

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal (Cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el 7 de mayo de dos mil diecinueve reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Ricardo Borinsky, Daniel Carral y Florencia Budiño, con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la causa N° 59.617 y acum. 59.622 caratulada “De Nardis Natalio, Ponti Mauro, Acuña Luis, Steingruber y Brandan Leonardo s/ Recurso de Casación interpuesto por Fiscal”, conforme al siguiente orden de votación: BORINSKY – CARRAL - BUDIÑO

ANTECEDENTES.

I.- El Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial de La Matanza, con fecha 6 de mayo de 2009 dictó veredicto absolutorio respecto de los imputados de autos, en relación al delito de tortura seguida de muerte en perjuicio de Gastón Duffau.

II.- Contra dicho pronunciamiento interpusieron recursos de casación los Agentes Fiscales.

III.- El 24 de agosto de 2010 la Sala II de este Tribunal de Casación dictó resolución en la causa que nos ocupa, declarando admisible el recurso interpuesto, anulando la sentencia absolutoria y reenviando los autos a la Presidencia de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de la Matanza a efectos de que un nuevo Tribunal lleve a cabo un nuevo juicio.

IV.- El 21 de mayo de 2013, luego de la celebración de un nuevo juicio, el Tribunal en lo Criminal N° 4 del mencionado Departamento Judicial, dictó veredicto absolutorio.

V.- Contra dicho fallo interpusieron nuevamente Recurso de Casación los Agentes Fiscales.

VI.- La Sala VI del Tribunal de Casación, con fecha 14 de julio de 2016, declaró admisible la impugnación deducida, hizo lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y condenó a Mauro Ponti, Luis Acuña y Rubén Steingruber, como coautores penalmente responsables del delito de tortura seguida de muerte en perjuicio de Gastón Duffau, imponiéndoles la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas. Condenó también a Natalio De Nardis y a Luis Brandan, como partícipes necesarios responsables del delito de tortura seguida de muerte, en perjuicio de Gastón Duffau, imponiéndoles la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas.

VII.- Contra dicha sentencia los defensores de los encartados interpusieron sendos recursos extraordinarios.

VIII.- Con fecha 23 de marzo de 2017, la Sala VI de este Tribunal –en concordancia con la doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, aplicando lo resuelto en causa P. 108.199 (res. del 26/6/2015 “Carrascosa, Carlos Alberto s/ recurso de Casación”, resolvió remitir los autos a la Presidencia de este Tribunal para que desinsacule nuevos jueces hábiles a fin de que lleven a cabo la revisión integral de la sentencia cuestionada.

Previo a ello, otorgó nuevas vistas a las partes para que readequen las impugnaciones interpuestas.

IX.- En ese marco el defensor particular de los encartados Steingruber y Ponti expuso entre los motivos de agravio, la arbitrariedad del fallo por falta de adecuada fundamentación, y arbitraria valoración de la prueba. Se quejó además de la calificación impuesta. Expuso que se incurrió en la violación de las garantías constitucionales tales como el “ne bis in idem” así como la de ser juzgado en un tiempo razonable. También denunció afectación al principio de congruencia, consecuentemente al derecho de defensa en juicio. Peticionó la absolución de sus asistidos en el marco de lo dispuesto por el artículo 1º del Código Procesal Penal –v. fs. 516/550-.

También interpuso recurso el defensor del imputado Brandan, denunciando absurda valoración de la prueba en orden a la materialidad ilícita y consecuente intervención atribuida a su asistido. En lo que respecta a este último punto se quejó del rol de partícipe necesario que se le atribuyó a Brandan. Peticionó la absolución de su asistido en los términos de lo dispuesto en el artículo 1° del Código Procesal Penal. Expuso como otro motivo de agravio la violación de la garantía “ne bis in ídem” –v. fs. 551/579-

La Defensora Adjunta ante esta Sede, doctora Susana De Seta, a cargo de la asistencia técnica de los encartados Acuña y De Nardis también recurrió la sentencia y denunció la arbitrariedad del fallo. Sostuvo que se aplicaron erróneamente las disposiciones de los artículos 144, ter, inciso 1, 2, y 3 del Código Penal y que se inobservó el principio “in dubio pro reo” por apartamiento de las constancias de la causa. Indicó que la decisión tan solo brindó una fundamentación aparente. Respecto al encartado De Nardis sostuvo la errónea atribución de intervención en carácter de partícipe necesario. También se quejó de la falta de fundamento en lo que respecta a la coautoría atribuida a Acuña. Reclamó también la inobservancia de las garantías del “ne bis in ídem” y la de revisión amplia de cuestiones de hecho y de derecho. Por último señala que se afectó la garantía procesal del “plazo razonable” -v. fs. 483/491, 506/508 y 682/692-.

Por su parte el Ministerio Público Fiscal presentó memorial peticionando que se confirme en un todo la sentencia dictada –v. fs. 595/604-.

Celebrada la audiencia en los términos de lo dispuesto por el artículo 458 del Código Procesal, la Defensora Adjunta indicó que se expide en parejos términos a los expuestos al expresar los agravios y por su parte el Fiscal ante esta Casación se remitió al memorial presentado –v. fs. 681.

Encontrándose la Sala en condiciones de dictar sentencia definitiva, se plantean y votan las siguientes,

CUESTIONES

Primera: ¿Son procedentes los recursos?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION:

A la primera cuestión planteada, el señor juez doctor Borinsky dijo:

I.- Inicio el análisis de autos señalando que La Sala VI de este Tribunal de Casación tuvo por probada la existencia del hecho en crisis conforme fue descripta por el acusador público, con la corrección del horario consignada por el particular damnificado, respecto al ingreso al establecimiento asistencial (v. fs. 353).

Conforme ello, la materialidad ilícita probada reza que el 23 de febrero de 2008, seis efectivos policiales en funciones –uno fallecido- pertenecientes a la seccional distrital noroeste II, ubicada en Avenida de Mayo al 500, de la localidad de Ramos Mejía, procedieron a efectuar el traslado en el móvil identificable como 11011; estacionado frente a la sede policial, de un masculino con vida, el que se encontraba legítimamente privado de libertad, colocándolo en la parte posterior, más específicamente en la caja del vehículo oficial. Ubicaron a la víctima de autos –teniendo el poder de hecho sobre la misma- boca abajo, brazos hacia arriba, atados con dos juegos de esposas en sus muñecas, e inmovilizaron sus piernas a la altura de los tobillos con un cinturón color negro. Partiendo del frente de dicha Seccional a las 22.14; en su trayecto aquellos funcionarios policiales aplicaron tortura a la víctima, mediante el empleo de golpes múltiples, lesiones fracturarias traumáticas y a consecuencia de éstas provocaron su deceso por traumatismos graves asociados a la asfixia mecánica por un mecanismo combinado de compresión extrínseca del cuello y de la región toraco abdominal. Seguidamente, arribó al Hospital Interzonal General de Agudos, Profesor Doctor Luis Güemes, de la localidad de Haedo, Partido de Morón, a las 22.20, con la víctima fallecida (v. fs. 64/65 legajo 59.617). Ingresando al

nosocomio de mención a las 22.25 horas –conforme agregado formulado por el representante del Particular –v. fs. 58 vta-

II.-Por cuestiones que atañen a un mejor orden expositivo, corresponde dar tratamiento primeramente a los agravios de índole constitucional.

a.Afectación al principio “nen bis in ideam”.

Si bien ya ha sido objeto de tratamiento esta cuestión, vale mencionar que es doctrina de Sala que la facultad de recurrir la sentencia condenatoria o absolutoria por el acusador no quebranta la prohibición de doble valoración.

Si bien conforme la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Arce, Jorge D.” Fallos. 320:2145, el derecho al recurso del Ministerio Público Fiscal no es asimilable al del imputado, la facultad de impugnar la sentencia por el acusador no quebranta la prohibición aludida.

Se trata de remedios contra las resoluciones judiciales consideradas injustas por y para alguno de los protagonistas del procedimiento, legitimados para intervenir en él y a quienes la resolución alcanza, bajo la condición básica de que el pronunciamiento les provoque un agravio, esto es, decida en contra de sus intereses expresados en el procedimiento, concediéndoles algo menos de aquello que pretenden.

Frente a una sentencia emanada de un juicio público, tanto el acusador como el acusado tienen, en general, la facultad de impugnarla, cuando ella en su dispositivo perjudica el interés de quien recurre o de aquél en nombre de quien se recurre.

Antes de la muda constitucional de 1994 la CSJN dijo, y es su doctrina, que el derecho al recurso es un derivado del debido proceso.

Tampoco puede sostenerse que afecte la garantía de la doble instancia en atención a la casación con reenvío y la multiplicidad de instancias recursivas existentes en la Provincia.

La defensa habla del doble riesgo, refiriéndose al sistema anclado en el derecho estadounidense, más nada hay en el caso que encuentre sitio en el mismo.

Con palabras prestadas de Tomás Vives Antón (su ponencia ante el Consejo General del Poder Judicial Español) digo que la tendencia en el control de constitucionalidad aproxima el sistema al anglosajón e introduce el double jeopardy que lleva como de la mano a la quinta enmienda de la Constitución de los EEUU de América en cuanto prescribe que nadie debe ser obligado a poner dos veces en peligro su vida o integridad física por la misma ofensa.

Por otras palabras, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

No hacía falta ir tan lejos, el Código Procesal Penal dice exactamente eso, nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

¿Acaso que el fiscal disconforme reclame mayor pena lo es? De ninguna manera, el proceso es el mismo, está abierto a una instancia superior por su recurso.

El fundamento de la cláusula norteamericana no se halla en las exigencias generales de seguridad jurídica inherentes al sistema de enjuiciar, que exigen una, y solamente una, resolución definitiva, sino en las particulares de libertad y seguridad (tanto jurídica cuanto material) del individuo que cuando recurre la sentencia le da al acusador la oportunidad para que la misma se retuerza en perjuicio del primero siempre que la solicite y que, para evitar que

el temor a una "venganza" del Tribunal pueda hacer desistir del derecho al recurso, las razones de la agravación se hagan constar expresamente (vid., v.g., North Carolina v. Pearce -1969-).

El pilar fundamental que anima la cláusula del doble riesgo es que el Estado no debe tener atribuciones para oprimir a los individuos a través del abuso del proceso penal.

Empero no existe un principio que permita verificar cuando un nuevo procesamiento resulta opresivo en los términos de la cláusula, debiéndose hacer un balance entre los intereses opuestos de individuos y comunidad.

La Suprema Corte de los Estados Unidos considera tradicionalmente que la cláusula resguarda tres intereses del acusado: verse libre de ulteriores procesamientos, obtener una sentencia definitiva y que todo el juicio se desarrolle ante el primer tribunal.

Por supuesto que el más importante de tales intereses es el de estar libre de procesamientos sucesivos, en razón que los múltiples intentos del Estado de demostrar la culpabilidad desorganizan la vida personal del acusado durante el juicio y por lo tanto constituyen un instrumento por el cual puede verse acosado gravemente; y los procesamientos reiterados aumentan el riesgo de condenar injustamente a un acusado inocente ya que lo desgastan psicológicamente, al paso que brindan al Estado nuevas oportunidades para aprender de sus errores anteriores y rectificar estrategias procesales.

Desde la mira del interés comunitario los del acusado no son absolutos y deben ser contrapesados con los que tiene el Estado para aplicar sus leyes penales, y esa necesidad social se satisface garantizando a la comunidad el derecho a contar con una oportunidad para demostrar la culpabilidad del acusado, mediante un proceso único, completo e inmaculado, garantizando al acusado que no será procesado nuevamente cuando se haya completado un proceso libre de vicios, pero, cuando estos últimos privan a la sociedad de su derecho a intentar demostrar la culpa, se aplican ciertas reglas bien arraigadas del double jeopardy conforme a las cuales casi siempre se puede reiterar el proceso.

Pero el caso no tiene nada que ver con eso ya que el proceso no es continuado por otro ni es demostrativo de un escandaloso y deplorable abuso de poder para reclamar la protección que suministra el *doublé jeopardy* (cfr., en detalle Rick A. Bierschbach "One bite at the apple. Reversals of conviction stainted by prosecutorial mis conduct and thebanon *doublé jeopardy*", en Michigan Law Review, volumen 94, número 5, marzo de 1996, página 1346 , reproducido por la Publicación de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la CSJN 1(1997)páginas 55 a 59).

Además de lo dicho, corresponde indicar que en principio la operatividad de la garantía se encuentra supeditada a la existencia de una sentencia firme, circunstancia que no es justamente la del caso.

b.- En otro de los agravios se sostiene que se encuentra afectado el derecho ser juzgado en un plazo razonable -artículo 2° del Código Procesal Penal-, argumentación adicional en procura del objetivo de lograr la anulación del fallo.

Sobre el punto tan solo habré de referir que la recurrente no expuso en su reclamo la afectación de ninguno de los requisitos que deben concurrir para la procedencia de un planteo de esta índole.

Sabido es que el plazo razonable de duración del proceso no puede fijarse en abstracto, sino que requiere un examen de las circunstancias particulares del caso. Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una regla preceptiva de un límite temporal exacto para la duración del proceso penal, por lo que debe acudirse a la llamada "teoría de la ponderación" (causas P. 99.030, sent. de 27-II-2008; P. 108.306, sent. de 15-X-2014; P. 120.155, sent. de 7-IX-2016 y P. 126.777, sent. de 26-X-2016.).

Ahora bien, para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso deben tomarse en cuenta los siguientes elementos (Acuerdo Plenario en C. 5627), a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las

autoridades judiciales y d) también corresponde reparar en el perjuicio o afectación actual que la alongación del proceso implica para la situación jurídica del individuo, así como la gravedad del suceso atribuido. Ni uno de estos tópicos ha sido abordados por el recurrente respecto al concreto caso de autos, por lo que el agravio se presenta insuficiente.

c. En cuanto a la afectación a la garantía de revisión amplia, no se logra visualizar con claridad el punto de reclamo de la misma. Ello así, en tanto no se explicitó de qué modo la misma resultó afectada. Entiendo que la decisión recurrida cumple con los estándares emergentes del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Casal", y de las normas nacionales y supranacionales, en tanto abordó y se expidió sin cortapisas formales sobre los motivos de agravio llevados a su conocimiento.

En el caso la Sala VI de este Tribunal de Casación fue quien en el marco de sus amplias atribuciones de revisión resolvió revocar el veredicto absolutorio pronunciado en la primera instancia y condenó a los asistidos de las recurrentes.

Ahora bien, si el agravio está vinculado con el trámite aplicado en autos, sin perjuicio que eventualmente se revela prematuro, vale señalar que el mismo no busca más que salvaguardar la garantía que se invoca como estropeada. El fin del mismo no es otro que el de garantizar la mayor plenitud al derecho del recurso emergente de los arts. 8.2. h de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C. y P., buscando proveer una fiscalización amplia, sencilla e integral del fallo, con el único fin de amparar así la garantía que se denuncia como menoscabada.

En razón de lo dicho este agravio también resulta improcedente.

d.- En relación a la afectación al principio de congruencia y al derecho de defensa en juicio denunciados, sostiene la recurrente que el Tribunal acreditó la materialidad ilícita realizando una extensión en orden al lapso de ocurrencia del mismo, por fuera de la imputación.

No asiste razón a la parte. Véase que tal como surge del fallo, el lapso respecto al que se agravia la recurrente responde al señalamiento realizado por el particular damnificado al momento de alegar donde expresa que el ingreso de la víctima al nosocomio fue a las 10:25. Dicha mención no altera para nada la base fáctica de la imputación.

Repárese que durante toda la investigación el hecho imputado fue el mismo, lo que se reflejó en la requisitoria de elevación a juicio, en la apertura del debate, y en los alegatos finales (arts. 334, 336, 354, 357, 367, y 368 sptes y conc. del rito)

De tal forma, no hay vulneración del derecho de defensa pues no existe sorpresa alguna para los imputados quienes en todo momento tuvieron la posibilidad de ejercer todas las facultades que por su calidad le son conferidas: controlar la prueba a producir, solicitar nuevas medidas de prueba y, finalmente, alegar.

Es que debe tenerse en cuenta que la requisitoria es una formulación caracterizada por su carácter provisorio y su base en los medios de investigación llevados a cabo durante la Investigación Penal Preparatoria. Nótese que la requisitoria carece de una solicitud concreta de pena pues es en el juicio donde se producirán los medios de prueba sobre los que luego acusará. Por lo tanto, durante el juicio donde debe haber exacta correlación entre acusación y sentencia. Es decir, entre lo que fue objeto del juicio y el pronunciamiento jurisdiccional sobre él.

Sin perjuicio de lo dicho, entiendo aquí oportuno recordar que dentro de los derechos y facultades del particular damnificado se encuentra la de intervenir en la etapa de juicios (artículos 79, 367, 368 siguientes y concordantes del Código Procesal Penal), por los que sus aportes deben también tener un adecuado tratamiento por parte del juzgador.

En consecuencia, el agravio tampoco resulta procedente.

II.- Ahora bien, ya ingresando al análisis del hecho, cabe señalar que si bien asiste razón a los recurrentes en varios de los argumentos presentados para fundar sus agravios, ellos en lo esencial no alcanzan para modificar el fallo dictado por la Sala VI del Tribunal de Casación.

Surge del estudio de autos que no hay dudas acerca de que la muerte de Gastón Duffau se produjo en circunstancias en la que era trasladado desde la Seccional Distrital Noroeste II de Ramos Mejía al Hospital “Dr. Luis Güemes” de Haedo, más precisamente en la caja de la camioneta policial N° 11011 y en momentos que estaba “reducido”, de pies y manos, bajo el control y custodia de una comisión conformada por el personal policial Natalio De Nardis, Leonardo Brandán, Mauro Ponti, Luis Acuña y Rubén Steingruber. Este segmento fáctico fue admitido sin objeciones.

El principal punto de objeción radica en la determinación de si las lesiones que presentó Duffau –las que definieron su muerte- fueron ocasionadas por el personal policial en custodia.

Adelanto que el Tribunal no incurrió en una absurda y arbitraria valoración de la prueba, en contrario de lo que indican las recurrentes, entiendo que su análisis fue integral.

Me explico: en su labor la Sala VI tuvo principalmente en cuenta la circunstancia probada de cuál era la actitud desplegada por la víctima –Gastón Duffau- hasta el momento en que fue subido al móvil en el que se lo trasladó al Hospital de Haedo, momento ése en el que el nombrado quedó bajo la custodia del personal policial juzgado (posición de garante).

No hay duda alguna, conforme todas las declaraciones dadas en el marco del debate que hasta instantes previos de que se inicie el traslado fatal en el que Gastón Duffau halló la muerte, presentaba alta movilidad y vitalidad, circunstancias que se manifestaron mediante la activa y enérgica resistencia desarrollada por el joven, en todo momento, contra su aprehensión.

Tampoco hay dudas respecto al altercado en el que intervino la víctima y el personal de seguridad Ferreira dentro del local de comidas rápidas Mc Donalds; mas acorde a las

declaraciones brindadas en el marco del debate, no hay elemento o indicio de prueba alguno que permita sostener que las más de 50 lesiones que presentaba Duffau al momento de su deceso hayan ocurrido allí o en su traslado hacia la comisaria.

Si bien conforme la prueba recabada se logró acreditar que alguna que otra lesión la obtuvo Duffau antes de que se iniciara el traslado en el que falleció -tal como una que involucró el sangrado-, el nombrado fue retirado del local demostrando la ya mencionada resistencia, no denotando sintomatología alguna compatible con las graves lesiones que presentó y que fueron, algunas, tildadas como las que posiblemente le causaran la muerte. Vale señalar que lo expuesto surge debidamente corroborado mediante las correspondientes pericias médicas.

Fue comprobada también la vitalidad con que arribó la víctima a la Comisaria de Ramos Mejía; véase que se acreditó que para ser reducido se necesitó la intervención de al menos cuatro oficiales de policía, y que a pesar de hallarse esposado debieron colocarle un cinturón en los pies para así asegurarlo.

En este punto también resulta válido destacar que el motivo que determinó el traslado de Gastón Duffau hacia el hospital de Haedo no fue otro más que se le aplique algún tranquilizante, en ningún momento se dio cuenta de que el nombrado presentara alguna dolencia física, o se lo observara físicamente descompensado. Su actitud seguía siendo de una activa resistencia a su condición de aprehendido. Continuaba presentando esta movilidad extrema, lo que resulta un indicio de su vitalidad.

Por lo dicho, entiendo ajustada la apreciación de la Sala VI en cuanto sostuvo que si bien los médicos intervinientes no llegaron a un acuerdo en orden a cuál fue la causal de la muerte ni pudieron informar con rigor científico la data de las lesiones que presentó la víctima, acordaron en aseverar que las mismas fueron previas, inmediatas, recientes y vitales al deceso. Ello me lleva a compartir los argumentos expuestos en la sentencia -ahora en revisión-, en tanto que en el caso no cabe otra conclusión más que señalar que las graves lesiones que presentaba el cuerpo de Gastón Duffau, fundamentalmente las que desencadenaron su muerte, fueron productos de los golpes recibidos cuando se hallaba bajo la custodia de los agentes policiales dentro del móvil que lo trasladaba hacia el nosocomio público.

Absurdo resulta justificar que el cuadro psicoactivo que presentaba la víctima era lo suficientemente severo para que en un lapso aproximado de 40 minutos –desde que se inició la gresca en el local McDonalds- no haya sentido dolor, por las endorfinas dijeron algunos, y que no presentara signos o síntomas compatibles con las múltiples y graves lesiones constatadas, es más se encontraba vital y resistiéndose a su aprehensión, para luego en minutos se descompense y muera.

Párrafo aparte merece apuntar que no es correcto lo expuesto por el impugnante en orden a que el perito anatopatólogo Unzien no confirmó como causal posible de la muerte, la asfixia. Vale señalar lo expuesto por el Tribunal cuando indica “nótese que Unzien dice previamente que en el pulmón había un edema, aclarando –tras preguntas formuladas- ...que el edema de pulmón dentro de las patología forense es una causa de muerte, pueden determinarla distintas patologías, por ejemplo politraumatismo, asfixia mecánica, traumatismo craneano encefálico, ello en forma aislada o en conjunto con otros factores” -v. fs. 853 vta. y también 108-, entiendo que lo expuesto alcanza para indicar la inexactitud del motivo de agravio.

En punto a la insistencia por parte de las partes recurrentes de que no se logró determinar la data de determinadas lesiones, puntualmente hacen hincapié en las fracturas costales, aquí resulta atinado referenciar que el hilo conductor en el desarrollo que expuso la Sala VI, con el que coincido, tiene por objeto remarcar que si bien alguna de las lesiones que fueron relevadas en la autopsia pudieron ser fruto de la gresca en la que intervino la víctima en el local de McDonalds o eventualmente pudieron ser producidas en el traslado hacia la comisaria, no pueden equipararse ni en la cantidad ni en la entidad con las que le produjeron la muerte, tal como fue explicado más arriba.

Reitero, si bien no hubo acuerdo entre los peritos respecto a cuál fue la causal de la muerte, si concordaron y se expidieron en torno a la existencia y tipos de lesiones que presentaba el occiso, también coincidieron y describieron la gravedad de algunas de ellas y la sintomatología que las acompañan, por ende, si nos atenemos al comportamiento desarrollado por la víctima en todo momento hasta antes de que se inicie su traslado en el móvil que lo condujo al

hospital, no cabe otra conclusión más que afirmar que Duffau fue víctima de golpes dentro de ese móvil, los que le causaron lesiones de tal magnitud que lo llevaron a su muerte.

III.- En lo que respecta a la autoría corresponde remarcar que no está discutido que los imputados, funcionarios públicos, fueron los encargados de la custodia de Gastón Duffau durante el trayecto en que lo trasladaron al hospital.

Coincidió en la atribución de autoría enrostrada por el Tribunal para con los encartados que se encontraban dentro de la caja del móvil junto a la víctima, en tanto que todos ellos tenían el co-dominio funcional en el desarrollo del hecho.

En relación a De Nardis y Brandan, si bien ellos no han estado en igualdad de condiciones en lo tocante a la ejecución del ilícito en sí, entiendo que ambos prestaron un auxilio de carácter indispensable para la realización del delito, en tanto que sin su colaboración no podría haberse cometido el hecho, por ello acuerdo con los argumentos esgrimidos por la Sala en torno a que su intervención lo fue en carácter de partícipes necesarios.

Me explico: uno de ellos fue el encargado de llevar adelante la conducción del móvil a una velocidad tal que permitiera a los ejecutores la realización del tipo; mientras que el otro se encargó de guiar el camino intentando la impunidad del grupo criminal. Por ello, tales aportes objetivos unidos al de los de los ejecutores de propia mano, además sus actuaciones en etapas previas, permite inferir, con certeza, que ambos sabían y tenían la voluntad de colaborar con el hecho criminal desarrollado, el que fue realizado bajo sus conocimientos (artículos 45 del Código Penal).

IV.- Conforme fuera acreditada la materialidad ilícita así como las intervenciones de los sujetos imputados, advierto que la conducta imputada es subsumible en el delito de tortura seguida de muerte (artículo 144 ter, incisos primero y segundo del Código Penal).

En este marco, vale apreciar el grado de sometimiento en el que se encontraba la víctima quien al momento del traslado -en el que acaeció la conducta más arriba probada- se encontraba en posición de cubito ventral, inmovilizado de pies y manos –esposado y con un cinturón sujetando sus tobillos-, siendo total su estado de indefensión. A lo que debe sumarse su menor contextura física, la superioridad numérica de los funcionarios policiales que se hallaban en la cajuela del móvil, así como la cantidad y calidad de las lesiones producidas, circunstancias ellas que demuestra un trato indigno, humillante y cruel, incompatible con el mínimo estándar legal de regularidad con que debe realizarse el traslado de una persona privada de su libertad en un estado de Derecho (artículos 1, 18, 33, y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), que constituyó un sufrimiento grave.

Por lo dicho, el suceso debe calificarse como tortura seguida de muerte (artículo 144 ter, incisos primero y segundo del Código Penal).

Véase que el concepto nuclear de este tipo lo encontramos en la Constitución Nacional (artículos 18 y 75 inciso 22).

El concepto de torturas surge del artículo 1° de la Convención contra la Tortura y otros Tratos O Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, el que reza “Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Más claro aún es el artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de la Organización de Estados Americanos (OEA) que establece: “se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o

sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo corporal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin”.

En sintonía con lo dicho entiendo que el señalado es el sentido que la ley 23.097, le asigna al tipo objetivo del artículo 144 tercero del Código Penal, especialmente en su tercer inciso, cuando considera a la tortura como la imposición de graves sufrimientos físicos o psíquicos, sin requerir exigencias subjetivas especiales distintas al dolo.

Conforme lo dicho, indico que no queda en duda, que en las actuales circunstancias la imposición de un acto de tortura no exige necesariamente de un fin ulterior, sino que basta para su configuración la sola realización intencional del acto material por el cual se provoca al sujeto pasivo, un grave sufrimiento físico o psíquico, circunstancias plenamente acreditadas en autos.

Por lo expuesto no queda más que señalar que los agravios traídos no alcanzan para desvirtuar el razonamiento al que se arribó; pues el itinerario lógico seguido por la Sala VI del Tribunal de Casación Penal satisface las exigencias del artículo 210 del Código Procesal Penal, no habiéndose demostrado ilogicidad, absurdo o arbitrariedad por parte de los juzgadores, quienes acreditaron los hechos, así como las correspondientes intervenciones endilgadas con sólidos elementos de prueba -artículos 1, 210, 371 y 373 del Código Procesal Penal-.

En lo que respecta a las penas impuestas entiendo que las mismas resultan acorde a la calificación sufragada, por lo expuesto propongo al Acuerdo el rechazo de los recursos, con costas y la regulación de los honorarios profesionales de los letrados Damián Roberto Pérez y Carlos Pousa Bogado en la suma de un 25 por ciento de la cantidad fijada en el fallo obrante a fs. 332/367 -artículos 1, 18, 33, y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h de la CADH; 14.5 del PIDCyP; 5, 12, 19, 19 inciso 3°, 45 y 144 ter, incisos 1, 2, y 3 del Código Penal; 210, 373, 530 y 531 del Código Procesal Penal; 28 parte final, del Decreto 8904/77 y SCBA I- 73016 “Morcillo”-.

En su mérito, a esta cuestión VOTO POR NEGATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

Adhiero por sus fundamentos al voto razonado de mi distinguido colega, doctor Borinsky, expidiéndome en igual sentido.

No obstante ello, entiendo que en relación con el tratamiento de los agravios que el voto por el que se abre el acuerdo identifica como II.a), en punto al embate de la defensa que denuncia violación del ne bis in idem, los fundamentos que ampara el rechazo del agravio, a mi modo de ver, transitan por una línea argumental que se distancia de la mirada del common law, al que se hace referencia en el voto que precede.

Para enmarcar el contexto de mi explicación entiendo necesario recordar que mi posición sostenida en reiteradas oportunidades, respecto de la validez constitucional de las reglas adjetivas que avalan el recurso de la acusación contra un veredicto absolutorio, coincide con la jurisprudencia dominante que ha sido pacífica en afirmar que la garantía fundacional del doble conforme estipulada en los tratados, pactos y convenciones internacionales incorporados como bloque constitucional federal (art. 75 inc. 22, C.N.) no se dirige —al menos en principio— al poder estatal de los Estados partes, sin perjuicio de la posibilidad que puedan conocer las regulaciones internas, pero en este caso han de ser interpretadas de modo taxativo; por lo que siendo el Ministerio Público Fiscal el órgano acusador del poder persecutorio estatal, no lo ampara tal aquiescencia.

No obstante la limitación sobre el alcance que debe otorgarse al recurso de la acusación; es importante destacar que desde las reglas adjetivas la facultad recursiva del Ministerio Público Fiscal y del Particular Damnificado, ha sido avalada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de la causa P. 121.124 y su acumulada P. 121.423, proceso en el que intervine como juez integrante de la Sala III del Tribunal de Casación (registro 48.027, “Alejo Alonso Raúl s/ recurso de casación”), oportunidad en la que se expidió en el sentido propuesto en tal pronunciamiento en los siguientes términos: “...En función de todo lo expuesto, entendió pertinente desechar el embate direccionado contra la validez constitucional de los artículos 452 y 453 del digesto adjetivo, tuvo por admisibles los recursos

convalidada por ende la potestad recursiva de las partes (voto del Juez Carral y adhesión simple –en este aspecto de los magistrados Borinsky y Domínguez). “(...) En tal inteligencia, no obstante el contenido de la crítica expuesta por el señor Defensor, resulta elocuente la extensión que debe ostentar la normativa que le otorga facultades recursivas al Ministerio Público como así la interpretación que debe efectuarse al respecto en orden al criterio sustentado por el Máximo Tribunal de la Nación...” (sent. del 17 de diciembre de 2014).

No se me escapa que esta interpretación por la que se ampara el recurso de la acusación ha sido, y es también en la actualidad, una materia seriamente controvertida.

Los argumentos que la interpelan han cobrado mayor entidad tras la entrada en vigor, en nuestra provincia, del sistema de jurados populares donde está vedado todo recurso de la acusación contra el veredicto de culpabilidad.

Al respecto, entiendo que no resultan incompatibles los sistemas recursivos que rigen la actividad frente a tribunales técnicos con relación a aquel previsto para una decisión de jurados populares, desde que la legitimación que ampara uno y otro tiene diferente arraigo. En el caso de jueces técnicos ya el solo hecho de tratarse de funcionarios estatales impone establecer mecanismos de control sobre sus decisiones. Por el contrario, cuando se trata de decisiones basadas en un sistema de jurados populares las características que hacen a su conformación plural, su selección, el método de discusión y, sobre todo, su naturaleza de “soberano” colocan a lo resuelto en una plataforma que habilita denegar, desde las reglas adjetivas, todo recurso de la acusación.

Por lo demás, en amparo de la posición hoy esgrimida desde la defensa suelen citarse precedentes de la Corte Federal, en particular las decisiones en el caso “Kang”.

Desde la doctrina se han efectuados importantes aportes para distinguir lo resuelto por nuestro máximo interprete constitucional, empezando por aclarar el caso “Kang” tuvo dos pronunciamientos de nuestra Corte Federal. En el primero de ellos, una mayoría del alto tribunal escogió favorablemente un planteo de la defensa que se apoyaba en la omisión de

tratamiento del tribunal anterior respecto de la violación al principio del ne bis in idem. En ese entendimiento, la decisión mayoritaria de la Corte Suprema fue reenviar las actuaciones a fin que otra Sala de la Cámara de Casación se pronunciara sobre ese extremo.

Tras un nuevo tratamiento, la Sala I de la Cámara Federal de Casación se pronunció por hacer lugar al motivo de agravio de la defensa. Fue entonces cuando, tras el recurso de la acusación, la Corte Suprema se pronunció nuevamente en este “segundo” Kang.

Señala Javier De Luca que “Tres jueces, Lorenzetti, Fayt y Petracchi, votaron por la desestimación del recurso extraordinario del fiscal por falta de fundamentación suficiente y con remisión al precedente “Sandoval” en la cual habían desarrollado la posición por la cual se considera que la anulación de una sentencia absolutoria y el reenvío para la realización de un nuevo debate violaba el non bis in idem.

El juez Maqueda conformó esa mayoría pero con la sola mención de la falta de fundamentación suficiente del remedio federal del fiscal.

La jueza Argibay consideró que el recurso era inadmisibles (art. 280 CPCC).

Los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni, con remisión al dictamen del Procurador General Esteban Righi, sostuvieron que no había violación alguna a la citada garantía y se inclinaron por hacer lugar al recurso fiscal”.

Lo cierto es que los primeros tres jueces, expidieron sus votos con remisión al precedente “Sandoval”, en el que apoyada sus fundamentos en la posición de la minoría en el caso “Alvarado”. (Cfr. De Luca Javier, “Recurso Fiscal contra Absoluciones y Nuevo Debate” (comentario al fallo “Kang” de la Corte Suprema), publicado en AA.VV., Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (dirigida por Leonardo Pitlevnik), Número 13, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 186).

El juego de las mayorías de fundamentos que involucran otros pronunciamientos anteriores con diferentes integraciones, no ha sido una posición sostenida desde nuestro cimero Tribunal, al punto que no es infrecuente encontrar precedentes en los cuales la Corte ingresa en recursos de la acusación y no los rechaza, como bien señala De Luca, con el argumento de que abrirlos implicaría una violación al ne bis in idem. (cfr. Causa L.328 -XLIII-, "Luzarreta, Héctor José y otros s/ privación ilegal de la libertad agravada y reiterada en concurso ideal", sentencia del 16 de noviembre de 2009, que deja sin efecto una absolució dictada por un Tribunal Oral en lo Criminal de la Capital Federal, por los recursos de casación y extraordinario federal interpuestos por los fiscales de juicio y de casación respectivamente).

Es cierto que casos como el que nos ocupa ha despertado al interés de legislaciones locales y los códigos más recientes han previsto limitaciones a la cantidad de reenvíos posibles (vgr. Códigos La Pampa, Chubut, entre otros), pero tal como se ve, esto es una facultad cuya prerrogativa de autolimitación en la persecució penal es materia de legislación local sin que la omisión de su consideración sea suficiente para sostener que la potestad recursiva del fiscal es inconstitucional.

En definitiva, mientras se trate de un mismo proceso donde la sentencia absolutoria no se encuentre firme, las reglas que admiten la posibilidad de su revocación no importan un doble juzgamiento, sino la reedición de una etapa en el cauce de un mismo proceso.

Con este alcance a esta cuestió VOTO POR LA NEGATIVA.

A la primera cuestió la señora jueza, doctora Budiño dijo:

Adhiero al voto del doctor Borinsky en igual sentido y por sus mismos fundamentos.

Con relación al agravio vinculado con la alegada violación al principio de ne bis in idem, adhiero a los fundamentos expuestos por el doctor Carral.

Me permito agregar sobre este último punto que no se advierte la alegada incompatibilidad entre el dispositivo legal que faculta al acusador a recurrir un veredicto absolutorio y las normas constitucionales e internacionales que se denuncian conculcadas, en tanto estas últimas sólo prohíben que el condenado o absuelto por sentencia firme sea sometido a nuevo juicio por los mismos hechos, prohibición que no se viola cuando se pretende la revisión de un pronunciamiento no firme a través de una vía recursiva que no configura nuevo enjuiciamiento.

La aludida prohibición no se ve afectada por el reconocimiento de las facultades recursivas al Ministerio Público Fiscal, en tanto no hacen renacer una acción penal ya agotada, sino que, como instrumentos de justicia y perfección procesal, sólo permiten razonablemente extenderla a los efectos de posibilitar un debido contralor, en el caso, del acto jurisdiccional destinado a poner fin al proceso.

Si bien sería inadmisibles en nuestro marco constitucional que a una persona ya definitivamente enjuiciada se la intente someter nuevamente al riesgo de una condena o de una pena más grave a la primitivamente impuesta (por caso, si se facultase al Ministerio Público a plantear la acción de revisión del art. 467), ninguna dificultad existe en cambio en que, antes de finalizado el proceso en virtud del dictado de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, se empeore a instancia del Ministerio Fiscal una situación que el imputado no había adquirido sino en forma precaria.

No se conculca garantía alguna si el riesgo que corre el absuelto de ser condenado o el que corre el condenado de ser penado en un grado mayor, sólo cesan cuando la sentencia es consentida o queda firme para el titular de la acción pública, momento en el que la declaración contenida en el decisorio se convierte para aquel en un derecho adquirido de contenido negativo que se traduce, allí sí, en la imposibilidad de que dicha situación se vea ulteriormente perjudicada, tal como surge del juego armónico de los arts. 434, 435, 452 y 467 del C.P.P. y de

la prohibición expresa contenida en los Pactos Internacionales cuyas disposiciones se pretenden conculcadas -arts. 8.4 de la C.A.D.H. y 14.7 del P.D.C.y P.-

En suma, entiendo que no debe confundirse la “doble persecución penal” prohibida por los instrumentos internacionales, con el “doble conocimiento” en un mismo proceso. La instancia recursiva no hace nacer un proceso autónomo o distinto en el que se renueve la acusación, sino que se trata de la continuación del mismo proceso, ahora en una instancia de control, prevista por el legislador a fin de que un órgano superior controle la razonabilidad de un acto de gobierno como es la sentencia. Se trata de una manifestación propia del sistema republicano consagrado en nuestro régimen constitucional.

En este sentido, se impone recordar que si bien es correcto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no en beneficio de los estados contratantes, y que el Ministerio Público como órgano del Estado, no se encuentra amparado por las referidas normas con rango constitucional, no lo es menos que ello es así "sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho" (cfr. "Arce", Fallos:320:2151), criterio que, vale remarcar, el Máximo Tribunal reafirmara en "Garipe", reconociendo que la desatención de la normativa local que admitía la posibilidad recursiva por parte del querellante implicaba una violación al debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución nacional (Fallos:327:608).

Es que, si bien el acusador no posee un derecho constitucional al recurso, sí posee el derecho a la jurisdicción que le garantiza la posibilidad de utilizar todos los medios que el legislador ha decidido otorgarle, sin que ningún tribunal pueda cercenarle su ejercicio en las condiciones en las que le fue reconocido legalmente, pues en caso de hacerlo se estaría arrogando atribuciones legiferantes ajenas a su competencia.

El sistema de impugnaciones consagrado en las leyes procesales tiende, entre otras funciones, a asegurar el cumplimiento del mandato constitucional de fundamentación de sentencia, por ello, la anulación de la sentencia por incumplimiento de la manda constitucional y su

consecuente reedición no puede configurar un caso de ne bis in idem, sino que debe armonizarse con ese mandato.

Es que desde una perspectiva integral de los derechos y garantías consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos no deben perderse de vista disposiciones tales como los artículos 1° y 2° de la CADH y el art. 2° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que consagran la obligación de los Estados parte de respetar los derechos de las personas y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter destinadas a garantizarlos.

La Corte Interamericana ha afirmado que entre esas obligaciones de los Estados parte está la de investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas en su territorio, aún las cometidas por particulares y la de sancionar penalmente a sus responsables afirmando que esta obligación "...debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares..." (Corte IDH, caso "Velásquez Rodríguez" sentencia del 29 de julio de 1988).

Por su parte, el art. 25 de la CADH consagra el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva.

Esas obligaciones del Estado y derechos convencionalmente reconocidos a las víctimas no pueden desconocerse a la hora de fijar el alcance de otra garantía reconocida en el mismo cuerpo normativo, y debe buscarse el modo de compatibilizarlos. En esta tarea encuentro atinada la postura de Cafferata Nores en cuanto afirma que "...por imperio de la normativa supranacional de nivel constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de cumplir con su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas...no parece sencillo admitir que los códigos procesales penales priven de la posibilidad de interponer recursos a la víctima constituida en el proceso como acusador (incluso a la posibilidad de hacerlo en interés de ésta, por el Ministerio Público Fiscal), al menos frente a la hipótesis extrema de sentencias que configuren a su respecto una denegación manifiesta de la justicia a la que tiene derecho (v.gr. parcialidad evidente de los jueces; arbitrariedad absoluta de la sentencia absolutoria)..."

(Proceso Penal y Derechos Humanos – La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos a nivel constitucional en el proceso penal argentino. CELS, Buenos Aires, 2000, pp. 162/163).

En este aspecto, entiendo que la regulación del recurso fiscal consagrada en el art. 452 del C.P.P., es una forma razonable de compatibilizar esos intereses en juego, pues habilita el recurso del acusador en situaciones de considerable desproporción entre su pretensión y lo decidido en el fallo (absoluciones o penas ostensiblemente inferiores a las requeridas), constituyéndose de ese modo en un mecanismo útil para satisfacer una obligación convencional del estado para con la víctima en particular y sus ciudadanos en general. Ello no vulnera per se garantía constitucional alguna, sino que, por el contrario, resguarda la legitimidad de un acto de gobierno emanado de uno de los poderes del estado, lo que también constituye una garantía para los habitantes.

En definitiva, no encuentro ninguna incompatibilidad entre la consagración legal del recurso fiscal contra un veredicto absolutorio de un Tribunal técnico con el principio de non bis in idem conforme el alcance que considero corresponde asignar al mismo en atención a la forma en que se encuentra consagrado en nuestro plexo constitucional y legal, y a la que ha sido uniformemente interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con estas aclaraciones, reitero mi adhesión por sus mismos fundamentos al voto del doctor Borinsky, y a los argumentos brindados por el doctor Carral para descartar la alegada violación al principio non bis in idem. ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

Que en orden al resultado arrojado por el tratamiento de la cuestión precedente corresponde: rechazar, con costas, los recursos interpuestos y regular los honorarios profesionales de los letrados Damián Roberto Pérez y Carlos Pousa Bogado en la suma de un 25 por ciento de la cantidad fijada en el fallo obrante a fs. 332/367 -artículos 1, 18, 33, y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h de la CADH; 14.5 del PIDCyP; 5, 12, 19, 19 inciso 3°, 45 y 144 ter,

incisos 1, 2, y 3 del Código Penal; 210, 373, 530 y 531 del Código Procesal Penal; 28 parte final, del Decreto 8904/77 y SCBA I- 73016 "Morcillo"- ASÍ LO VOTO.

A la segunda cuestión los señores Jueces, doctres Carral y Budiño expresaron:

Que votan en igual sentido que el doctor Borinsky.

No siendo para más, se dio por finalizado el Acuerdo, decidiendo la Sala dictar la siguiente

SENTENCIA

I.- RECHAZAR, con costas, los recursos interpuestos.

II.- REGULAR los honorarios profesionales de los letrados, doctores Damián Roberto Pérez y Carlos Pousa Bogado, en la suma de un 25 por ciento de la cantidad fijada en el fallo obrante a fs. 332/367

Rigen los artículos 1, 18, 33, y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h de la CADH; 14.5 del PIDCyP; 5, 12, 19, 19 inciso 3°, 45 y 144 ter, incisos 1, 2, y 3 del Código Penal; 210, 373, 530 y 531 del Código Procesal Penal; 28 parte final, del Decreto 8904/77 y SCBA I- 73016 "Morcillo"-.

Regístrese y notifíquese

Firmado: Dres. BORINSKY - CARRAL - BUDIÑO