

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24805/10 STJ

SENTENCIA Nº:103

PROCESADOS: FABI RICARDO RAFAEL – SERRI JUAN B – FLORES LUIS -
TORRES MARCELO EDUARDO – MAGLIONE DENIS ARIEL

DELITO: IMPOSICIÓN DE TORTURAS – SEVERIDADES – VEJACIONES

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 28/07/11

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – LUTZ - BALLADINI

///MA, de julio de 2011.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Soderó Nievas, Luis Lutz y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia del tercero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “FABI, Ricardo Rafael s/Tortura seguida de muerte, severidades y vejaciones; SERRI, Juan Belmar y Otro s/Severidades y vejaciones; TORRES, Marcelo Eduardo y Otro s/Severidades y vejaciones s/Casación” (Expte.Nº 24805/10 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:-----

C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:-----

-----1.- Mediante Sentencia Nº 68, del 14 de junio de 2010, la Cámara Primera en lo Criminal de General Roca falló -en lo pertinente- condenando a Marcelo Eduardo Torres y Ricardo Rafael Fabi a la pena de nueve años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias del art. 12 del Código Penal y costas, por ser co-autores de torturas (art. 144 ter inc. 1º C.P.; víctima Pablo Torres) en concurso real con severidades y vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º C.P.; víctima José M.

Yáñez). También condenó a Denis Ariel Maglione, Juan Belmar Serri y Luis Eduardo Flores a la pena de ocho años y seis meses de

///2.- prisión e inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias del art. 12 del Código Penal y costas, por ser co-autores del delito de torturas (art. 144 ter inc. 1º C.P.; víctima Pablo Torres) en concurso real con severidades y vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º C.P.; víctima José M. Yáñez). Asimismo, absolvió a Pedro Marcelo Entraigas de los delitos por los cuales venía acusado, sin costas, a excepción de los honorarios de su letrado particular, que serán a su cargo.- - - - -

-----2.- Contra lo decidido, el doctor Oscar Raúl Pandolfi dedujo recurso de casación a favor de Ricardo Rafael Fabi; lo mismo hicieron los doctores Fernando Héctor Bajos por Denis Ariel Maglione y Jorge O. Crespo en representación de Marcelo Eduardo Torres y luego de Juan B. Serri y Luis Flores.- - - - -

-----3.- Los recursos fueron declarados parcialmente admisibles por el a quo y también por este Cuerpo, que además hizo lugar a los recursos de queja -por las porciones no admitidas- deducidos por los doctores Pandolfi y Crespo. El expediente quedó entonces por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados, por lo que, realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del rito, los autos se encuentran en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----4.- Recurso del doctor Oscar Raúl Pandolfi a favor de Ricardo Rafael Fabi:- - - - -
- - - - -

-----4.1.- Violación de la norma del art. 144 ter del Código Penal y de los arts. 22 y 200 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución Nacional:- - - - -

///3.-- Se agravia la defensa ante la ausencia de consideración de la muerte del interno Torres -que quedó en el “limbo” y fue “excluida” de la causa-. Alega que deben diferenciarse las torturas de los vejámenes y que en el sub exámine hubo “un malón descontrolado, de desaforados, que enfurecidos por la ‘contumacia’ de Torres en querer fugarse... quiso ‘hacer justicia por mano propia’ para ‘darles masa’ o incluso eventualmente matarlo...”. No advierte una tortura psíquica, sí vejámenes brutales, carentes de organización, y aduce que falta el elemento subjetivo específico de las torturas.- - - - -

-----4.2.- Violación de las normas rituales de los arts. 375 y 380 del Código Procesal Penal:- - - - -

----- En este punto, sostiene que ni en la requisitoria de elevación a juicio ni en la acusación final se discriminan los hechos ilícitos cometidos por cada una de las

personas imputadas. Plantea que la situación sería asemejable a un homicidio en agresión, pero el delito aquí utilizado es especial; agrega que no hay constancias fehacientes de cómo sucedieron los hechos y sí alguna precisión acerca de quiénes estuvieron presentes.- - - - -

-----4.3.- Violación de los arts. 43 in fine, 46, 48, 49 segundo párrafo, 50 segundo párrafo, 125, 176 incs. 3º, 4º y 5º, 214 y 269 del código ritual; 20, 21 y 22 de la Constitución Provincial y 12 de la Conv. contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.- - -

----- Este agravio se vincula con la necesidad de una investigación imparcial e independiente de los presuntos autores del organismo al que estos pertenezcan. En este ///4.- sentido, afirma que la instrucción del caso fue prevenida por personal imputado, lo que, además de la nulidad de lo actuado, hace responsable al Estado signatario por el incumplimiento de sus compromisos.- - - - -

----- Reseña en tal sentido que las actuaciones se iniciaron por una prevención policial a cargo del Oficial Ayudante Denis Maglione, que es uno de los coimputados en este expediente, y que la primera medida adoptada por este oficial fue la recepción de las declaraciones testimoniales de Marcelo Eduardo Torres y de Eduardo Flores, quienes resultan también coimputados.- - - - -

----- Advierte asimismo un intento de culpar a “personal de muralla, desligando de todo tipo de responsabilidad a la actuación de los celadores”, todo lo que es demostrativo de un “armado” de las actuaciones que dilucida todo tipo de dudas respecto de la ilegal prevención policial. Menciona además el radiograma de fs. 9 en el que el Comisario Collil establece que uno de los empleados agresores sería su pupilo. De lo anterior concluye que el abocamiento del Juez de Instrucción fue a partir de un acto viciado de falsedad y evidentemente ilegal, en abierta violación del art. 181 del Código Procesal Penal.- - - - -

----- Insiste en que todo es parte de una estrategia desincriminatoria del grupo de los celadores y hace un mérito de las constancias en apoyo de su agravio. En síntesis, alega que no se siguió el Protocolo de Estambul (Conv. contra la Tortura, art. 12), y destaca que una de las víctimas -la superviviente, que declaró- siguió bajo la custodia de los mismos que fueron sus agresores, por lo que

///5.- le parece que Yáñez cedió parcialmente a las presiones al decir que reconoció a su pupilo por la voz cuando -sostiene- los agredía.- - - - -

----- La defensa considera que las medidas investigativas del Juez de Instrucción y de la

Fiscalía (las de fs. 109 y ss. y 139) son solo formales y se opone a que el Fiscal se haya apartado en el curso del debate de la requisitoria de elevación a juicio, ya que debía actuar de acuerdo con lo dispuesto en el art. 357 del rito. También cuestiona la exclusión del peritaje realizado por el doctor Delgado, pues este determinaba -lo que el propio médico forense admitió- que las acciones atribuidas a Fabi jamás habrían podido originar lesiones cerebrales mortales y, por tanto, se opone a que su asistido sea incluido entre los múltiples coautores del delito de tortura, causante del deceso del interno Torres. Entiende que esto fue corroborado por los dichos en el debate del doctor Hamdam. A lo anterior suma que el desglose de la prueba pericial del doctor Delgado motivó la recusación del Tribunal, que fue rechazada in límine por los mismos recusados, lo que constituye un motivo autónomo de casación.- - - - -

- - - - -

-----4.4.- Errores en la interpretación del material probatorio:- - - - -

- - - - -

----- Dice que no puede ser contradicha la versión de descargo de Fabi por los testimonios de Bastías y Pinillas, junto con la declaración de Torres, pues asimismo este último no declaró lo mismo que aquellos en cuanto a quién tenía la llave para abrir el portón. Asimismo, continúa, Price dijo no recordar haberle dado las llaves a Fabi,

///6.- además de decir que vio a Fabi y a Patiño en la guardia a la espera del médico policial y que no vio a Fabi en el sector de requisa, sí a Cáceres. Aduce que le resulta curioso que se meritúen los dichos de Currumil, para quien el Ministerio Público Fiscal solicitó el pase a instrucción para investigarlo por falso testimonio, y agrega que hay contradicciones entre las declaraciones de Pinilla y Bastías.- - - - -

- - - - -

----- El letrado considera asimismo que no puede otorgarse valor al dicho de Flores a Entraigas sobre la conducta realizada por Fabi, por tratarse de un testimonio de oídas o por referencias de terceros, y luego se pregunta acerca del valor convictivo que puede darse a lo declarado por Flores y Yáñez, este último víctima del hecho y que dijo haber reconocido a Fabi por su voz. Además señala lo sostenido por Humberto Sánchez, en tanto este refirió que Fabi le dijo que se había torcido el tobillo cuando iba corriendo por arriba de los pabellones, lo que desmiente a Bastías y Flores, pues entonces no podría haber saltado sobre Torres y Yáñez. En tal contexto, se pregunta acerca de los motivos para atribuirle credibilidad a Yáñez, que muy probablemente haya sido inducido durante los meses que estuvo bajo custodia de quienes cuyos dichos debía

ratificar; lo mismo plantea respecto de Flores, Bastías y Entraigas, claramente implicados en el “complot inicial”; porque a Currumil y a otros testigos que el Ministerio Público Fiscal solicitó que pasaran a la instrucción. De todos sus cuestionamientos deriva que la investigación fue un complot para atribuir la muerte de Pablo Esteban Torres a Fabi, y que los que

///7.- participaron de la maniobra de disimulo y aplicaron los salvajes golpes tuvieron un resultado positivo.- - - -

-----4.5. Omisión de prueba dirimente:- - - - -

-----Además de la pericial del doctor Delgado, la parte señala diferentes testigos que declararon no haber visto a Fabi donde se cometieron las agresiones. Así, menciona a Cristian Omar Gallegos Arteaga (declaró en debate y a fs. 42 vta.), Néstor Fabián Pérez (en debate y a fs. 75), Abelardo Javier Neculman (en debate y a fs. 182), Ernesto Roberto Ruiz Castejón (en debate y a fs. 193/194), Jorge Roberto Gary (en debate), Juana María Díaz Troncoso (en debate), Gustavo Omar Cáceres (en debate), Jorge Claudio Bravo (en debate), Luis Altamirano (en debate), además de Torino, Berón, Pacheco y Price.- - - - -

-----5.- Recurso del doctor Fernando Héctor Bajos en representación de Denis Ariel Maglione:- - - - -

----- Cabe aclarar que no fueron habilitados por el a quo los agravios referidos al mérito de la prueba testimonial, con el argumento de que responden al principio de inmediación, ello sin queja de la defensa, por lo que la porción sobre la que cabe referirse es la de arbitrariedad de sentencia.- - - - -

----- El defensor afirma que los hechos se desarrollaron tal como lo dijo Denis Ariel Maglione (integraba el grupo de celadores que llegó adonde se encontraban los internos, fueron demorados por otro grupo -personal de muralla- que los estaba reduciendo -les pegaban patadas-; ellos no portaban armas; una vez reducidos se hicieron cargo de los internos y los sacaron por un alambrado perimetral; luego

///8.- los subieron a un móvil policial para trasladarlos al lugar de requisa; se dirigieron a la Sala de Guardia y él comenzó a realizar varios llamados telefónicos y convocó al médico policial y al personal de requisa, todo durante 15 o 20 minutos, por lo que no participó de la referida feroz golpiza en el segundo sector). Sostiene que, para entender desvirtuada tal versión, el sentenciante hace referencia a las declaraciones de Pacheco y Bravo, no obstante que el primero aclaró en el debate su manifestación originaria de haberle escuchado “pasen a darle masa si quieren”, por otra “ya están detenidos y les

dieron masa”; mientras que el segundo es del personal de muralla y continúa ligado a la causa, atento a la falta de mérito dispuesta. Destaca que a su pupilo sí se le cree que no estuvo en la sala de requisa, además de lo cual pidió el cese de la agresión.- - - - -

-----6.- Recurso del doctor Jorge O. Crespo por Marcelo Eduardo Torres:- - - - -
- - - - -

----- Esta parte estima que se ha violentado el principio de congruencia, pues Marcelo Eduardo Torres fue acusado por el delito de omisión de evitación de torturas, delito sobre el cual la defensa desarrolló su tarea, pero la sentencia lo condenó como co-autor de dicho delito en concurso real con vejaciones, bajo la modalidad comisiva, y ello aunque el Fiscal de Cámara había afirmado en su alegato que no podía “asegurar que el Of. Torres hubiera golpeado a los internos”. Alega, en este sentido, que la defensa no es efectiva si no es a partir del conocimiento de la acusación y esta no contenía los hechos merituados por la sentencia. Así, afirma que no existe entre ambas entidad objetiva ni

///9.- subjetiva, y que el delito del alegato fiscal es uno de omisión impropia, aquellos en los que dentro del tipo juega la posición de garante, mientras que el de la sentencia es activo, requiere una acción. Refiere que de la transcripción del alegato de la defensa se observa que solo aludió al tipo omisivo, sin opinar sobre el dolo en los delitos de acción ni sobre la valoración de la prueba en tal sentido. Por ello, sostiene que los señores Jueces asumieron funciones acusatorias incompatibles con el principio de imparcialidad.- - - - -

----- En cuanto a la prueba de la coautoría, alega que Torres no tuvo contacto físico con los internos que intentaron escaparse, lo que fue admitido para las partes y para el tribunal, no obstante lo cual es condenado como coautor. En tal orden de ideas, asevera que su pupilo no ejecutó la acción expresada en los verbos típicos -torturas, severidades o vejaciones- ni tomó parte en la ejecución del hecho.- - - - -
- - -

----- A lo antedicho suma que la sentencia tampoco ha analizado el elemento subjetivo y que es ilógico y arbitrario colegir que Marcelo Eduardo Torres tenía conformado en su psiquis el elemento subjetivo por el solo hecho de no haber desempeñado su trabajo correctamente en la ocasión y estar a pocos metros del suceso. Entiende que en relación con él no hay convergencia de intenciones, ni división de tareas ni actividades complementarias, además de que solamente estuvo cerca de las víctimas en la zona de las aulas. Cita doctrina en sustento de tales alegaciones.- - -

----- Posteriormente analiza la prueba testimonial en cuanto

///10.- a la intervención del Oficial Marcelo Torres y dice que nadie lo vio golpear a los internos -arribó al sector de aulas; los internos fueron reducidos por el personal de muralla y por el grupo de celadores; se encaminó a destrabar el alambrado que separa las aulas de la calle interna del penal y, una vez realizado esto, fueron subidos a un móvil policial que ingresó en el penal y transportados a su interior, al sector de requisa-. Trata los testimonios de Garay, Berón, Catalán, Price y Pacheco.- - - - -

-----7.- Recurso del doctor Jorge O. Crespo a favor de Juan B. Serri y Luis Flores:- - - - -

----- Respecto de tales imputados, sostiene que la sentencia es arbitraria. Plantea que se meritúo lo declarado por Jorge Claudio Bravo cuando este, si bien había sido sobreseído por el primer hecho, continuaba ligado a la causa por el segundo, no obstante lo cual la propia sentencia dijo que se trata de dos “tramos” de un único hecho, por lo que concluye que tal declaración se encuentra viciada de nulidad. Cita doctrina referida a las garantías del imputado no procesado y su posibilidad de declarar como testigo.- - - - -
--

----- Agrega que la sentencia no ha acreditado ni demostrado cuáles fueron los actos concretos de tortura que se les reprochaban a sus defendidos. En cuanto a Serri, aduce, solo se enuncia que golpeó con una patada, sin aclarar dónde, a la persona que conducía hacia el auto policial, y que el golpe fue visto por Sánchez, quien también dijo que Flores levantó de las piernas a un interno y lo golpeó contra el piso, en la zona que divide las aulas de la calle interior del penal. Estima que no hay más testimonios de donde se

///11.- puedan inferir otros golpes.- - - - -

----- En cuanto al delito de torturas, manifiesta que no se encuentran acreditados sus elementos objetivos (aumento desmedido del dolor físico o moral, prolongación en el tiempo, empleo de elementos físicos aptos para producir dolor, etc.), y lo mismo sostiene en relación con el elemento subjetivo, del que la sentencia nada dice. Afirma que esto es ilógico y arbitrario en lo que hace los hechos acreditados respecto de ambos.- - - - -

----- En tal sentido, refiere que ellos admiten haber estado en la zona de aulas, pero que no agredieron a los internos, y ningún testigo los identificó. Menciona así los testimonios de Carilao y de Garay. No le quedan dudas de que la condición física de los internos al momento de ingresar a la zona de requisa no era la misma que la posterior, lo que fue corroborado por el testimonio del doctor Hamdan -Torres no podría haber

caminado-, y asevera que cuando los internos ingresaron al sector de requisa Serri dejó de tener contacto con ellos y fue atendido por la celadora Díaz Troncoso por una herida; Flores, que sí estaba en dicha zona en la que permaneció hasta que fue requerido para efectuar el encierro por Marcelo Eduardo Torres tampoco golpeó a los internos, todo lo que resulta del testimonio de Gallegos Arteagas, Aguilar, Pérez, Berón, Pacheco, Bastías, etc.- - - - -

-----8.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código de forma, la señora Fiscal General subrogante presentó un escrito en el que pide el rechazo de los recursos deducidos.- - - - -

-----9.- En dicho escrito, en cuanto al recurso del doctor

///12.- Pandolfi, la funcionaria sostiene que los golpes propinados a Torres constituyeron actos de tortura. Agrega que los hechos descriptos en la requisitoria fueron suficientes para identificar la participación y calificación legal del imputado. En este sentido, dice que la apreciación judicial respecto de la intensidad de estos golpes determinará su calificación, pero sin alterar los hechos de la requisitoria o afectar el derecho de defensa en juicio, y afirma que no se incluyó indebidamente circunstancia alguna para la calificación a la que se arriba ni era necesario reformular la acusación. Cita doctrina legal y el Dictamen FG-J N° 31/11 de la Fiscalía General.- - - - -

----- Sobre el incumplimiento de las recomendaciones para una investigación eficaz argumenta que, sin perjuicio de la satisfactoria respuesta dada por la Cámara Criminal al pedido de nulidad, la Fiscalía General mediante Dictamen Administrativo N° 15/11 ha dado instrucciones para la correcta investigación de suicidios en establecimientos de detención, remarcando la necesidad de evitar la intervención de los funcionarios que desarrollan sus labores en el mismo establecimiento. Agrega que la defensa no logra explicar los yerros de la prevención.- - - - -

----- Sobre el reconocimiento de la voz del imputado que realiza Yáñez, argumenta que la recurrente no demuestra la irrazonabilidad del indicio al que se arriba, ni el perjuicio de la declaración de Bravo.- - - - -

----- En lo relativo a que el juzgador no decretó testimoniales de oficio -de Villalba y Cofré-, plantea que tales medidas de oficio han implicado la revocación de

///13.- sentencias condenatorias a imputados con evidentes y plenas pruebas en su contra, tal el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresado en el fallo “SANDOVAL”.- - - - -

----- En cuanto al contenido del informe médico desglosado, sostiene que a Fabi no se lo

ha acusado por el delito de homicidio o de tortura agravada por homicidio, por lo que el agravio carece de interés. Sobre el mérito probatorio y las contradicciones alegadas, niega errores en el razonamiento.

-----10.- Respecto del recurso del doctor Crespo presentado a favor de Serri y Flores, aduce que la declaración del oficial Bravo se admite dada su desvinculación como imputado pues, si bien los golpes continuaron durante todo el traslado de las víctimas, se pueden distinguir con facilidad dos etapas en la agresión -una en el sector de aulas, la segunda en el de requisas, separadas por el traslado en el patrullero, donde también fueron agredidas-. Por lo tanto, Bravo podía declarar acerca de la parte en que había sido desvinculado. Para sustentar su opinión, cita el dictamen 181/09 de la Procuración General, la Sentencia 70/10 de este Cuerpo y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-----

----- En cuanto a la falta de demostración de los actos concretos de tortura atribuidos a sus pupilos, responde que la intensidad de golpes recibidos fue acreditada mediante el peritaje del Cuerpo Médico Forense y que el a quo estableció determinados daños en el cuerpo y en la salud de las víctimas, así como la participación de Serri y Flores en la golpiza, por lo que la sentencia se encuentra lógica y

///14.- legalmente fundada. Alega que, suprimida eventualmente la declaración de Bravo, subsistiría la responsabilidad de ambos imputados y que esta se corresponde con su participación en la primera etapa fáctica -golpes en el sector de aulas, en el portón y durante el traslado.- -

-----11.- En relación con el recurso del doctor Crespo en representación de Marcelo Eduardo Torres, señala que la modificación de la calificación legal era adecuada según lo contestado supra, a lo que remite, y concuerda en que el delito acusado era de omisión, pero que la condena incurre en un error material al consignar el art. 144° ter 1) cuando debió aludir al 144° quater 1), que prevé expresamente el delito de omisión de evitar torturas, tal como resulta expresamente de los considerandos, puesto que, a la par de la imposibilidad de demostrar certeza en la comisión activa de golpes, la sentencia dice que el Oficial Torres no adoptó acciones de evitación en ninguna de las etapas. Agrega que solo en aras de un extremo rigorismo formal se decretaría la revocación de la condena en función de lo señalado.-----

----- Sobre el mérito probatorio y en función de lo antedicho, expresa que es irrelevante referirse a la responsabilidad de Torres en un delito comisivo, mientras que respecto de las omisiones cita la sentencia 52/11 de este Superior Tribunal de Justicia.-----

- - -

----- Agrega que de modo razonado la sentencia ha obviado la mendacidad y el silencio de diversas declaraciones y que varias testimoniales dan cuenta de la presencia del imputado en ambas golpizas, lo que no puede ser desvirtuado por declaraciones de oficiales que señalaron no haberlas

///15.- presenciado o negaron que aquel estuviera en los incidentes. Alude asimismo al precedente “CASAL” de la Corte Suprema en cuanto a los aspectos propios de la inmediación para el mérito de las declaraciones testimoniales, tal lo que expresamente pone en evidencia el juzgador al dar cuenta de las dificultades de apreciación y merituación de las declaraciones testimoniales e indagatorias, por la corporación entre diversas facciones de oficiales que tienden a confabular en contra de la restante. No advierte arbitrariedad en tal apreciación.- - - - -

-----12.- Por último, se refiere al recurso deducido por el doctor Bajos en representación de Denis Ariel Maglione y valora los dichos que la defensa considera de descargo, y dice que las versiones de los testigos que señalaron que Maglione habría intentado con gritos frenar la golpiza resultaron desvirtuadas por las declaraciones de Pacheco y Bravo. Este último ratificó la participación de Maglione como agresor, y no le quedan dudas de que, de haber querido frenar la agresión, los subordinados habrían acatado las órdenes dada la estructura jerárquica verticalista en la que se encontraban. Finalmente, reitera que la inmediación es un aspecto de imposible revisión en casación.- - - - -

----- En cuanto a los fundamentos en relación con el segundo hecho atribuido, sostiene que la sentencia tuvo por acreditada tal participación solo en el sector de aulas. Considera -nuevamente- que la conducta era omisiva y que se consignó erróneamente - por error material- el art. 144 ter inc. 1º, cuando debió citarse el 144 quater inc. 1º.- - - -

----- También reitera sus consideraciones respecto de la

///16.- declaración del agente Bravo y acerca de Pacheco señala que el mismo juez votante dejó entrever algunos aspectos poco creíbles de su declaración. No advierte arbitrariedad en tal desarrollo.- - - - -

-----13.- Previo al ingreso en el sistema normativo que rige el caso y en los agravios deducidos en los diferentes recursos, para una mejor comprensión de las temáticas en tratamiento describiré los dos hechos por los cuales la causa llegó a juicio y la medida del reproche referido a Ricardo Rafael Fabi, como así también los hechos finalmente acreditados por el a quo, a lo que debe agregarse su calificación tal como fue señalado al inicio del voto.- - -

----- Así, según la requisitoria: “Primer Hecho: El 20 de octubre de 2008, en el Establecimiento de Ejecución Penal n° 2, sector de aulas, se desarrolló a partir de las 22:55 un intento de fuga de dos internos condenados: PABLO ESTEBAN TORRES y JOSÉ MANUEL YÁÑEZ -alojados en la celda n° 9 del Pabellon n° 3- cuando los consignas apostados en las murallas advirtieron que ambos se habían ocultado en ése sector.- - - - -

----- “Entonces, armados con escopetas descendieron de la muralla y, previo sortear un alambre tejido, ingresaron al sector aulas e iniciaron el rastrillaje. En tanto, por el sector que conecta la cocina al patio, se acercaba el oficial con la mayor jerarquía en ése momento en el establecimiento, Of. MARCELO EDUARDO TORRES, junto con el Oficial Ayudante DENIS ARIEL MAGLIONE, su segundo, al mando de un número indeterminado de celadores, entre los que estaban los Agentes Penitenciarios LUIS EDUARDO FLORES,

///17.- PEDRO MARCELO ENTRAIGAS y JUAN BELMAR SERRI.- - -

----- “Los internos fueron detectados y aprehendidos por el personal de muralla detrás de las aulas y pasaron a manos de los celadores. En tales circunstancias, reducidos en el piso, con las cabezas cubiertas por sus prendas y esposados por la espalda, fueron golpeados con patadas, trompadas y saltos sobre sus cuerpos por los celadores, entre los que se individualizaron los mencionados SERRI, ENTRAIGAS y FLORES; todo lo cual fué presenciado por los oficiales quienes omitieron hacer cesar la violencia consintiendo lo que estaba ocurriendo y sin perjuicio de las voces por el cese de la agresión que provenían de la muralla.- - - - -

----- “Seguidamente, en un móvil que había ingresado por el portón de acceso, fueron trasladados por afuera del establecimiento hasta el sector requisa del mismo.- - - -

----- “En el trayecto desde su lugar de aprehensión hasta que fueron ingresados al móvil, y desde que descendieron del mismo hasta su reingreso al establecimiento, fueron agredidos sin solución de continuidad por el grupo de celadores, siempre con la presencia anuente de sus superiores.- Los sujetaban de sus cabellos, les propinaban trompadas y patadas, apoyaban las escopetas sobre sus cabezas, con gestos de carga y descarga de proyectiles, al tiempo que les manifestaban que los matarían.- - - - -

----- “Ya en el sector de requisa del penal, a cargo del Agente PEDRO MARCELO ENTRAIGAS, fueron arrojados nuevamente contra el piso, con sus cabezas cubiertas y esposados por la espalda, continuando SERRI, FLORES y ENTRAIGAS, sumado el Oficial TORRES, las agresiones con puntapiés en sus cabezas

///18.- y cuerpo, saltando encima de sus cabezas y cuerpos. En tanto, el Oficial MAGLIONE, presente en el lugar, se limitó a observar lo que estaba ocurriendo, sin adoptar alguna conducta de evitación.- - - - -

----- “Segundo Hecho: A continuación del hecho anterior, se presentó en el sector requisita el Cabo RICARDO RAFAEL FABI, permaneciendo aún ambos internos esposados por la espalda y de cara al piso y, bajo tales condiciones, saltó sobre la cabeza del interno TORRES y la espalda de YÁÑEZ y -con un pie en el cuerpo de cada uno- saltó sobre ellos en repetidas ocasiones, para luego retirarse del lugar; todo en presencia de los Oficiales TORRES y MAGLIONE que no adoptaron acciones de evitación.- - - - -

----- “Inmediatamente después de ello, el interno TORRES comenzó a respirar con gran dificultad y a manar sangre de su cabeza. Ante ello, por recomendación del médico policial -fue derivado al hospital local donde falleció a las 17:25 del día siguiente.- - - - -

----- “De resultas de las agresiones descriptas, se constataron en JOSÉ MANUEL YÁÑEZ las siguientes lesiones: heridas cortantes, excoriaciones y equimosis en todo el cuerpo que le han provocado una deformación permanente en el rostro, pérdida de visión del ojo derecho, pérdida de audición izquierdo y reiterados desvanecimientos, que merecieron la caracterización médico legal de lesiones graves.- - - - -

----- “En el caso de PABLO ESTEBAN TORRES, la autopsia reveló que su cuerpo -descartando las propias del abordaje terapéutico- se produjeron 38 lesiones: excoriaciones de

///19.- distintas características (contusas, superficiales o difusas), equimosis, edemas y excoriaciones compatibles con impacto de proyectil de 'posta de goma'. Asimismo, se verificaron 23 lesiones en la cabeza, descriptas como: lesiones de hematoma subdural, contusión y edema cerebral, sobre hemisferio cerebral derecho, compatibles de haberse producido por traumatismo cerrado de cráneo, por golpe y/o choque con o contra elemento duro de borde y/o plano, en forma contundente. Conforme los forenses, estas lesiones cerebrales resultan la causal del deceso” (el subrayado no es del reproche original, destaca la conducta específica atribuida al mencionado Fabi, que es el imputado del primer recurso en tratamiento).- - - - -

----- El a quo tiene por acreditado el siguiente hecho: “Estoy en condiciones de dar por probado lo siguiente, constitutivo de un solo hecho pero con dos tramos diferenciables

(lo ocurrido en el sector de aulas y lo ocurrido en el sector de requisa): \a) El 20 de octubre de 2008, en el Establecimiento de Ejecución Penal n° 2, sector de aulas, se desarrolló a partir de las 22:55 un intento de fuga de dos internos condenados: PABLO ESTEBAN TORRES y JOSÉ MANUEL YÁÑEZ -alojados en la celda n° 9 del Pabellón n° 3- cuando los consignas apostados en las murallas advirtieron que ambos se habían ocultado en ése sector.- - - - -

----- “\Entonces, armados con escopetas descendieron de la muralla y, previo sortear un alambre tejido, ingresaron al sector aulas e iniciaron el rastrillaje. En tanto, por el sector que conecta la cocina al patio, se acercaba el oficial con la mayor jerarquía en ése momento en el

///20.- establecimiento, Of. MARCELO EDUARDO TORRES, junto con el Oficial Ayudante DENIS ARIEL MAGLIONE, su segundo, al mando de un número indeterminado de celadores, entre los que estaban los Agentes Penitenciarios LUIS EDUARDO FLORES, PEDRO MARCELO ENTRAIGAS y JUAN BELMAR SERRI.- Los internos fueron detectados y aprehendidos por el personal de muralla detrás de las aulas y pasaron a manos de los celadores. En tales circunstancias, reducidos en el piso, con las cabezas cubiertas por sus prendas y esposados por la espalda, fueron golpeados con patadas, trompadas y saltos sobre sus cuerpos por los celadores, entre los que se individualizaron los mencionados Agentes SERRI y FLORES; todo lo cual fué presenciado por los Oficiales TORRES y MAGLIONE, quienes omitieron hacer cesar la violencia consintiendo lo que estaba ocurriendo.- - - - -

----- “\Seguidamente, en un móvil que había ingresado por el portón de acceso, fueron trasladados por afuera del establecimiento hasta el sector requisa del mismo.- - - -

----- “\b) Ya en el sector de requisa del penal, a cargo del Ag. ENTRAIGAS, fueron arrojados nuevamente contra el piso, con sus cabezas cubiertas y esposados por la espalda, continuando SERRI, FLORES y varios funcionarios más las agresiones con puntapiés en sus cabezas y cuerpo, saltando encima de sus cabezas y cuerpos.- - - - -

- - - - -

----- “\A continuación, se presentó en el sector requisa el Cabo FABI, permaneciendo aún ambos internos esposados por la espalda y de cara al piso y, bajo tales condiciones, saltó sobre la cabeza del interno TORRES y la espalda de YÁÑEZ y

-con un pie en el cuerpo de cada uno- saltó sobre ellos en

///21.- repetidas ocasiones, para luego retirarse del lugar; todo en presencia del Of. TORRES, que no adoptó ninguna acción de evitación.-Inmediatamente después de ello,

el interno TORRES comenzó a respirar con gran dificultad y a manar sangre de su cabeza. Ante ello, por recomendación del médico policial -fue derivado al hospital local donde falleció a las 17:25 del día siguiente.- c) De resultas de las agresiones descriptas, se constataron en JOSÉ MANUEL YÁÑEZ las siguientes lesiones: heridas cortantes, excoriaciones y equimosis en todo el cuerpo que le han provocado una deformación permanente en el rostro, pérdida de visión del ojo derecho , pérdida de audición izquierdo y reiterados desvanecimientos, que merecieron la caracterización médico legal de lesiones graves.- - - - -

----- “En el caso de PABLO ESTEBAN TORRES, la autopsia reveló que en su cuerpo - descartando las propias del abordaje terapéutico- se produjeron numerosas lesiones: excoriaciones de distintas características (contusas, superficiales o difusas), equimosis, edemas y excoriaciones compatibles con impacto de proyectil de «posta de goma». Asimismo, se verificaron numerosas lesiones en la cabeza, descriptas como: lesiones de hematoma subdural, contusión y edema cerebral, sobre hemisferio cerebral derecho, compatibles de haberse producido por traumatismo cerrado de cráneo, por golpe y/o choque con o contra elemento duro de borde y/o plano, en forma contundente. Conforme los forenses, estas lesiones cerebrales resultan la causal del deceso\” - - - - -

-----14.- Recurso del doctor Pandolfi en representación de

///22.- Ricardo Rafael Fabi:- - - - -

-----14.1.- Ausencia de investigación imparcial e independiente pues los que comenzaron a actuar en el sumario de prevención resultaron coimputados en los hechos reprochados. Estrategia de dirigir la investigación en perjuicio del “personal de muralla”, uno de los cuales es su pupilo, para favorecer al grupo de los celadores. Incumplimiento del Protocolo de Estambul. Resolución 55/89 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 4 de diciembre de 2000:- - - - -

----- Ahora ya ingresando al tratamiento de los agravios, respecto de la normativa aplicable a la investigación sub exámine, destaco que el sumario de prevención comenzó con la resolución del Oficial Ayudante Denis Maglione de constituirse en el lugar de los hechos al escuchar detonaciones de armas de fuego provenientes del sector de la muralla de contención del Establecimiento de Ejecución Penal y Encausados de General Roca. Lo hizo el 20 de octubre de 2008, a las 22,55 horas. De tal modo se instrumentó lo actuado en un acta de procedimientos, con croquis ilustrativo y certificaciones de los daños en el cuerpo y en la salud padecidos por Pablo Torres. Ya el

21 de octubre se recibieron declaraciones testimoniales de Marcelo Eduardo Torres y Eduardo Flores. Las actuaciones preliminares fueron motivo de la intervención del Comisario Mario Alberto Colil, dada la existencia de un eventual exceso policial innecesario, por lo que dio inicio a las actuaciones judiciales con la intervención del Juzgado de Instrucción N° 2 de General Roca y de una de las fiscalías, a quienes

///23.- ordenó comunicar la novedad mediante preventivo radial múltiple. Su secretario era Denis Ariel Magione. El radiograma lleva el número de preventivo 35 y fue recibido en el Juzgado 2 el 21 de Octubre de 2008 a las 14,15 horas (ver fs. 111).- - - - -

- - - - -

----- Las actuaciones preventivas tienen una extensión de 105 fs. útiles, abarcan hasta el día 24 de octubre y, como resultado, los primeros sospechosos resultaron Ricardo Fabi, Jorge Bravo, Marcelo Villalba y Santiago Cofre (fs. 114); el 27 de dicho mes se agregó a Ricardo Javier Patiño (fs. 139), todos cabos disponibles del sector muralla del establecimiento de ejecución mencionado.- - - - -

----- Para el análisis normativo de las cuestiones propuestas a discusión en la instancia de casación, en numerosos pronunciamientos este Cuerpo ha sostenido la necesidad de ponderar el nuevo bloque de constitucionalidad que emana a partir de la reforma constitucional del año 1994, en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.- - - - -

----- Integra tal bloque de constitucionalidad la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- - - - -

- - - - -

----- En lo que interesa, los arts. 5 y 7 de estos últimos dos proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes.- - - - -

----- Asimismo, en pos de hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o

///24.- degradantes, la Convención en su art. 12 establece: “Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”.- - - - -

----- Recientemente este Superior Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema sosteniendo que existen “... diversos cuerpos normativos, de diversa jerarquía - legal, constitucional e internacional-, que establecen obligaciones respecto del trato que

deben dar los miembros de las fuerzas de seguridad a las personas privadas de libertad, y sus correspondientes derechos humanos frente al Estado, como custodio de estos. - - -

----- “Sin ánimo de efectuar una enumeración exhaustiva, puedo mencionar inicialmente, entre los instrumentos con jerarquía constitucional incorporados a partir de la reforma de 1994, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y –más específicamente- la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, aunque también contienen normas al respecto la Declaración- Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, más allá de que pueda discutirse su valor vinculante.-

----- “Debe agregarse además, aunque no posean aún jerarquía constitucional pero sí supralegal, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y la Convención

///25.- Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

----- “Por otra parte, existen otros instrumentos internacionales vinculados con las Fuerzas de Seguridad, dictados en el marco de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos Universal e Interamericano, los que, si bien no son tratados, sí demuestran el consenso internacional sobre algunos estándares básicos que deberían aplicarse en todos los casos.-----

----- “Entre ellos pueden destacarse el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Asamblea General de la ONU, Res. 34/169, 17/12/79), al que me referiré luego; las Directrices para la aplicación efectiva del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Consejo Económico y Social de la ONU, Res. 1989/61, 24/05/89), los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (adoptados por el 8º Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, agosto / septiembre 1990); las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (adoptadas por el 1º Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social, Res. 663C –XXIV- de 31/07/57 y Res. 2076 –LXII- de 13/05/77); los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (Asamblea General de la ONU, Res. 45/111, 14/12/90); el Conjunto de Principios para

la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Asamblea General de la ONU, Res. 43/173, //26.- 09/12/88) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (adoptadas por la CIDH, Res. 01/08, 13/03/08).- -

----- “A modo de ejemplo, este último documento establece -entre otras pautas- que ‘toda persona privada de libertad (...) será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura,... tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...’ (principio I).- - - - -

----- “También se prevé que ‘[e]l personal que tenga bajo su responsabilidad la dirección, custodia, tratamiento, traslado, disciplina y vigilancia de personas privadas de libertad, deberá ajustarse, en todo momento y circunstancia, al respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad...’ y que ‘[e]l personal de los lugares de privación de libertad recibirá instrucción inicial y capacitación periódica especializada, con énfasis en el carácter social de la función. La formación de personal deberá incluir, por lo menos, capacitación sobre derechos humanos; sobre derechos, deberes y prohibiciones en el ejercicio de sus funciones; y sobre los principios y reglas nacionales e internacionales relativos al uso de la fuerza,

//27.- armas de fuego, así como sobre contención física’ (principio XX).- - - - -
- - - - -

----- “Asimismo, dicho personal ‘no empleará la fuerza y otros medios coercitivos, salvo excepcionalmente, de manera proporcionada, en casos de gravedad, urgencia y necesidad, como último recurso después de haber agotado previamente las demás vías disponibles, y por el tiempo y en la medida indispensables para garantizar la seguridad, el orden interno, la protección de los derechos fundamentales de la población privada de libertad, del personal o de las visitas’.- - - - -

----- “Se establece también que los Estados ‘realizarán investigaciones serias, exhaustivas, imparciales y ágiles sobre todo tipo de actos de violencia o situaciones de emergencia ocurridas al interior de los lugares de privación de libertad, con el fin de

esclarecer sus causas, individualizar a los responsables e imponer las sanciones legales correspondientes. Se tomarán medidas apropiadas y se harán todos los esfuerzos posibles para evitar la repetición de tales hechos al interior de los establecimientos de privación de libertad' (principio XXIII).- - - - -

----- “El documento reza, asimismo, que '[d]e conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional se podrán practicar visitas e inspecciones periódicas en los lugares de privación de libertad, por parte de instituciones y organizaciones nacionales e internacionales, a fin de verificar, en todo momento y circunstancia, las condiciones de privación de libertad y el respeto de los derechos humanos' (principio XXIV).- - - - -

- - - - -

///28.-“Considero importante destacar que recientemente en nuestra provincia se han sancionado dos leyes que representan un avance, en tanto refuerzan la protección de los derechos de las personas privadas de libertad frente a los funcionarios encargados de su custodia, y contemplan los lineamientos establecidos en la normativa señalada.- - - -

----- “Me refiero, por un lado, a la Ley 4562 (B.O. 26/08/10) que adopta en el ámbito de la provincia de Río Negro el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, y establece que se aplicará a los integrantes del Sistema Provincial de Seguridad Pública (conf. art. 4º Ley S 4200) respecto de la Policía de la Provincia de Río Negro y el Servicio Penitenciario Provincial.- - - - -

- - - - -

----- “El texto legal dispone que la trasgresión del Código de Conducta será considerada falta gravísima según las respectivas reglamentaciones de cada institución, además de establecer que dicho código deberá ser incluido en los programas de estudio de las referidas instituciones y que el personal que no cumpla con la capacitación pertinente no podrá ser promovido a una jerarquía superior.- - - - -

----- “El Código de Conducta aludido –que se agrega como anexo e integra la ley citada– contiene pautas similares a las del documento adoptado por la Comisión Interamericana ya reseñado.- - - - -

----- “Así, dispone que, '[e]n el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas' (art.

///29.- 2) y 'podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas' (art. 3), por lo que 'se subraya que el uso de la fuerza... debe ser excepcional' y 'de conformidad con un principio de

proporcionalidad\ (comentario al artículo anterior, que integra el documento).- - - - -

----- “También se destaca que \ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales (...) como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes\ (art. 5).- - - - -

----- “Otros principios establecen que los funcionarios mencionados \asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise\ (art. 6) y que \no cometerán ningún acto de corrupción\, actos cuya comisión, \lo mismo que cualquier otro abuso de autoridad, es incompatible con la profesión de funcionario encargado de hacer cumplir la ley\ (art. 7 y su comentario).- - - - -

----- “Por otra parte, por Ley 4621 (B.O. 10/01/11) se ha creado el Comité Provincial de Evaluación del Seguimiento y Aplicación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que... actuará respecto de todos los lugares de detención de jurisdicción provincial.- - - - -

///30.-- “Entre sus funciones principales se encuentra la realización de visitas periódicas, sin necesidad de aviso previo y con acceso irrestricto, a todas las cárceles, comisarías y demás lugares de detención o encierro, y podrá entrevistarse con las personas privadas de libertad y autoridades que estime pertinentes, requerir todo tipo de información y documentación e incluso tener acceso a expedientes administrativos o judiciales en los que se investiguen denuncias por torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (conf. arts. 7 y 8).- - - - -

----- “Es de esperar que la rigurosa aplicación de ambas leyes provinciales, sumadas al resto del plexo normativo antes mencionado, contribuya a incrementar las prácticas respetuosas de los derechos de las personas privadas de libertad, y así evitar situaciones como las que originaron el presente expediente” (Se. 52/11 STJ, voto del Dr. Lutz).

----- El Protocolo de Estambul, mencionado por la defensa, constituye un conjunto de directrices reconocidas a nivel internacional para expertos del derecho y la salud, con el objetivo de determinar con eficacia si una persona ha sido torturada y a establecer las pruebas válidas independientes para su utilización en un tribunal para inculpar a los sospechosos de torturas.-- - - - -

----- El Protocolo facultativo a la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, crea en su art. 2 un Subcomité para la prevención, que se guiará por los principios de confidencialidad, imparcialidad, no-selectividad, universalidad y objetividad.- - - - -

----- Como fue dicho supra, existe “un buen número de
///31.- directrices, de reglas mínimas y de principios de carácter internacional que pese a no ser legalmente vinculantes, pueden orientar al Subcomité a la hora de examinar la protección eficaz de las personas privadas de libertad dentro de los Estados Partes y de hacer recomendaciones. Este conjunto de reglas incluye, sin ser exhaustivo, los siguientes textos... Principios para la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo de Estambul) (2000)” (Publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, págs. 86/89, incluyendo su cita 13, que señala que “aún cuando estos textos no tienen valor vinculante para los Estados, evidencian un reconocimiento universal tal que gozan de cierta fuerza persuasiva en materia de prácticas internacionales reconocidas a seguir”).- - - - -

----- Entonces, el Protocolo de Estambul –contrariamente a lo sostenido por la defensa- solo es indicativo en orden a la eficacia probatoria en determinadas circunstancias, pero no altera o modifica la responsabilidad del estado rionegrino para la investigación de la eventual comisión de actos de tortura en su territorio, que estuvo a cargo del señor Juez de Instrucción y la señora Agente Fiscal.- - - - - Como ya reseñé, estos fueron puestos en conocimiento de los hechos sucedidos con el radiograma recibido en el Juzgado el día 21 de octubre a las 14,15 horas, y si bien la primera investigación apareció dirigida contra diversos integrantes del personal “de muralla”, lo cierto es que en su continuidad y con la dirección de aquellos se modificó

///32.- hasta abarcar también a integrantes del otro grupo, de lo que es una clara manifestación la sentencia de condena.- - - - -

----- Por lo tanto, aunque para la eficacia en la dilucidación del caso ante la evidencia de una posible comisión de delitos que incluyan la aplicación de tormentos o torturas ocurridos en prisión habría sido mejor evitar la intervención de las propias autoridades penitenciarias en la prevención sumaria en la aquellos se investigaban, en el sub exámine es el propio resultado condenatorio -que las incluye- un indicador razonable de que la dirección de la instrucción permitió superar tal obstáculo.- - - - -

-----14.2.- Recusación del tribunal por el desglose de una prueba pericial, atento a que

fue realizada por el propio tribunal:- - - - -

----- El agravio se desentiende de las constancias del expediente, pues el auto que rechazó tal planteo fue rubricado por magistrados distintos de los recusados. Estos solo proporcionaron su informe en relación con la recusación, luego rechazada mediante el Auto Interlocutorio N° 139/10 por los señores Jueces titulares de la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca dado que de la actuación de aquellos no se infería ninguna sospecha de parcialidad.- - - - -

-----14.3.- Arbitrariedad en el desglose de la pericial de parte:- - - - -
- - - - -

----- El peritaje de autopsia sobre el cuerpo de Pablo Esteban Torres se ordenó a fs. 114, y debía ser realizada por los señores Médicos Forenses doctores Ismael Handam y ///33.- Adolfo Scatena. También se ordenó la notificación a las partes en los términos del art. 239 del rito, para que en el término de 24 horas procedieran a la proposición de peritos de parte, de considerarlo pertinente.- - - - -

----- En el caso de Ricardo Rafael Fabi, tal manda se cumplimentó a fs. 124, con la notificación a su defensa.- -

----- El informe pericial fue realizado por los médicos forenses mencionados a fs. 188/192, por lo que, ante el escrito de ofrecimiento de pruebas de la defensa de fs. 669, es adecuado sostener que los puntos del peritaje sobre los que los peritos forenses debían informar constituyen una ampliación de pericia, la que se admitió a fs. 762.- - -
-

----- Además, y por las mismas circunstancias procesales mencionadas supra, también es adecuado el desglose ordenado del informe médico de parte, a cargo del doctor Francisco Delfín Delgado, tal lo que resulta de fs. 679, según los fundamentos del auto interlocutorio que consta a fs. 873, lo mismo que la negativa a que intervenga en la ampliación de la pericial, por no haber participado en ella, cuando había tenido tal posibilidad. En este sentido, dicho profesional no fue testigo ni controló la autopsia ya realizada. Destaco que la "... ampliación de la pericia consistirá en la proposición de nuevos puntos a los mismos peritos, además de los que fueron originariamente propuestos para el caso de que el dictamen pericial fuere 'insuficiente' a los fines del descubrimiento de la verdad..." (Cafferata Nores, La prueba en el proceso penal, págs. 78/79).- - - - -

----- Tampoco es relevante -desde el punto de vista jurídico, en atención a que los únicos recursos deducidos

///34.- contra la sentencia fueron de las defensas- determinar la causa de la muerte de la víctima -principal objeción de la defensa-, toda vez que el a quo debió sujetarse al retiro de la acusación fiscal en lo referido a la muerte ocasionada por la golpiza, lo que vuelve inútil aquí la discusión, dada la calificación final.- - - - -

----- Adelanto que este aspecto de la cuestión -relevante sí, toda vez que la consecuencia más gravosa de lo ocurrido, la muerte de un interno luego de ser sometido a torturas- va ha ser abordado infra para instruir a la Auditoría del Poder Judicial con el fin de deslindar la responsabilidad funcional del Fiscal de Cámara al retirar la acusación y también -como cuestión procesal- desde los requisitos probatorios y de detalle en la acusación por los resultados de hechos en coautoría, sin que se acrediten excesos en alguno de los participantes.- - - - -

----- Destaco brevemente que tengo ante mi vista el informe médico forense de fs. 896/898 -de Pablo Esteban Torres- que puede sintetizarse como la pericial de las cien lesiones, que contabiliza 82 lesiones externas y 12 internas, de ellas cuatro en el cerebro, con fracturas en las costillas y otras de difícil identificación.- - - - -
- - - -

----- Por último, atento a lo que sostiene el a quo (“Conforme los forenses, estas lesiones cerebrales resultan la causal del deceso” -fs. 1173-), el hemotórax constatado, junto con la hemorragia de 2150 cm cúbicos, que es considerada grave y pudo causar la muerte o ser un cofactor para ello (fs. 897), resultaba suficiente para reprochar la muerte en ocasión de la golpiza a la totalidad de los

///35.- copartícipes que actuaron en la obra común, tal como reiteradamente sostendré en mi voto.- - - - -

----- En este sentido, entiendo que el inc. 2º del art. 144 ter del Código Penal contempla dos agravantes del delito, ambas referidas al resultado.- - - - -

----- “En el caso de muerte de la víctima, la ley emplea una forma similar a la utilizada en el art. 165, es decir, que la muerte resulte ‘con motivo u ocasión’ de la tortura, y no que sea causada por ésta. Esta redacción permite dar mayor amplitud a la agravante, ya que la misma comprende no sólo los casos en que la aplicación de los procedimientos torturantes es la causa directa de la muerte de la víctima, sino otros supuestos en que sin existir esa relación causal, la tortura dio la oportunidad para el resultado letal...” (Estrella y Godoy Lemos, Código Penal, Tº 2, pág. 127).- - -

----- En este orden de ideas, es relevante destacar la doctrina legal de la Sentencia 59/10 STJRNSP que, interpretando la frase “con motivo u ocasión” del art. 165 del Código

Penal, sigue un razonamiento adecuado para los tipos legales que nos ocupan y por tanto son plenamente aplicables al presente: “\«Lo peculiar del caso radica entonces en que la muerte así acaecida resulta abarcada por el riesgo estandarizado por el legislador como especialmente alto (frecuente) de conllevar al resultado de muerte como devenir de la violencia desplegada en el robo, de modo tal que la figura calificada rige para todos los actuantes que hubieran tomado parte en el suceso (también en razón del síndrome de riesgo más genérico –imprudencia de que alguien muera); obviamente sin que la decisión de matar llevada a

///36.- cabo por uno de los ejecutores del robo esté tan fuera del contexto del delito contra la propiedad que ya no sea objetivamente imputable sino a quien la ha tomado (así, Sancinetti, ‘Casos de derecho penal, parte general’, ver 2, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 46 y ss. en esp., p. 48, nota al pie n. 15)» (SCBA, en «A., A. A.», del 14 11 07, voto del doctor Soria, Lexis N° 70043201\’ (Se. 153/08 STJRNSP)”.- - - - -

----- También en la Sentencia 160/09 STJRNSP, este Cuerpo sostuvo: “El mismo autor [Donna] (op.cit. [Derecho Penal. Parte Especial, T° I], pág. 115] agrega que tal conexión permite diferenciar la figura en tratamiento de la del art. 165 del Código Penal. \Es imprescindible que exista una conexión ideológica entre ambos delitos, habiéndose dicho al respecto que la «... connotación teleológica del artículo 80, inciso 7°, configurada por el elemento subjetivo de lo injusto, incluida en el tipo penal, está representada por la preposición para en una relación de medio a fin...» debiendo la mentada conexidad ser acreditada fehacientemente... Quedan comprendidos en el artículo 165 del Código Penal, todos los homicidios que no caen en las prescripciones del artículo 80, inciso 7°, sea que puedan atribuirse a una responsabilidad dolosa o culposa del autor del hecho. Si no hay relación causal con la muerte, no median acciones de presión psicológica específicas y que excedan a las conductas propias de un robo (que incluye en el tipo el factor violencia), ni ha mediado tampoco imprudencia, negligencia o violación de deberes, no procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 165 del Código Penal\” (voto

///37.- del Dr. Sodero Nieves).- - - - -

----- Por lo tanto, es indudable que la muerte fue en ocasión de las golpizas, y fue causada por las lesiones cerebrales y/o por la hemorragia grave y severa también detectada.- - - - -

-----14.4.- Ausencia de consideración de la muerte de Pablo Esteban Torres:- - - - -

----- Como fue reseñado supra, la Cámara en lo Criminal no consideró -como dato fáctico- la muerte del interno para su subsunción jurídica; actuó de tal modo -dejando a salvo su opinión- por la exclusión del señor Fiscal de Cámara en su alegato oral.- - - - -

----- Tal decisión no ha sido recurrida por la acusación y es beneficiosa para los intereses de los imputados, por lo que no puede habilitar agravio alguno de la defensa.- -

- -

-----14.5.- Ausencia de precisión en la requisitoria fiscal acerca de los hechos ilícitos cometidos por cada uno de los imputados. Prueba de la específica conducta de cada uno:- -

----- En lo referido a Ricardo Rafael Fabi, este es acusado por un hecho ocurrido el 20 de octubre de 2008, en el Establecimiento de Ejecución Penal N° 2 de General Roca, luego del intento de fuga protagonizado a las 22:55 horas por los internos Pablo Esteban Torres y José Manuel Yáñez, quienes, luego de ser aprehendidos, fueron trasladados hasta el sector de requisas de la unidad, donde se verificó la continuidad de las agresiones físicas que padecían desde su aprehensión, por determinados agentes penitenciarios y policiales. En tales circunstancias “se presentó en el sector... el Cabo RICARDO RAFAEL FABI, permaneciendo aún ambos

///38.- internos esposados por la espalda y de cara al piso y, bajo tales condiciones, saltó sobre la cabeza del interno TORRES y la espalda de YÁÑEZ y -con un pié en el cuerpo de cada uno- saltó sobre ellos en repetidas ocasiones, para luego retirarse del lugar...”.-

----- El a quo tuvo por acreditados tales extremos fácticos, según sostiene en el subpunto 28 de su sentencia –“Hecho Probado”-.- - - - -

----- A resultas de ello y acorde con las limitaciones del alegato fiscal, Fabi fue considerado coautor del delito de imposición de torturas (con Pablo Torres como sujeto pasivo) y de severidades y vejaciones en relación con José Manuel Yáñez.- - - - -

----- El Tribunal también consideró, como cuestión de hecho, que Pablo Torres ya había protagonizado otras fugas o intentos de fuga y había malhumor con él. “El diferente resultado de lesiones de ambas víctimas, evidencia que ya desde la aprehensión en el sector de aulas hubo un trato diferencial. La virulencia de la golpiza se concentró en TORRES y, contrariamente a lo que algunos sostienen en sus declaraciones, pese a lo

oscuro de aquel sector, dá la impresión de que sabía bien de quiénes se trataba y que se propusieron 'darle una lección' a PABLO TORRES" (ver fs. 1174).-----

----- La "... acusación (en todas las etapas procesales) debe tener una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos concretos que se endilgan incumplidos u omitidos, y la normativa cuyo cumplimiento le incumbe a los imputados y que estipula las obligaciones cuya inejecución se les

///39.- atribuye" (Se. 81/10 STJRNSP, voto del Dr. Sodero Nieves).-----

----- Entiendo que tales requisitos se encuentran cumplidos en la acusación, toda vez que permite establecer las circunstancias de tiempo y lugar en que fueron cometidos los hechos y la específica ejecución del imputado, en un obrar común con el resto, convergente en las intenciones.-----

----- Agrego que "... [l]a acusación debe ser clara y circunstanciada, pero no existe una regla general que permita determinar en todos los casos el cumplimiento de tales requisitos... Puesto que tales exigencias tienden a garantizar un ejercicio eficaz del derecho de defensa, es razonado acudir a los modos de tal ejercicio con el fin de determinar si la acusación fue comprendida... En tales condiciones la actividad procesal de la defensa... permite inferir que en efecto fue comprendida..." (Se. 196/09 STJRNSP).-----

----- En efecto, la hipótesis de descargo es que el imputado no bajó hasta el sector de requisas al que se le atribuía haber ingresado y que no agredió del modo reprochado a las víctimas, por lo que no podría achacársele haber causado la muerte de Pablo torres. De tal modo, hay comprensión de la acusación.-----

----- La "... nulidad que prescribe la norma rituarial... procederá sólo cuando el defecto de la relación acusatoria afecte realmente el derecho de defensa del imputado (cf. TSJ Córdoba in re «OVIEDO» del 15-03-91 y «TORRES» del 08-04-92)...'" (v. 'ZAPATA', Se. 21/95), circunstancia esta que... no se observa en el expediente de marras..." (Se. 10/01

///40.- STJRNSP).-----

----- Acreditada la convergencia intencional mencionada y que ninguno de los imputados quiso "cooperar en un hecho de menor gravedad, viéndose desbordado por la marcha de los sucesos o la conducta de los restantes partícipes" (art. 47 C.P.), es aplicable al caso la doctrina legal del fallo 120/00 STJRNSP, donde se lee: "La quejosa

también sostiene, en lo sustancial, que la sentencia condenatoria no ha establecido correctamente los hechos ni la autoría correspondiente, argumentando que no individualiza la acción particular de cada uno de los integrantes del grupo policial que fueron condenados por el delito de apremios ilegales, de tal modo que no es posible esclarecer cuál de ellos produjo las lesiones graves que lo califican.-----

----- “Tanto la requisitoria de elevación a juicio como la materialidad y autoría desarrolladas en la sentencia, individualizan a los imputados y les atribuyen haberle propinado golpes de puño y patadas a la víctima con el fin de obtener una confesión, lo que ocurrió entre los días 9 y 11 de febrero de 1998 en dependencias de la Comisaría 2ª de San Carlos de Bariloche. También establecen que, en consecuencia, la misma padeció hematoma en hemiabdomen superior, equimosis en región precordial, hematoma en muslo izquierdo, escoriaciones circunferenciales en las dos muñecas, hemorragia conjuntival en ojo izquierdo, etc.- - -

----- “Esta descripción, a juicio de este Tribunal, reseña las circunstancias de tiempo, lugar y modo esenciales en las que se desarrolló la conducta de los imputados, lo que posibilita arribar al encuadramiento delictivo previsto por
///41.- los art. 144 bis inc. 2º en función del art. 142 inc. 3º y 90 del C.P., sin mengua del derecho de defensa.- -

----- “Ello es así porque la misma permite dar cuenta de un obrar común efectuado por todos los integrantes del grupo policial que tomaron parte en la ejecución del hecho, con un sentido convergente hacia la figura aludida. De este modo, resulta irrelevante determinar la parte del hecho que ha realizado cada coautor, puesto que la comunidad de acción ‘... tiene la importancia de referir la acción de cada copartícipe a un plano común, que hace responsable mutuamente a cada uno, y dentro de los límites de ese acuerdo, por la acción del otro...’ (ver Soler, ‘Derecho Penal Argentino’, Tº II, pág. 306,).- -----

----- “Así, aun distinguiendo entre actos ejecutivos y consumativos, las posturas de Guillermo J. Fierro (‘Teoría de la participación criminal’, págs. 234 y ss.), en lo que nos interesa, permiten arribar a una solución similar, cuando el autor expresa que ‘... [e]ntonces hablaremos de coautoría cuando en la pluralidad de sujetos activos que caracterizan una hipótesis de participación, dos de ellos, por lo menos, han intervenido en los actos consumativos, ya bien ejecutando cada uno de ellos la totalidad de la acción típica descripta en la figura delictiva, ya bien desdoblando dicha acción cuando ella se integra por distintos elementos...’. Se trata de un criterio restrictivo que distingue entre

actos consumativos y ejecutivos, por el que los diversos aportes (consumativos) '\... deben convergir a un todo jurídicamente unitario... [en el que] cada uno responde por su propia culpa como así también de los excesos en que

///42.- hubiere incurrido...\'. En la diferenciación sustentada por este doctrinario -entre actos ejecutivos y consumati-vos-, no puede negarse que los golpes producidos por los integrantes del grupo policial son aportes consumativos que convergen hacia el delito de apremios ilegales.- - - - -

----- “Incluso utilizando los elementos teóricos del funcionalismo -en la determinación de la autoría, coautoría o participación primaria-, corresponde llegar a una solución similar.- - - - -

----- “En este sentido, Enrique Bacigalupo ('\Manual de Derecho Penal\', pág. 197) dice que '\... [e]l elemento esencial de la coautoría es el codominio del hecho. Este elemento ha sido caracterizado por Roxin... como un dominio funcional del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo... El codominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho...\'. Es necesario agregar que, según dicho autor, '\... [p]ara la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito...\'. Esta contribución al hecho total debe efectuarse en su estadio de ejecución y no en la etapa de preparación (op. cit., pág. 198).- - - - -

----- “Asimismo, Gunter Stratenwerth ('\Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible\', págs. 232 y ss.) sostiene: '\... Partiendo de un concepto final de acción resulta casi obvio

///43.- que el elemento característico de la autoría debe buscarse en el dominio del hecho. Si la acción humana se entiende como un suceso finalmente dominado por la voluntad, la cuestión de quién ha realizado una acción (subsumible bajo el supuesto del hecho típico) y, por tanto, quién es autor de la misma, nos remite a aquél que ha tenido el dominio final del suceso\'. Posteriormente agrega que el coautor individual no tiene él solo el dominio final del hecho, dado que lo comparte con los otros: '\... El dominio del hecho se encuentra en las manos de un «sujeto colectivo»\’ (el resaltado es nuestro). Básicamente requiere dos elementos para la coautoría: la decisión común y la realización común (división del trabajo) de esa decisión. a) La decisión común

fundamenta y limita la unidad de la coautoría; es entonces la que determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas y permite imputar a cada uno de los partícipes la parte de los otros; b) será la naturaleza del aporte lo que delimite una decisión común al hecho entre un cómplice y un coautor. En este orden de ideas, es la totalidad del grupo policial el que se comporta como un 'sujeto colectivo' que domina la producción del hecho. - - - - -

----- “Por último, si bien las opiniones de Jorge De la Rúa ('Código Penal Argentino', págs. 851 y ss.) suponen una crítica a la corriente teórica analizada cuando dice que '\... [e]l finalismo unifica sistemáticamente los conceptos de autoría, coautoría y autoría mediata en función de la teoría del dominio del hecho... [que] comprenden el dominio de la acción (realización por propia mano), dominio funcional

///44.- (coautoría) y dominio de la voluntad (autoría mediata)... en general es una fuerte crítica al concepto de ejecución como insuficiente...\'' y agrega que el concepto del dominio del hecho y su correlato del plan del autor no autoriza a suplir -aun existiendo dominio del hecho conforme con el plan- la falta de participación en actos ejecutivos, ello, de todos modos, no permite arribar a otra solución que la analizada, pues los policías, al propinarle a la víctima una golpiza para obtener una confesión, realizaron los actos ejecutivos que requiere el tipo penal. - - - - -

----- “Para este doctrinario, '\... [l]a ley utiliza un concepto con significación uniforme: actos ejecutivos. Como se ha señalado correctamente, ello no se confunde con el de acto consumativo, que aparece como un plus de consumación típica. Por ello, se puede ser coautor en actos ejecutivos aunque no lo sea... en actos consumativos. La exigencia excluye de la coautoría, con criterio temporal, los aportes anteriores al comienzo de ejecución, así como los aportes posteriores a la consumación, pues en ambos falta la existencia de actos ejecutivos de los que se toma parte...\''.-

----- “Finaliza argumentado que, para ser coautor, la acción debe integrar los actos ejecutivos. No es lo mismo tomar parte en la ejecución que prestar auxilio o cooperación durante ella. Las reglas no son matemáticas, son de experiencia. Expone algunos criterios auxiliares para determinar esta distinción, que son los del lugar, de naturaleza del hecho, de medios utilizados, entre otros. En este sentido, y a diferencia de lo anterior, no todo aporte esencial durante la ejecución del hecho -como dice

///45.- Bacigalupo- es siempre coautoría (v.g. utilizando el criterio de la naturaleza del hecho, si éste es una violación, no integra la ejecución quien cierra una ventana para que no se oigan los gritos de la víctima, pero sí lo es si el hecho es una privación de libertad

y lo hace para que la víctima no salga).- - - - -

----- “La reseña doctrina desarrollada permite sostener, desde distintas posturas teóricas, que la acción de cada uno de los policías se encaminaba mediante aportes - consumativos o ejecutivos-, demostrativos de una decisión común y de modo convergente, a la realización del tipo penal mencionado, por lo que no resultaba necesario detallarla específicamente en la acusación ni en la materialidad comprobada.-

- - - - -

----- “En este sentido, la Sala 7 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (in re ‘PEREZ’, Se. del 10-08-81) ha dicho que ‘... [a]unque el procesado no haya esgrimido armas en ninguno de los dos robos, corresponde que, como a los demás encausados, se le aplique la calificante de robo agravado por el uso de armas, por cuanto intervino conscientemente en la comisión de hechos violentos en los cuales los restantes coautores sí las emplearon como medio intimidante. La regla de comunicabilidad del art. 48 del C.P. lo coloca, en consecuencia en la misma situación típica y de punibilidad que los demás. Ello se explica porque en el ámbito de la coautoría funcional se atribuye a todos los coautores la obra común, aunque el tipo legal no se haya cumplido íntegramente de propia mano por cada uno de ellos en particular. Decidido y ejecutado el delito sobre la base de

///46.- una DIVISIÓN DEL TRABAJO, cada coautor complementa con su parte en el hecho, la de los demás en la totalidad del delito; por eso responde también por el todo’.-

- - - - -

----- “Similar criterio ha sostenido la Sala 3 de la misma Cámara (in re ‘SICILIA’, del 18-03-82): ‘... Debe declararse a ambos encausados coautores del delito de homicidio agravado cometido con alevosía, para facilitar otro delito -robo- y procurar la impunidad, por cuanto si los intervinientes tienen conciencia de que el objetivo que se persigue es común y que a él cooperan o contribuyen -aunque no sea parcial en algún aspecto del homicidio agravado perpetrado- pero complementando e integrando la acción conjunta, responderán por la muerte de la víctima a título de homicidio todos los que intervengan en cualquier forma en la ejecución del hecho. Por cuanto la procesada intervino «en la ejecución del hecho» (cooperando en el robo y alcanzando al autor principal elementos que, como la plancha, causaron a la víctima lesiones mortales, debe ser considerada coautora, poniéndose de resalto que la figura del art. 45 C.P. aparece con rasgos propios dentro de la coautoría por estar a su cargo la consumación del delito. La ejecución del hecho significa poner en obra el delito en sí, vale decir, supone una

cooperación para que él se ejecute; concepto que absorbe todas las conductas que directamente realizan el delito mediante actos ejecutivos principales o secundarios, cualquiera sea la medida e importancia del aporte prestado para que el delito se consume, siendo así coautores de homicidio, no sólo los que lo consuman directa y efectivamente, sino también los que alcanzan a éstos las

///47.- armas y los que distraen a la víctima...\'.- - - - -

----- “Dicho lo anterior, la individualización específica del rol de un imputado sindicado como coautor sería necesaria en la medida en que se hubiera alegado y probado que la convergencia intencional establecida fue excedida por alguno de los que ejecutaron la acción típica, que hubiera existido alguna causal de no punibilidad -excluyendo la obediencia debida como ausencia de acto, criterio que no admitimos- (ver David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, ‘Código Penal’, Parte General, Tº I, pág. 687) o -utilizando los conceptos del funcionalismo- que cualquiera de ellos participó en el hecho subordinado a la voluntad de otro que tenía en sus manos el dominio del hecho. Ello haría necesario efectuar un tratamiento particularizado atendiendo a estas circunstancias, lo que no ocurrió en autos. Por ello, la postura del inferior en este ítem es correcta y el agravio no puede prosperar”.- - - - -

----- Como se advierte, establecida la convergencia intencional y la ausencia de excesos en quienes ejecutaron la acción típica -había que darles “masa”-, es irrelevante determinar los específicos golpes propinados por cada uno de los coautores o procurar una calificación jurídica adecuada a los que individualmente se propinaron. Las reglas de la coparticipación para una obra común se oponen a dicha postura.- - - - -
- - - - -

----- Finalmente, y a modo de síntesis, es útil traer a colación la reseña efectuada por Marcelo Sancinetti en su obra Teoría del delito y disvalor de acción (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pág. 631 y ss.) de las

///48.- diversas posiciones doctrinarias que se han esgrimido al abordar los problemas de la concurrencia de varios intervinientes o participantes en un mismo hecho.- -

----- Dicho autor distingue un primer grupo de teorías que niega la diferencia entre autoría y participación, entre las cuales menciona las que parten de los conceptos “unitario” y “extensivo” de autor.- - - - -

----- La idea unitaria de autor considera autores a todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del supuesto de hecho típico, cualquiera sea la importancia que tenga su aporte para el hecho total, importancia que solo será valorada

al determinar la pena.- -

----- En cambio, según el denominado concepto extensivo de autor, el instigador y el cómplice son, en sí, también “autores” pero descriptos especialmente en otros preceptos de la parte general, lo que convierte su respectivo ilícito en específico.- - - - -

- - - - -

----- Al respecto, señala que ni la tradición legislativa argentina ni la doctrina ni la jurisprudencia de nuestro país han admitido tales conceptos, que tropiezan con serios cuestionamientos desde el punto de vista de los principios de tipicidad y legalidad.- - - -

- - - - -

----- Se ocupa luego de abordar las posiciones que distinguen entre autores y partícipes, y describe los tres criterios con los cuales se ha efectuado tal delimitación, según las respuestas dadas por las teorías subjetiva, formal-objetiva o material objetiva.- - - - -

- - - - -

----- Plantea en primer término la inadmisibilidad de la teoría subjetiva, para la cual “autor” es quien comete su

///49.- “propio hecho” y “cómplice” es el que colabora con un “hecho ajeno” -el del autor-, por lo que tiene una voluntad dependiente y subordinada a la del autor. En otras palabras, autor es el que realiza un aporte causal y quiere el hecho como propio mientras que partícipe es quien quiere el hecho como ajeno, lo cual deriva en el estudio del motivo o interés con que se comete el hecho.- - - - -

----- Esto último, según el doctrinario de mención, si se independiza de la voluntad hacia algo “objetivo” debe rechazarse, porque de lo contrario lo ilícito dejaría de estar definido por la infracción a una norma de conducta que proscriba un cierto comportamiento. “La voluntad de realización tiene que ser calificable, pues como un ilícito determinado, según un punto de vista valorativo que no dependa de la voluntariedad y apreciaciones del autor, sino del juicio de valor ‘objetivo’ del ordenamiento jurídico” (pág. 640).- - - - -

----- Descartada la teoría subjetiva, que ha tenido una acogida marginal en nuestro país, resta considerar las teorías que parten de una delimitación objetiva, en sus dos variantes.- - - - -

----- La teoría formal-objetiva sigue un concepto extremadamente objetivo de autor, al interpretar las prescripciones legales de modo sumamente formal, por lo que autor es solo aquel que ejecuta por sí mismo el hecho típico (autoría directa). Este criterio fue adoptado por la doctrina tradicional argentina, aunque se admitió la autoría mediata por

ejemplo a través de la ampliación de la idea de ejecución, es decir, contemplando que el autor mediato

///50.- también “ejecuta” aunque a través de otro.- - - - -

----- Por su parte, la teoría material-objetiva –también denominada final-objetiva o del dominio del hecho- sigue un concepto más amplio, que permite alcanzar también al que realiza el tipo por medio de otro que es usado como instrumento (autoría mediata). Su creador es Hans Welzel y fue desarrollada luego por Claus Roxin, e introducida a la literatura jurídico-penal de lengua castellana por Luis Jiménez de Asúa y específicamente en nuestro país por autores finalistas como Enrique Bacigalupo y Eugenio Raúl Zaffaroni.- - - - -

----- Sancinetti sostiene que la doctrina del dominio del hecho, “por más que constituya un concepto puramente regulativo –que no dice mucho acerca de qué significa tener, propiamente, ‘las riendas de la acción’-, permite aprehender de una manera más acorde a las valoraciones sociales qué significa, por ejemplo, matar a otro, apoderarse de una cosa mueble, falsificar un documento, especialmente en los casos en que el autor obra a través de otro, es decir, en la autoría mediata. Sin embargo, fuera del caso del autor mediato, es posible que una teoría formal-objetiva resuelva mejor que una teoría más amplia ciertos problemas de imputación, por ejemplo, cuándo se comienza la ejecución” (pág. 646).- - - - -

-----14.6.- Insuficiencia de la acusación para condenar por el delito de torturas. El principio de congruencia. El derecho de defensa:- - - - -

----- Desarrollada supra la temática de la acusación en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar

///51.- exigibles para un adecuado ejercicio del derecho de defensa y prueba, resta referirse a su suficiencia respecto del tipo legal seleccionado, del control de los hechos acreditados en lo que hace a los reprochados y de la indefensión que podría implicar un sorpresivo cambio de calificación.- - - - -

----- En este sentido -como cuestión primera-, no advierto cambio alguno entre el hecho de la requisitoria de elevación a juicio de fs. 582, calificado como tortura seguida de muerte en concurso ideal con severidades y vejaciones, los hechos sostenidos en el debate oral por el Fiscal de Cámara (fs. 1086, conf. acta de debate) y los que finalmente la Cámara en lo Criminal tuvo por acreditados y sobre los que formuló su subsunción jurídica.- - - - -

----- La diferencia radica en el encuadre jurídico seleccionado por el a quo para los

hechos que el Fiscal de Cámara tuvo por acreditados, todo lo que fue beneficioso para el imputado, pues el juzgador: i) se vio impedido de vincular la muerte a las torturas dado el retiro de la acusación fiscal, y ii) no consideró que los daños en el cuerpo y la salud propinados al otro sujeto pasivo, José Manuel Yañez, pudieran calificarse como torturas y sí como severidades y vejaciones. De tal modo, no hay perjuicio en esto para los intereses de la defensa.- - - - -

----- Por el otro lado, sobre la adecuada subsunción de los hechos en el delito de torturas, haré una referencia específica infra en el subpunto 14.8 -si bien con remisión a los considerandos del juzgador, que considero tratan suficientemente el tema en cuanto a que Pablo Esteban Torres

///52.- padeció torturas-; empero, en lo que hace al contenido de la acusación, los hechos probados y la calificación jurídica, digo que “la determinación de lo que constituye la imposición de torturas responde a un mérito casuístico referido a la intensidad del sufrimiento psíquico o físico proferido” (Se. 72/11 STJRNSP).- - - - -

----- Por lo tanto, en las clásicas categorías de análisis del recurso de casación en su función de nomofilaquia, se trata de una “cuestión de hecho”, que surge de los hechos en sí -los hechos históricos-, por lo que es innecesario que tenga una expresión concreta en la acusación; a esta le basta con los hechos y que de estos sea posible meritar una especial intensidad de sufrimiento para subsumirlos en el delito de torturas, que es lo que ocurre en el sub exámine.

----- Por otro lado -como ya dije-, no hay un cambio sorpresivo en la calificación que resultara perjudicial para los intereses de la defensa.- - - - -

-----14.7.- Insuficiencia probatoria para desestimar la versión de Ricardo Rafael Fabi:- - - - -

----- El imputado negó toda responsabilidad en los hechos, en lo que interesa respecto del ilícito cometido en el sector de requisa -único sobre el que se mantiene la imputación-. Relató que las víctimas ya se encontraban controladas en el sector de aulas del establecimiento, que él corrió por los techos arriba de los pabellones., que el cabo Currumil se encontraba en los techos y que vio a los Oficiales Torres y Maglione junto a un grupo de celadores que venían por el sector de cocina y se dirigían hacia el lugar donde se encontraban los internos tirados en el piso.

///53.- Narró también que el grupo comenzó a pegarles y que junto a Currumil les gritaron que no les pegaran más; que observó que sacaban a los detenidos hacia el gimnasio y que los perdieron de vista. Agregó que siguieron recorriendo los techos, que

llegaron en apoyo el Sargento Primero Sánchez, el cabo Bravo y el agente Garay, y que se reunieron todos sobre el techo del área de Judiciales; que Sánchez bajó y le dio el aviso de la llegada del médico para que le revisara el pie -se lo había lastimado al principio-. Fabi explicó además que cuando ocurrió el hecho en la requisa, él se encontraba sentado en el techo y nunca bajó al sector de requisa; que se quiso armar la causa aparentando que los internos se habían caído de la muralla por los golpes que tenían, pero que estos nunca llegaron a ella, y que los oficiales y un par de agentes quisieron sacarse de encima la paliza al interno Torres. Sostuvo luego que el cabo Villalba (en realidad fue el cabo Torino) le hizo un disparo al confundirlo.-- - - - -

----- Por su parte, en su declaración testimonial de fs. 353 y ss., Currumil (centinela de muralla) dijo que en “un pasillo existente en el sector, se cruza con el cabo Fabi, quién le da a entender que en el pabellón tres había presos; decía: acá, hay presos, acá hay presos. Fabi pasó en dirección al pabellón cuatro. No lo volvió a ver en otra oportunidad”.- - - - -

----- A su vez, Bastías (celador en el pabellón 2), declaró que el Sargento Price le entregó al cabo Fabi las llaves del portón que está en el frente del penal, para que ingresaran los móviles que trasladarían a los internos, que fue detrás

///54.- de Fabi, a quien vio renguear, y abrió el portón, y que ahí se encontró con el Sargento Sánchez. También relató que fue a la Guardia a dejarle la llave al Sargento Price, luego se dirigió al sector requisa, donde había mucha gente, y vio a dos internos tirados boca abajo, y estaba el cabo Fabi saltándoles sobre la espalda. Agregó que este apoyaba las manos sobre la pared y saltaba primero sobre uno y después sobre otro; que ya en el exterior habló con el agente José Serri y que vio al Cabo Fabi sentado en los escalones frente a la guardia con el borceguí sacado; que Serri le comentó que Fabi se había lastimado, y estaba vestido de azul.- - - - -

----- En lo que interesa respecto de la versión de los hechos de Fabi, en declaración indagatoria de fs. 298 (incorporada por lectura), Torres destacó que luego de interceptar a los internos en el sector de aulas y dispuesto su traslado al sector de requisa con un móvil policial, cerró un portón azul, se dirigió a la guardia de la unidad, le hizo entrega de la llave del portón, fue hasta su oficina, se dirigió al sector de requisa y en tal oportunidad vio salir desde ahí al Cabo Fabi. Relató todo un proceso de encierro de los presos en cada uno de los pabellones hasta que le gritaron de la Guardia que el médico se estaba por hacer presente en la Unidad; que siguió con el encierro y que cuando llegó

al sector de requisa vio al médico -Dr. Insfram-, quien le comunicó que el interno Pablo Esteban Torres se encontraba inconsciente. Declaró asimismo que el agente Flores ante su requerimiento le indicó que se había dado una nueva situación de golpiza en el box de

///55.- requisa e identificó al Cabo Fabi, a quien describió como un personal “de pelos paraditos que le saltaba en la cabeza a Torres”.- - - - -

----- Por su parte, Yáñez relató su intento de evasión (con el interno Torres) y precisó que cuando estaban saltando hacia las aulas los vio el garillero, por lo que empezaron los tiros y les gritaban que se tiraran al piso; les disparaba Fabi. Aclaró que a este lo reconoció por la voz cuando les gritaba “que se tiren”. Prosiguió su narración diciendo que llegaron primero los centinelas, la gente de muralla, de la requisa, y que los golpearon; que no pudo identificarlos en ese momento, pues estaban tapados. En lo relevante, contó que los llevaron al sector de requisa y ahí les siguieron pegando, que entre otros distinguió por la voz a Fabi, pero no lo pudo ver; que las voces se las conoce porque “vivimos ahí todos juntos, todo el tiempo” y que era la misma voz que escuchó en ambos sectores.- - - - -

----- En su declaración indagatoria (fs. 328/333), incorporada por lectura, además de su ampliación en el debate, Flores reconoció a Fabi como quien saltaba en el sector de requisa sobre los internos, con igual método que el declarado por Bastías, y que lo vio vestido con un rompevientos negro y ropa azul oscura.- - - - -

----- Según los dichos del Sargento Primero Humberto Sánchez, Jefe de muralla, había dos internos en la zona de las aulas; Fabi y Cofré llegaron donde ellos estaban y los golpearon con los pies para evitar que se movieran o por si tenían una faca o algún arma. Recordó que Fabi le dijo que se había torcido el tobillo cuando iba corriendo por arriba

///56.- de los pabellones. En cuanto a lo ocurrido en el sector de requisa, dijo haber visto en el box a cinco o seis que golpeaban a los internos, que estaban esposados en la espalda y tirados en el piso; agregó que no vio que les saltaran encima, que no pudo identificar a los golpeadores pues los veía de espaldas y que no vio a Fabi en dicho sector, sino que lo encontró después en el sector de muralla.- - - - -

- - - - -

----- Luego de reseñada tal prueba, conviene mencionar la doctrina legal de este Superior Tribunal ante hipótesis contrarias, la de cargo sostenida por la acusación, la de descargo vertida por el imputado en su declaración indagatoria: “En este orden de ideas,

dice Michele Taruffo, en La prueba de los hechos (págs. 176/177): 'En realidad, podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión'. Para Taruffo, el verdadero problema es definir las condiciones de validez y de aceptabilidad de estos conocimientos, es decir, 'definir criterios racionales para verdades necesariamente relativas' (Se. 69/08 STJRNSP, voto del Dr. Soderio Nievas).

----- “En casos como éste, expresa Michele Taruffo, la elección entre hipótesis contradictorias con grados de confirmación independientes es una elección racional, dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una situación de incertidumbre definida por la presencia de aquéllas. La más aceptable es la que

///57.- representa el grado más elevado de probabilidad lógica sobre la base de los elementos de prueba disponibles (La prueba de los hechos, pág. 252)” (Se. 74/08 y 156/08 STJRNSP).-----

----- En este sentido, no podría considerarse irracional la elección del juzgador atento a la mayor aceptación de las pruebas que convalidan la hipótesis de cargo, que confieren razón suficiente a la determinación de la coautoría del imputado en el hecho reprochado, pues para desestimar las críticas de la defensa se trata de declaraciones numerosas, provenientes de integrantes de ambos sectores de interés, en conformidad con la división alegada (vg. un centinela de muralla dijo haber visto a Fabi en el sector de aulas, cuando este lo había negado -indicio de mendacidad-; el jefe del grupo de murallas también lo vio abajo; la propia víctima lo reconoció y dio motivos fundados para tal reconocimiento, lo que también es prueba de cargo contra otros coimputados -estos del otro sector-, lo que aleja un supuesto de connivencia; además, el resto de quienes lo observaron, cuanto menos dos, no solo determinaron la presencia de Fabi en el sector de requisa, sino que relataron la metodología de los golpes con una similitud descriptiva, todo lo que -unido a lo demás- descarta una confabulación inculpativa hacia él).-----

----- Así, Fabi golpeó -luego de otros y con otros- saltando sobre el cuerpo de las dos víctimas que se encontraban esposadas en la espalda y de cara al piso.-----

----- La prueba mencionada por la defensa no es apta para contradecir la conclusión a la que se llegó, toda vez que

///58.- quienes dijeron no haber visto a Fabi cometiendo los hechos mencionados siempre refirieron que en el box de requisa se encontraban muchos uniformados y que sus posibilidades de visualización eran limitadas o circunstanciales. Es ejemplo de lo anterior lo dicho por Sánchez en cuanto a que no podía identificar a quienes se encontraban agrediendo a los internos pues estaban de espaldas; Price no recordó haberle dado una llave Fabi -“no recordar” no tiene la misma fuerza convictiva que “recordar que no”-, sino que recordó que Fabi y Patiño, cuando aparecieron por la guardia en momentos en que el médico estaba en el sector de requisa, le dijeron que este ya los había atendido; que Fabi estaba golpeado en un tobillo y Patiño tenía un corte en su brazo derecho y un golpe en la espalda, y que le manifestaron “... que se habían golpeado cuando recapturaron a los internos en la parte de las aulas” (fs. 265, lo que configura otro indicio de mendacidad ante lo declarado por Fabi).- - - - -

- - -

----- Cristian Omar Gallegos Arteagas, por citar a otro testigo mencionado por la defensa, “sólo escuchó (en el sector de requisas) un par de gritos” y narró que ingresaron unas treinta personas (“con la situación que se vivía, no recuerda, es difícil acordarse”) y no recordó haber visto a Fabi (no “vio salir al grupo que entró en el sector de requisa, calcula que no lo vio porque estaba encerrando a los internos”).- - - - -

- - - - -

----- Otro de los testigos, Néstor Fabián Pérez, dijo ante la prevención policial (fs. 75) que entró al sector de requisa, observó que el interno Torres era alojado en uno de

///59.- los boxes y en forma inmediata se trasladó a la guardia, a la espera de sus compañeros de requisa; que antes de que estos llegaran observó a Fabi que iba subiendo las escaleras que van al sector de judiciales, rengueando. Luego continuó: “Posteriormente me constituí junto al resto de mis compañeros al sector de requisa, y observé a dos internos en el sector del box, y el médico ya los había examinado”. Por lo tanto, el testigo no estuvo en el sector de requisa al momento en que los internos fueron golpeados y el hecho de ver a Fabi no es un contraindicio, dada la contemporaneidad entre que arribó a la guardia y esperó y el comienzo de las agresiones en el otro sector, en tanto Fabi llegó con posterioridad.- - - - -

----- Nuevamente, la fuerza representativa de tales testimonios es limitada en relación con la totalidad de las declaraciones que permiten acreditar la hipótesis de cargo.

-----14.8.- Errónea calificación de los hechos. Inadvertencia de torturas, sí de vejámenes:- - - - -

----- Al respecto, considero de aplicación al caso la doctrina legal que surge de la Sentencia 27/09 STJRNSP, en el sentido de que “1º) [l]as resoluciones del a quo deben dar estricto cumplimiento a la motivación exigida por los arts. 98, 374, 375 y ccdtes. del CPP, art. 200 de la Constitución Provincial y art. 18 de la Constitución Nacional.- - - -

----- “2º) El recurso de casación ‘se viste de las notas de los recursos ordinarios’ (conf. MORELLO y GONZÁLEZ CAMPAÑA

-v. Se. 135/08 STJRNSP).- - - - -

----- “3º) Las impugnaciones del recurso de casación deberán

///60.- contener la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas, indicando la declaración que pretende del Tribunal sobre los puntos debatidos; como asimismo, la refutación en forma concreta y razonada de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión recurrida en relación con las cuestiones que se hayan planteado (conf. arts. 418 y 433 del CPP; también ver Acordada 4/07 de la CSJN).- - - - -

----- “4º) La habilitación de la instancia de casación requiere la presentación plausible de agravios que objetiva y razonablemente señalen un error de la decisión que, de ser cierto, conduzca a la eliminación total o parcial de la resolución.- - - - -

----- “5º) Los agravios carentes de fundamentación concreta y razonada permiten al Superior Tribunal de Justicia mencionar esta circunstancia, fundarse en ella y remitirse a los correspondientes argumentos del fallo de la anterior instancia o del dictamen del Procurador General del de la Provincia (art. 215 y ss C.P., Ley K 4199) indicando la cuestión y su conclusión que tienen plena eficacia ante los agravios del recurrente que resultan insuficientes para refutarlos”.- - - - -

----- En este sentido, por no tener nada más que agregar y puesto que el recurso de casación no presenta una crítica concreta y razonada contra la calificación jurídica de los hechos seleccionada por el a quo, me remito sin más a lo sostenido por el señor Juez doctor Carlos A. Gauna Kroeger en el tratamiento de la tercera cuestión propuesta a la deliberación –“Delitos que se configuran”-, en cuanto a la

///61.- calificación de torturas, con la adhesión de los señores Jueces doctores Mario E. Bufi y Margarita M. de Carrasco -desde fs. 1173 hasta fs. 1183 inclusive.- - - -

-----14.9.- Prueba del dolo en el delito de torturas:- - - -

----- La defensa se agravia de modo genérico por la falta del elemento subjetivo del

delito de torturas (aparece mencionado a fs. 1226, al final del subpunto III-1), pero no concreta su planteo más que intentar diferenciar lo que sería para su conceptualización una tortura clásica -a cargo de un “equipo” de torturadores- y lo ocurrido en el sub exámine, que denomina “un malón descontrolado, de desaforados, que enfurecidos por la ‘contumacia’ de Torres en querer fugarse... quiso hacer ‘justicia por mano propia’ para ‘darles masa’ o incluso eventualmente matarlo”.- - -

----- Por lo antes referido, la conceptualización del delito de torturas en tanto especial intensidad en el sufrimiento físico o psíquico proferido a la víctima es una cuestión de hecho y Ricardo Rafael Fabi fue considerado coautor de ellas; por lo tanto, se trata de una actuación en hecho propio, en un obrar común y en convergencia intencional, en donde la magnitud, la cantidad, la intensidad y el modo de comisión de los daños en el cuerpo y la salud de Pablo Esteban Torres ponen de manifiesto el conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo, el que solo requiere dolo directo, sin mayores aditamentos subjetivos, con independencia de todo propósito o motivación (D’Alessio, Código Penal. Parte Especial, pág. 310, con cita 606 de Soler, Derecho Penal Argentino, Tº IV, pág. 55, y Creus, Derecho Penal. Parte Especial, Tº I, pág. 330).- - - - -

///62.--15.- Recurso del doctor Crespo en representación de Juan Belmar Serri y de Luis Eduardo Flores:- - - - -

-----15.1.- En primer lugar, trataré la impugnación de la declaración de Jorge Claudio Bravo por cuanto este se encuentra todavía vinculado con la causa dado que no fue sobreseído por lo actuado en el segundo tramo fáctico del hecho, de modo que sería nula su versión por ser imputado.-

----- En lo que interesa, la requisitoria de elevación a juicio -como relato de la materialidad- se encuentra dividida en dos hechos: el primero ocurrido desde que los internos fueron detectados y aprehendidos en su tentativa de evasión, en el sector aulas del establecimiento de ejecución penal y su traslado; el segundo comprensivo de todo lo sucedido en el sector de requisa de dicho establecimiento.-

----- Esta diferenciación se mantuvo en el alegato oral y es acogida por el juzgador, quien sostuvo que la acusación escindió un único hecho en dos tramos y que, toda vez que Jorge Claudio Bravo fue sobreseído por el primero a fs. 287/296, no había inconvenientes procesales para interrogarlo como testigo de ello. En respuesta a similar planteo en el juicio oral, agregó que ante la falta de mérito que registraba en el segundo tramo -lo ocurrido en el sector de requisa- no podría ser interrogado por este, todo lo que se le explicó.- - - - -

----- A ello sumó que -a todo evento- no advertía obstáculo constitucional alguno pues la declaración testimonial no podría utilizarse contra quien la hace en causa propia, con cita de doctrina legal (ver fs. 1170).- - - - -

----- Esta última argumentación permanece incólume, puesto

///63.- que no ha sido atacada con eficacia en el recurso de casación y no es dable hacer lugar a agravios que son mera reiteración de los ya planteados y tratados de modo suficiente en la instancia previa, sin argumentos nuevos que intenten rebatirlos.- - - - -

----- En efecto, según el precedente de este Cuerpo citado, “una declaración prestada bajo juramento de decir verdad no puede volverse en contra de quien la prestó” y “[q]uien declara como testigo bajo juramento en causa propia y luego resulta encausado en el mismo expediente: no puede ser enjuiciado por el delito de falso testimonio toda vez que la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo lo protege (Cf. Fernández del 23 05 50, Cámara del Crimen, fallos VII 179; causa Burkart, idem Trib. 11 06 46, en JA. 1946 III 95)” (ver Se. 53/97 STJRNSP).- - - - -

----- Esta postura fue ratificada por el Superior Tribunal de Justicia, en concordancia con “Juan Esteban Cicciarno (quien) expresa: ‘... Tampoco ofrece hesitaciones el caso de quien miente al declarar como testigo bajo juramento en causa propia y luego resulta encausado en el mismo expediente: no puede ser enjuiciado por el delito de falso testimonio toda vez que la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo lo protege... En este sentido, sólo puede ser considerado «testigo» y por tanto pasible de las penas previstas en el artículo 275 C.P. quien presta declaración en «causa ajena»...’ (ED T° 151 126; ver STJRNSP... Se. 53/97 del 07-05-97), por lo que lo sostenido por R.F.P. no podría traerle perjuicio alguno” (Se. 89/07 STJRNSP).- -

----- Como consecuencia de lo anterior, no puede haber

///64.- perjuicio para Jorge Claudio Bravo por su declaración bajo juramento de decir verdad, entendiendo que aun con la diferenciación de la acusación, lo hacía en causa propia.- - - - -

----- Además de ello, el agravio aparece deducido por quienes no lo representan; entonces en “... cuanto a la nulidad propiciada puesto que R.F.P. habría declarado como testigo en un hecho del que sería partícipe, cabe sostener que es requisito para la admisión del recurso que el agravio se sustente en el interés propio del que impugna, mientras que el defensor recurrente se encuentra legitimado para defender los derechos de R.R.M., por lo que todo cuestionamiento a la violación de garantías constitucionales

respecto de aquél sería bajo la invocación de \derechos de terceros o indirectos y no uno propio. «Es improcedente el recurso extraordinario cuando tiene sustento en el interés de terceros no representados por el recurrente ya que la defensa de sus derechos sólo a ellos les corresponde» (CSJN, «BIDEGAIN», Se. del 04-07-89; ver también... Se. 167/96)\ (ver... Se. 66/02 STJRNSP).- - - - -

----- “A todo evento, aun si atento a la acusación efectivamente aquél se hubiera manifestado en causa propia

-en cualquiera de sus dos versiones-, \... una declaración prestada bajo juramento de decir verdad no puede volverse en contra de quien la prestó (Germán J. B. Campos E.D. T. 151-127...\ (conf. ... Se. 167/96 STJ)” (Se. 89/07 STJRNSP).- - -

----- Por lo demás, nada “... impide la utilización probatoria de la declaración indagatoria incriminante de los consortes de causa, si -como en la especie- el coimputado, aun cuando

///65.- puede no haber sido completamente veraz en relación con sus actos, hace un relato cierto de la conducta del resto de los partícipes (cf. SCBA, P. 34421 S 10 04 90, Juez San M. en AyS 1990 -I- 733)...” (Se. 12/00 STJRNSP).- - - -

----- Así, la cuestión se resuelve conforme con el análisis de la aplicación de la sana crítica racional respecto de la participación de los imputados en el hecho reprochado y el mérito de lo declarado por Jorge Claudio Bravo, en relación con la totalidad de los medios de prueba.- - - - -

-----15.2.- En segundo lugar, abordaré el cuestionamiento referido a la ausencia de precisión y claridad de los actos de tortura que pudieron haber cometido Luis Eduardo Flores y Juan Belmar Serri contra Pablo Esteban Torres y su insuficiencia probatoria.- -

- - - - -

----- La defensa sostiene que el fallo no informa de qué manera y en qué condiciones sus pupilos no cumplieron “con la norma y desarrollaron el acto típico de torturas, pues de la lectura del resolutorio solo se enuncia respecto de Serri que golpeó con una patada -sin aclarar dónde- a la persona que conducía hacia el auto policial que en definitiva depositó a los evadidos en las inmediaciones al ingreso del penal, este golpe fue visto solo por el Sargento Sanchez... El mismo testigo... indicó que... Flores, levantaba de las piernas a un interno y lo golpeó contra el piso, esto en la zona que divide las aulas de la calle interior del penal”. En este sentido, alega que no se acreditan ni el elemento subjetivo del delito ni el objetivo.- - - - -

----- Como reseñé supra, la sentencia condena da Juan Belmar Serri y a Luis Eduardo

Flores como coautores del delito de

///66.- torturas en concurso real con severidades y vejaciones.- - - - -
- - - - -

----- Dada tal calificación, es dable remitirse a lo sostenido en el subpunto 14.5. de mi voto en relación con la doctrina legal que surge de la Sentencia 120/00 STJRNSP, dado que a ninguno de los coimputados le es aplicable el art. 47 del Código Penal.- - - - -
- - - - -

----- Por lo demás, el planteo ni siquiera se atiene a las constancias del expediente, lo que surge de la lectura de la sentencia en relación con la testimonial del Sargento Primero Humberto Sánchez, a lo que se agregan los dichos de la víctima José M. Yáñez y Jorge Claudio Bravo.- - - - -

----- En este sentido, destaco el propio extracto de la declaración que consta en el recurso de casación (“Entre los celadores que golpeaban identificó a SERRI, que de nuevo comenzó a golpear a uno cuando pasaron el alambrado hacia la calle interna, y SÁNCHEZ tuvo que frenarlo”), lo que evidencia que los golpes de Serri en el sector de alambrado fueron una continuidad con otros efectuados antes, en el sector de aulas, más precisamente cuando los sacaban de dicho sector.- - - - -

----- Dijo Sánchez: “estaban con la cabeza tapada y cuando los sacaban de ahí, un grupo de celadores -de gris- empezó a golpear a un detenido que quedó en el piso; se armó un revuelo... soltó al que él llevaba y también a ese le pegaron con patadas y piñas. Mientras les pegaban a los dos internos, estaban presentes el OF. TORRES -que sólo miraba- y el OF. MAGLIONE -que estaba en el grupo y también pegaba-. Entre los celadores que golpeaban identificó a SERRI, que de

///67.- nuevo comenzó a golpear a uno cuando pasaron el alambrado hacia la calle interna... También individualizó a FLORES, quién después de pasar a los internos por el alambrado tomaba a uno de ellos de los piés y lo golpeaba contra el piso”.- - - - -
- - - - -

----- Por lo tanto, se da una reiteración de golpes en convergencia intencional y en una obra única, con dominio del hecho.- - - - -

----- José Manuel Yáñez -víctima del hecho- dijo que les pegaron en el sector de aulas -les saltaban arriba y les daban culatazos- y que los “sacaron a la rastra, por la calle interna de las aulas y hacia el Polideportivo, dándoles patadas y culatazos. Luego llegó un patrullero por la calle interna y los subieron, siempre esposados con las manos a la espalda. Con ellos subió un centinela de cada lado y les pegaban en la cabeza, no sabe

quienes eran, estaba con la cabeza tapada con su propia ropa...”.- - - - -

----- El propio Serri dijo que al patrullero subieron él, los internos y el Cabo Jaque.- - - -

- - - - -

----- En lo que interesa para este punto, el agente Adrián E. Catalán declaró que los internos no ofrecían resistencia en el sector de aulas, que su intención fue esposarlos y que alcanzó a ponerle a uno las esposas en una sola mano y los que venían detrás “lo pasaron a llevar”, lo desplazaron. Este grupo se retiró con los dos internos.- - - - -

----- De modo concordante, el Cabo Jorge C. Bravo relató que “los internos estaban tirados en el piso y al poco rato los vió: los estaban pateando los celadores, MAGLIONE los agredía, el Of. TORRES no hacía nada, sólo gestos... Uno de

///68.- los empleados trató de esposarlos pero no pudo terminar de hacerlo porque vino el grupo de FLORES y SERRI y se lo llevaron por delante; el policía se cayó (era Catalán...) los otros levantaron a los internos y los llevaron hacia el alambrado del Polideportivo. Entre los que pegaban estaban SERRI -de uniforme gris-, MAGLIONE -de uniforme azul y camisa celeste-... y FLORES -de uniforme gris-... la paliza \era muy alevosa, era por demás\... pasaron a uno de los internos que iba con esposas y la cabeza tapada y FLORES le pegó una pasada en las costillas y a la altura de la cabeza, de la cara... Al otro lo estaban pateando SERRI y otro que no está enjuiciado...”.- - - -

- - - - -

----- En cuanto a la calificación de los hechos, me remito a lo sostenido en el subpunto 14.8 y, respecto de la prueba del dolo en el delito de torturas, la remisión es al subpunto 14.9.- - - - -

----- El testimonio de descargo señalado por la defensa -del cabo Garay- no es obstáculo para las conclusiones fácticas resultantes del conjunto probatorio anterior, que tiene mayor fuerza representativa y fue bien abordado por la Cámara, que ha aplicado razones de lógica y experiencia

-otras producto de la inmediatez incontrolables en la instancia de casación, por una imposibilidad de objeto- para aprovechar de las declaraciones “lo que sea aprovechable”, siempre en el entendimiento de la existencia de intereses corporativos del personal involucrado -civil, de muralla o celadores- para lograr la impunidad en un delito cometido contra internos privados de su libertad y cuya seguridad debía ser garantizada por los propios golpeadores.- - - -

///69.-- En conclusión, no hay arbitrariedad de sentencia.-

-----16.- Recurso del doctor Jorge O. Crespo a favor de Marcelo Eduardo Torres:- - - -

-----16.1.- Afectación del principio de congruencia por la imposición de condena por hechos no contenidos en la acusación:-----

----- En este sentido, el letrado de la defensa argumenta que el delito imputado era omisivo (por la posición de garante del imputado), mientras que se lo condenó por un delito activo (co autor de torturas), que requiere la acción del agente para su configuración. Señala que toda la estrategia de la defensa se limitó a responder respecto del tipo omisivo de la acusación.-----

----- En cuanto a las circunstancias procesales útiles para resolver el agravio, como cuestión fáctica o de prueba de los hechos, destaco que desde su alegato en el debate oral el Fiscal de Cámara no pudo asegurar que Torres hubiera golpeado a los internos y solicitó que se lo condenara por el delito “del art. 144 quater incs. 1º y 4º CP, por omitir evitar la comisión del delito de torturas” -omisión de evitar sobre la que la defensa desarrolló su tarea, tal como alega en su recurso- y atento a los considerandos de la sentencia de condena.-----

----- En varios puntos de tales considerandos se advierte dicha circunstancia, para lo que extraigo algunos párrafos demostrativos: en donde “sus pretendidas voces de alto... resultan desvirtuadas por los testimonios de PACHECO y BRAVO”, “todo lo cual fue presenciado por los Oficiales TORRES y MAGLIONE, quienes omitieron hacer cesar la

///70.- violencia consintiendo lo que estaba ocurriendo”, “todo en presencia del Of. TORRES, que no adoptó ninguna acción de evitación”. En el subpunto 14, en el ítem referido a la calificación que corresponde a los hechos acreditados, el a quo expresó: “En el caso específico del Of. TORRES, se ha demostrado la agresión física a ambos internos y en el Of. TORRES -oficial de mayor jerarquía en el penal en ese momento- observaba el suceso a poca distancia, in situ, sin intervenir, cuando hubiera bastado una orden suya y una actitud profesional decidida para evitar los sucesos o impedir su agravamiento. Es decir, tenía dominio de la situación. Por su complacencia con el hecho y por haber permitido que ocurriera, es justo considerar que tomó parte en la ejecución del hecho; es decir: es co-autor (art. 45 CPENAL)”.-----

----- Para dar respuesta al agravio es necesario reseñar in extenso la doctrina legal que rige el caso, que surge de la Sentencia 52/11 citada supra, en la que este Cuerpo sostuvo: “Entrando en el análisis de la situación del imputado A.A., las constancias de la causa dan cuenta de que \aquella noche del 26 y madrugada del 27 de marzo de 2004

se encontraba en funciones como Oficial de Servicio y era el funcionario de mayor rango en ese momento dentro de la Unidad Policial' (fs. 969), por lo que la Cámara argumenta que el hecho de que H. haya sido golpeado y seriamente lesionado entre las 2:30 y las 4:30 hs. 'no pudo ser desconocido por quien en ese momento ostentaba el mando en razón de ser el policía de más alto rango'.- - - - -

----- "El tribunal menciona luego algunas constancias que le

///71.- permitieron llegar a la conclusión de que A.A. estaba en conocimiento de lo que estaba sucediendo esa noche, y que –a pesar de ello- no obró en consecuencia para evitar o detener la golpiza propinada al detenido.- - - -

----- "[...] Esto me lleva a concluir que para ese entonces A. sabía perfectamente que H. estaba seriamente lesionado, sino no se justifica que pidieran la ambulancia. Mas aún luego de que el Dr. Roca lo revisara y le diagnosticara una posible fractura y su derivación al hospital, pone de manifiesto que A.A. consintió todo lo ocurrido. Y afirmo esto porque si A. hubiera desaprobado un obrar violento hacia el detenido, hubiera iniciado de oficio una causa en contra de los policías subalternos, pero nada de esto hizo pese a lo grave de la situación', todo lo cual llevó al juzgador a la conclusión de que 'nada hizo porque lo permitió, lo avaló con su silencio y su omisión. Mal podría haber formado una causa entonces por un hecho que el mismo permitió...' (fs. 970/972).- - - -

----- "De esa manera, queda evidenciada la responsabilidad de A.A. quien, por ser el policía de mayor rango presente en la Comisaría cuando sucedieron los hechos, y según surge de las constancias de la causa reseñadas precedentemente, estuvo en conocimiento de las lesiones sufridas por la víctima, circunstancia que surge indudablemente de los siguientes extremos: vio personalmente a H. dolorido; lo escuchó gritar que los iba a denunciar porque lo habían golpeado; sabía que las lesiones eran graves, dado que desde la Comisaría a su cargo se llamó a la ambulancia en dos oportunidades y finalmente se lo trasladó al Hospital por

///72.- indicación del médico policial. Respecto de este último dato, es decir, el conocimiento de la gravedad de las lesiones, surge además de las declaraciones de T. que, luego de pedida la ambulancia –en la primera oportunidad-, 'el oficial de Servicio fue a buscar al médico policial pero no fue habido', lo cual es conteste con las constancias del parte diario que el propio T. confeccionó, de donde surge que la ambulancia arribó a las 4:35 hs. y se fue a las 4:50 hs. –porque el lesionado se negó a ser trasladado al hospital-, que hasta esa hora 'el médico policial no fue ubicado', y que

este, doctor Roca, recién se hizo presente en la unidad a las 5:20 hs. (conf. fs. 28 y vta.).- - - -

----- “Queda demostrado entonces que la responsabilidad del Oficial de Servicio A.A. por su posición de garante no se fundamenta en una responsabilidad de tipo objetivo, como sería el caso de que solo se tuviera en cuenta para tal reproche el mero hecho de que ostentaba el máximo cargo jerárquico de quienes se encontraban presentes en la Unidad Policial, sino que se le atribuye la responsabilidad de los delitos constatados en virtud del aludido conocimiento que tuvo de todo lo sucedido.- - - - -

----- “Para el reproche de su participación esencial en posición de garante, a lo anterior se suma la inacción constatada ante la evidencia de la golpiza y la posibilidad de que esta continuara, al no haber tomado los recaudos para proteger la integridad física del detenido que se encontraba bajo su guarda, máxime cuando luego de comprobar en forma directa su padecimiento ordenó su traslado al calabozo por parte de sus subordinados, precisamente cuando estos habían

///73.- sido acusados por la víctima de haberlo golpeado. A ese desprecio por la integridad física del detenido se agrega la falta de indagación sobre el origen de las lesiones que padecía, tal como menciona la Cámara al señalar que no inició las actuaciones internas contra sus subalternos.- - - - -

----- “En síntesis, todos los elementos mencionados resultan suficientes para atribuirle responsabilidad a A.A., más allá de la afirmación del Tribunal de origen en cuanto a que debió haber presenciado parte de los golpes propinados a la víctima, al menos al ser trasladado a su celda con motivo de la orden por él impartida en tal sentido”.- - - - -

-

----- “... En virtud de lo expuesto acierta el a quo cuando invoca la doctrina legal sentada por este Superior Tribunal en el fallo 41/08 STJRNSP. Respecto de tal pertinencia, cabe aclarar que, independientemente de las diferencias fácticas que puedan existir entre el presente caso y el que motivó la sentencia aludida, alegadas por la defensa de A.A. (se advierte que en ese supuesto sí se había probado la participación del imputado en la faz ejecutiva de las vejaciones), lo cierto es que en ese precedente –ante la advertencia de disfuncionalidades en la instrucción- se delineó la correcta aplicación de los arts. 45 y siguientes del Código Penal en el marco de organizaciones jerárquicas con unidad de mando, criterios que también son válidos para el supuesto sub examine.- - - - -

----- “En efecto, en el precedente mencionado se trajo a colación la Sentencia 148/06

STJRNSP, que sí se asemeja al reproche efectuado a A.A. en el presente, y se recordó que

///74.- allí \este Cuerpo sostuvo que la atribución de responsabilidad al imputado por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de vejaciones (art. 144 bis inc. 3º C.P.) -se alegaba que éste no había cometido acto vejatorio alguno-, podía «... efectuarse desde dos desarrollos dogmáticos -aunque él, de propia mano, no hubiera proporcionado un trato denigrante, mortificante o agravante, en perjuicio de las víctimas-.- - - - -

----- “\«Ello pues \autor es quien domina el hecho, que retiene en sus manos el curso causal, que puede decidir sobre el si y el como o -más brevemente dicho-, quien puede decidir la configuración central del acontecimiento. De varios concurrentes en un hecho, es autor el que actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con al del autor individual’ (Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, 741), quienes continúan que una de las formas de manifestarse el dominio del hecho es mediante el dominio funcional del hecho, siendo ésta \... la idea central de la coautoría, cuando se presenta en la forma de una división de tareas en la etapa ejecutiva...’. Entonces, habiéndose acreditado que el imputado se encontraba en el preciso lugar y tiempo donde se producían las vejaciones, cabe tenerlo por coautor de la misma, siendo el principal en un orden jerárquico, entre los que actuaban en la etapa ejecutiva del delito.- - - - -

----- “\«Ahora bien -aunque esta hipótesis ya se encuentra descartada por los extremos fácticos establecidos-, al solo efecto de dar una respuesta completa a las inquietudes del señor Defensor corresponde decir que, si el imputado no

///75.- hubiera intervenido en la etapa ejecutiva del delito, de todos modos, atento su posición jerárquica relevante y que no puede alegar desconocimiento de lo que ocurría, sería un cooperador necesario con la agresiones por no evitarlas, debiendo hacerlo, pudiendo hacerlo y encontrándose en posición de garante para ello (art. 45 C.P.).- - - - -

----- “\«Es que, \El funcionario policial que estaba en posición de garante del detenido y permite que otros preventores lo agredan físicamente, incurre en el delito de lesiones por una conducta de comisión por omisión, ya que ha infringido el deber de evitar un resultado dejando de realizar aquello que debía y que le era exigido por el ordenamiento’ (conf. TSEspaña, sala 2º, 1999/11/22, G.G.,M y otro); ver también el comentario de doctrina de dicho fallo, Facundo Luis Capparelli, La imputación jurídico-

penal en el ámbito de los delitos omisivos. La posición de garante del superior jerárquico \vejámenes en dependencia policial\, en LL. t. 200-D, 273 y ss., y la penalidad para el cooperador necesario es idéntica a la del coautor, con lo que de nuevo el planteo del señor Defensor, no puede ser atendido por carecer de efectos prácticos respecto de la sanción a la que se arriba».- - - - -

----- “\Como se advierte, en el supuesto de delitos cometidos en el marco de organizaciones jerarquizadas, más aun en el caso de autos, donde se involucra personal de la Policía de la provincia, regida por las Leyes 1965 y 4200 (de creación del Sistema Provincial de Seguridad Pública), y auxiliar del servicio de justicia, es ineludible realizar el

///76.- abordaje del caso atento a las nociones básicas aquí desarrolladas de modo sumario, para evitar parcializaciones inadecuadas tanto en la faz objetiva como en la subjetiva de la investigación...\’ (el subrayado es mío).- - - - -

----- “Corresponde entonces desestimar el agravio, en tanto tal como argumenta la Cámara- se encuentra acreditado que A.A., dada su posición jerárquica relevante por ser el funcionario policial de mayor rango presente en la Comisaría, tuvo conocimiento de la situación delictiva configurada en autos, por lo que, al no evitar tales agresiones -debiendo y pudiendo hacerlo y encontrándose en posición de garante para ello- prestó a los autores materiales –a la sazón sus subordinados- una cooperación necesaria para cometer el hecho.- - - - -

----- “Por los motivos expuestos, entiendo que cabe confirmar la sentencia puesta en crisis en lo que atañe a la acreditación de la autoría de A.A. –o, más estrictamente, la participación necesaria, que en términos prácticos tiene idéntica pena, según el art. 45 C.P.- en el hecho por el cual ha sido juzgado.- - - - -

----- “[...] En virtud de la íntima relación con lo expuesto en el apartado precedente, considero atinado tratar aquí algunos cuestionamientos a la calificación seleccionada por el juzgador, para luego analizar los elementos ponderados para determinar la autoría de A.I.T.- - - - -

----- “En primer término, como ya ha sido precisado, la participación de A.A. encuentra sustento normativo en el juego armónico de los arts. 144 bis inc. 3 último párrafo en función del art. 142 incs. 1 y 3, 54, 92 en función de los

///77.- arts. 90 y 80 inc. 9 del Código Penal, que contemplan los delitos que se le endilgan, y el art. 45 del mismo ordenamiento, dado que, a pesar de tener pleno conocimiento de lo ocurrido en función de su posición jerárquica, si bien no se

encuentra acreditado que 'tomara parte en la ejecución del hecho', su inacción se tornó indefectiblemente 'una cooperación o auxilio –prestado a los autores- sin los cuales no habría podido cometerse'.

----- “Tales conclusiones sellan la suerte de los planteos esgrimidos por su defensa, uno de los cuales versa sobre la alegada violación al principio de legalidad y afirma que el juzgador estaría aplicando analógicamente la posición de garante que el Código Penal establece en la figura del art. 144 cuarto inc. 1 solo respecto de los supuestos contemplados en el art. 144 tercero. Además, por esas mismas razones –correcta aplicación de los artículos de fondo seleccionados en función de las reglas del 45-, debe desestimarse la crítica relativa a la supuesta vulneración de los principios de congruencia y defensa en juicio, sustentada en que las omisiones por las que se condenó al nombrado resultarían constitutivas del injusto penal contemplado en el art. 249 del código sustantivo, mientras que se lo habría indagado y condenado por vejaciones”.

----- Ahora bien, dicho lo anterior, anoto que en los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, la inactividad equivale a la acción “y el sujeto responde por el resultado, su deber de impedirlo le hace cargar con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico” (Rafecas, “Omisión y posición de garante en los delitos de ///78.- imposición de apremios ilegales y de tortura en el Código Penal Argentino”, en LL. 1999-B, 605), por lo cual no advierto violación al principio de congruencia -como mutación fáctica- en la tarea de subsumir omisiones que provocan comisiones de quienes tienen el rol de garantes, en tipos legales que sancionan conductas comisivas -estrictamente el art. 144 tercero 1º C.P.-. Se trata de la simple aplicación de la clasificación de los tipos omisivos, conforme su estructura (Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal. Parte General, pág. 547), a los hechos reprochados y acreditados, lo que no puede ocasionar lesión al principio de congruencia ni al derecho de defensa.

----- Arribado a este punto, es necesario realizar dos aclaraciones:

-----i) La comisión del delito de torturas por omitir su evitación tiene recepción plena en el art. 144 quater inc. 1º del Código Penal, con una marcada diferenciación punitiva con el 144 ter inc. 1º, por lo que es necesario justificar la selección de uno por sobre el otro.

----- Respecto del art. 144 cuarto inc. 1º, Estrella y Godoy Lemos, en Código Penal. Parte Especial (Tº 2, pág. 135), dicen: “Es delito doloso el que consiste en el

conocimiento de la existencia de persona detenida a la que se le impondrá o se le está imponiendo tortura y en la voluntad de omitir las acciones que podrían haberla evitado o hacerla cesar. Pero si esta omisión responde al dirigido propósito de posibilitar o facilitar la tortura, estaría prestando al autor material de la misma una ayuda sin la cual el hecho no se podría haber cometido, por lo que en tal supuesto su

///79.- responsabilidad se resolverá por los principios comunes de la participación en el delito más grave de imposición de torturas (arts. 144 tercero, inc. 1º del Cód. Penal).- -

----- En el sub exámine, este propósito dirigido se encuentra acreditado a partir de múltiples pruebas indiciarias dadas porque la golpiza fue diferenciada entre ambos internos -por tanto respondían a una razón específi-ca-, tuvo determinada prolongación en el tiempo, también fue secuenciada -comienzo, traslado y fin en otro sector-; respondía a la idea de “darles masa” a los que habían intentado fugarse, con particular ahínco y ferocidad hacia quien lo había intentado varias veces. La golpiza -en su desorden- no fue casual y la omisión de quienes debían evitarla fue para facilitar o posibilitar -como cuestión de hecho- el escarmiento. Por tanto, el tipo legal adecuado era el del art. 144 tercero del Código Penal.- - - - -

-----ii) Como segunda aclaración, digo que de acuerdo con la doctrina legal arriba citada -me refiero a la Sentencia 52/11- y la doctrina concordante de Estrella y Godoy Lemos (en tal supuesto, la responsabilidad se resolverá por los principios comunes de la participación en el delito más grave de imposición de torturas -arts. 144 ter inc. 1º C. P.-), tanto Marcelo Eduardo Torres y -adelanto- Denis Ariel Maglione no son sus coautores, sino partícipes necesarios (art. 45 C.P.), ítem que deberá revisarse en la sentencia, dada la inobservancia de la ley sustantiva.- - - - -

----- Se trata de un error en la subsunción jurídica de los hechos, que cabe solucionar en esta instancia de casación.-

///80.-- Entonces, la existencia del art. 144 cuarto del Código Penal no obsta a que el omitente sea responsabilizado como partícipe del delito de tortura previsto por el art. 144 tercero, en atención a las cuestiones de hecho mencionadas supra.- - - - -

----- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al agravio, toda vez que, si bien este no es admitido en los términos propuestos a discusión, sí permite advertir una inobservancia de la ley sustantiva, y en consecuencia revocar parcialmente el punto primero de la parte resolutive de la sentencia 68/10 del a quo y

condenar a Marcelo Eduardo Torres, de circunstancias personales obrantes en autos, como partícipe necesario del delito de imposición de torturas (art. 144 ter inc. 1º C.P.), cuya víctima es Pablo Torres, en concurso real con severidades y vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc 3º C.P.), cuya víctima es José M. Yáñez.- - - - -

----- El monto de la pena impuesta debe mantenerse, dado que el art. 45 del Código Penal las iguala y no veo circunstancias para morigerar aún mas una pena ya cercana al mínimo previsto por la escala, en un hecho de la gravedad que se acredita.- - - - -

-----16.2.- Insuficiencia probatoria para condenar a Marcelo Eduardo Torres:- - - - -

----- La defensa hace referencia a la omisión en la consideración de prueba relevante de descargo y a la arbitrariedad consistente en haberla apreciado de modo parcial y no en su conjunto.- - - - -

----- En este punto me remito sin más a las consideraciones

///81.- efectuadas por la señora Fiscal General subrogante en su escrito de contestación del recurso de casación, subpunto IV.3) Tercer Agravio.- - - - -

----- Se encuentra demostrado que el imputado estuvo en ambos sectores donde se efectuaron las golpizas -estas fueron de magnitud, evidentes, involucraron a varios actores y tuvieron determinado desarrollo temporal-, por lo que tomó conocimiento de ellas y no hizo nada para impedir las, cuando era competente para ello.- - - - -

-----17.- Recurso del doctor Fernando Héctor Bajos a favor de Denis Ariel Maglione:- - - - -

----- La Cámara Primera en lo Criminal de General Roca condenó a Denis Ariel Maglione como co-autor del delito de torturas (art. 144 ter inc. 1º C.P.), en relación con la víctima Pablo Torres, en concurso real con severidades y vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º C.P.), cuya víctima es José M. Yáñez.- - - - -

----- El a quo tuvo por acreditado que Denis Ariel Maglione, a diferencia de Marcelo Eduardo Torres, fue protagonista activo de la golpiza, pero sostuvo que debía atenerse a los hechos de la requisitoria fiscal de elevación a juicio

-haber estado presente, en forma complaciente-, por lo que se limitó a los fines de la calificación jurídica (fs. 1181).- - - - -

----- Esto es del todo evidente en el “Hecho Probado” de fs. 1171 y ss., donde ha asimilado la responsabilidad de ambos en tanto “omitieron hacer cesar la violencia

consintiendo lo que estaba ocurriendo”. La falta de recurso fiscal respecto de este ítem impide todo ejercicio jurisdiccional de este

///82.- Cuerpo al respecto, así como de la consideración jurídica de la frase, también atribuida al imputado, de que ya caminando desde el portón hacia la Guardia dijo a otro personal penitenciario o a cargo de la custodia del lugar. “Ya están detenidos, ingresen a darles masa si quieren”. Luego de ello sucedió la golpiza en la zona de requisa, tal como dije varias veces supra.- - - - -

----- Por lo tanto, con tales limitaciones es aprovechable al imputado todo lo sostenido en el subpunto 16.1 en relación con Marcelo Eduardo Torres.- - - - -

----- El Tribunal de grado inferior cometió un error en la aplicación de la ley sustantiva y el delito de comisión por omisión establecido debe ser subsumido en el art. 144 ter inc. 1º del código de fondo, pero en el rol de copartícipe necesario Por lo tanto, propicio revocar de oficio de modo parcial el punto segundo de la parte resolutive de la Sentencia 68/10 y condenar a Denis Ariel Maglione, de circunstancias personales obrantes en autos, como copartícipe necesario del delito de imposición de torturas (arts. 45 y 144 ter inc. 1º C.P.), cuya víctima es Pablo Torres, en concurso real con severidades y vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º C.P.), cuya víctima es José M. Yáñez.- - - - -

----- Al igual que en el caso anterior, por similares fundamentos, las penas impuestas deben mantenerse.- - - - -

-----17.1.- Ausencia de pruebas en cuanto a la presencia de Denis Ariel Maglione en el sector de requisas:- - - - -

----- En su recurso de casación, la defensa se agravia pues de la prueba que reseña surgiría que “su defendido no estaba

///83.- en la sala de requisa mientras se producía la ‘feroz golpiza’ a que hiciera referencia un testigo, pues ingresa a la sala 15 o 20 minutos después, cuando ya los ánimos se habían calmado y casi simultáneamente con la llegada del médico...”.- - - - -

----- Destaco que en el “Hecho Probado”, diferenciado en dos tramos, el Tribunal tuvo por acreditada la presencia del Oficial Ayudante Denis Ariel Maglione en el sector de aulas, donde omitió junto a Marcelo Eduardo Torres hacer cesar la violencia, consintiendo lo que estaba ocurriendo. Por lo tanto, el agravio no se atiene a las constancias de la sentencia.- - - - -

-----17.2.- Arbitrariedad de la prueba, ponderación de los testimonios:- - - - -

- - - - -

----- La defensa dice que se dio preferencia a dos declaraciones -las del Suboficial Pacheco y del Cabo Bravo- por sobre cinco testimonios -Serri, Flores, Entraigas, Torino y Garay-, que refirieron haber escuchado a su pupilo decir “basta, basta”, “paren de golpear”, “ya está terminado”.- - - - -

----- El agravio no presenta una crítica concreta y razonada de lo resuelto, toda vez que ya desde el tratamiento de la prueba para desestimar la hipótesis de la defensa expuesta en su declaración indagatoria, “su pretendida ajenidad a las agresiones y sus voces de alto resultan desvirtuadas por los testimonios de PACHECO y BRAVO. En todo caso, si fuera cierto que en algún momento gritó: ‘Basta, basta’ (v. decl. de SERRI; decl de FLORES; decl. de ENTRAIGAS; test. BRAVO y test. TORINO), ello habría ocurrido después de que se

///84.- consumó el ataque en el sector de aulas y del cual él mismo participara” (el subrayado es mío).- - - - -

----- Por lo tanto, el a quo ha dado cuenta de lo sostenido cuya omisión de ponderación invoca la defensa, sin otras aclaraciones que su mención, y refiere la eventual frase tendiente a evitar las torturas, severidades y vejaciones a un momento posterior a la comisión de la golpiza, por lo que resultaría -de haber existido- irrelevante para los fines de la calificación a la que se arribó.- - - - - En tales condiciones, este segundo agravio tampoco supone una crítica concreta y razonada de lo decidido, por lo que es aplicación al caso la Sentencia 27/09 STJRNSP citada supra, en cuanto a que aquella es una exigencia formal del recurso de casación, aun en su interpretación amplia. Por ello, el cuestionamiento debe ser rechazado.- -

-----18.- En síntesis propongo al Acuerdo: i) rechazar el recurso de casación deducido por el doctor Oscar Raúl Pandolfi a favor de Ricardo Rafael Fabi; ii) rechazar el recurso de casación deducido por el doctor Jorge O. Crespo a favor de Juan B. Serri y Luis Flores; iii) rechazar parcialmente el recurso de casación deducido por el doctor Jorge O. Crespo en representación de Marcelo Eduardo Torres, revocar de modo parcial el punto primero de la parte resolutive de la Sentencia 68/10 y condenar al imputado como copartícipe necesario de los delitos de imposición de torturas (art. 144 ter inc. 1º C.P.) en concurso real con severidades y vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º C.P.), y iv) rechazar el recurso de casación deducido por el doctor Fernando H. Bajos en defensa de Denis Ariel Maglione

///85.- y de oficio, en atención a lo propuesto en relación con Marcelo Eduardo Torres,

revocar parcialmente el punto segundo de la parte resolutive de la sentencia de Cámara y condenar a Maglione como copartícipe necesario de los delitos de imposición de torturas (art. 144 ter inc. 1º C.P.) en concurso real con severidades y vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º CP).- - - - -

-----19.- Tal como he sostenido supra y en conformidad con la doctrina legal mencionada, debe ser analizada en su faz funcional la actividad del señor Fiscal de Cámara al no acusar en el debate oral por el tramo fáctico vinculado con la muerte de Pablo Esteban Torres, cuando es esta la consecuencia más gravosa de los hechos reprochados.- - - - -

----- En atención a tal doctrina legal, no quedan dudas de que la muerte fue en ocasión de las golpizas y que estas se cometieron en coautoría y coparticipación, por lo que también propicio al Acuerdo se envíe al señor Auditor del Poder Judicial copia certificada de esta sentencia, para que realice la investigación correspondiente sobre lo sucedido.-

-----20.- Finalmente, y atento a lo dispuesto en el art. 16 de la Constitución Provincial, propongo que se oficie al Ministerio de Gobierno para que informe a este Cuerpo acerca del resultado de la investigación administrativa y de las resoluciones que hayan recaído respecto de los hechos aquí juzgados. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - -

----- Llega a mi voto la causa del Expte 24805/2010 Sec. 2 (STJ) con la ponencia del distinguido colega preopinante doctor VÍCTOR HUGO SODERO NIEVAS, a la que adhiero con los

///86.- alcances que mas adelante describo. Doy fundamentos.- - - - -
- - - - -

-----1.- Hechos acreditados (ver subpunto 28 de la sentencia en tratamiento, fs. 1471):- -
- - - - -

-----1.1.- Descripción: La Cámara Primera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial con asiento en GENERAL ROCA tiene por acreditado un solo hecho, diferenciado en dos tramos; uno lo ocurrido en el sector de “aulas” y el otro, lo que sucedió en el sector de “requisas”.- - - - -

----- En síntesis, respecto del referido primer tramo, se origina en un intento de fuga, de dos condenados –PABLO ESTEBAN TORRES y JOSÉ MANUEL YAÑEZ- internos del Establecimiento de Ejecución Penal Nº 2 también de GENERAL ROCA, ocurrido el día lunes 20 de octubre de 2008, a las 22:55 horas. El personal de consigna apostado en

las murallas advierte dicho intento, lo evitan e ingresan al sector de “aulas” de ese establecimiento para iniciar el rastrillaje. Mientras tanto se acerca el oficial de mayor jerarquía que revistaba en el mismo en ese momento Of. MARCELO EDUARDO TORRES, junto con el Of. Ayudante DENIS ARIEL MAGLIONE, al mando de un número indeterminado de celadores, entre los que se encontraban los Agentes Penitenciarios LUIS EDUARDO FLORES, PEDRO MARCELO ENTRAIGAS y JUAN BELMAR SERRI. Los referidos internos fueron aprehendidos por el personal de murallas y pasaron a manos de los celadores. Ahí, ya reducidos en el piso, con las cabezas cubiertas por sus prendas y esposados por la espalda, fueron golpeados con patadas, trompadas y saltos sobre sus cuerpos, por los Agentes SERRI y FLORES; todo ello

///87.- fue presenciado por los Oficiales TORRES y MAGLIONE, quienes en ejercicio de sus atribuciones de superiores omitieron hacer cesar la violencia consintiendo en los hechos lo que estaba ocurriendo.-----

----- En un segundo tramo -en el sector de “requisas”- al que habían sido trasladados, los mencionados internos fueron arrojados nuevamente contra el piso, con sus cabezas cubiertas y esposados por la espalda, continuando SERRI, FLORES y varios funcionarios más las agresiones con puntapiés en sus cabezas y cuerpos, saltándoles encima. A continuación se presentó el Cabo FABI, permaneciendo aún ambos internos esposados por la espalda y de cara al piso y, bajo tales condiciones, asimismo saltó sobre la cabeza del interno TORRES y la espalda de YÁÑEZ y -con un pie en el cuerpo de cada uno- saltó sobre ellos en repetidas ocasiones, para luego retirarse del lugar; todo también en presencia del Of. TORRES, que no adoptó ninguna acción de evitación. Inmediatamente después de ello, el interno TORRES comenzó a respirar con gran dificultad y asimismo comenzó a manar sangre de su cabeza, ante lo que fue derivado el hospital local, donde falleció a las 17,25 horas del día siguiente.-----

-----2.- Condenas: En función de tales hechos acreditados el “a quo” mediante sentencia 68, del 14 de junio de 2010, resuelve -en lo pertinente- condenar a MARCELO EDUARDO TORRES y RICARDO RAFAEL FABI a la pena de NUEVE AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN, con más inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias del art. 12 CP y costas, por ser co-autores de Torturas (art. 144 ter, inc. 1º, del CPENAL;

///88.- víctima PABLO ESTEBAN TORRES) en concurso real con Severidades y Vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º del CPENAL; víctima JOSÉ M. YÁÑEZ).

También condena a DENIS ARIEL MAGLIONE, JUAN BELMAR SERRI y LUIS EDUARDO FLORES a la pena de OCHO AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN, con más inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias del art. 12 CP y costas, por ser coautores de Torturas (art. 144 ter, inc. 1º, del CPENAL; víctima PABLO ESTEBAN TORRES) en concurso real con Severidades y Vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º del CPENAL; víctima JOSÉ M. YÁÑEZ). Asimismo, absuelve a PEDRO MARCELO ENTRAIGAS de los delitos por los cuales venía acusado.- Sin costas, salvo los honorarios de su letrado particular, que serán a su cargo.-

-----3.- Muerte de uno de los internos: Reseñado lo anterior y como punto inicial a lo que creo imprescindible referirme, anoto que los hechos acreditados han sido cometidos por varios agentes de las fuerzas de seguridad de la Provincia, comprendidos en el sistema de la Ley S 4200, o sea subordinados de la Policía y del S.P.P. (Servicio Penitenciario Provincial), en coautoría y coparticipación y, por tanto, convergiendo intencionalmente en una obra común que tuvo como principal consecuencia la muerte del interno PABLO ESTEBAN TORRES.- - - - -

----- Según lo advierte el Juez de primer voto de la sentencia en crisis, pese a la acreditación de tales extremos fácticos según indico “infra”, dicha muerte (ver fs. 188/192, 896/898 y 1173), hasta aquí está impune.- - - -

----- La prohibición de la “reformatio in pejus”, en atención a que la totalidad de los recursos analizados son

///89.- interpuestos por las defensas de lo imputados, impide que tal impunidad pueda ser revertida en esta causa por este Superior Tribunal de Justicia atento a que aquellos, o sea los casacionistas, no pueden quedar en peor situación procesal a la de su deducción.- - - - -

----- Sí, ante la gravedad institucional y humana de lo sucedido, y lo disvalioso de la situación advertida, lo ocurrido debe dilucidarse en la faz disciplinaria por eventuales errores de funcionamiento de los responsables de la acusación, a cargo de los representantes del Ministerio Público Fiscal.- - - - -

----- En este sentido es adecuada la cita de la doctrina legal de este Cuerpo, señalada por el voto ponente, que es demostrativa de que la muerte fue en ocasión de las torturas padecidas por la víctima, por lo que a mi criterio siguiendo nuestra jurisprudencia no resulta entendible la postura del Fiscal de Cámara en el curso del debate (ver Se. 59/10 y 160/09 STJRNSP).- - - - -

----- Más aún cuando el mismo Fiscal de Cámara expresa a los imputados: “Todos Uds.

lo mataron”, con una equivocada cita de una causa en donde se investigaba una muerte producto de la violación del deber de cuidado de los imputados.- - - -

----- Además, toda vez que –reitero- no advierto cómo podría negarse que la muerte fue ocasionada por las golpizas, dada la constatación a que remite la sentencia sobre el resultado de las agresiones descriptas:- - - - -

-----a) En la autopsia de fs. 188/192, que en lo que interesa, concluyó que PABLO ESTEBAN TORRES falleció por “hematoma subdural y edema cerebral, producido por ///90.- traumatismo cerrado de cráneo”.- - - - -

-----b) En su ampliación de fs. 896/898, que deja constancia de que existió un hemotórax en pulmón derecho, posiblemente por traumatismo torácico con fractura del noveno arco costal derecho, con una hemorragia de más de 2000 cm³, grave, que puede causar choque hipovolémico o anemia aguda, y también la muerte.- - - - -
- - - - -

-----c) Y al detallar a fs. 1173 de un modo específico, la totalidad de los daños en el cuerpo y la salud provocados al fallecido PABLO ESTEBAN TORRES.- - - - -
- - - - -

----- Por lo tanto, el retiro de la acusación del Ministerio Público Fiscal en relación con el tramo fáctico vinculado con la muerte del interno, producto de la golpiza recibida tanto en el sector de “aulas”, su traslado hasta el vehículo policial y luego también en el otro sector de “requisas”, tuvo opinión en contrario de los señores Jueces de Cámara, según consta a fs. 1180 y debe ser analizado aparte desde su advertida eventual disfuncionalidad, o mal desempeño, para deslindar la responsabilidad del o los representantes del Organismo de los arts. 215 y cc de la C.P. y los arts 14 a 19 y ss. de la Ley K 4199.- - - - -

-----4.- En cuanto al Recurso Extraordinario de Casación en favor de Ricardo Rafael Fabi: Sostengo:- - - - -

-----4.1.- El agravio referido a la eficacia de la investigación prevencional e instructoria no puede prosperar pues el resultado de la sentencia de condena es un indicador razonable de que la dirección de la investigación a cargo del Juez de Instrucción permitió superar las objeciones señaladas, o sea, la intervención en la investigación ///91.- sumaria de los propios funcionarios del establecimiento carcelario.- - - - -
- - - - -

-----4.2.- La recusación deducida respecto de los sentenciantes ni siquiera se atiene a las constancias el expediente.- - - - -

-----4.3.- El desglose de la pericia de parte, además de ser procesalmente ajustado a derecho, no tuvo consecuencias perjudiciales para el imputado puesto que este tendía a cuestionar la causalidad de la muerte, cuando -como fue dicho “supra”- esta no es parte de la acusación final, ni de la condena. Destaco que conforme el informe médico forense de fs. 896/898 es indudable que la muerte de PABLO ESTEBAN TORRES fue ocasionada por la golpiza sufrida con anterioridad. Así, me remito a la doctrina legal que surge de los precedentes Se. 160/09 y 59/10 STJRNSP.- - - - -

-----4.4.- Respecto de la ausencia de valoración de la muerte de PABLO ESTEBAN TORRES, son aplicables las mismas consideraciones.- - - - -

-----4.5.- La requisitoria es precisa respecto de las circunstancias de tiempo y lugar y los hechos reprochados al imputado, conforme la Se. 196/09 STJRNSP, entre otras. No obstante ello, es aplicable al caso la doctrina legal de otro precedente (Se. 120/00 STRJNSP), al no darse ningún exceso o desborde (art. 47 CP.).- - - - -

-----4.6.- No advierto modificación alguna de los hechos acreditados respecto de los de la acusación, salvo la temática de la muerte en ocasión de las torturas, aspecto que como se dijo no es perjudicial para el imputado; por lo demás, la determinación de si la especial intensidad de las

///92.- golpizas constituye torturas es una cuestión de hecho sobre la que solo resta coincidir atento a las particularidades de aquella: su extensión, intensidad, pluridañosidad, etc.- - - - -

-----4.7.- La prueba testimonial reseñada por el voto ponente proporciona razón suficiente para determinar la coautoría de RICARDO RAFAEL FABI en los hechos que le fueron reprochados y de los que resultó la condena de la que se agravia.- - - - -
- - - - -

-----4.8.- La calificación de los hechos cometidos contra PABLO ESTEBAN TORRES respecto del distingo entre severidades o vejaciones con el delito de torturas es técnicamente adecuada.- - - - -

-----4.9.- Lo mismo en cuanto a la demostración del “dolo directo” para golpear.- - - - -
- - - - -

-----5.- Respecto del Recurso Extraordinario de Casación en favor de Juan Belmar Serri y de Luis Eduardo Flores: Sostengo:- - - - -

-----5.1.- No es impugnabile la declaración de JORGE CLAUDIO BRAVO, pues aparece invocando los derechos de un tercero, a quien no puede afectar lo manifestado en causa eventualmente propia (ver Se. 89/07 STJRNSP). Por lo demás, en una

interpretación por analogía, este Cuerpo también ha aceptado merituar las declaraciones de los coimputados entre sí, por tanto la cuestión se resuelve en el marco de la aplicación de la sana crítica racional.- - - - -

-----5.2.- Acerca de la falta de precisión y claridad de los actos de tortura que pudieron haber cometido FLORES y SERRI, como sostiene el doctor VÍCTOR HUGO SODERO NIEVAS, los

///93.- agravios no se atienen a las constancias del expediente, además de serles estrictamente aplicable al doctrina legal del precedente Se. 120/00 SJTRNSP por tratarse de un hecho en coautoría, no siéndoles aplicables el art. 47 del Código Penal.- - - - -

-----5.3.- Los hechos fueron correctamente calificados como torturas y el dolo se encuentra acreditado.- - - - -

-----6.- En relación con el Recurso Extraordinario de Casación en favor de Marcelo Eduardo Torres: Sostengo:- - -

-----6.1.- No hay violación al principio de congruencia pues no se advierte modificación de los hechos reprochados y luego acreditados. La subsunción en el art. 144 tercero, 1), del Código Penal, pese al reproche del conductas omisivas, se encuentra correctamente tratada en el voto ponente y remite a la utilización de los delitos de comisión por omisión.- - - - -

-----6.2.- Coincido también en los fundamentos para seleccionar dicha norma y no el art. 144 cuarto, 1), del Código Penal, en tanto los hechos acreditados permiten establecer que la omisión de detener las torturas tuvo el propósito de facilitarla. En este punto también considero que MARCELO EDUARDO TORRES y DENIS ARIEL MAGLIONE, al encontrarse en posición de garantes, son partícipes necesarios del hecho cometido por los coautores (ver Se. 52/11 STJRNSP). La sentencia amerita un ajuste en este punto, no así la pena resultante, todo en adhesión a lo ya sostenido.- - - - -

-----6.3.- En contrario de lo sostenido por la defensa, se acredita que el imputado (MARCELO EDUARDO TORRES) estuvo

///94.- tanto en los dos sectores de la golpiza, las conoció y no hizo nada para impedir las, favoreciéndolas para provocar un escarmiento en quienes intentaban fugarse; a uno de ellos, con tolerancia de particular intensidad por haberlo ya intentado en reiteradas oportunidades. La diferencia no fue azarosa.- - - - -

-----7.- Sobre el Recurso Extraordinario de Casación a favor de Denis Ariel Maglione:

Sostengo:- - - - -

-----7.1.- Resulta aplicable a DENIS ARIEL MAGLIONE todo lo dicho respecto del otro copartípe necesario del delito de imposición de torturas, pese a que se encuentra acreditado que este participó directamente con una conducta comisiva. Adhiero a la revocación parcial de la sentencia y al mantenimiento de las penas impuestas.- - - - -

- - - - -

-----7.2.- La prueba testimonial permite acreditar dicha coparticipación en el sector de “aulas” donde se dio inicio a la golpiza.- - - - -

-----8.- Conclusiones:- - - - -

-----8.1.- Adhesión al ponente: Por los motivos que anteceden adhiero al voto ponente, tanto en el rechazo total de los recursos de los defensores doctores Oscar Raúl Pandolfi y Jorge O. Crespo (en su defensa de SERRI y FLORES); el rechazo parcial del deducido por este último en favor de TORRES; el rechazo total del recurso deducido por el doctor Fernando H. Bajos en favor de MAGLIONE, con la revocación de oficio del punto en que lo condena como coautor, pues era partípe necesario.- - - - -

-----8.2.- Auditoria Judicial General del Poder Judicial: Concuero con la remisión de una copia certificada de esta

///95.- sentencia al Auditor Judicial General del Poder Judicial, con los fines ya explicitados, o sea, las disfuncionalidades, o eventual mal desempeño, que se advierten en el cumplimiento de responsabilidades institucionales y legales por la representación del Ministerio Público Fiscal. Pondero propicia la oportunidad para ampliar consideraciones en orden a los arts 55 a 60 de la Ley K 4199, ya que la misma naturaleza vertical del indicado Ministerio hace necesario que, en observancia de la letra y el espíritu del art. 56 de dicha norma orgánica, haga de toda conveniencia que, sin anticipar opinión sobre el fondo del asunto, quien conozca “ab initio” sea el ámbito del Consejo de la Magistratura según la Ley K 2434, por exorbitar el propio de las atribuciones menores que en cuestiones disciplinarias se asignan al Procurador General, ya que claramente surge en términos objetivos que presuntamente hay una muerte impune que resultó de los hechos que se juzgan.- - - - -

-----8.3.- Auditoría General de Asuntos Internos de la Secretaría de Seguridad y Justicia de la Provincia: Asimismo, corresponde que se verifique la concurrente operatividad de los arts. 26, 27 y cc. de la Ley S 4200, oficiando con envío de copia certificada del presente fallo a la Auditoría General de Asuntos Internos de la Secretaría de Seguridad y Justicia de la Provincia, dependiente del Poder Ejecutivo Provincial. Resulta evidente

en el devenir de los hechos y la sustanciación de la causa, que han existido graves abusos funcionales con violación de derechos humanos por parte de los involucrados miembros de las

///96.- fuerzas de seguridad de la Provincia que han sido juzgados en autos, obrando con crueldad, falta de profesionalidad y debido control de los superiores.- - - -

-----8.4.- Rol del Ministerio Público Fiscal: Además de las antes referidas negligencias y/u omisiones que surgirían de la criticada actuación la representación del Ministerio Público Fiscal, corresponde especificar que crecientemente el derecho de convencionalidad, la voluntad del constituyente en 1988 y 1994 y los propósitos del legislador, principalmente con la Ley K 4199 y la transformadora reforma en curso del Código Procesal Penal, le asignan un rol cada vez más activo y protagónico en la persecución del delito, del que se esperan con urgencia mayor celo, eficiencia y eficacia; con mejores resultados, no solo en función de la política criminal del Estado y el interés público o general, sino en cada caso en que puntualmente se pone el sistema penal en funcionamiento. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - -

----- Pese a que la concordancia existente en el contenido de los votos de mis colegas que me preceden posibilitaría la abstención del suscripto, estimo necesario efectuar algunas consideraciones.- - - - -

----- Ello en virtud de que del análisis de la causa, y por ende de la sentencia, advierto que la circunstancia de que un aspecto de capital importancia del hecho criminal que motivó estas actuaciones, como es el resultado muerte de la víctima Pablo Torres, no haya sido contemplado en la calificación y la consiguiente pena impuesta a los

///97.- imputados, aun en contradicción con las pruebas acumuladas en el proceso, no solo es producto de las disfuncionalidades en la actuación del Ministerio Público Fiscal a las que aludieron mis colegas, sino que también deja entrever una cuestionable labor por parte del juzgador. En otras palabras, a mi entender, si se hubiera resuelto la cuestión conforme a derecho otro habría sido el resultado de la sentencia.- - - - -

- - - - -

----- Para dar sustento a lo expuesto transcribo la parte pertinente de la sentencia (fs. 1180, punto 10, segundo párrafo) donde el señor Juez de Cámara que vota en primer término sostiene: "... Discrepo con el parecer del Ministerio Público Fiscal – Parecía razonable excluir la figura del art. 144 ter inc., 2ª CP si no se pudo individualizar un autor preterintencional, pero siempre se podía ampliar la acusación para concursar con

una co-autoría en homicidio simple a título de dolo eventual (art. 45 y 79 CP).- Si esto no se comparte, era factible reducir la acusación para concursar con la figura –quizás más adecuada- de homicidio en agresión (art. 95 CP).- Puesto que el homicidio ha de quedar excluido de esta Sentencia, es todo lo que diré sobre el particular...”.- - - - -

----- A ello se suma que dicho magistrado, al abordar la tercera cuestión, había comenzado su voto con la siguiente manifestación: “Siguiendo la propuesta del Ministerio Fiscal, de englobar todo el suceso en un solo hecho (aunque en dos tramos diferenciados)...” (conf. fs. 1173).- - - - -

----- Los dos aspectos del fallo que he citado demuestran la disfuncionalidad del Tribunal de juicio –que, reitero, se

///98.- suma a la del Ministerio Público-, por cuanto si se está en presencia de un solo hecho, el Tribunal, con independencia de la calificación y la pena propuestas por el Ministerio Público Fiscal en la discusión final y por aplicación del art. 377 del Código Procesal Penal, no puede soslayar –como lo hizo- el resultado muerte, toda vez que la norma referida lo autoriza a darle a la conducta delictiva analizada una calificación jurídica diferente de la requerida por el Ministerio Público, y puede incluso aplicar penas más graves.- - - - -

----- Cabe aclarar que no se encuentran comprometidos de ninguna manera el derecho de defensa en juicio, el principio de congruencia ni las reglas del debido proceso legal, toda vez que el hecho -incluido el resultado muerte-, ya se conocía al momento de la declaración indagatoria de los respectivos imputados, al dictar el auto de procesamiento de éstos y así se requerimiento fiscal de elevación a juicio.-

----- El fundamento legal de lo expuesto reside en que se trata en definitiva de una cuestión de derecho y se encuentra dentro de las facultades del juzgador calificar los hechos, sin modificar la plataforma fáctica, de manera independiente de la postura esgrimida por la defensa técnica de los imputados o de los argumentos del Ministerio Público. Muy distinto sería el caso de que el hecho delictivo hubiera tenido una variación con respecto al intimado al momento de ejercer la defensa material –declaración indagatoria-, en el procesamiento y en la requisitoria de remisión a juicio.-

-

----- Lo expuesto me lleva a sostener también, como ya lo adelanté, que tampoco se encuentra comprometido el principio

///99.- de congruencia que, junto con el principio de bilateralidad e igualdad, son pilares

del debido proceso legal.- - - - -

----- Al respecto existe reiterada doctrina legal de este Cuerpo en cuanto a que "... cabe decir que yerra la defensa al momento de esbozar que la sanción [y en el caso la calificación] pedida por el Fiscal impondría el límite de pena aplicable. Así, una vez sostenida la acusación, impulso jurisdiccional que está en manos del Ministerio Público Fiscal, queda el sentenciante con las facultades propias que el código de rito ha reservado al tribunal de mérito, sobre las cuales tiene dicho este Superior Tribunal: \"Aunque la acusación, según ya vimos, debe contener tanto la enunciación del hecho imputado como la pretendida calificación legal, para individualizar la imputación y facilitar la defensa (lo que no puede negarse), basta que la correlación aludida verse sobre el hecho, de modo que el Tribunal de sentencia tiene libertad para elegir la norma que considera aplicable al caso. Si ese Tribunal estuviera vinculado a la calificación legal que propugna el actor, si debiera limitarse a aceptar o rechazar en la sentencia la pretensión represiva tal como fue formulada por el acusador, la función jurisdiccional sufriría un menoscabo que en realidad no impone el derecho de defensa. Como bien se ha dicho, el Tribunal no juzga sobre la corrección del juicio jurídico-penal del acusador, sino sobre el hecho que el mismo atribuye al imputado» (conf. STJ in re «SOTO», Se. 162/93, con cita de Vélez Mariconde)\" (Se. 43/01 y 52/11 STJRNSP, entre muchas otras).- - - - -

///100.-- En conclusión, reitero, nos encontramos frente a una gravísima disfuncionalidad en la actuación de la Cámara, que debió incluir en su análisis el resultado muerte a pesar de que el Ministerio Público haya soslayado en el alegato de la discusión final dicho aspecto fáctico, que estaba comprobado fehacientemente en el trámite de la causa. Tal inclusión se imponía, en virtud de que la muerte de la víctima se encuentra conectada con la acción criminosa que señaló el Fiscal de Cámara y que formaba parte de un solo hecho, como expresamente reconoció el juzgador, adhiriéndose a la posición del Ministerio Público. Existe, y no cabe duda, nexo causal del resultado muerte con el comportamiento disvalioso que se adjudica a los imputados en el alegato final del señor Fiscal de Cámara.- - - - -

----- Por otra parte, discrepo con el argumento de la Cámara transcripto precedentemente, en el sentido de excluir la aplicación de la figura del art. 144 tercero inc. 2º del Código Penal por no haberse podido individualizar un autor preterintencional, por considerar que si a consecuencia de las torturas infligidas a la víctima deviene su muerte corresponde el reproche de este resultado a título de

preterintención, que tiene una mezcla de dolo y culpa. Cabe preguntarse: ¿Quién carga con la muerte? No solo el que aplica la tortura sino también quienes tuvieron el dominio funcional del hecho, es decir, quienes presenciaron su ejecución y nada hicieron para detener la prosecución de las actividades delictivas, teniendo la posibilidad material de hacerlo, conforme con las constancias de la causa.- - - -

----- Remito en este punto al desarrollo efectuado por mis

///101.- colegas que me preceden en la votación, con cita de la doctrina legal de este Superior Tribunal y opinión de los autores respecto de estas temáticas.- - - - -

----- En consecuencia, discrepo con la calificación y la pena impuesta en la sentencia y dejo a salvo mi opinión al respecto, aun cuando no pueda propiciar la aplicación de la norma que estimo ajustada a derecho –art. 144 tercero inc. 2º del Código Penal- en virtud de que, al no haber recurso del Ministerio Público Fiscal, la prohibición de la reformatio in pejus impide que la resolución en crisis se modifique en perjuicio de los imputados cuando solo ha sido recurrida en su favor (conf. art. 418 C.P.P., Se. 157/08 y 27/10 STJRNSP, entre otras).- - - - -

----- Finalmente, adhiero a los señores Jueces que me preceden en orden de votación en cuanto proponen enviar copia de la presente sentencia a la Auditoría Judicial General (dejando a salvo mi opinión de que también cabría revisar la actuación del Tribunal interviniente), así como a la Auditoría General de Asuntos Internos de la Secretaría de Seguridad y Justicia de la Provincia, dependiente del Poder Ejecutivo Provincial, y al Ministerio de Gobierno, para los fines oportunamente expresados. MI VOTO.- - - - -

- - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el

----- doctor Oscar Raúl Pandolfi a favor de Ricardo Rafael Fabi, con costas, y confirmar a su respecto la Sentencia Nº 68/10 de la Cámara Primera en lo Criminal de
///102.- General Roca.- - - - - Segundo: Rechazar el recurso de casación deducido por el

----- doctor Jorge O. Crespo a favor de Juan B. Serri y Luis Flores, con costas, y confirmar a su respecto la sentencia impugnada.- - - - - Tercero:

Rechazar parcialmente el recurso de casación

----- interpuesto por el doctor Jorge O. Crespo en representación de Marcelo Eduardo Torres, revocar de modo parcial el punto primero de la parte resolutive de la Sentencia 68/10 del a quo y condenar al imputado como copartícipe necesario de los delitos de imposición de torturas (art. 144 ter inc. 1º C.P.) en concurso real con severidades y vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º C.P.), manteniendo la pena impuesta.- - - - -

- - - - - Cuarto: Rechazar el recurso de casación deducido por el

----- doctor Fernando H. Bajos en defensa de Denis Ariel Maglione, con costas.- - - - -

- - - - - Quinto: De oficio, revocar parcialmente el punto segundo de

----- la parte resolutive de la sentencia de Cámara y condenar a Denis Ariel Maglione como copartícipe necesario de los delitos de imposición de torturas (art. 144 ter inc. 1º C.P.) en concurso real con severidades y vejaciones (arts. 29, 45 y 144 bis inc. 3º C.P.), manteniendo la pena impuesta.- - - - - Sexto: Remitir copia certificada de esta sentencia al señor

----- Auditor General del Poder Judicial, para que realice la investigación correspondiente sobre las disfuncionalidades, o el eventual mal desempeño, que se advierten en el cumplimiento de responsabilidades

///103.- institucionales y legales por la representación del Ministerio Público Fiscal.- - -

- - - - - Séptimo: Oficiar al Ministerio de Gobierno para requerir que

----- informe a este Cuerpo acerca del resultado de la investigación administrativa y de las resoluciones que hayan recaído respecto de los hechos aquí juzgados.- - - - -

Octavo: Oficiar a la Auditoría General de Asuntos Internos

----- de la Secretaría de Seguridad y Justicia de la Provincia, dependiente del Poder Ejecutivo Provincial, con envío de copia certificada del presente fallo (arts. 26, 27 y cc. de la Ley S 4200).- - - - - Noveno: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 7

SENTENCIA: 103

FOLIOS: 1279/1381

SECRETARÍA: 2