, el Tribunal Tercero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, admitió la demanda, en consecuencia, ordenó la notificación de la ciudadana Matilde Vásquez Jiménez y acordó oficiar a la Defensa Pública a los fines de designar un defensor especializado para el entonces adolescente Alexander Álvarez Vásquez. Asimismo, se ordenó la notificación de la Representación Fiscal del Ministerio Público.

El 7 de junio de 2012, la ciudadana Matilde Vásquez Jiménez, solicitó la designación de un Defensor Público especializado a los fines de su asistencia letrada en juicio, para lo cual fue asignada a tal efecto la Defensora Pública Décima Octava para el Sistema de Protección del Niño, Niña y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, siendo que de la revisión de las actas procesales, no se evidenció que los defensores designados para la representación de los co-demandados hayan dado contestación a la demanda a los fines de ejercer las excepciones y defensas de sus representados.

El 18 de septiembre de 2015, el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, declaró con lugar la demanda de impugnación de paternidad incoado por el ciudadano Alberto Álvarez Araujo contra los ciudadanos Matilde Vásquez Jiménez y Alexander Álvarez Vásquez, es decir, alteró lo decidido por una autoridad de su misma jerarquía.

Como puede observarse de la reseña de las actuaciones suscitadas en la consecución del proceso, ninguno de los integrantes del sistema de justicia, entiéndase, Defensor

Público, Fiscal del Ministerio Público, Juez de Mediación y Sustanciación, Juez de Juicio y Juez Superior, advirtieron la institución de la cosa juzgada, lo más grave aún, no se configuró como una excepción por parte de quien estaba llamado a asistir la representación del para entonces adolescente en juicio.

Pues bien, así las cosas, tenemos que conforme a los dichos de las partes, y las probanzas que cursan en autos, la sentencia de fecha 14 de marzo de 2011, emitida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, que estableció judicialmente la paternidad del ciudadano Alberto Álvarez Araujo para con el entonces adolescente Alexander Álvarez Vásquez (hoy mayor de edad), no fue impugnada a través de los medios recursivos previstos por el ordenamiento jurídico para tal efecto, de manera que la misma se encuentra definitivamente firme, razón por la cual reviste de autoridad de cosa juzgada, lo que hace necesario el examen de dicha institución procesal a este nuevo juicio donde se presentan los tres elementos constitutivos de la misma a saber:

a) *Identidad de sujetos:* la identidad de partes debe consistir en una identidad jurídica, no necesariamente física, no importando la posición que ocupen en el proceso, si es demandado o demandante, siendo que en el asunto signado con el alfa numérico AP51-V-2008-2013, actúan las mismas partes que intervienen en la presente causa, indistintamente de la cualidad que representan, pues si bien hay inversión respecto a la parte demandante y parte actora, en ambos juicios, ello deviene de la consecuencia que produce el primero, pero que en todo caso es un establecimiento de filiación paterna entre el ciudadano Vásquez Alberto Álvarez Araujo respecto del entonces adolescente Alexander Álvarez Vásquez a raíz de la presunta relación con la ciudadana Matilde Vásquez Jiménez, razón por la cual no cabe duda de la identidad de partes involucrados en ambos juicios.

b) *Objeto:* se entiende por objeto el bien de la vida sobre el cual recae la pretensión, en este sentido la doctrina de casación ha afirmado que objeto de la demanda no es el procedimiento, ni la acción que se adopten para lograrlo, sino el derecho mismo que se reclama. Al respecto, lo pretendido por el ciudadano Vásquez Alberto Álvarez Araujo, es enervar la filiación paterna establecida para con el ciudadano Alexander Álvarez Vásquez, siendo que dicho establecimiento se produce a raíz de la sentencia en el juicio de inquisición de paternidad, lo que innegablemente pone de manifiesto la identidad del objeto en ambos juicios.

c) *Causa:* se entiende por causa el título de la pretensión es decir la razón o fundamento de la pretensión deducida en juicio que en general consistirá siempre en un hecho o acto jurídico del cual se derivan las consecuencias a favor del sujeto activo de la

pretensión a cargo del sujeto pasivo de la misma. Sobre el particular, la causa viene dada respecto al establecimiento o no de la paternidad, lo cual en principio se configuró a través de la acción de inquisición declarándose con lugar la misma, posteriormente se pretende enervar mediante la impugnación, siendo que la impugnación *per se* no es una acción destinada a atacar los efectos producidos en una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada.

Sobre el efecto de la cosa juzgada en los juicios de filiación el tratadista Arístides Rengel-Romberg, en su Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II, página 487, ilustra respecto al efecto absoluto de la misma entre las partes, para lo cual expresa, lo siguiente:

2.-El estado civil y la capacidad de las personas. Aquí se está en presencia de una relación sustancial o estado jurídico único respecto a todos, de tal forma que las modificaciones de dichas relaciones o estado jurídico, para ser eficaces, deben operar frente a todos los integrantes.

Nuestro derecho distingue, cuando se trata de sentencias constitutivas de un nuevo estado y las de supresión de estado y capacidad, como disolución o nulidad de matrimonio, separación de cuerpos, interdicción, inhabilitación, extinción de la patria potestad, los decretos de legitimación, de adopción, etc.

En estos casos, la sentencia produce inmediatamente efectos absolutos para las partes y para los terceros o extraños al procedimiento (Artículo (Sic) 507, inc 1º C.C.).

Cuando se trate de sentencias “declarativas”, en que se reconozca o se niegue la filiación legítima o natural, o sobre reclamación o negación de estado y cualquier otra que no sea de las mencionadas en el número anterior, éstas también producen inmediatamente sus efectos absolutos como aquéllas; pero se concede dentro del año siguiente a la publicación de la sentencia, una “acción revocatoria” del fallo, a los interesados que no intervinieron en el juicio, contra todos los que fueron parte de él, para hacer declarar la falsedad del estado o de la filiación reconocida en el fallo impugnado.

Sin embargo, este recurso no lo tiene ni los herederos ni los causahabientes de las partes en el primer juicio, ni los que no intervinieron en él, a pesar de haber tenido conocimiento oportuno de la instauración del procedimiento (Artículo (Sic) 507, inc. 2º C.C.).

En la práctica del foro, es rarísimo que acciones de estado y capacidad de las personas, puedan llegar a ser decididas sin la intervención de todos los interesados; porque, como se ha visto...el sujeto que en estos casos obra contra uno solo de los legitimados para contradecir, da lugar a la llamada forzosa de los demás a quienes es común la causa (Artículo (Sic) 370, 4º y 382 C.P.C.). Sin embargo, la referida norma es categórica, cuando en los casos de sentencias

constitutivas extiende la cosa juzgada a los terceros o extraños al procedimiento.

En cambio, para las sentencia declarativas, además de la acción revocatoria que concede a los interesados que no intervinieron en el juicio, dispone que: siempre que se promueva una acción sobre la cual haya de recaer un fallo comprendido en la enumeración del párrafo 2º, el tribunal hará publicar un “edicto” en que sistemáticamente se haga saber que determinada persona ha propuesto una acción relativa a filiación o estado civil, insertándose la petición precisa y llamando a hacerse parte en el juicio a todo el que tenga interés directo y manifiesto en el asunto.

Al respecto, es menester precisar que las acciones de estado, bien sean constitutivas o declarativas y concretamente aquellas atinentes a la filiación de las personas, son asuntos que superan la esfera de los intereses privados para manifestarse también en un interés social, pues constituyen fuente de derechos y deberes que aseguran el cumplimiento de las funciones familiares, por lo que la seguridad jurídica juega un papel fundamental en el resguardo de la paz social que debe imperar dentro de esos derechos y garantías que a su vez integran el debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra reconocido en el numeral 7, el derecho que tiene toda persona a no ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente, este derecho de rango constitucional, es la consagración de la garantía a la eficacia y autoridad de la cosa juzgada, tal y como lo reconoce la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en sentencia N° 1710 de fecha 18 de diciembre de 2015, caso: *Marion Carvalho de Scardino*, expediente N° 15-1085, al afirmar lo siguiente:

“...Como puede observarse, la jueza de alzada si bien declaró improcedente la defensa de cosa juzgada, no lo hizo con base en un juzgamiento sobre el mérito o fondo del asunto, sino por el sólo hecho de haberse planteado dicha excepción o defensa como una cuestión previa, asunto éste de estricto orden procesal que mal podía dilucidarse a través de una denuncia por infracción de ley, por lo que la desestimación de la denuncia formulada por la formalizante se fundamentó en una causa falsa o inexistente, lo que, en principio daría lugar a la revisión del fallo de la Sala de Casación Civil que se impugna, **por ser la cosa juzgada una institución de orden público cuya infracción debe ser examinada y declarada de oficio**, es decir, con prescindencia de que el formalizante hubiese cumplido o no con la técnica exigida en estos casos.

Igualmente observa esta Sala que la incongruencia negativa delatada por la recurrente en casación estuvo referida a la falta de pronunciamiento por parte del Juzgado de alzada “...**acerca de las circunstancias que sustentan el alegato de cosa juzgada**”, es decir, sobre los aspectos sustanciales de fondo o mérito de la defensa opuesta, respecto de lo cual, se insiste, no hubo un

verdadero juzgamiento, el cual fue evadido mediante un argumento de índole estrictamente procesal, esto es, que la defensa o excepción en cuestión no podía ser opuesta como cuestión previa, por tanto, si bien hubo un pronunciamiento, el mismo estuvo circunscrito al mecanismo empleado para su alegación (cuestión previa), formalismo que no ha debido argüirse para eludir un pronunciamiento de índole sustantivo o de fondo en relación con lo que se estaba planteando, **por tratarse de una institución de orden público**, lo que, en principio también daría lugar a la revisión del fallo cuestionado...”. (Resaltado de la Sala).

Por otra parte la eficacia de la autoridad de la cosa Juzgada, se traduce en tres (3) aspectos fundamentales: a) **inimpugnabilidad**, según la cual la sentencia con autoridad de cosa juzgada no puede ser revisada por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos que dé la ley, inclusive el de invalidación (*non bis in idem*). A ello se refiere el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil; b) **Inmutabilidad**, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; y, c) **Coercibilidad**, que consiste en la eventualidad de ejecución forzada en los casos de sentencias de condena; esto es, “*la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales*”; se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso.

Al respecto, el autor Eduardo J. Couture señala en su libro "Fundamentos de Derecho Procesal", tercera edición, pág. 402, lo siguiente:

“Además de la autoridad, el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia.

Esa medida se resume en tres posibilidades (...) la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad.

La cosa juzgada es inimpugnable, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia: *non bis in eadem*. Si ese proceso se promoviera, puede ser detenido en su comienzo con la invocación de la propia cosa juzgada esgrimida como excepción.

También es inmutable o inmodificable. (...) esta inmodificabilidad no se refiere a la actitud que las partes puedan asumir frente a ella, ya que en materia de derecho privado siempre pueden las partes, de común acuerdo, modificar los términos de la cosa juzgada. La inmodificabilidad de la sentencia consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada.

La coercibilidad consiste en la eventualidad de ejecución forzada. Tal como se expondrá en su momento, la coerción es una consecuencia de las sentencias de condena pasadas en cosa juzgada. Pero esa consecuencia no significa que toda

sentencia de condena se ejecute, sino que toda sentencia de condena es susceptible de ejecución si el acreedor la pide’.

La cosa juzgada es la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia cuando haya quedado definitivamente firme; bien porque en su contra no se interpuso el recurso procesal correspondiente o bien cuando habiéndose ejercido, fue desestimado; la misma presenta un aspecto material y uno formal, éste último se presenta dentro del proceso al hacer inimpugnable la sentencia, mientras que la primera trasciende al exterior, con la finalidad de prohibir a las partes el ejercicio de una nueva acción sobre lo ya decidido, obligando a su vez a los jueces, así como al resto de las personas, a reconocer el pronunciamiento de la sentencia que contiene el derecho que debe regir entre las partes.”.

A mayor abundamiento respecto al contenido y alcance de la cosa juzgada, la Sala Constitucional de este máximo Tribunal, en sentencia N° 1.898, de fecha 22 de julio de 2005, caso: *Néstor Morales Velásquez*, señaló lo siguiente:

“...En este sentido, cabe destacar que el Tribunal Constitucional Español, en sentencia N° 55/2000, del 28 de febrero 2.000, afirmó que el principio de invariabilidad, intangibilidad e inmodificabilidad de las sentencias judiciales es una consecuencia del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos:

‘Es doctrina reiterada y uniforme de este Tribunal que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1, CE, es ciertamente la que se concreta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios términos como a que se respete su firmeza y la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, aun sin perjuicio, naturalmente, de su modificación o revisión a través de los cauces extraordinarios legalmente previstos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídica quien se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes’.

En el derecho venezolano, la **exceptio rei judicatae** o excepción de cosa juzgada tiene como función garantizar aquella cualidad de la sentencia cada vez que una nueva demanda se refiera a una misma cosa u objeto, esté fundada sobre la misma **causa petendi**, entre las mismas partes con el mismo carácter que tenían en el asunto ya decidido por sentencia definitivamente firme, elementos exigidos expresamente para considerar revestida de la inmutabilidad de la cosa juzgada a una decisión por mandato del artículo 1395 del Código Civil”.

En el mismo orden de ideas, la doctrina venezolana ha establecido que la cosa juzgada es la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia por haber

precluido, sea por consumación o falta de actividad oportuna de los recursos que contra ella concede la Ley. La autoridad de la cosa juzgada dimana del ius imperium del órgano jurisdiccional legítimo que ha dictado el fallo “en nombre de la República y por autoridad de la ley” (Ricardo Henríquez La Roche. Código de Procedimiento Civil. Tomo II, pg 274).

De modo pues, que la cosa juzgada es un efecto de la sentencia, la cual presenta un aspecto material y uno formal, siendo el primero de éstos el que trasciende al exterior y cuyo fin es prohibir a las partes el ejercicio de una nueva acción sobre lo ya decidido, y segundo se presenta dentro del proceso al hacer inimpugnable la sentencia, lo cual conjuntamente con la inmutabilidad y la coercibilidad constituyen los aspectos para la eficacia de la autoridad de la cosa juzgada...”.

Determinado el anterior criterio jurisprudencial, se tiene que la cosa juzgada es inimpugnable, inmutable y coercible, por lo que garantiza a las partes dentro del proceso el valor de las sentencias definitivamente firmes, además del pleno y efectivo ejercicio del derecho a la defensa, y una vez decidido el tema de juicio, se inicia el lapso correspondiente para que las partes si así lo requieren puedan ejercer contra este fallo los recursos autorizados por la ley, y agotado dicho lapso, sin que se lleve a cabo la impugnación, lo decidido adquiere el valor de una sentencia definitivamente firme, con carácter de cosa juzgada, como ocurrió en el presente caso, donde la sentencia de fecha 14 de marzo de 2011, emitida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, que estableció judicialmente la paternidad del ciudadano Alberto Álvarez Araujo para con el entonces adolescente Alexander Álvarez Vásquez (hoy mayor de edad), no fue impugnada a través de los medios recursivos previstos por el ordenamiento jurídico para tal efecto, de manera que la misma se encuentra definitivamente firme, razón por la cual reviste de autoridad de cosa juzgada. Y así se establece.

A su vez cabe señalar, que la función jurisdiccional es una actividad reglada, la sentencia N° 1068 de fecha 19 de mayo de 2006, expediente N° 2006-447, de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, en el recurso de revisión constitucional incoada por el ciudadano *José Gregorio Tineo Nottaro*, que dispuso lo siguiente:

“...Asimismo sostuvo en sentencia del 19 de agosto de 2002 (Caso: Plaza Suite I C.A.), que:

‘...la función jurisdiccional es una actividad reglada, que debe adecuarse a ciertos parámetros interpretativos establecidos de manera previa y formal por el Legislador, donde la aplicación indefectible por el juzgador de ciertas consecuencias jurídicas se impone, ante determinados presupuestos de hecho.

Esta actividad reglada previene fórmulas de actuación para la magistratura en virtud de la cual si bien el juez dispone de la posibilidad de emitir juicios de opinión que obedezcan a su particular manera de comprender las situaciones sometidas a su conocimiento y posee un amplio margen interpretativo, debe, sin embargo, ceñirse en su actividad decisoria a los postulados legales que regulan tal actividad. En este sentido, se advierte como el ordenamiento jurídico introduce disposiciones normativas dirigidas especialmente a la actividad de juzgamiento.

Las anteriores consideraciones se fundamentan en los artículos 15, 243, ordinal 5º y 244 del Código de Procedimiento Civil...” (Destacados de esta Sala).

En sintonía con lo anterior, la misma Sala Constitucional, en sentencia N° 779, dictada en fecha 10 de abril de 2002, caso: *Materiales MCL C.A.*, precisó que el Juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión. Al respecto, explicó lo siguiente:

(...) la aplicación del principio de la conducción judicial al proceso no se limita a la sola formal condición del proceso en el sucederse de las diferentes etapas del mismo, sino que él encuentra aplicación provechosa en la labor que debe realizar el juez para evidenciar, sin que se requiera la prestancia de parte, **los vicios en la satisfacción de los presupuestos procesales**, o cuando evidencie, también de oficio, la inexistencia del derecho de acción en el demandante en los casos en que la acción haya caducado, o **respecto a la controversia propuesta se haya producido el efecto de la cosa juzgada** o cuando para hacer valer una pretensión determinada se invoquen razones distintas a las que la ley señala para su procedencia o cuando la ley prohíba expresamente la acción propuesta. Todos estos actos están íntimamente ligados a la conducción del proceso, ya que **si no se satisfacen los presupuestos procesales no nace la obligación en el juez de prestar la función jurisdiccional para resolver la controversia propuesta.**

En tal sentido, considera esta Sala que **si nuestro ordenamiento jurídico establece que la relación jurídica procesal debe constituirse válidamente satisfaciendo las formalidades que la ley determina, sólo después de que se haya depurado el proceso de cualquier vicio que afecte la válida constitución de la relación procesal o la haga inexistente, es que nace para el órgano jurisdiccional la obligación de conocer y resolver el fondo de la controversia.**

De lo anterior surge evidente la infracción cometida por los sentenciadores de instancia al no evidenciar un vicio procesal de una entidad tan grave como el ocurrido, con el cual, tampoco fue delatado por la Defensa Pública, ni por la Representación Fiscal del Ministerio Público, estando en juego intereses de orden público que como anteriormente se refirió trascienden la esfera subjetiva y atenta contra el propio ordenamiento jurídico, razón

por la cual se apercibe para que en lo sucesivo no se cometan este tipo de deficiencias como las observadas en el presente caso.

Ahora bien, como quiera que en el presente caso operó la excepción de la cosa juzgada, resulta impermisible para esta Sala declarar la nulidad de la sentencia recurrida, y con base en lo anteriormente expuesto se hace innecesario emitir un nuevo pronunciamiento sobre el mérito del asunto por cuanto se preserva el carácter de la cosa juzgada contenida en la sentencia de fecha 14 de marzo de 2011, emitida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara: **PRIMERO: CASA DE OFICIO** el fallo dictado el 19 de noviembre de 2015, por el Juzgado Tercero Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional. **SEGUNDO: SE ANULA** el fallo recurrido. **TERCERO: SIN LUGAR** la demanda de impugnación de paternidad interpuesta por el ciudadano Alberto Álvarez Araujo contra los ciudadanos Matilde Vásquez Jiménez y Alexander Álvarez Vásquez, ampliamente identificados en autos.

Se condena en costas del proceso a la parte demandante.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen, antes identificado, todo de conformidad con el artículo 489-I de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los seis (06) días del mes de febrero de dos mil diecisiete. Años: 206° de la Independencia y 157° de la Federación.

La Presidenta de la Sala y Ponente,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

La Vicepresidenta,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrado,

Magistrado,

DANILO A. MOJICA MONSALVO

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C. N° AA60-S-2015-001439.

Nota: Publicada en su fecha a las

El Secretario,

CONSIDERACIONES FINALES

El *Boletín de Jurisprudencia* del Bloque de Defensores Públicos Oficiales de Mercosur (BLODEPM) constituye una importante herramienta para la promoción e intercambio de jurisprudencias en materia de derechos humanos, entre los representantes de los países miembros del bloque; a la vez que permite tanto hacer visibles como difundir los logros de las Defensas Públicas y Asociaciones de Defensas Públicas en la región, para así garantizar un mejor servicio y el acceso a la justicia de nuestros grupos vulnerables.

En Mercosur se trabaja arduamente para garantizar los derechos humanos, tarea que requiere de la organización de los poderes de los Estados miembros y de la comunidad internacional. En nuestro caso, nos ocupamos específicamente de la alineación e interrelación de las instituciones y asociaciones de Defensa Pública de la región, que buscan fortalecer la institucionalidad pública, y que representan el mecanismo destinado a garantizar el derecho humano del acceso a la justicia; derecho fundamental que asegura que el no tener recursos económicos no significa una defensa inadecuada.

Estamos conscientes de que, en el mundo donde nos desenvolvemos, no todos tienen las mismas oportunidades reales y efectivas, ya que por diversas razones existen colectivos que tienen determinadas situaciones o condiciones que el derecho debe ponderar forzosamente para actuar con equidad. Tal es el caso, entre otros, de los grupos vulnerables (privados o privadas de libertad, mujeres; personas en pobreza extrema y niñas, niños y adolescentes), cuyos fallos o decisiones jurisprudenciales del presente Boletín acopian logros de la actividad realizada en ejercicio del derecho a la defensa por parte de los Defensores Públicos y Defensoras Públicas de cada país, procurando que dichas situaciones extra procesales (sociales, económicas o culturales) sean superadas de forma real y efectiva.

Consolidar este nuevo escenario, implica grandes y diversas tareas que requieren una verdadera revolución de los derechos humanos, para alcanzar así la materialización de la anhelada Justicia Social, como mecanismo que posibilita el pleno ejercicio de la defensa de los derechos individuales incorporando los aspectos sociales, lo que implica una justicia más cercana, con base en una realidad concreta y palpable.

Es por ello que la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela como participe activo en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2016-2019, herramienta fundamental de planificación nacional que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva de grupos vulnerabilizados; efectuando el seguimiento a la garantía del derecho humano de todo niño o niña, a conocer quiénes son sus progenitores, logrando así, trascender de lo jurídico a lo social.

