

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los 18 días del mes de junio del año dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Mario Eduardo Kohan y Carlos Ángel Natiello, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en las causas N° 61.830 de este Tribunal, caratulada "T., C. A. s/ Recurso de Casación" y sus acumuladas N° 61.836 caratulada "D. Z., L. H. s/ recurso de casación", N° 61.835 caratulada "F., M. E. s/ recurso de casación", N° 61.840 caratulada "E., D. G. s/ recurso de casación" y N° 61.833 caratulada "F., M. E. s/ recurso de casación interpuesto por el Particular Damnificado". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: NATIELLO - KOHAN, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia de los recursos de Casación deducidos por los doctores Beatriz Valenzuela, Jorge Luis Esquivel, María José Crucet, Julio Ricardo Beley, y por el representante del Particular Damnificado -Fabio Villarruel-, contra la sentencia dictada por el Tribunal Criminal n° 4 del Departamento Judicial La Plata, que condenó a L. H. D. Z., D. G. E. y C. A T. a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas como autores penalmente responsables del delito de tortura seguida de muerte y a M. E. F. a la pena de diez años de prisión, inhabilitación especial perpetua, accesorias legales y costas como autor penalmente responsable del delito de omisión de evitar la comisión de tortura seguida de muerte.

II. La defensora de D. G. E., doctora Beatriz Valenzuela, se agravia denunciando la absurda y arbitraria valoración de la prueba en la acreditación de la autoría responsable de su asistido en el hecho endilgado.

Sostiene en líneas generales que no hay prueba ni indicio alguno para lograr un pronunciamiento de condena desde que nadie ubicó a E. como aquel que formara parte del grupo que torturara a la víctima.

Hace reserva del caso federal y solicita la casación del fallo y la libre absolución de su asistido.

Posteriormente y luego de asumir legalmente el cargo de defensores del imputado, los doctores Gascón y Molina, solicitaron se cite a prestar declaración testimonial al testigo R. R. M. R.

III.- A su turno, la defensa del imputado L. H. D. Z. se quejó de la sentencia condenatoria en iguales términos que el anterior, señalado que no hay elementos probatorios contundentes para tener por acreditada la autoría de su asistido, siendo que únicamente se basó en conjeturas, quejándose de la valoración que hiciera el “a-quo” de los testimonios rendidos en el debate.

Solicita consecuentemente la casación del fallo y la libre absolución de L. H. D. Z.

IV.- Por el imputado C. A. T. interpuso recurso de casación el doctor Julio Ricardo Beley sosteniendo que faltan elementos de prueba que permitan sostener que su ahijado procesal haya sido coautor material del ilícito investigado, quejándose también de la construcción que hiciera el “a-quo” de la materialidad ilícita imputada y la coautoría responsable.

Solicita la casación del fallo y la libre absolución de su asistido.

V.- La defensa de M. E. F. a cargo de la doctora María José Crucet se agravió de la sentencia, en primer lugar denunciando la violación y errónea aplicación del artículo 144 quater, inciso primero del Código Penal. Sostiene que hay falta de tipo, toda vez que su pupilo no poseyó ni poder

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

jurídico ni de hecho para evitar los acontecimientos que rodearon la muerte de M.

Como segundo motivo de agravio sostiene que se ha violentado el principio constitucional del in dubio pro reo en la valoración de la prueba con la que se condena a su asistido.

Seguidamente denuncia el absurdo y arbitrario razonamiento llevado adelante por el "a-quo" en la construcción que hiciera de la materialidad ilícita, respecto a los requisitos típicos de la figura de omisión imputada.

Así señala que, entre los indicios valorados, nada surge para afirmar una inequívoca convicción respecto a que F. tuviera conocimiento de las torturas propinadas a la víctima de autos.

También denuncia la errónea y arbitraria valoración de la prueba en el razonamiento llevado a cabo por los sentenciantes al ponderar los dichos del testigo D., entendiendo que se encuentra dentro de las generalidades de la ley, en la acreditación de las torturas que sufriera M.

Finalmente, solicita la nulidad de la resolución que otorga el beneficio de litigar sin gastos al particular damnificado, quejándose asimismo de la regulación de sus honorarios que hiciera el "a-quo" por debajo de lo mínimo y esperable.

Requiere en consecuencia se absuelva a su asistido y subsidiariamente se aplique la normativa prevista en el artículo 323 inciso 3 y 4 del C.P.P.-

Eventualmente, en caso de condena, postula se aplique la sanción prevista en el artículo 144 quinto del Código Penal.

Por lo demás, a los efectos de la pena, entiende que debe valorarse como pauta atenuante de la sanción, el desempeño de su asistido en el

comando radioeléctrico durante toda su carrera y pocos meses en comisaría, asimismo los estudios cursados durante el tiempo de detención.

Por otra parte peticona se decrete cumplida la inhabilitación especial perpetua de conformidad a lo preceptuado en el artículo 20 del Código Penal, segundo párrafo.

VI.- Finalmente el representante del particular damnificado, doctor Fabio Villarruel, denunciando la errónea y arbitraria valoración de la prueba y solicitando el cambio de calificación a la tipificada al momento de los alegatos, peticona se condene a los aquí juzgados a la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 142 bis, incisos 5 y 6, párrafo tercero del Código Penal.

VII.- Concedidos los recursos por el “a-quo” y radicados definitivamente en la Sala con debida noticia a las partes, este Tribunal declaró formalmente admisibles los interpuestos a favor de los imputados como así también el presentado por el representante del Particular Damnificado, respecto a F. (fs. 218/222vta.).

Asimismo se fijó la audiencia prevista en el artículo 456 del Código Procesal Penal a la que asistió el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Sede, doctor Jorge Armando Roldán, y el del particular damnificado, doctor Fabio Villarruel.

La misma fue desistida expresamente por las defensas de los aquí juzgados quienes optaron por la presentación de memoriales sustitutivos en los cuales ratificaron los agravios traídos en los recursos oportunamente interpuestos.

Encontrándose la causa en estado de resolver, el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Cuestión Preliminar: ¿Corresponde hacer lugar a lo solicitado por la defensa del imputado E. mediante escrito de fecha 22 de mayo del corriente?

1ra.) ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos a favor de M. E. F., C. A. T., L. H. D. Z. y D. G. E.?

2da.) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto por el representante del particular damnificado que corre bajo el número 61.840 de esta Alzada?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión preliminar planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Solicitan los doctores Gascón y Molina –nuevos defensores del imputado E.- se cite al testigo R. R. M. R. a fin de que preste declaración testimonial ante esta sede.

Afirma que el nombrado “manifestó haber mantenido una discusión con otro interno, en la que surgió la verdadera autoría del homicidio investigado en autos”.

Dos razones me impiden aceptar en esta instancia la presente solicitud: la primera se refiere a la inadmisibilidad por extemporánea de la misma.

El artículo 457 del Código Procesal Penal, regula la producción de prueba en la instancia casatoria, fijando los límites del objeto de la prueba, siendo únicamente atendibles aquellos que pretendan una modificación de la sentencia, pero como es lógico tal ofrecimiento debe realizarse con la interposición del recurso (Cfr. Héctor Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel “Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires”. Tomo II, Ed. La Ley, 2ª edición, comentario al artículo 457, pág. 603 y ss).

La segunda: aún así, y salteado el valladar formal, tampoco desde su procedencia el defensor se encarga de explicitar los motivos o detalles de

cómo dicha declaración puede objetiva y lógicamente, en cotejo con las constancias obrantes en autos, influir en la decisión final del hecho investigado.

Esto es, no advierto cual sería la concreta infracción legal o valorativa que el agraviado pretende demostrar a través de una nueva testimonial ya que a poco de analizarse el escrito presentado sólo esboza en un sentido genérico el ofrecimiento, por lo que debe rechazárselo por infundado.

Esto es, no hay rigor lógico ni experimental que permita aceptar tal requerimiento, ya que la parte no ha demostrado con claridad cuál es la pertinencia y cómo dichas manifestaciones podrían influir en la resolución cuestionada.

Por otras palabras, no demuestra cómo la prueba ofrecida permite efectivamente poner en discusión lo establecido en la sentencia.

Por ello a esta cuestión preliminar voto por la negativa.

A la misma cuestión preliminar planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

A la primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Preliminar: Por una cuestión metodológica y en atención a la similitud de agravios traídos a consideración por las partes a este Tribunal, propondré al Acuerdo el tratamiento conjunto de los mismos, a fin de evitar reiteraciones innecesarias e inútiles de argumentos.

I.- a. A lo largo de mi magistratura que data de mas de cuarenta años y llamado a resolver en quien sabe cuantas situaciones, he tenido la oportunidad de expedirme en complejas y enmarañosas causas, donde se

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

me han sometido a estudio los más variados argumentos -defensistas y acusatorios- defendiendo intereses según a quien se represente.

Y digo esto a modo de introducción porque no me deja de sorprender que en el sub-lite -y a esta altura del proceso- las partes en el ejercicio libre de su magisterio, puedan aún sostener la hipótesis del suicidio y la inexistencia de la tortura.

Y digo ejercicio libre porque ninguna restricción pesa sobre el ejercicio de la defensa, aunque también deberá decirse que no por ello podrán viabilizarse hipótesis que chocan con las constancias objetivas de la causa.

Me explico, o mejor dicho, me pregunto: ¿Cómo sostener que M. se suicidó cuando de los lineamientos preliminares y de la operación de autopsia, surge claramente y sin discusión alguna que la víctima de autos sufrió el sinnúmero de afecciones físicas -de características vitales- detalladas en dicho informe?

Lo transcribo para mejor ilustración, recordando, claro está, que M. llegó aprehendido a la seccional novena de La Plata sin lesiones o dolores, mientras que del citado instrumental surge: "...hematoma en escroto derecho de tonalidad rojizo violácea, escoriaciones lienales en cara anterior al cuello, otras escoriaciones lineales con tinte azulado en región supraclavicular derecha, otras en cara anterior de pierna izquierda tercio medio, hemantoma en músculo temporal izquierdo, infiltración hemática en la aponeurosis epicraneana región temporoparietal izquierda, congestión a nivel de leptomeninges región temporo-parieto-accipital izquierdo, infiltración hemática prevertebral a predominio derecho, músculos esternocleidomastoideos infiltrados con mayor intensidad lado derecho, infiltración de partes blandas región supracalvicular lado derechos, infiltración

hemática en cara posterior de laringe, en anteroizquierda de epiglotis, hongo de espuma externo e interno, abundante, de vías aéreas cianosis en esclavina; no se observó microscópicamente surco a nivel del cuello, concluyéndose que O. D. M. falleció a asfixia mecánica, existiendo además lesiones traumáticas previas a la muerte” (fs. 240/24vta. de la causa principal que tengo ante mi vista).

Por su parte, la operación de autopsia sobre el cadáver de quien en vida fuera D. O. M. que obra a fs. 420/422, concluye que la muerte se produjo a consecuencia de asfixia mecánica por compresión del cuello, con traumatismo craneoencefálico previo, presentando además traumatismo escrotal y cuya mecánica es compatible con el accionar de un tercero.

Así las cosas, las lesiones vitales traumáticas que sin lugar a dudas sufrió M. no dejan dudas: no son compatibles con la hipótesis de suicidio invocada por las partes.

Por lo demás tal circunstancia fue descartada de plano por los doctores Noms y Cassano –mal que le pese a los recurrentes- y por los testigos que deambularan en el debate en el sentido que M. no tenía motivos para quitarse la vida (cfr. declaración de D., entre otros).

Incluso más, ni siquiera el espacio físico da lugar para que “se cuelgue” con el fin de quitarse la vida (véanse las fotos obrantes en la causa).

b.- Desde otro plano, también quiero que quede en claro el concepto de tortura y para ello me hago eco de la definición dada por el diccionario de la Real Academia Española: “Grave dolor físico o psicológico infligido a alguien... (2) dolor o aflicción grande.”

En cuanto al tema que me adentro a analizar, debo aquí resaltar que con el rango constitucional que le confiere el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional se encuentra la Convención específica contra la Tortura y otros

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, rubricada por el Gobierno Argentino el 4 de febrero de 1985 y ratificada en nuestro país mediante el dictado de la ley 23.338 (Boletín Oficial, 26-2-1987).

En su art. 1, la Convención definió a la "tortura" como "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 se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o 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".

Este concepto amplio comprende pues, tanto a la tortura física como la psíquica siendo su autor un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas.

En cuanto a la finalidad que persigue la aplicación de la tortura, ésta puede dirigirse a obtener: 1) una confesión, 2) un castigo, 3) una coacción y 4) cualquier otra razón.

Asimismo, el art. 16 de la Convención trazó una suerte de divisoria con los demás actos de naturaleza similar al entender que son "tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes" los que no lleguen a ser tortura en los términos del art. 1 transcrito "cuando los actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona".

Sentadas las bases legislativas, que son orientadoras a la hora de clasificar a un accionar como “tortura” o bien como un “trato cruel” (que pueden constituir, sin embargo, vejaciones, severidades o apremios ilegales), puede afirmarse que la tortura en sentido penal –o sea, incluida en las previsiones del artículo 144 tercero inciso 3° del Código Penal- incluye tormentos físicos y sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente. Esta “gravedad” será la que distinga la entidad de ambas conductas, habiendo entre ellas una relación de jerarquía.

Así, Tozzini ha postulado que: “las previsiones legales sobre severidades, vejaciones y apremios ilegales que efectúa el artículo 144 bis quedan reservadas para los casos en que tales acciones no excedan el marco de opresión o coerción innecesarias, ilegales, pero no seriamente vulnerantes de la integridad psicofísica, ni se practiquen con el dolo de atormentar o hacer sufrir” (Tozzini, Carlos A. “Sanciones personales por torturas a personas detenidas en ‘Doctrina Penal, Teoría y práctica de las ciencias penales’”, Año 7, N° 25 a 28, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, Pág.768).

Por su parte, el concepto de “tortura” remite a una conducta más intensa que los vejámenes, los cuales implican en todo caso un menosprecio y humillación, hirientes de la dignidad. Las conductas que aquí nos importan se refieren al dolor o sufrimiento físico, infligido por un funcionario público, o por orden o instigación de él, para obtener así, contra la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se persigue o de otros que hayan perpetrado, o la delación de quienes delinquieron con él, o bien para purgar una infamia inherente al delito (Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte Especial” t. II-A, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001. Págs. 192/193 con cita de Rivacoba y Rivacoba).

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A la vista de lo dicho, aplicando los conceptos desarrollados al "sub lite" podemos concluir que tanto las lesiones inflingidas a la víctima de autos como el resultado muerte, pueden ser imputados objetiva como subjetivamente a la imposición de torturas, por lo cual se encuentra abastecido, desde el punto de vista subjetivo y atento a la penalidad, que el homicidio resultante fue perpetrado a título de dolo.

En definitiva, normativamente el inciso 3° del artículo 144 tercero del Código Penal, caracteriza al concepto como la imposición de graves sufrimientos físicos o la imposición de sufrimientos psíquicos lo suficientemente graves.

Vale la aclaración desde que -como ya se dijo- el elemento orientador para afirmar que hay tortura está dado por la intensidad de las mortificaciones y la causación del dolor físico.

Así, por lo antes dicho y con las lesiones acreditadas sobre el cadáver de M. ¿Cómo sostener válidamente que la víctima de autos no fue torturada? No más comentarios sobre el punto, desde que seguir afirmando tal tesis roza ya la falta de respeto a la jurisdicción ante la contundente evidencia contraria.

c.- Y digo esto porque el ejercicio del derecho de defensa, donde rige el principio de libertad absoluta para así hacerlo, no implica 'per se' que las tesis desincriminantes puedan en la búsqueda de "acomodar los tantos" sostener versiones que resulten inconciliables por completo con las evidencias materiales recogidas.

La garantía constitucional consagrada en el artículo 18 de la CN y en los Pactos y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, no debe ser confundida con la licencia para "macanear", "tergiversar" o sostener

versiones a su “antojo” para brindar la lectura de lo acontecido (doctrina de la interpretación sistemática del artículo 18 de la Constitución Nacional).

Esto es, la libertad absoluta del ejercicio de la garantía no faculta a las partes al entorpecimiento y a levantar falsas e infundadas hipótesis las que a poco de analizar las circunstancias, ni siquiera tienen un mínimo asidero fáctico.

Es que, la inviolabilidad de la defensa en juicio no releva a la defensa de realizar un estudio serio de la causa y fundar sus pretensiones en cuestiones que aparezcan mínimamente viables para luego ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, y esto a los efectos de no obstaculizar los mecanismos de las agencias estatales de un Estado de derecho y democrático; de lo contrario la actividad jurisdiccional se vería seriamente comprometida ante planteos inocuos, llegando incluso al absurdo de lograr un dispendio jurisdiccional que incluso las partes deben evitar en la búsqueda de la verdad objetiva.

En otras palabras, si en las actuaciones analizadas –que llevaron años de investigación- ha sido descartada a la luz de las constancias la hipótesis del suicidio, entiendo que volver a reeditar un planteo seriamente inviable, compromete y desgasta la jurisdicción.

II.- Corresponde ahora me avoque al tratamiento conjunto de las coautorías endilgadas a los imputados E., D. Z. y T.

Y, a poco de analizar el detallado veredicto me apresuro a afirmar que no puedo acompañar la pretensión de las defensas ya que del análisis de autos surge que los sentenciantes meritaron razonadamente la prueba colectada, y concluyeron sin absurdo ni duda en la existencia de los hechos constitutivos del delito endilgado a L. H. D. Z., C. A. T. y D. G. E. para ello no sólo se sustentó el “a-quo” en las constancias de la I.P.P. incorporadas válidamente por lectura al debate, sino también y, preponderantemente, ello

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ha sido corroborado con las declaraciones de los testigos que depusieran en la inmediación del debate oral.

Los planteos que al respecto realizan los recurrentes no logran demostrar el absurdo y las violaciones alegadas y lucen manifiestamente improcedentes; siendo que, además, son planteos reeditados de los ya hechos en la instancia, los que fueron respondidos por los sentenciantes, sin que el quejoso se haga cargo de los fundamentos dados en el dictado de la sentencia.

De ellos se desprende un criterio distinto y subjetivo a la forma en que el "a-quo" valoró el abundante caudal probatorio arrojado al pleno.

II. a.- Así las cosas, en el terreno de la prueba que me apresto a analizar y que los recurrentes denuncian absurdamente valorada debo principiar recordando que, superado el valladar de la admisibilidad formal del recurso, nada impide a este Tribunal -en congruencia con nuestra Carta Magna y los Tratados Internacionales en materia penal y de derechos humanos- que la revisión de la sentencia sea integral en todos sus aspectos, lo que se ha llamado en el corriente vocabulario judicial "casación amplia".

En este camino que me adentro a estudiar destaco que he sostenido de antaño y recientemente adherí a numerosos votos de mi actual colega de la Sala IV de este Tribunal, en el sentido que "...corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión

I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso “Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”); Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003). Al respecto Nuestro más Alto Tribunal en el precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “Leistungsfähigkeit”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden –por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del juez que en su oportunidad dirigió el debate oral (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., “El proceso penal en la provincia de Buenos Aires”, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).

b.- Con los principales ante mi vista, el relato histórico y la coautoría penal de los aquí juzgados se encuentra plena, suficiente y categóricamente acreditada, sin margen de absurdo ni arbitrariedad, en las extensas, detalladas y minuciosas respuestas que dieran los juzgadores en la primera y segunda cuestión del veredicto, donde se valoró la numerosa prueba testimonial rendida en la inmediación que le es propia, complementada con la incorporada al debate sin violaciones legales.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Hago más las valoraciones que oportunamente hicieron los sentenciantes de las distintas piezas probatorias arrimadas y a ellas me remito a fin de evitar innecesarias y absurdas repeticiones.

Sin embargo, y aunque sintéticamente, la presencia de D. Z., T. y E. en el teatro de las operaciones y con ostentación de rango y poder -tanto jurídico como de hecho- se encuentra plenamente acreditada.

Sólo recuerdo a modo de ilustración que es el imputado T. quien señaló a D. Z. como uno del grupo que fue a "atender" a M. cuando éste se quejaba en el calabozo; igualmente lo sindicó el otro coimputado E. y, finalmente, él mismo dijo que fue a ver que le pasaba a la víctima, claro está, negando toda intervención ilícita.

En lo que respecta al imputado T., quien ejercía el cargo de imaginaria en el momento de los hechos, fue contundentemente sindicado por el comisario J. -quien en ese entonces se encontraba de licencia- y por el oficial P. (sólo recuérdese que luego de conocerse la noticia de lo sucedido, los tres imputados tuvieron una entrevista en el despacho con el comisario J.).

También el sub-comisario F. lo ubica en el teatro de las operaciones, pero la principal tesis incriminante que sostuvo el tribunal se basó justamente en las razones que dieron por tierra la versión desincriminante dada por T. con una contundencia de prueba en su contra que no deja margen de duda del lugar en donde se encontraba la noche final de M.

Igualmente queda incriminado el imputado E. -cabo de guardia- quien acepta haber ido al calabozo de contraventores cuando M. "molestaba" y lo señala contundentemente su compañero de causa T.

No me caben dudas entonces que las "visitas" al calabozo de contraventores donde se encontraba alojado M., la hicieron D. Z., E. y T.,

corroborado esto por los dichos inculpativos de E. y de los detenidos en calabozos contiguos quienes escucharon al menos dos veces abrirse la celda y, entre uno y otro momento, un silencio absoluto el que continuó hasta que se descubrió el hecho.

Silencio absoluto que resulta compatible con el retiro de la víctima a otro lugar de la dependencia donde se lo “adoctrinó” para que no “jodiera”, entendiéndose comprometiera, más el orden de la comisaría.

Adoctrinamiento que “se les fue de las manos” y condujo la gravedad de la situación que ahora se juzga, llevando al invento de la pueril tesis del suicidio ya descartada.

c.- Claro está que a los efectos indiciarios, también comparto con el “a-quo” en cuanto a la mecánica de los hechos “...uno propinó el rodillazo escrotal y el golpe en la cabeza (con, o contra elemento duro) mientras otro lo tenía; el mismo –u otro- aplicó fuerte compresión en el cuello de M. (...) con brazo y antebrazo, lo que a la postre produce el síndrome asfíctico que termina con la vida de la víctima; alguien facilitó las llaves para sacarlo del calabozo; entre todos lo transportaron al sitio de la tortura, entre todos lo trasladaron de nuevo al calabozo y contribuyeron a “armar” la mis en escene del suicidio, ayudando a colocar la campera, y a colgar el cuerpo inerte de un adulto de la columna divisoria de los camastros, lo cual –a no dudarlo- impone una necesaria participación plural...” .

Y no se me escapa el carácter indiciario de esta construcción en lo que respecta a que lugar le cupo a cada uno en el cobarde y miserable acto que terminara con la vida de M.

Pero el conjunto de los indicios valorados con la restante prueba dan un cuadro transparente y contundente de la acreditación de la participación de los aquí juzgados en el hecho.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Al respecto (prueba indiciaria) considero que dentro del concepto de indicio no sólo revisten tal carácter los hechos debidamente probados sino también los hechos reconocidos o admitidos, incluso aquellos afirmados por aquel a quien perjudican; así, los hechos notorios, evidentes, que indudablemente están incorporados al proceso y al análisis de los magistrados, no constituyen objeto del thema decidendum, ya que no son hechos controvertidos, aunque, claro está, deben ser valorados por el juez (cfr. Héctor E. Leguisamón. "Las presunciones judiciales y los indicios". Ed. Rubinzal-Culzoni. Segunda Edición. Santa Fe, 2006, pág. 73/74).

Y digo esto, porque negarles el carácter de indicio a los hechos reconocidos y no controvertidos, admitidos, etc, es como negar su existencia misma, con lo cual la distinción entre indicio y presunción judicial es más notoria, teniendo mayor relevancia los primeros, sirviendo incluso para lograr un convencimiento en el juzgador para llegar a un pronunciamiento condenatorio.

Respecto a la prueba indiciaria también desde los albores de este Cuerpo, me he pronunciado en numerosos precedentes sosteniendo que cuando se trata de elementos que se emplean como indicios "...su análisis debe ser hecho en forma integral y armónica y nunca de manera parcial o aislada, puesto que toda evaluación incompleta conduciría a desvirtuar su sentido..." (Recurso n° 776, entre muchos otros) desde que "...es obvio que cada uno de ellos es débil en sí; pero la concordancia y precisión que guarden, junto con su inmediata relación con el hecho por probar, conformará entitativamente el indispensable ingrediente de la gravedad..." (Recurso n° 7136 entre otros).

En el camino que vengo analizando y como ya lo adelantara, no observo vicios en la construcción que hicieran los sentenciantes para arribar

al grado de convencimiento necesario respecto de la coautoría endilgada a los aquí juzgados.

Con lo antes dicho, estoy en condiciones de afirmar que la detenida lectura de las actuaciones -con los principales ante mi vista- muestra sin dificultad la contundente prueba cargosa acerca de la existencia de los hechos, como asimismo la motivación suficiente de las razones que llevaron al "a-quo" a tomar la decisión ahora recurrida y tildada, sin fundamento, de arbitraria y absurda.

III.- Así las cosas y a poco de analizarse la sentencia puesta en crisis, es a todas luces evidente que el Tribunal acampó en prueba pertinente, seria, decisiva y convincente en relación a la acción endilgada a los imputados, debiendo decaer los motivos de agravio esgrimidos por los recurrentes que embaten contra la acreditación de la coautoría responsable (artículos 18 de la Constitución Nacional; 210, 448, 451, 456 y 459 del Código Procesal Penal).

Recuerdo que, tiene dicho esta Sede en numerosos precedentes, que la apreciación de los testigos no resulta casable, salvo absurdo, que -tal como adelantara- no se vislumbra.

Así lo ha resuelto también la C.S.J.N. en el conocido fallo "Casal", cuya parte pertinente paso a transcribir: "...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y -en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL – JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

juicio, con lo cual están exigiendo oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h. de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que lo jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancela el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de Leistung, del rendimiento máximo de esfuerzo revisable que pueden llevar a cabo en cada caso." (SCJN, C. 1.757 XL, 20/09/05).

IV.- Y se habla de coautoría desde que el hecho investigado y juzgado en autos sin lugar a dudas tuvo que cometerse con la participación activa de los aquí juzgados, en donde cada uno de ellos cumplió un rol activo protagonista sin el cual, jamás se podría haber llevado adelante el homicidio de D. M.

Bien explica el "a-quo", en tesis que comparto, la mecánica de los hechos y qué rol ejecutó cada uno de los aquí juzgados; corresponde así hablar de coautores toda vez que cada uno de ellos ocupaba un lugar preponderante esa noche y colaboraron –desde sus responsabilidades- en la comisión del ilícito.

Por ello la construcción de la co-autoría de E., T. y D. Z. tiene asidero fáctico y legal en la prueba reunida, la que se complementa con las pericias realizadas sobre el cadáver de la víctima.

Los datos de la realidad valorados por el “a-quo” muestran la agresión a M. y fundan una correlación de roles, aún más, todos los integrantes del grupo tuvieron en su poder la total ejecución del hecho.

Al respecto, sostuve en anteriores precedentes que siguiendo los lineamientos de la coautoría funcional del dominio del hecho, cada uno de los intervinientes en el “factum” es coautor del todo, aunque el dominio completo del mismo resida en manos de varias personas, quienes actuando de manera conjunta, tienen cada una de ellas el destino del acontecer dañoso.

Esto es, el interviniente no puede ejecutar nada solo, ya que no le es posible llevar adelante el plan sino en forma conjunta, desde que cada uno puede por separado anular “el plan conjunto” (cfr. entre otras, c. n° 29.151 C., C. A. s/ recurso de casación, sent. del 18/6/09).

Y justamente, esto sucede en el presente, los sentenciantes analizaron el plexo probal arrojado al debate y de él surge que existió en autos una cooperación funcional en el plan delictivo, teniendo principal relevancia la “planta funcional” que cada uno de los acusados ocupaba en la jerarquía de la comisaría y de la fuerza de la cual eran integrantes.

Tampoco de los elementos analizados existe dato alguno que me permita degradar la tesis incriminante sostenida por el “a-quo”. Veamos:

De la materialidad ilícita surge sin hesitación alguna que los aquí imputados estuvieron en el lugar de los hechos y fueron quienes se acercaron al calabozo ante el reclamo de M., siendo que uno de ellos tenía “el poder real de la comisaría”, otro las llaves, y uno, además, ostentaba la función de cabo de guardia.

Esto es, los tres ejercían funcionalmente la custodia real -de una u otra forma- de los detenidos en la zona de los calabozos de la comisaría novena.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Este dato objetivo de la funcionalidad de cada uno de ellos, nos da la pauta de lo que aconteciera y, es desde ese momento, que no pueda sostenerse la ajenidad en el hecho de ninguno de los mentados.

Es por ello que cabe afirmar la participación de los encartados en el dominio colectivo que tuvieron del hecho en que perdiera la vida M., incluso desde el plano de una colaboración alternativa, ya que se trató de una contribución a la ejecución común atribuible a todo el grupo.

Justamente esto fundamenta que los coautores puedan tener una decisión o designio común respecto al hecho y sus consecuencias, tanto fácticas como jurídicas y, de este modo existe reciprocidad de imputaciones para todas aquellas acciones o contribuciones al hecho realizadas en el marco del iter criminis.

A esta altura no es ocioso recordar que un coautor es un autor, pero las notas características del coautor radican en una decisión común del hecho y la intervención en su comisión, y desde este punto de vista los tres son coautores del homicidio producto de la decisión súbita de alguno de sus compañeros, desde que, en el curso causal del ilícito se consintió, y lógicamente podían conocerse, las intenciones homicidas del "compinche" que llevara adelante propiamente el ataque contra la humanidad de la víctima.

Insisto, la construcción realizada por el "a-quo" no es dogmática ni caprichosa y tiene basamento lógico con los datos de la causa que me alejan incluso de toda duda respecto a la participación achacada, y es por ello que el agravio no puede prosperar (cf. arts. 201, 210 y ss. del rito).

Por lo expuesto, entiendo que D. G. E., C. A. T. y L. H. D. Z., deben responder en calidad de coautores por el homicidio de M. (artículos 18 de la Constitución Nacional y 45 del Código Penal).

V.- Finalmente y aunque someramente, los recurrentes intentan una suerte de agravio en lo que respecta a la calificación escogida por los sentenciantes y que fue el reflejo de la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal a lo largo de todo el proceso.

Sin perjuicio de lo dicho al comienzo del presente voto, sólo debo agregar a los fines exclusivamente formales y enmarcado dentro del aspecto objetivo y subjetivo del tipo aplicado y cuestionado, que la doctrina es unánime en el entendimiento que debe dársele al concepto.

Así, numerosos tribunales nacionales han encuadrado en la figura del artículo 143 inciso 3 del C.P. en primer lugar restando importancia al “carácter legítimo o ilegítimo de la privación de la libertad de la víctima...” (cfr. entre muchos, T. Fed. de Córdoba n°1, sent. del 19/10/94, “P.M.C.”, en, 9/P-94, JPBA, t. 92, p. 43).

Así, y en el mismo sentido indicado ut supra, se entendió “...aquel sufrimiento que supera en su gravedad a las severidades y vejaciones siendo ya indiferente que se persiga o no una finalidad. A su vez, la intensidad del dolor físico o moral es la característica de ese tormento y en ello reside su diferencia con las otras formas de maltratos o mortificaciones.” (cfr. C. N. C y Corr., Sala V, sent. del 20/10/92 en J.A., 1993-III-548).

Y vaya si las hubo, piénsese el dolor intensísimo -como lo describiera la perito actuante en autos- de un brutal golpe en los testículos que produjo la rotura -estallido- del escroto del aquí fallecido. Dolor que incluso, hasta la más mínima experiencia así lo indica, produce de primer momento una falta, y aguda, capacidad respiratoria.

Ni que hablar de las lesiones en los huesos craneanos, el golpe para la rotura de ellos no debió ser menor.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Conclusión: no puede hablarse válidamente -como lo sostienen los defensores- de una hipótesis de ausencia de tortura, ni mucho menos de una falta de mecanismos de tormentos sobre la humanidad de D. M.

VI.- Veamos ahora que sucede con la responsabilidad penal achacada al imputado F.

a.- Conviene recordar que F. en ese entonces -la terrible noche- era el jefe a cargo de la comisaría novena de La Plata, en su carácter de sub-comisario y en ausencia del titular J., estaba al frente de la repartición.

Sin lugar a dudas F. se encontraba en el lugar, así lo atestiguaron quienes deambularon en el debate y nunca fue negada tal circunstancia; incluso él mismo así lo declara durante la investigación (fs. 118/120 de los principales que tengo ante mí vista).

F. a mi entender tiene dos intervenciones en la indignidad del ejercicio de su cargo (volveré sobre el punto), las que no se encuentran discutidas: en una primera secuencia y ante los reclamos de M. en el calabozo de los contraventores se apersona para atender sus reclamos: "...escucho, proveniente del sector calabozos, ruidos como de golpear una puerta de chapa y, juntamente con el imaginaria T. nos constituimos...donde nos entrevistamos con el aprehendido M..."(declaración testimonial de imputado antes citada).

Su pobre actuación se resume a una charla, la entrega de unos cigarrillos para calmar los enfados de la víctima de autos quien en primer lugar desiste de sus airados reclamos, siendo entonces que F. se retira del lugar.

Dicha circunstancia se desprende sin hesitación alguna de los dichos del imputado E.: "...el Jefe de Turno, Capitán F., también habló con él y se tranquilizó..." (fs. 82/84 de los principales).

F. retoma sus tareas habituales, no sabe bien cuales en realidad eran, pero lo cierto es que se va del lugar de los calabozos, tal vez a tomar una denuncia o a su despacho.

Posteriormente, se entera de lo sucedido: "...Que entre las 1:30 y las 1:40 hs, me avisa el sargento E. que habría problemas con el detenido y, juntamente con el oficial D. Z., nos constituimos en el calabozo (...) la puerta de acceso ya había sido abierta por otro efectivo (...) y al acercarse observó que el aprehendido M. estaba tendido en el piso (...) E. me dice que M. se habría ahorcado (...) se pidió una ambulancia y al advertir una tardanza excesiva, ordeno que lo carguen en un móvil y lo lleven de urgencia al Hospital San Martín." (cfr. su declaración testimonial, fs. antes citada).

Esta sería una suerte de segunda actividad: luego de advertir que estaba en juego la vida de M. -quien en realidad ya había fallecido- ordena el traslado al nosocomio.

Posteriormente y aunque tal vez discusión de por medio, F. en sus funciones da aviso al comisario J., quien se encontraba licenciado.

Esta es objetivamente y a la luz del cúmulo de probanzas, la actuación de F. la noche final de M., que tengo por acreditada.

Pero no es un dato menor la irresponsabilidad con la que el aquí juzgado "manejaba" la seccional; falta de responsabilidad que incluso llevó al descrédito de sus sub-alternos con epítetos más que significativos.

El encartado E. al ser preguntado manifestó: "D. Z., era el que se movía mejor que el jefe de turno, todo pasaba por él y todos le preguntaban a él"; con más énfasis para su formal jefe se expresó el coimputado T. "...que F. en cuestiones de responsabilidad, no se metía, que no asumía el control de la Seccional como debía, era un cobarde", atribuyéndole una actitud "pusilánime".

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Estas afirmaciones coincidentes entre los numerosos testigos llevaron al Tribunal a afirmar que en realidad, quien llevaba el rol protagónico de la jefatura de la comisaría no era F. sino el coimputado D. Z., siempre en ausencia del comisario J.

Ahora bien, en la ilustración de la conducta de F. con la cual dirigía la Seccional, surge claramente un desinterés, negligencia y desatención de los deberes a su cargo.

b.- Y es aquí donde he de dar la derecha a la defensa y apartarme de la resolución del "a-quo" en la atribución de la responsabilidad; es que, de dicha negligencia o desatención no puede inferirse lógicamente el conocimiento real, cierto y contundente de la aplicación de tormentos a M.

Este conocimiento real y cierto es el que exige el tipo omisivo aplicado que, en su aspecto subjetivo, requiere que el funcionario competente -en el caso F. era uno de ellos- para evitar las torturas tenga el "conocimiento de que éstas van a imponérseles (o se les están imponiendo) a la víctima, y no las evita a pesar de su poder de hecho para hacerlo" (cfr. Código Penal y normas complementarias. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, T. 5, comentario al artículo 144 cuarto, inciso 1°, págs. 385 y ss).

No me escapa que el tipo aplicado puede y admite incluso el dolo eventual, éste, caracterizado por quien en su función jerárquica se desentiende de alguna situación de riesgo sin tener la firme convicción de que el resultado no se producirá.

Por otras palabras, F. debió haberse representado seriamente que en la actividad de sus subalternos existía ciertamente la posibilidad de que se cometan tormentos, tal como sucedió.

Y, en ese camino entiendo que no existe conducta dolosa -léase intencional- de F. en evitar las torturas aplicadas encarnizadamente a M.: en

primer lugar porque no conocía de su aplicación -ergo no puede evitar-. En segundo lugar porque ya habiendo tomado cartas en el asunto que aquejaba a la comisaría esa noche y siendo que la víctima se había calmado ante su presencia, nada le hacía suponer el resultado. En tercer lugar, en atención al tiempo y la modalidad de las conductas desplegadas por los imputados E., T. y D. Z., ninguna chance de actuación formal pudo realizar.

Y sobre este punto quiero nuevamente hacer hincapié: F. caracterizado como cobarde y pusilánime por sus propios colegas en cuestiones de responsabilidad, si bien poseía mayor cargo jerárquico desde lo formal, no tenía el “poder de hecho suficiente” el “poder real” de la seccional en ausencia de su titular (Crio. J.), quedando bien en claro que quien lo ejercía era, a quien le habían “inventado” el cargo de “Oficial de Control” (D. Z.).

Y este dato en el análisis de los hechos que vengo realizando no es menor, toda vez que el tipo aplicado desde su aspecto objetivo requiere que el sujeto activo -funcionario público- “invista el poder jurídico y de hecho suficiente” para la evitación de los mecanismos de tortura (cfr. Código Penal, Zaffaroni, ob. citada).

En resumidas cuentas el omitente, además de ser funcionario público, “debe tener suficiente poder de hecho como para evitar la imposición de tormentos...” (Cfr. Código Penal...ob. citada).

Claramente la cobardía, la irresponsabilidad y dejadez de F. al frente de la Seccional, deshonrando el mandato con el cual lo instituyó el Estado provincial para ejercer el cargo que ostentaba, sin lugar a dudas lo llevaron a perder de hecho el poder de manejo con que jurídicamente lo investía la ley, como así también desconocer (por su imprudencia y negligencia) los quehaceres de la seccional.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Así las cosas y planteado el tema, la garantía constitucional que enmarca el principio de legalidad, en su interpretación de máxima restricción penal, me llevan a afirmar, acompañado en el tópico con numerosa jurisprudencia, que: "...para poder endilgar al superior jerárquico a cargo de la repartición policial, el haber omitido algún acto tendiente a evitar las torturas, es necesario demostrar que de ellas tuvo conocimiento, no pudiendo sustentarse la responsabilidad penal en (sólo) en el hecho de la superioridad funcional de subcomisario..." (Cfr. C. N. Crim. y Corr. Sala V, sent. del 20/10/1992, causa n° 29.668 "Pagani, F." en Código Penal...ob. antes citada; C. N. C y C. de Cap. Fed. Sala 2, sentencia del 19/5/05 "D.A.", entre muchas otras).

c. Ahora bien, a mí entender, el sentenciante imputa el dolo requerido por el tipo a F. en forma dogmática, siendo un fundamento aparente, veamos:

Luego de un análisis pormenorizado y detallado de la prueba existente en la causa que pesa sobre E., T. y D. Z. que comparto en un todo su valoración, puede leerse en el voto del doctor Caputo Tártara (Magistrado que llevara el primer voto de la sentencia impugnada) que sin perjuicio de su opinión limitada por la violación al principio de congruencia, toda vez que a F. debió imputársele el delito más grave, subsume la conducta aquí analizada recordando los dichos de T. y E. acerca del concepto que éstos tenían de su jefe de turno y acredita -como se dijo anteriormente y no se encuentra discutido ni siquiera por la defensa- la visita de éste al calabozo de contraventores ante los reclamos de M.

Seguidamente afirma que "...sólo es posible atribuirle la conducta omisiva del mentado artículo 144 cuarto, inciso 1° del Código Penal, máxime

aún considerando su rol de Jefe máximo (en el momento) de la dependencia, quien por tanto debió y pudo impedir el brutal accionar de sus subordinados”.

A poco de observarse, dicha afirmación choca legalmente contra el principio constitucional de máxima restricción penal y de la interpretación sistemática del tipo aplicado, que como se dijo, requiere el conocimiento cierto y real, además del poder jurídico y de hecho para -dolosamente- evitar la comisión de tormentos.

d.- Seguidamente, se afirma en la sentencia analizada: “La atenta advertencia de todos estos recaudos, incumplidos por la oficial de servicio (recuerdo que ese rol lo ocupaba M. V. M., absuelta por mayoría y contra la cual recayó sentencia firme ante la falta de interposición de recurso de casación en su contra) debieron motivar la orden inmediata y expresa por parte del Jefe de Turno (F.) en el sentido de su presta ejecución. En caso del hipotético incumplimiento, retardo y/o negligencia, etc., disponer el inmediato apartamiento de la oficial de servicio (sin perjuicio del apercibimiento, sanción o sumario que se corresponda) y efectivizar por sí dicha perentoria tarea. Como puede fácilmente observarse, ni una cosa ni la otra. Huelga recordar que también esto pudo resultar relevante a los efectos de evitar las infortunadas consecuencias que hoy nos ocupan; aspecto este que –sin duda alguna- también evidencia clara e inequívocamente la conducta omisiva atribuida a F.”

Ante esta afirmación, que más sabe de conducta negligente del Jefe de turno, nada dicen los sentenciantes cuáles serían los recaudos que debiera haber tomado F., incluso más, y aun habiendo tomado los recaudos achacados -el apartamiento de la oficial de servicio- no puede inferirse consecuentemente el conocimiento de la aplicación de tormentos; por otra parte, sin lugar a dudas que una actuación diligente podría haber evitado ‘ex ante’ las “infortunadas consecuencias que hoy nos ocupan”, pero tal

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

conducta omisiva, en nada puede asemejarse a la omisión legal y taxativa requerida por el tipo penal.

Tal conducta omisiva que el "a-quo" atribuye a F. evidencia como ya dije una irresponsabilidad en el mando, en la conducción de la seccional, pero en nada se asimilan a la omisión de evitar teniendo conocimiento de la aplicación de tormentos.

e.- En el análisis de la sentencia al cual estamos llamados a ser "jueces de jueces", puede leerse en el sufragio del doctor Domenech (Magistrado que vota en segundo orden) que coincide con el colega preopinante (el doctor Caputo Tártara) en cuanto indicó que D. Z., E. y Z. (léase el imputado T. en evidente error material involuntario) en distintos roles y en forma de coautores hicieron las maniobras que dieron con la muerte de D. M.

Este Magistrado coincide con la valoración de los indicios reseñados por quien abriera el Acuerdo y afirma: "Estos indicios se ven reforzados porque no existían en ese lugar otros funcionarios policiales ni otras personas con acceso a M. que hubiesen podido realizar las maniobras que lo lesionaron y mataron."

En lo que respecta a F. también coincidió con su colega de primera nominación en que era el "encargado" de la dependencia y que "esta presencia lo colocaba en posición como advertir al menos, la posibilidad de una tortura y por ende evitarla." (El subrayado me pertenece).

Comprendo ese "al menos" en el sentido de que F. -aunque "eventualmente"- su falta de desinterés y compromiso, lo llevara a tener un conocimiento de la posibilidad real de la comisión de tormentos y creer erradamente la no producción de ese resultado.

Gráfico resulta ser Claus Roxin cuando sostiene que para afirmar que estamos ante el mal denominado dolo eventual, el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando -omitiendo en el caso- para alcanzar el fin perseguido y se resigna así -sea de buena o mala gana- a la eventual realización de un delito” (Claus Roxin. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Ed. Civitas, S.A., 1997, pág. 427).

Pero nada existe en autos para sostener aunque mínimamente esta tesis de una eventual conducta omisiva de F.

f.- Continuando con el análisis de la sentencia puesta en crisis en el tópico que nos ocupa, finalmente y ya en la respuesta a la primera cuestión de la sentencia -la correspondiente a las calificaciones legales- puede leerse que el doctor Domenech al justificar su postura respecto a la situación típica enrostrada a F. afirmó: “En relación a F., es claro que era el subcomisario a cargo de la dependencia y que se encontraba en el lugar de los hechos en conocimiento de la situación que provocó la repulsa policial. De este modo con ésta jerarquía y funciones estaba en condiciones de evitar la aplicación de torturas, o al menos de evitar que se continuaran cometiendo, no sólo porque tenía competencia para hacerlo, sino porque, empíricamente, estaba en condiciones de poder hacerlo.”

Esta afirmación choca contra la prueba detalladamente valorada, de donde a las claras surge que F. no estaba en condiciones empíricas de manejar la comisaría, sea por su cobardía o por cualquier otro motivo, lo cierto es que, quien ejercía de hecho el “control” era D. Z.

Y digo esto porque concuerdo con los sentenciantes -sobre el punto hago míos los dichos del doctor Caputo Tártara en lo que refiere a la absuelta agente M.- que no importa la jerarquía y hasta al más bajo de los funcionarios (jerárquicamente hablando) le corresponde impedir la comisión

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

de los hechos de la especie del artículo 144 cuarto, inciso primero del Código Penal, claro está en la medida estricta de su conocimiento.

Y no se me venga a decir que la condición de género, edad, falta de experiencia, etc, es causal de excepción de las tareas que el cargo implica: si no se está en condiciones de ejercer la función, no se lo debe aceptar.

g.- Dicho lo anterior entonces concluyo sintéticamente que F. estaba presente en su despacho en la seccional la noche final de M.; que ante los reclamos de éste -sin importar las condiciones en las que se encontraba como lo sostienen las defensas- se apersonó en el calabozo de contraventores quedando debidamente probado que su intervención logró - aunque por momentos- calmar los ánimos de la víctima.

Luego de ello y tomando como cierta la conclusión del tribunal en cuanto a la secuencia de los hechos, se da la segunda de ellas, en la cual se abre la puerta del calabozo y M. es "sacado" del mismo y trasladado a otro lugar en donde recibe la feroz golpiza, siendo que los actos de tortura duraron escasos minutos y la modalidad de los mismos impidieron cualquier resistencia de la víctima.

Así las cosas, y una vez deliberado el plan a seguir adelante ante la grave situación, se inventó la pueril y nefasta hipótesis del suicidio, ante lo cual nuevamente traen el cuerpo de M. a la celda de contraventores, dando luego las "alarmas" correspondientes, incluso recuerdo, ordenó a otro funcionario policial (F.) que "llevara" al aprehendido al cuerpo médico (cfr. declaración de D. Z., fs. 61/65 de los principales).

Es ahí, a mi entender, donde aparece nuevamente en escena F. y ordena el traslado al Hospital San Martín, e incluso se interioriza de la situación apersonándose al nosocomio.

Y esta secuencia que coincide en un todo con la detallada por el “a-quo” no es caprichosa, pero sí demostrativa del actuar de F.: éste una vez calmado M. no tiene porqué imaginar eventualmente -ni muchos menos certeramente- que sus subalternos realizarían los tremendos actos, o que los estaban realizando (recuérdese el poco tiempo de consumación) que acabaron con la vida de D. M.

Sintéticamente: F. una vez concluida su pobre actuación en el calabozo, se desentendió de la situación, pero sostengo que esa mera desatención es insuficiente para imputar el tipo omisivo doloso que se le achaca (artículo 18 de la Constitución Nacional; y doctrina ya analizada del artículo 144 cuarto, inciso primero, en relación al 144 tercero del Código Penal).

VII.- Ahora bien, dicho lo anterior, la casación que propongo en cuanto a la errónea aplicación de la ley penal no conduce necesariamente a la absolución de M. E. F., quien a mi entender y siguiendo los lineamientos del Señor Ministro del Superior Tribunal Constitucional -el doctor Eugenio Zaffaroni- debe quedar condenado en los términos y dentro del tipo penal establecido en el artículo 144 quinto del Código Penal.

Tal como lo afirma el sentenciante, F. debió establecer la debida vigilancia y adoptar los recaudos necesarios para que no se impongan las torturas, cosa que negligentemente omitió.

Y digo y afirmo esto, porque en la modalidad culposa que impone el tipo analizado existe claramente una relación causal entre la omisión de tomar los debidos recaudos y el resultado muerte.

Y en este camino, el problema autoral que se plantea es la amplitud en la cual puede recaer el tipo penal, que debe resolverse justamente con la estricta causalidad expresamente establecida por la figura contenida en el Código Penal.

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Y la peligrosidad en la extensión autoral es tal dado que el orden gradativo podría alcanzar a todos los que ejercen funciones de dirección o control. Así, la aplicación estricta del principio de legalidad requerirá entonces que la imputación se establezca necesariamente en consideración de la causalidad: "de todas las omisiones imputables a dichos funcionarios (...), únicamente lo serán penalmente las que, concretamente en el caso, hayan dado lugar de una manera directa, a que el delito se cometiese". (cfr. Carlos Creus. "Derecho Penal. Parte Especial". Tomo 1, Editorial Astrea, 6ª edición, Buenos Aires, 1999, pág. 313 y ss).

En resumidas cuentas y sin ánimo de hipotetizar, digo: que distinto hubiese sido si F. ante la situación planteada, no se hubiera desentendido del problema o por el contrario, interiorizado acerca de los motivos de la aprehensión o incluso, haber tomado cierta vigilancia respecto de sus subalternos.

Pero nada de ello hizo y es entonces esta actitud y no otra la que es jurídicamente relevante y por la cual debe responder, que al decir del maestro Creus es la "omisión de la debida vigilancia o de la adopción de recaudos", y por la cual no se impidió la comisión del ilícito (Cfr. Carlos Creus. Derecho Penal, ob. antes citada).

Por otras palabras, F. no cumplió con su deber objetivo de cuidado, de justamente, velar por la integridad física de M., cursar las correspondientes notificaciones, no controló que se lo trasladare al Cuerpo Médico, etc; ahora de ahí a pensar que sabía, conocía de la aplicación de torturas y que dolosamente omitió su freno, hay un largo trayecto que en nada se encuentra acreditado.

Así también lo entendió en un precedente análogo, la C. N. C. y C. Sala I, en la causa "Gómez R." cuando sostuvo que "Si al momento del

suceso, el causante detentaba una posición de garante respecto al detenido, toda vez que se desempeñaba como director del centro de detención, pese a lo cual no adoptó los recaudos necesarios para velar por la seguridad del interno, violó su deber objetivo de cuidado, lo cual permite tener por configurada la conducta descrita en el artículo 144 quinto del Código Penal” (sent. del 26/6/03 en causa 18.863).

Vale aclarar que esta omisión que propongo al Acuerdo imputar a F. no está “voluntariamente dirigida a la permisión” ya que si no estaríamos hablando de un supuesto de participación; siendo que se trata de un tipo penal negligente, lo que se debe corroborar -y a mi entender así se acreditó- “que el riesgo se haya efectivamente realizado en el resultado y que, en la faz subjetiva, el resultado pudiera haber sido previsto por el autor” (cfr. Código Penal...ob. citada, comentario al artículo 144 quinto del Código Penal, págs. 389 y ss.).

VIII.- En lo atinente al agravio que embate contra la regulación de honorarios y que la doctora Cruet entiende han sido por debajo del mínimo y esperable, debo decir -mal que le pese- que no le asiste razón.

Es que, en primer lugar, es requisito para su procedencia la explicación clara de los motivos que la llevan a realizar tal afirmación: obsérvese que la Dra. Cruet sobre el final del libelo recursivo y en un escueto párrafo sólo subjetivamente realiza la denuncia en contra de la regulación de los honorarios que hiciera el “a-quo”.

Dicho esto, debe echarse mano a los parámetros establecidos en la ley que regula la materia en cuanto a los mínimos honorarios en asuntos judiciales no susceptibles de apreciación pecuniaria.

El artículo 9 del decreto ley 8904/77, apartado I, letra b) pto. II, establece que en los juicios criminales la cantidad de jus será: “defensa, 30 jus; con pruebas producidas, 45 jus; sentencia absolutoria, 60 jus”.

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A poco de analizarse la sentencia puesta en crisis puede leerse claramente que a la quejosa el tribunal sentenciante por su desempeño como defensora del co-encartado M. E. F., le reguló la cantidad de dieciocho mil ochocientos pesos (18.800 pesos) lo que equivale a cien jus (100 jus); esto es, muy por encima incluso del establecido para el caso de la obtención de una sentencia absolutoria.

Por otra parte y conforme la doctrina inveterada del Superior Tribunal provincial, las bases y pautas ponderadas para la determinación de los honorarios, llevadas y tenidas en cuenta por el "a-quo", además de la excepcionalidad de su impugnación -como se ha visto no es el caso- son cuestiones soberanas del sentenciante (S.C.J.B.A. 61.704, sent. del 26/3/1996).

Claro está que nada impide a este Superior Tribunal Penal valorar de conformidad al decreto 8904/77 ciertas pautas pero en referencia y relación siempre a la actividad profesional desarrollada durante la etapa impugnativa. Lo dicho es suficiente para desestimar el punto de agravio (artículo 1, 9 y ccdtes. del decreto ley 8904/77).

IX.- Finalmente tampoco podrá prosperar la solicitada nulidad del beneficio de litigar sin gastos en cabeza de la parte damnificada, dada su manifiesta extemporaneidad y su inadmisibilidad en esta instancia superior, ya que ni siquiera se encuentra dentro de los supuestos del artículo 450 del Código Procesal Penal.

Por otra parte la agraviada no demuestra, como lo requiere la suficiencia del recurso, porque la persona a la cual se lo favoreció ya no tiene derecho al beneficio; esto sella la suerte adversa al reclamo (artículos 18 de la Constitución Nacional; 450 del Código Procesal Penal y 78 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires).

X.- Deben desecharse de igual modo las atenuantes peticionadas porque no revelan un menor contenido de injusto o culpabilidad por el hecho cometido que autorice ponderarlas (cf. arts. 40 y 41 del C.P.).

Por todo lo expuesto, voto parcialmente por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto parcialmente por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

I.- Comienzo por elogiar a la parte damnificada, quien realizó un despliegue inconmensurable en todos sus aspectos y desde bien iniciadas las actuaciones, y ello en la heroica batalla de buscar la dignidad, honra y la memoria del joven M., pero sin desatender el fin más importante del proceso que es encontrar la mayor verdad material y objetiva.

Y ello, en el estricto sentido de la Justicia, sin demostrar animosidad o “animus condenandi” a mansalva, transitando carriles -aunque no compartidos- objetivos y de interpretación subjetiva de la valoración de la prueba, pero con serios indicios de objetividad e imparcialidad.

“Verbi gratia”, obsérvese que si bien llevó adelante la acusación contra la imputada M., ante su absolución por el tribunal de origen, no se alzó contra ella.

II.- Pero mal que le pese y sin perjuicio de resaltar nuevamente lo anterior, no podré concordar con sus pedidos.

Es que, conforme los argumentos dados por el “a-quo” que hago míos en cuanto al límite legal que impone el principio de congruencia y en atención del cambio de calificación propuesto “ut-supra”, discurrir sobre la

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

aplicación del tipo penal solicitado, sólo sería una cuestión exclusivamente académica.

Un paréntesis: esta cuestión no es novedosa desde que es una reedición del planteo ya resuelto en la instancia por el juzgador con sobrados argumentos constitucionales, que incluso, al primer magistrado votante lo llevó a decir que: "...En esta inteligencia, correspondería incluir a F. en el mismo grupo de los acusados D. Z., E. y T....Empero encuentro insalvables impedimentos legales..." basando su ánimo y voluntad contraria a la petición, en la no contradicción al principio de congruencia y el principio nullum crimen, nulla poena, sine actione.

Continuando con el tratamiento de la petición del particular damnificado, he de recordar que sobre el pedido de inconstitucionalidad realizado en la audiencia de informes, el pensamiento mayoritario de la Sala que integro y discutido el tópico en el acuerdo de ley se sostuvo que, para el adecuado y oportuno planteo de una cuestión federal suficiente, es preciso que se haya invocado, demostrado y debatido la misma (art. artículo 3 inciso b, Acordada 4/2007), que haya aparecido ante los litigantes como un aspecto central de debate judicial y no meramente accidental o lateral, siendo su solución indispensable para la resolución del litigio mismo.

En esa dirección ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación "(...) la cuestión constitucional debe plantearse en la primera oportunidad posible en el curso del proceso" (Fallos, 297:285, 680; 298:368; 302:346, 328:4755; 331:419 y 2561; id., causas F.274.XLIII, "F. ", sent. del 3/7/2007 entre otros).

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia provincial ha sostenido como doctrina mayoritaria, a partir de la causa P. 104.710, que el planteo de inconstitucionalidad de una norma debe ser introducido en la primera

oportunidad procesal viable (sin perjuicio de la facultad de los jueces de declararla de oficio).

Es decir, la primera oportunidad que tuvo la parte para requerir la tacha que ahora intenta, es la interposición del recurso de casación y no el memorial sustitutivo de la audiencia de mejora de fundamentos previsto en el art. 456 del Código Procesal Penal o la misma audiencia; esto sella la suerte adversa del planteo deducido.

III.- Pero, aun así, se vislumbra claramente que el pedido en definitiva reviste un nuevo motivo de agravio, siendo inadmisibile ya que conforme lo viniera sosteniendo en numerosos precedentes, los nuevos motivos de agravio introducidos al momento de la mejora del recurso deben rechazarse por resultar extemporáneos; sintéticamente, la doctrina citada que vengo sosteniendo de antaño (v. gr. Causa nro. 8646 “Gianasi”), ha sido confirmada recientemente por la S.C.J.B.A. en los precedentes P. 100.511, sent. del 24/II/2010, y P. 108.584, sent. del 17/II/2010.

IV. a.- Sin perjuicio de lo anterior, no quiero dejar de analizar las referencias que realiza el doctor Villarruel, y que con claridad nos ilustrara en la audiencia de informes, acerca de lo que él entiende un “armado de causa” un “empapelamiento” de M. quien sabe por qué motivos, aunque dio por suponer un “problema de polleras”.

Las últimas palabras de M., dadas a conocer por quienes esa noche pudieron charlar con él, hablan de un “engarronar” haciéndole o queriendo hacerlo imputado de causas contra la propiedad –“por automotores”-, siendo su queja en dichos del particular damnificado “su último acto de dignidad”.

Y es aquí donde debo decir que -habiendo escuchado los audios agregados como medio de prueba- al igual que los sentenciantes, nada indica que M. haya sido privado ilegalmente de su libertad, pero tampoco que se haya cumplido con los protocolos policiales a seguir en el caso ni con las

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

formalidades de ley; límite que no puedo traspolar en virtud del principio de congruencia del artículo 18 de la Constitución Nacional y 1° del Código Procesal Penal.

Pero ello nada autoriza a afirmar que el estado de inocencia constitucionalmente garantizado a M. se veía opacado; imposible sostener que la víctima de autos era un delincuente o un hombre de mala vida.

Se realizó una aprehensión, sí; en un lugar donde se habían producido ciertos hechos contra la propiedad, también; se lo hizo para realizar una averiguación de antecedentes, claramente; afirmo también que sin lugar a dudas hay ciertas incongruencias entre los datos dados por los testigos y no se me escapan tampoco los que surgen del sistema de detector de vehículos.

Lo cierto, real, objetivo y que no está en discusión, es que esa noche -la que inició el nueve de noviembre de 2005 y que se extendió a minutos entrados el diez de ese mismo mes y año- D. O. M. ingresó con vida a la comisaría novena de La Plata y salió de ella fallecido a causa de una brutal, salvaje, encarnizada, cobarde y miserable golpiza por los tres funcionarios policiales D. Z., T. y E., existiendo una negligencia atroz de F. por su irresponsabilidad en el manejo de la seccional.

Al igual que la jurisprudencia antes citada, no quita ni agrega nada que M. haya estado legal o ilegalmente privado de su libertad; los actos de tormento fueron claramente aplicados y a consecuencia de ellos perdió la vida.

b.- Entiendo por ello que el parecer del particular damnificado al respecto es un distinto modo de apreciar la prueba que hicieron los sentenciantes, dando sus razones y que las mismas -compartidas o no- no evidencian vicio o absurdo alguno, ni ilogicidad con las constancias

arrimadas al debate (recuérdese incluso que sobre el tópico jugó a su favor el principio de la duda razonable).

Y en ese carril el agravio es improcedente pues al igual que lo dicho por la Corte, no basta sostener un criterio interpretativo distinto al seguido en la sentencia en la interposición del recurso extraordinario, sino que es preciso además contestar mediante una crítica concreta y razonada todos y cada uno de los argumentos expuestos en ella (Cfr. entre muchos, Fallos: 303:109; 304:1048; 319:123; 311:1133).

Así las cosas reafirmo que el juzgador dio una clara explicación de la valoración que hiciera de los testigos que deambularan en la intermediación que les es propia, en el marco de las atribuciones que poseen de una amplia competencia para seleccionar los medios de prueba y para apreciarla y, en ese camino ajustó sus conclusiones a la regla de la lógica, de la psicología y de la experiencia común, con rectitud, prudencia y sabiduría (ver. Carreras, Eduardo, “La sana crítica y el testimonio del coprocesado”, J.A. 15-1972, pág. 629; Cap. Fed. Sala I, L.L., del 18/12/1985, f. 93.861 y conf. S.T.J. de Formosa, causa “Romberg, Hugo Ramón s/ inst. y part. Secun. de homicidio doblemente calificado – Romberg Carmen s/ participación necesaria de homicidio doblemente agravado- Benítez Ramírez, C. s/ homicidio, sentencia nº 1618/2 del 9/9/02).

c.- Y digo esto porque a poco de analizar las actuaciones principales, entiendo que la memoria de D. M. –que reclama el representante del particular damnificado- no está manchada por su ingreso a la comisaría novena, no está en duda tampoco su conducta de bien -sin perjuicio de que pudiera haber tenido algún que otro antecedente- toda vez que su patrón (hoy fallecido) y sus familiares hicieron hincapié en su forma de vivir.

Él mismo, incluso, recuerdo, les comentó a sus ocasionales compañeros de calabozo -pared de por medio- que estaba “re-careta” en

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

franca alusión a que se había "rescatado", esto es, se había alejado de la mala vida (declaración del detenido D. A. D. durante el debate oral).

d.- Así las cosas, y a mayor abundamiento quiero definitivamente recalcar, como dije, que no observo vicios en el razonamiento llevado adelante por los sentenciantes y que el representante del particular damnificado denuncia, aduciendo arbitrariamente valoradas las pruebas.

Evidentemente las mismas no lograron convencer a los sentenciantes en relación a la ilegalidad de la privación de la libertad, aunque claro está tampoco puedo descartar de plano la hipótesis sostenida; así las cosas claramente la duda campea en el "sub-lite" respecto del accionar de los funcionarios policiales en cuanto a la legalidad o ilegalidad de la aprehensión de M. -aunque también recuerdo que actualmente tramita en la UFI n° 6 departamental una I.P.P. para deslindar eventuales responsabilidades- y no se me escapa que existen elementos que individualmente pueden dirigir el razonamiento hacia la situación planteada por el recurrente, aunque los mismos al ser cotejados con las demás probanzas pierden virtualidad y no tienen la entidad para lograr un convencimiento suficiente -como una sentencia de condena requiere- para enervar el principio de inocencia que nuestra Carta Magna garantiza a todo ciudadano y, en definitiva, siempre en caso de duda deberá estarse a favor del imputado (artículo 18 de la Constitución Nacional).

Este principio debe tener primacía y sólo puede verse desplazado una vez valorada y apreciada la prueba, siendo de vital importancia que el imputado no debe acreditar su coartada, sino debe ser probado su lugar en el momento del hecho o que ha participado de manera certera, debiendo evitarse presunciones o estructuraciones dogmáticas que quebranten la garantía, atentándose de esta manera contra la certeza que requiere no sólo

una sentencia condenatoria sino más allá todavía, la propia de un derecho en un Estado constitucional (en igual sentido Claus Roxin. “Derecho Procesal Penal” Ed. del Puerto, Bs. As. 2000 y Flavio Lopez de Oñate. “La Certeza del Derecho”. Ed. Jurídicas Europa-América. Bs. As. 1953.).

Enterado en el Acuerdo de los fundamentos de mi colega de Sala, los comparto plenamente y los adhiero en el sentido propiciado.

Lo expuesto da por tierra con la pretensión de la parte damnificada por lo que se impone el rechazo del recurso impetrado y, consecuentemente, a esta segunda cuestión voto por la negativa.

A la misma segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, por sus fundamentos que hago míos.

Con respecto al planteo deducido por el representante del particular damnificado, en cuanto a que invoca que el derecho a ser oído le confería potestad para requerir una calificación distinta de los eventos enjuiciados, pese a no modificarse la pena impuesta, he de abonar los argumentos vertidos por mi colega que imponen el rechazo de tal pretensión y agregar las siguientes consideraciones.

Resulta innegable que la víctima es sujeto titular de la garantía y del derecho a la debida defensa en juicio. Ello por cuanto una adecuada interpretación de este derecho es aquella que lo analiza desde una óptica bidimensional, es decir, que establece que esta garantía asiste tanto a quien es traído al proceso en carácter de imputado como a aquel que se presenta ante el órgano jurisdiccional reclamando su intervención. De esta manera, dentro del proceso se le reconocerá a las partes “el ejercicio de sendos poderes realizadores: la acción (que encarna su forma activa) y la reacción

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

(que materializa su dimensión pasiva)". (conf. José De Cafferata, Cristina del Valle, "Teoría general de la defensa y connotaciones en el proceso penal", (nota 12), Tomo I, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1993, p. 247).

A su vez, señala Cafferata Nores que este derecho "importa, 'lato sensu', la posibilidad de cualquier persona de acceder a los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como el argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra" (Cafferata Nores, José I., "Proceso penal y derechos humanos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 27).

Esta exégesis, que no sin pocas dificultades y resistencias se extraía del texto del artículo 18 de la Constitución Nacional, con la jerarquización de los Tratados de Derechos Humanos ha quedado claramente confirmada. El artículo 25 de la aludida CADH establece en forma prístina que todo ciudadano tiene el derecho a presentarse ante el tribunal competente, a través de un recurso rápido y sencillo, cuando se vea afectado por un acto que lesione los derechos que le son reconocidos por la Constitución, los Tratados o las leyes internas.

En ese sentido, mediante una consulta que se formuló respecto de la materia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (cuya opinión resulta de especial importancia para interpretar los preceptos convencionales -cfr. C.S.J.N., Fallos: 319:1840) ratificó la obligación del Estado de brindar la tutela judicial efectiva basándose en el artículo 1.1 de la Convención (Conf. Opinión Consultiva OC-9 del 6/10/87). En igual línea de razonamiento, la citada Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado reconociendo que el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un

derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal (conf. CIDH, informe 28/92, casos 10.147 y otros -Argentina-, 2 de octubre de 1992 e informe 29/92 y otros -Uruguay- de la misma fecha).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Fallo “Barrios Altos” del 14/3/01 estableció que el Estado debe garantizar a la víctima y a su familia el derecho a la Justicia, no limitándolo a la oportunidad de ejercer su acceso a la misma. En “Bulacio”, del 18/11/03, se estableció que las víctimas “podrán demandar la jurisdicción criminal y participar efectivamente del proceso”, lo que implica garantizar su derecho a acceder al mismo interviniendo como parte, sin restricciones.

En esa línea argumental, el mismo Tribunal internacional, en los pronunciamientos “Villagrán Morales” del 19/11/99 y “Durand Ugarte” del 16/8/00 dejó sentado como derechos inalienables de las víctimas los de ser oídos y actuar en los procesos, circunstancia reafirmada en “Blake” del 24/01/98 en el que se precisa que los alcances de las previsiones de los arts. 8.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos conceden a los damnificados el derecho a seguir los procesos penales que los tienen por protagonistas.

Recogiendo la corriente apuntada, la Corte Suprema Nacional ha considerado que todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución (Fallos 268:266). No se observa, en efecto, cuál puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

la declaración de su derecho -así fuere el de obtener la imposición de una pena- y el de quien se opone a tal pretensión, puesto que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera que sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate (Fallos: 268:266; 299:17; entre otros).

Por tanto, creo que hoy en día se encuentra fuera de toda duda, que la Constitución o el "sistema constitucional integrado" compuesto por los distintos textos incorporados a la misma le brindan a aquella persona damnificada por un ilícito la debida protección judicial y el acceso a la justicia.

Ahora bien, el Dr. Villarruel -letrado de los particulares damnificados- invocó su petición conforme los postulados del fallo "Bulacio" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estimando quien esto escribe que la consideración general de tal pronunciamiento no abona la postura del recurrente en la medida que éste la extiende, asumiendo que el mismo aborda temáticas que en realidad, no son constitutivas del "thema decidendum" o, cuanto menos, parcializa las conclusiones del fallo en cuestión.

Me explico. La concepción de permitir la intervención del ofendido de un delito en forma amplia -conforme la tesis del órgano jurisdiccional antes citado- quedaba restringida, en un principio, a casos en los que mediaron violaciones sistemáticas y extendidas (a gran escala) -tanto en el tiempo como respecto de las personas- de derechos humanos básicos, como la vida y la integridad física, por hechos atroces, repetidos sistemáticamente e indiscutiblemente gravísimos, de gran poder ofensivo, cometidos por funcionarios estatales en cumplimiento de un mandato de Derecho público.

En ese marco situacional, se buscó que se enjuicie una ley de auto-amnistía y se predique de ella, como excepción, su invalidez, a la vista de que sólo intenta cubrir crímenes imperdonables de los funcionarios estatales que el Estado que los unge procede a perdonar, para no aplicar la consecuencia jurídica en la ocasión (en el caso “Barrios Altos” antes citado).

Por su parte, en “Bulacio” -que me he adelantado en mencionar en cuanto a sus puntos medulares líneas arriba-, lo que se persiguió era algo completamente distinto a lo referido por el letrado recurrente. En ese decisorio se dejó sin efecto, en homenaje a los mismos derechos de las víctimas -en este caso familiares del ofendido por el delito-, la institución penal de la prescripción o al menos un plazo razonable de duración de la persecución penal de origen legislativo. Como se ve, no es precisamente la finalidad invocada por el Dr. Villarruel.

Complemento de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha incorporado los principios sentados por el fallo invocado al sostener que la Comisión Interamericana al interpretar el art. 25 del Pacto en cuanto a que “el derecho a la tutela judicial efectiva” implica que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas...” entendiendo a la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes (Bulacio; CIDH Informe n° 34/96, casos 11.228, Informe n° 5/96, caso 10.970 (Q. 162. XXXVIII. -"Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302" - CSJN - 23/12/2004)

La consecuencia directa de lo que quiso decir el fallo, tal como lo adelantara “ut supra”, fue permitir y garantizar el acceso de la víctima al el

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

proceso y su posterior intervención a los fines de hacer valer sus derechos, lo cual en el caso aquí analizado se ha verificado, siendo que el particular damnificado ha tenido amplia intervención a lo largo de toda la sustanciación de la causa, siempre enmarcada en las facultades que la ley de rito le otorga.

Ahora bien, ese derecho a intervenir en el proceso no es irrestricto. Como toda atribución, queda sometida -al igual que el ordenamiento legal en su conjunto-, a una reglamentación del ejercicio de los derechos constitucionales fundamentales.

En lo que respecta a la limitación para recurrir contenida en el inciso 2° del art. 452 del C.P.P. (el que remite al artículo 453 del C.P.P.), entiendo que es respetuosa del orden constitucional desde que ciñe la apertura del remedio casatorio para aquellos casos en que la solución arribada por el Tribunal de instancia y la pretensión de la parte son cuantitativamente desproporcionadas, lo cual justifica así la intervención de la Alzada en un conflicto de intereses verdaderamente apreciable.

Es tarea del legislador establecer numéricamente cuándo se verifica esa desproporción y la fórmula que recoge el rito bonaerense -que replica el modelo del digesto nacional entre otros- aparece como una respuesta adecuada que concilia la totalidad de los intereses en juego, como lo son los derechos del imputado, de la sociedad afectada por el delito y los del particular ofendido por el mismo, amén de la seguridad jurídica y de la pronta resolución de los conflictos que hace a la correcta administración de Justicia.

Por lo demás, abono a la postura de mi colega cuyo voto abre el acuerdo en el sentido que, dadas todas las razones expresadas, no existe conflicto entre la manda en estudio y disposición alguna de la Constitución Nacional ni la parte ha expresado cómo dicho dispositivo violenta alguna cláusula de superior jerarquía, lo que me lleva a reafirmar la razonabilidad

del articulado de cita como reglamentación válida del derecho a recurrir que asiste al ofendido por un delito, máxime cuando se ha obtenido un pronunciamiento de condena idéntico cuantitativamente al reclamado.

Voto por la negativa.

A la tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de las cuestiones precedentes corresponde 1) Rechazar el ofrecimiento de prueba testimonial incoado por los doctores Molina y Gascón; 2) Rechazar por improcedentes los recursos de Casación interpuestos por los señores Defensores Particulares, doctores Beatriz Valenzuela, Ricardo Beley, Jorge Luis Esquivel, en favor de D. G. E., C. A. T. y L. H. D. Z. respectivamente, sin costas por haber existido razón plausible para recurrir; 3) Acoger parcialmente el recurso de casación interpuesto a favor de M. E. F. y, en consecuencia, casar el fallo puesto en crisis a nivel de la calificación y de la pena condenando a M. E. F., de conformidad a las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, a la pena de dos (2) años de prisión, inhabilitación especial por el término de seis (6) años y costas, como autor penalmente responsable del delito tipificado en el artículo 144 quinto del Código Penal; y en atención a ello, disponer la inmediata libertad del nombrado, la que se hará efectiva desde el Tribunal de origen de no mediar impedimento legal alguno (art. 463 del C.P.P.), rechazando en lo demás el recurso interpuesto, sin costas; 4) Rechazar por improcedente, sin costas, el recurso de casación interpuesto por el representante del Particular Damnificado; 5) Tener presentes las reservas del caso federal impetradas en los términos del art. 14 de la ley 48; 6) Regular los honorarios profesionales de los doctores Beatriz Valenzuela, Ricardo Beley, Jorge Luis Esquivel, María José Crucet y Fabio Villaruel en un 20% de la suma fijada en la sentencia de origen, como

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

asimismo los de los doctores Alfredo J. M. Gascón y Miguel Ángel Molina con 10 JUS (Artículos 18 de la Constitución Nacional, artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 2, 12, 40, 41, 45 y 144, tercero y quinto del Código Penal; 1°, 106, 210, 371, 373, 448, 450, 451, 456, 457, 459, 460, 463, 530, 531 y 532 del Código Procesal Penal y 1°, 9 y ccdtes. del decreto ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:

I.- Rechazar el ofrecimiento de prueba testimonial incoado por los doctores Molina y Gascón;

II.- Rechazar por improcedentes los recursos de Casación interpuestos por los señores Defensores Particulares, doctores Beatriz Valenzuela,

Ricardo Beley, Jorge Luis Esquivel, en favor de D. G. E., C. A. T. y L. H. D. Z. respectivamente, sin costas por haber existido razón plausible para recurrir;

III.- Acoger parcialmente el recurso de casación interpuesto a favor de M. E. F. y, en consecuencia, casar el fallo puesto en crisis a nivel de la calificación y de la pena condenando a M. E. F., de conformidad a las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, a la pena de dos (2) años de prisión, inhabilitación especial por el término de seis (6) años y costas, como autor penalmente responsable del delito tipificado en el artículo 144 quinto del Código Penal; y en atención a ello, disponer la inmediata libertad del nombrado, la que se hará efectiva desde el Tribunal de origen de no mediar impedimento legal alguno (art. 463 del C.P.P.), rechazando en lo demás el recurso interpuesto, sin costas;

IV.- Rechazar por improcedente, sin costas, el recurso de casación interpuesto por el representante del Particular Damnificado;

V.- Tener presente las reservas del caso federal impetradas en los términos del art. 14 de la ley 48.

VI.- Regular los honorarios profesionales de los doctores Beatriz Valenzuela, Ricardo Beley, Jorge Luis Esquivel, María José Crucet y Fabio Villaruel en un 20% de la suma fijada en la sentencia de origen, como asimismo los de los doctores Alfredo J. M. Gascón y Miguel Ángel Molina con 10 JUS.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional, artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 2, 12, 40, 41, 45 y 144, tercero y quinto del Código Penal; 1°, 106, 210, 371, 373, 448, 450, 451, 456, 457, 459, 460, 463, 530, 531 y 532 del Código Procesal Penal y 1°, 9 y ccdtes. del decreto ley 8904/77 .



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

FDO.: MARIO EDUARDO KOHAN - CARLOS ÁNGEL NATIELLO

ANTE MÍ: Olivia Otharán

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA