



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 8 días del mes de mayo de dos mil trece, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Soria, Negri, Kogan, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 109.447, "G. , M. -Particular damnificada s/ Recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley en causa N° 26.782 y acum. 27.062 y 33.681. Tribunal de Casación Penal -Sala II-".

A N T E C E D E N T E S

La Sala II del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento de fecha 15 de octubre de 2009, rechazó por improcedentes los recursos de la especialidad interpuestos por los patrocinantes letrados de la señora M.G. , constituida como particular damnificado, contra las decisiones adoptadas por la Sala Segunda de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de La Plata por medio de las cuales: a) el 20 de octubre de 2006 confirmó el auto que declaró prescriptas las acciones penales respecto de E. D. Z. por los delitos de allanamiento ilegal y privación ilegal calificada de la libertad reiterada en concurso real

///

///

2

y omisión de denunciar torturas; de O. G. S. y C. G. C. por el delito de falsificación ideológica de instrumento público y omisión de denunciar torturas; de C. G. V. por los delitos de privación ilegal de la libertad calificada reiterada y allanamiento ilegal en concurso real, y de P. D. C. por los delitos de encubrimiento personal, omisión culposa de evitar tormentos e incumplimiento de los deberes de funcionario público en concurso real y falsificación ideológica de instrumento público (fs. 1/3 del legajo 26.782); b) el 6 de febrero de 2007, hizo lugar al recurso de apelación articulado por la defensa oficial y declaró prescripta la acción penal por el delito de privación ilegítima de la libertad calificada respecto del imputado V. R. D. S. (fs. 1/2 del legajo 27.062); y c) el 19 de marzo de 2008 no hizo lugar al cambio de calificación legal y declaró que los delitos endilgados a Z., S., C., V. y C. no encuadran en la definición de delito de «lesa humanidad» previsto en el Estatuto de Roma, manteniendo -en consecuencia-, la declaración de prescripción efectuada en la resolución de fecha 20 de octubre de 2006 a la que ya se hizo mención (fs. 1/4 del legajo 33.681) -v. fs. 81/101 del presente legajo-.

La particular damnificada -con patrocinio

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

3

letrado- dedujo recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley a fs. 191/211 vta., los cuales fueron admitidos por esta Corte a fs. 222/224 vta.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad interpuesto por la particular damnificada?

2ª) ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley también deducido?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. La recurrente adujo -invocando la violación de los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial- que el pronunciamiento recurrido fue dictado por dos de los tres miembros de la Sala II del Tribunal de Casación "sin que integre la misma el Dr. Jorge Celesia y sin que [él] hubiere sido reemplazado como lo indica el art. 7º de la ley 11.982" (fs. 192). Estimó que la intervención de dos miembros para la resolución de los recursos autorizada por

///

///

4

el art. 440 del Código Procesal Penal se refiere exclusivamente a las Cámaras de Apelación y Garantías "sin mención alguna para las Salas del Tribunal de Casación" (fs. cit.) y que, en consecuencia, rige el art. 7 de la ley 11.982 que -según su criterio- no permite el dictado de sentencias con la intervención de un número menor de magistrados de aquel con que se encuentran integradas. Trajo a colación la remisión a la ley 11.982 que prevé el art. 32 bis de la ley 5827.

Por otra parte, consideró que el argumento de que con la intervención de dos de sus miembros se alcanzó la mayoría no resulta pertinente, a la luz de lo establecido en los arts. 456, 457, 458, 459 y ccdtes. del Código Procesal Penal que remite a las disposiciones del juicio oral común. Aseveró que la última de las disposiciones citadas impone que, sea que se haya celebrado una audiencia o no, los integrantes del órgano jurisdiccional pasen a deliberar.

Asimismo, planteó que si "hubiera una disposición legal o reglamentaria, como el art. 451 del Código ritual, texto según ley 13.812, [...] sería inconstitucional por violatorio al art. 168 de la Constitución Provincial" (fs. 193). Citó, en abono de su postura, lo resuelto por este

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

5

cuerpo en L. 42.164, sent. de 14/VIII/1990 y L. 60.156, sent. de 28/IV/1998, y un pronunciamiento del Tribunal en lo Criminal 3 de Morón por el que se descalificó por inconstitucional la ley 13.943 en cuanto establece el juzgamiento unipersonal para ciertos casos de competencia criminal por resultar contraria al "principio de igualdad ante la ley, al artículo 168 de la Constitución provincial y a las Reglas de Mallorca" (fs. 193 vta.).

Añadió que "[e]n la experiencia judicial puede asegurarse que no es la primera vez que los argumentos de un tercer voto en disidencia, forman el convencimiento de los otros dos jueces que votaron inicialmente en un sentido distinto que los lleva a modificar su voto original" (fs. 194).

Por tales razones requirió, en definitiva, la nulidad del pronunciamiento.

2. Coincido con la opinión del señor Subprocurador General en punto a que el embate no puede prosperar.

El recurso extraordinario de nulidad sólo es procedente si se alega omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, falta de fundamentación legal o incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto

///

///

6

individual de los jueces (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia).

La parte, aunque alegó la transgresión de los preceptos de mención, no ha formulado un reclamo que se vincule directamente con alguna de las citadas causales, sino que su queja se refiere a que el tercer magistrado que compone la Sala de Casación que intervino en el caso, doctor Jorge Hugo Celesia, debió haber tomado parte de la deliberación y explicitar su opinión en el fallo.

Empero, más allá de otras consideraciones que pudieran efectuarse al respecto, encontrándose justificada normativamente la integración de la Sala con dos de sus tres miembros con la cita que el pronunciamiento en crisis trae de los arts. 47 y 48 de la ley 5827 (v. fs. 82), la queja de la particular damnificada relativa a que tales preceptos -entre otros que menciona- no resultan aplicables al Tribunal de Casación (en tanto regiría, a su respecto, exclusivamente la ley 11.982) es ajena al recurso de nulidad en trato, pues involucra abrir un juicio acerca del acierto o error en la aplicación de tales preceptos (art. 171, Const. prov.; conf. doct. causas Ac. 90.400, sent. de 6/IV/2004; Ac. 92.791, sent. de 30/III/2005; P. 77.528, sent. de 12/X/2005; P. 103.937, sent. de 4/XI/2009; e.o.).

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

7

Que, por otra parte, no puede soslayarse que al tiempo en que el órgano casatorio dictó su resolución, ya se encontraba en vigencia la reforma introducida al art. 451 del C.P.P. por la ley 13.812 que, en su último párrafo, autoriza la resolución de los recursos de la especialidad "por dos (2) de los jueces de la Sala interviniente", previendo -para el caso de disidencias- su integración con un "tercer miembro". En cuanto a la queja del impugnante al respecto, por la que postula que dicho precepto sería "inconstitucional por violatorio del art. 168 de la Constitución Provincial" -y más allá de que no ha sido el fundamento normativo sobre el que reposa la cuestionada integración- sólo cabría expedirse por su inatingencia toda vez que también este tramo de la impugnación excede el ámbito del recurso de nulidad.

En síntesis, el mero señalamiento de la ausencia del voto de uno de los integrantes de la Sala -justificada normativamente en el propio encabezamiento del pronunciamiento en crisis en los términos de los arts. 47 y 48 de la ley 5827 y, además, expresamente contemplada para el Tribunal de Casación como modalidad de su integración en el art. 451, último párrafo del Código Procesal Penal, texto según ley 13.812- es ineficaz para demostrar la

///

///

8

transgresión de la Constitución local, teniendo en cuenta que los dos magistrados que intervinieron concordaron plenamente en el sentido de sus votos, abasteciendo así la mayoría exigida por el texto constitucional.

En definitiva, sin que venga explicitada ninguna circunstancia de excepción que imponga un replanteo del asunto, mantiene pleno vigor el consolidado criterio establecido por esta Corte en orden a que la cuestión relativa a la conformación del tribunal por violación de las leyes que la reglamentan es un tema ajeno al recurso en estudio (doct. -en lo pertinente- P. 72.841, sent. de 7/VII/2004; P. 76.037, sent. de 10/IX/2005; P. 68.992, sent. de 2/XI/2005; e/o).

Por lo demás, cabe recordar que este Tribunal tiene dicho inveteradamente que resulta válida la sentencia que ha sido dictada -sin disidencia- por dos jueces sin que se advierta que los integrantes del tribunal hayan omitido pronunciarse del modo establecido en el texto constitucional, pues en tal caso existió acuerdo, voto individual y concurrió mayoría de opiniones (doct. P. 35.198, sent. de 18/VIII/1987, en "Acuerdos y Sentencias", 1987/III/352; P. 43.921, sent. de 10/VII/1992 en "D.J.B.A.", t. 143, pág. 163; P. 98.948, sent. de

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

9

17/XII/2008; P. 101.324, sent. de 25/VIII/2010; entre otras).

Así las cosas, en el contexto señalado, el recurso resulta impróspero.

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Negri, Kogan y Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron la primera cuestión también por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. En el recurso de inaplicabilidad de ley también deducido, la recurrente cuestiona la decisión del Tribunal de Casación Penal confirmatoria de la de la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de La Plata. Se agravia en particular porque el **a quo** no consideró que el presente caso involucre un crimen de "lesa humanidad", según la definición "... establecida en el Estatuto de Roma, en su art. 7..." porque si bien el concepto hace referencia a la 'tortura' y a 'actos inhumanos', dichos actos, señaló el Tribunal de Casación "... deben ser dentro de un contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil", lo

///

///

10

cual no se presenta en el hecho bajo examen, en que "... se trata de un caso específico, aislado, y sin tener sustento en una política estatal" (fs. 194 y vta.).

Cuestiona esa calificación de acto "específico y aislado" (fs. 194 vta.). Al respecto, destaca una importante serie de casos -la mayoría citados a través de fuentes periodísticas- en los que se adjudican responsabilidades a agentes policiales en distintas épocas y geografías del país (punto 2, fs. 194 vta./203). Con ello, a su entender, se demostraría que "no se trata de un hecho aislado y sí responde a un concepto de Política Criminal muy especial, no obstante no encontrarse especialmente regulado, pero sí es la consecuencia natural de una política de Estado -al menos- absolutamente representada, que necesariamente tiene que producir el resultado que produjo, que está produciendo y que seguramente va a seguir produciendo por mayor tiempo, en la medida que no se creen las políticas criminales tanto del Estado Nacional como del Estado Provincial, realizadas por ciudadanos que posean la condición de idoneidad, a fin de paliar los graves problemas de Seguridad -internos y externos- que provocan hechos como los que se juzgan en esta causa, en forma repetida y continua de actos

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

11

inhumanos, dirigidos a multiplicidad de víctimas, presuntos autores de delitos, culpables o inocentes, indiscriminadamente". Añade que "... el actuar omisivo, también puede responder a un plan, especialmente cuando no se tiene estructurada adecuadamente la política criminal debida" (fs. 203 vta.).

La recurrente indica que la Sala II al abordar este orden de consideraciones no ha explicado adecuadamente los planteos efectuados "... especialmente porque los hechos ocurrieron, es decir pertenecen al mundo de la realidad, y se suceden ininterrumpidamente a través del tiempo" (fs. 204), reiterando aquí textualmente, como lo hiciera en sede casatoria, su convicción de que "responden a un concepto de Política Criminal muy especial...".

De otra parte, considera que el cobro del sueldo por parte del imputado G. , como si estuviera en actividad, por intermedio de un letrado que comúnmente defendía a los funcionarios policiales; las consideraciones efectuadas por la ministro de la Corte Suprema, doctora Argibay, en un medio periodístico -previo al dictado del fallo "García Méndez" del citado tribunal- en cuanto a que "liberar a los chicos era un riesgo enorme porque están 'marcados' por la Policía [...] No se los puede largar a la calle así porque

///

///

12

los van a matar" (fs. 205); y la similitud de los hechos de este expediente con los ventilados en el proceso penal que dio lugar a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Bulacio vs. Argentina" -de los que transcribe ciertos considerandos, añadiendo otras razones por las cuales estimó que deben ser asimilados-, coadyuvan -en su parecer- a que los delitos de los que resultó víctima Andrés Núñez merezcan ser catalogados como de «lesa humanidad».

Puntualiza que, en el caso, "ha existido una deficiente tramitación de la causa que ha producido la consecuencia de que a prácticamente 18 año[s] del hecho, se haya dispuesto una citación a juicio, que se encuentra paralizada luego de serle notificada al Ministerio fiscal, aunque con motivo de la resolución dictada por el Tribunal de Casación, ha recommenzado su tramitación, sin que todavía se lograra sentencia definitiva firme...". Añade que aún "... existen sin ser habidas personas imputadas de los hechos más graves [...] y que [la causa] sufrió largos períodos de oscuridad [...] de manera tal que se ha podido llegar a la declaración de extinción de la acción penal respecto de personas imputadas [...] del delito de omisión de denunciar como consecuencia de lo cual existe el peligro

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

13

[de impunidad] señalado por la Corte Interamericana" [en el caso "Bulacio"] (fs. 208 vta.).

Subsidiariamente, cuestiona que se tipificaran los hechos atribuidos a los imputados O. G.S. , E. D.Z. , C. J.C. , C. G. V.y P. D. C. en los términos del art. 144 **quáter**, inciso 2º del Código Penal, pues esa figura comprende a quienes "en razón de sus funciones toma conocimiento de la comisión de algunos de los hechos del artículo anterior y omitiere denunciarlo (si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima) y no a quienes se encontraban presentes en la Unidad Policial, en tanto ocurrían l[o]s vejámenes..." (fs. 209). Ello -sigue diciendo- muy especialmente, en el caso de autos "... en que se encuentra probado, con las declaraciones de Jorge Gardes, de fs. 1609/1610, José Daniel Décima (fs. 2086/2087; 2506/2508) y Miguel Alberto Décima, quienes manifiestan que mientras la víctima era sometid[a] a toda clase de torturas, se escuchaban gritos de dolor y disminuía el potencial de la luz eléctrica, señal evidente de que la misma era sometida a aplicaciones de electricidad" (fs. cit.).

A su entender, los coimputados indicados "por acción u omisión han prestado una colaboración a los

///

///

14

autores de los delitos principales, sin la cual éste no habría podido cometerse, o en todo caso una cooperación simple [...] en el delito de privación ilegal seguida de muerte, por las torturas ocasionadas" (fs. 209/209 vta.), y que con base en esa calificación legal (participación de los coimputados en los términos de los arts. 45 ó 46 del Código Penal, en función del art. 144 **ter**, inciso 2° del mismo digesto sustantivo) debería analizarse la eventual extinción de la acción penal (fs. 209 vta. cit.).

La recurrente controvierte la decisión adoptada por la casación en lo relativo a que la descripción fáctica que contiene la acusación fiscal ubica a los imputados, a lo sumo, "como cercanos con su presencia al lugar de los hechos, [pero] nada menciona de actitudes colaboradoras en el campo de la relevancia penal de la figura típica que el particular damnificado sugiere [...] [y] que esa presencia que configura la conducta a partir de la cual la acusación imputa a los nombrados, merece análisis en el marco típico que fuera considerado por la Sala II de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del departamento judicial La Plata" (fs. 210 y vta.). Afirma que lo así decidido hace "desaparecer lo que constituyen los delitos de comisión por omisión, a la vez que desconoce la doctrina sustentada por

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

15

la Corte Suprema Nacional en la causa 17.768 caratulada: 'Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegal de la libertad, etc.', que determina que ante "... el contenido ilícito de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, las reglas de obediencia no pueden ser utilizadas para eximir la responsabilidad, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional..." (fs. 210 vta., cit.).

Sostiene que por aplicación del principio de consunción que comprende los casos de las llamadas "infracciones progresivas", sea porque quedan consumidas por el delito las acciones menores o previas, y también las acciones posteriores que no pueden ser consideradas autónomas, porque la producción de ellas necesariamente presupone la imputación anterior, corresponde la tipificación legal requerida (art. 144 **ter**, inciso 2do. del Código Penal, en su vinculación con los arts. 45 y 46 del mismo texto legal; fs. cit. y 211).

2. Con el alcance que expondré, el recurso debe prosperar.

2.1. En la sentencia impugnada se descartó el planteo de la parte consistente en que en razón de la cualidad de delito de «lesa humanidad» que revestiría el

///

///

16

hecho principal investigado y, por ende, al ser imprescriptible, también lo serían los otros delitos cometidos para contribuir a su concreción.

Concuerdo con el tribunal intermedio en que los hechos investigados no se identifican con esa tipología forjada en el derecho internacional.

El art. 7 del Estatuto de Roma prescribe lo siguiente:

"1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional;
- f) Tortura
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

17

cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen del apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

///

///

18

b) ...".

Con base en el texto transcripto del Estatuto de Roma, se han formulado diversas consideraciones que permiten configurar la definición de la categoría de delitos de «lesa humanidad».

Entre nosotros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado las notas constitutivas de ese concepto. Se trata, en primer lugar, de actos atroces enumerados con una cláusula final de apertura típica (letra "k", ap. primero del art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Comprende, entre otras conductas, actos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, un núcleo de actos de extrema crueldad.

En segundo lugar, esos actos deben haber sido llevados a cabo como parte de un "ataque generalizado o sistemático" dirigido a una población civil.

De otro lado, se ha interpretado, a tenor del final del ap. 1 del precepto antes citado que es necesario también que el ataque haya sido realizado de conformidad con una política de un estado o de una organización, o para promover esa política (C.S.J.N., Fallos 330:3074 "Derecho", dictado por remisión al dictamen de la Procuración

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

19

General).

Sobre esos mismos presupuestos la casación concluyó que el caso en análisis no presentaba los perfiles señalados (v. fs. 93). Pues, indicó, aun la circunstancia de ser múltiples o plurales los hechos ilícitos en que estuvieron involucrados diversos agentes policiales, todos resultarían ser actos ilícitos individuales, no sistematizados ni conectados entre sí, en el sentido al que refiere el Estatuto de Roma, "... ni procurados en pos de un objetivo político ni formando parte de un plan preconcebido" (fs. 92 vta.). Tampoco, sostuvo, "el hecho aparece como cometido por el estado o por un grupo que tenga el control sobre un territorio en el sentido pretendido por el Estatuto -disputando el poder-, ni [reiteró] en el marco de una política estatal que tenga en miras tolerar (ni directa ni en modo omisivo) planes que den lugar a crímenes de lesa humanidad..." (fs. cit. y 93).

Las consideraciones que efectúa la recurrente reproducen los argumentos formulados en la instancia anterior (conf. fs. 194 vta./203 vta. y fs. 5/20 vta., legajo 33.681), pero no abordan críticamente la respuesta que el tribunal recurrido suministró a sus planteos, lo cual conduce a la desestimación de esta parcela del reclamo

///

///

20

(arg. 495, C.P.P.).

Por ende, cabe desestimar la pretensión de imprescriptibilidad de los ilícitos atribuidos a los aquí imputados, con base en su calificación como delitos de «lesa humanidad».

2.2.a. Ahora bien, el tribunal inferior también estimó que lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Bulacio vs. Argentina", no resultaba aplicable en la especie.

Particularmente, indicó que lo allí resuelto quedó ceñido en sus efectos -en el marco del expediente respectivo tramitado en el país- al caso particular del expediente "Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción" (fs. 175 vta./176).

Dicho órgano añadió que, a diferencia de lo ocurrido en la causa "Bulacio" -con mención también del precedente "Derecho" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como argumento complementario de su decisión-, el presente "... se encuentra en situación procesal de preparación del juicio oral de donde derivará una solución judicial, si bien relativa a ciertos hechos e imputados. De tal modo, en el presente estadio, tampoco se verifica el incumplimiento de investigar los hechos cuya acción penal

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

21

se encuentra vigente y sancionar a los eventuales responsables, dándose respuesta en el marco reseñado a los familiares de la víctima" (fs. 176 vta.).

b. Lo expuesto reclama la siguiente aclaración.

En el precedente "Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal" -causa 24.079-, fallada el 11 de julio de 2007 (mencionado por la casación, y emitido con posterioridad a "Bulacio vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18/III/2003 y "Espósito" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 23/XII/2004; también, aludido en sustento de su postura por la impugnante tanto en sede casatoria -fs. 16 vta. del legajo 33.681-, como en el recurso en trato -fs. 202/203-), referido a hechos ilícitos presuntamente ocurridos en abril de 1988 que habrían consistido en una detención ilegal, la aplicación de golpes y maltratos y la privación de medicamentos imputados a un funcionario de la Policía federal (sucesos análogos a los que se ventilan en el presente caso), la Corte Suprema de Justicia, por los fundamentos expuestos por el Procurador General, descartó que tales conductas configuren delitos de «lesa humanidad».

Sin embargo, luego -como en "Espósito" y con

///

///

22

remisión a lo dicho en ese fallo-, la misma Corte hizo lugar al recurso de revocatoria deducido por el querellante Carlos A. B. Pérez Galindo, a fin de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en "Bueno Alves vs. Argentina" (sent. de 29/XI/2011).

De ambos precedentes surge -y así lo puso de resalto la Corte nacional al resolver en igual fecha "Castañeda, Carlos Antonio s/ sustracción y destrucción de medios de prueba -causa 768-" que no es posible extender la solución de "Espósito" (Fallos 327:5668), y lo mismo cabe decir de "Derecho" (Fallos 334:1504), a cualquier supuesto aparentemente de similares características, pues la revocación de la extinción de la acción penal respecto de un delito que se encontraba prescripto conforme las reglas del derecho interno, tuvo por fundamento la existencia de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esa misma causa, y en la que se le imponía al Estado dicha solución (consid. 6º).

Semejante proceder, entonces, no es trasladable cuando lo que existe es una propuesta de solución amistosa a los querellantes por la rama ejecutiva del Estado nacional ante la Comisión Interamericana de Derechos

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

23

Humanos, lo cual "... no es equivalente al acto jurisdiccional" tomado en consideración en los precedentes indicados (v. C.S.J.N., fallo cit., consid. 7º).

En la causa bajo estudio ciertamente no hay una sentencia de la Corte Interamericana que imponga seguir la solución de "Espósito" ("Bulacio", C.S.J.N. Fallos 327:5668) o "Derecho" ("Bueno Alves", Fallos 334:1504), como propone la impugnante, al amparo de las decisiones reparadoras de la Corte federal en cumplimiento de las sentencias dictadas en sede internacional (conf. art. 68 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Entonces, no es por esta vía que puede arribarse a la solución que se propicia en el recurso.

2.3. Con todo, lo expuesto no conduce a prescindir de modo tajante de lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las dos sentencias dictadas contra nuestro país, pues la jurisprudencia interamericana sirve de "guía para la interpretación de los preceptos convencionales" (conf. por muchos, C.S.J.N., Fallos 318:514; 321:3630; 323:4130; 325:292; 328:2056; 330:3640).

En el caso esta influencia adquiere especial relevancia, porque más allá de recordar que la Corte

///

///

24

Interamericana ha descartado que supuestos con connotaciones fácticas similares al aquí investigado "deban ser calificados **per se** como delitos de lesa humanidad [como lo pretendía la reclamante], debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil" (conf. "Caso Almonacid Arellano y otros", sent. de 26/XIX/2006, párr. 96), al mismo tiempo sostuvo que "... **los actos de tortura perpetrados [...] han quedado alcanzados por la protección [...] de la Convención [Americana]...**" ("Bueno Alves vs. Argentina", párr. 87; destacado añadido).

En tal sentido, reiteró su jurisprudencia sobre la estricta prohibición de "... la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", criterio que "... pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional". A lo que añadió que "... Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como la guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas" (caso cit., párr. 76 y sus citas).

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

25

Dijo también que la obligación de garantizar el derecho reconocido en el art. 5 de la C.A.D.H. -sobre la integridad personal- "... implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes", lo cual conlleva la obligación de "tomar [...] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción" (ibídem, párr. 88).

Y seguidamente aclaró que, en definitiva, el referido deber de investigar "... constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole", pues, señaló, "en caso de vulneración grave a derechos humanos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado" (ibídem, párr. 90).

Con anterioridad, ya la Corte Interamericana de

///

///

26

Derechos Humanos había señalado en "Bulacio" que "la obligación de investigar debe cumplirse 'con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa'" (caso cit., párr. 112).

Pues bien, pese a que en autos no es dable predicar la ausencia de actividad investigativa, indudablemente aquél alto estándar exigible a esta clase de asuntos de la extrema gravedad del que ahora examinamos (que dan cuenta de una privación ilegal de la libertad y torturas seguida de muerte ejecutados por personal policial, entre otras circunstancias lesivas de la dignidad de la persona), no se cumpliría a cabalidad de asumirse posturas hermenéuticas que conlleven al cierre de la investigación, como se ha resuelto en el caso.

En consecuencia, apreciada bajo esa perspectiva las implicancias de la doctrina emergente de los casos "Bulacio" y "Bueno Alves" antes referida, y pudiendo considerarse el ilícito de torturas seguidas de muerte por parte de agentes policiales perpetrado contra Andrés Núñez como "grave vulneración de derechos humanos" en el contexto allí establecido, que impone extremar la diligencia judicial en procura de la identificación y sanción de sus responsables, la decisión puesta en crisis debe ser

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

27

revocada.

2.4.a. Como se indicó en los antecedentes, la casación, además de confirmar la decisión de la Cámara de La Plata en cuanto a que el caso no quedaba aprehendido en la categoría de delitos de «lesa humanidad» y, por ende, no resultaban imprescriptibles, y que no resultaba aplicable la doctrina emergente del precedente "Bulacio", también desestimó los otros planteos referidos al encuadre legal y que podría dar lugar a la prosecución de la investigación.

En resumidas cuentas, el **a quo** desechó la posibilidad de que los hechos encuadren en una figura penal más onerosa: *ora* la de omisión de "impedir" (art. 144 cuarto, inc. 1°, C.P.) -voto en minoría del juez Szelagowski en el fallo de la Cámara de La Plata-; *ora*, la subsunción jurídica reclamada por el particular damnificado en los términos de complicidad primaria en el delito previsto en el art. 144 tercero inc. 2° del Código Penal (v. fs. 88 vta. del fallo en crisis), siendo esta parcela del fallo la que suscita el especial interés del recurrente.

b. Es pertinente recordar que esta Corte ha sostenido en la causa P. 85.260, sent. de 10/XII/2003 ("Mostafá, Nair. Víctima"), que "la individualización del tipo penal en que **prima facie** podría adecuarse el supuesto

///

///

28

de hecho investigado adquiere una importancia decisiva, pues repercute sobre la subsistencia de la acción penal".

Es un criterio afianzado que frente a un planteo de prescripción de la acción persecutoria estatal los magistrados deben constatar el transcurso sin interrupción del tiempo fijado como pena máxima para el delito de que se trata, previa realización de un examen pormenorizado de la causa a los efectos de determinar la calificación legal del hecho (conf. Ac. 23.320, "S. , L. A. y otros", sent. de 7/III/1978; Ac. 64.885, sent. de 14/VII/1998, voto de la minoría; y P. 85.260, cit.).

La casación ha descartado la hipótesis más gravosa que propone que el ilícito indicado pueda subsumirse en la figura del art. 144 **ter**, inc. 2º del Código Penal en el carácter de cómplices, con base en la postulación de la acusación fiscal -que aunque aludió junto con la omisión de denunciar, la de impedir los tormentos infligidos a la víctima-, concluyó, por las consideraciones que expuso, que el caso ineludiblemente encajaba en la primera de las alternativas indicadas. A su juicio esa era la única solución posible en razón de que al momento de los hechos los imputados Z., S. y C. -agente, sargento y oficial subinspector, respectivamente-, revestían una

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

29

jerarquía inferior al menos respecto de uno de los imputados actualmente prófugo -con cargo de Subcomisario- y que habría estado presente en la sala donde se le practicaron las torturas seguidas de muerte a Núñez, de modo que por esa condición no contaban con la habilitación jurídica para "impedir" las torturas, sin brindar explicaciones sobre la relación de éstos con los otros coimputados de la comisión de ese delito -dos de ellos actualmente con condena no firme, G. -sargento- y D. S. -cabo primero- que ostentaban cargo menores al del prófugo.

A la par, como se quejó la defensa en uno de los recursos tratados por el **a quo** (v. fs. 21 vta./22 del legajo 33.681), podría resultar todavía posible con la misma reconstrucción histórica realizada en la requisitoria fiscal que se modifique la calificación legal de los hechos en principio establecida por otra de las propuestas, como así también, por hipótesis, no cabría descartar una posible ampliación del requerimiento fiscal, de conformidad con el art. 359 del Código Procesal Penal, o el tribunal oral podría disponer algunas de las alternativas de que hablan los párrafos 3ro. y 5to. del art. 374 del mismo texto legal, sin que la casación reparara en ninguna de esas particularidades.

De ese modo, el **a quo** no sólo desechó cualquier

///

///

30

otro posible examen jurídico de la hipótesis fáctica propuesta por el fiscal, en rigor, con sustento en consideraciones necesitadas de mayor explicación, sino también la del particular damnificado, a tenor de presupuestos **prima facie** establecidos, pero aún controvertidos por una de las partes y, por ende, con mengua de las facultades que le otorga la ley ritual al particular damnificado para intervenir en el proceso y el derecho que le asigna a formular acusación (v. gr.: arts. 334 bis y 368 del C.P.P., t.o. ley 13.943, aun con su anterior texto legal y la doctrina de C.S.J.N., Fallos 321:2021 -"Santillán"- y 330:3092 -"Sabio"-).

Por último, repárese que ante la casación dicha parte también indicó que de estarse a las otras posibles figuras penales, el plazo penal para la prescripción de la acción no se hallaba cumplido y que no debía desatenderse "que '[l]a prescripción también se suspende en delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentran desempeñando un cargo público', supuesto que es el de esta causa", según afirmó (v. fs. 13 del legajo 27.062), sin que se advierta que el tribunal del recurso hubiere hecho mérito de esa circunstancia.

c. En suma, aun cuando no es propio de la

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

31

competencia de esta Corte en el marco del recurso en ciernes pronunciarse sobre este puntual reclamo del impugnante por medio del cual pretende una modificación de la calificación legal, es -como quedó dicho- doctrina del Tribunal que cuando pudiere estar en discusión en el caso diversos encuadres jurídicos -frente a la necesidad de una discusión y prueba más acabada-, no procede declarar prescripta la acción penal si no ha transcurrido el tiempo previsto para que ella opere teniendo en cuenta la tipificación más gravosa que razonablemente pudiera corresponder y aplicarse, ante la provisoriedad de la actuada hasta el presente, en razón de los reclamos de la parte damnificada.

Todo lo cual cobra mayor fuerza de convicción cuando se tiene presente el irreductible compromiso que cabe atribuir al Estado en la investigación, esclarecimiento y eventual condena a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, con particular interés en los casos de torturas, aquí seguidas del homicidio de la víctima, a tenor de la doctrina emergente de los citados fallos "Bulacio" y "Bueno Alves" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (v. ap. 2.2 del presente).

Considero, pues, que la declaración de prescripción de la acción en lo tocante a esta parcela del pronunciamiento

///

///

32

debe ser revocada. En consecuencia, propicio casar el pronunciamiento impugnado en el extremo indicando, manteniéndose incólumes las demás declaraciones emergente del fallo, y devolver los autos a la instancia a los fines pertinentes.

Con el alcance dado, voto por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Negri, Kogan y Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron la segunda cuestión también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, se resuelve:

I.- Rechazar el recurso extraordinario de nulidad interpuesto, con costas (art. 493 del C.P.P.).

II.- Hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, casar el fallo en lo relativo a la declaración de prescripción y devolver los autos a la instancia de origen a los fines pertinentes (art. 496 del C.P.P.).

III.- Difiérase para su oportunidad la regulación de honorarios profesionales por los trabajos desarrollados

///



Suprema Corte de Justicia

Provincia de Buenos Aires

///

P. 109.447

33

ante esta instancia (art. 31, segundo párrafo, dec. ley 8904/1977).

Regístrese y notifíquese.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO
Secretario