

Suprema Corte:

I

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió: 1) rechazar el recurso interpuesto por el representante de este Ministerio Público mediante el cual impugnó, por un lado, la pena de doce años de prisión dictada a N R O , y, por el otro, el título de la intervención punible y la pena de nueve años de prisión impuestos a F R S ; 2) hacer lugar al recurso interpuesto por M Á O , H R M y C M C , y revocar la condena que se les dictó por los delitos de abuso sexual con acceso carnal, agravado por el uso de fuerza o intimidación (ocho hechos), y abuso deshonesto (cuatro hechos), en concurso real (cf. la sentencia emitida por el *a quo*, cuya copia simple obra en el anexo que corre por cuerda).

Contra esa decisión, el señor fiscal general interpuso recurso extraordinario (fs. 3/23), cuya declaración de inadmisibilidad (fs. 36/38 vta.) motivó la presente queja (fs. 39/43).

II

En cuanto a la impugnación de la pena impuesta a O , si bien no desconozco que el ejercicio que hacen los magistrados de sus facultades para fijar las sanciones dentro de los límites previstos en las leyes respectivas no suscitan cuestiones que quepa decidir a la Corte por la vía del artículo 14 de la ley 48, en tanto se vinculan con aspectos de hecho, prueba y derecho común, lo cierto es que cabe hacer excepción a esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 315:1699; 317:430 y 331:1099, entre otros). A mi entender, el presente es uno de esos casos de excepción, tal como lo plantea el recurrente (fs. 15/18 vta.), por lo que entiendo que la queja es procedente.

El *a quo* consideró manifiestamente infundada la impugnación del acusador público pues, a su modo de ver, pretendió que se equiparara la sanción de

O con la imputada a los coimputados C y M , sin advertir que a éstos se los declaró culpables por un número de delitos muy superior y por otros de índole sexual que no le fueron imputados a aquél (cf. págs. 187/188 y 385/394 del anexo citado).

Lo primero que se debe señalar es que ese argumento no surge de los fundamentos de la sentencia del tribunal oral que han sido transcriptos en la decisión impugnada mediante recurso federal para rechazar la impugnación del fiscal. En efecto, según lo expuesto por el *a quo*, dicho tribunal tuvo en cuenta, para fundar las penas impuestas a O , C y M , las mismas circunstancias atenuantes y agravantes. Valoró, por ejemplo, los fines de la sanción penal en casos como el *sub examine*, la obligación internacional del Estado argentino de aplicar penas adecuadas a los culpables de delitos de lesa humanidad, la magnitud del plan de represión ilegal del que fueron ejecutivos los hechos imputados, la condición de funcionarios públicos de los condenados, la pluralidad de los bienes jurídicos afectados, el sadismo con el que se actuó, el largo tiempo transcurrido entre la comisión de los hechos y la sentencia de condena, y la falta de antecedentes penales de los interesados (págs. 183/188 y 385/394 del anexo citado).

Con base en esas circunstancias, el tribunal oral concluyó –según el *a quo*– que al considerarse la pluralidad de hechos imputados y lo dispuesto en el artículo 55 del Código Penal, resultaba imposible diferenciar los casos de C y M , pues en ambos la suma aritmética de las penas máximas previstas para cada delito excede ampliamente la pena más grave que admite la normativa aplicable, por lo que debía imponerse, inevitablemente, esta pena, es decir, la de veinticinco años de prisión. Pero luego impuso a O la de doce años, sin explicar por qué su caso es diferente al de aquéllos, ya que también a su respecto la escala penal resultante, de acuerdo con la

imputación que se tuvo por probada, supera ampliamente aquel máximo legal (cf. págs. 185/188, 388 y 393 del mismo anexo).

En síntesis, dado que el tribunal oral tuvo en cuenta las mismas circunstancias agravantes y atenuantes respecto de los tres condenados, y que el fundamento para imponer a C y M la pena máxima prevista por la normativa aplicable fue la mencionada en el párrafo anterior, no hay ninguna razón para diferenciar el caso de O , tal como lo señala el recurrente (fs. 17 vta./18 vta.), ya que el mismo fundamento cabe para su situación específica.

Por otro lado, si bien es cierto, como señaló el *a quo*, que a C y M se les imputaron una cantidad de delitos superior que a O , y delitos de índole sexual que no se le imputaron a éste, también lo es que esa diferencia no es suficiente para justificar la imposición de la pena máxima a C y M , y la de doce años de prisión a O .

En efecto, como se ha dicho, la suma aritmética de los máximos de pena previstos para cada uno de los delitos que se le imputaron a O , supera ampliamente el monto de la sanción más grave permitida por la normativa aplicable, y no tiene ningún fundamento legal, ni parece razonable sostener, a mi entender, que no debe aplicarse esa sanción máxima sólo porque la imputación dirigida a otros –en este caso, C y M – la superaría todavía más si se sumaran las penas previstas para cada delito que se les atribuye. Nótese que este argumento es arbitrario porque no permite distinguir cuán grave debe ser la imputación para que se concluya en qué casos el acusado merece la pena máxima admitida. Tan es así que, como surge de la decisión del *a quo*, al condenado B el tribunal oral le impuso la pena de veinticinco años de prisión, es decir, la misma que fijó a C y M , a pesar de que también a él se le atribuyó una cantidad de hechos muy inferior a la imputada a aquellos dos, y tampoco se lo condenó por delitos de índole sexual. No se advierte, en suma, qué diferenciaría el

caso de B del de O para fundamentar la pena impuesta a cada uno (cf. págs. 7/13, 15/16 y 185 del anexo citado).

En definitiva, si la escala penal resultante de una imputación en concreto ya permite imponer a un condenado la pena máxima admitida por la normativa aplicable, no puede considerarse la mayor cantidad de hechos imputados a otro como una circunstancia suficiente para justificar la imposición de una pena más leve al primero, pues la medida de la gravedad, en relación con esa mera circunstancia, ya fue fijada por el legislador, por lo que cualquier distinción de los jueces en ese sentido implicaría establecer una diferencia allí donde aquél no la ha establecido. Por lo demás, en los términos planteados por el *a quo*, considero que una distinción semejante resultaría inútil, pues no permitiría diferenciar en qué casos correspondería aplicar la pena máxima y en cuáles no.

En conclusión, aprecio que en la decisión impugnada mediante recurso federal se ha rechazado el agravio planteado por el representante de este Ministerio Público con base en una interpretación y aplicación de la ley que la desvirtúa y torna inoperante, por lo que debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido (Fallos: 315:2969; 321:1909 y 339:459 entre muchos otros).

III

Al invocar el agravio referido al título de la intervención punible atribuida a S , el recurrente cuestiona la apreciación de las pruebas y la interpretación de normas de derecho común que constituyen facultad de los jueces de la causa y no son, como principio, susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria. Sin embargo, la Corte puede conocer en los casos que, como el *sub examine*, presentan particularidades que hacen excepción a esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 319:2959; 321:1909; 326:1877), toda vez que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales del debido proceso, que también amparan a este

Ministerio Público (doctrina de Fallos: 199:617; 237:158; 299:17; 308:1557), al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 2547; 313:559 y 321:1909).

Cabe recordar que a S se lo condenó por la intervención que habría tenido en veintiuna privaciones ilegales de la libertad diversamente agravadas, y en veintidós casos de imposición de tormentos, también agravada, mientras se desempeñaba como agente policial en la comisaría de Castelar, provincia de Buenos Aires. Esos hechos, según el tribunal oral, formaron parte del plan de represión ilegal sistemática que se ejecutó en nuestro país durante el último gobierno de facto.

En particular, se sostuvo que S cumplió la función de custodiar a los detenidos ilegales en la comisaría donde prestaba servicio, pero en ningún momento tuvo el dominio de los hechos, en tanto no tomó la decisión de que se cometan, no impartió ninguna orden que determinara su comisión, ni los ejecutó de propia mano. En síntesis, de acuerdo con el *a quo*, la actuación del imputado puede definirse como una colaboración no esencial o secundaria (págs. 171/178 y 357/364 del anexo citado).

A mi entender, esa calificación del aporte del imputado resulta arbitraria, en tanto se aparta de las constancias comprobadas de la causa y se funda en una interpretación inadmisibles de los artículos 45 y 46 del Código Penal.

En efecto, no se encuentra en discusión que S , en su calidad de agente policial, se ocupó de la custodia de detenidos ilegales en la comisaría en la que se desempeñaba, y de trasladarlos a distintos sectores dentro de esa seccional (por ejemplo, desde la celda de detención hasta el lugar donde se efectuaban los interrogatorios bajo tortura) (cf. págs. 171/172 del mismo anexo), por lo que no se advierte cuál es la razón para afirmar que el imputado no intervino en la ejecución de las privaciones ilegales de la libertad que se le atribuyeron. Parece claro que mientras estuvo a cargo de la custodia de las personas detenidas de ese modo en la comisaría de

Castelar, tomó parte en la ejecución de aquel delito, por lo cual, de acuerdo con lo previsto en los artículos 45 y 46 del Código Penal, su aporte no puede calificarse como participación secundaria.

El *a quo* entendió que lo decisivo en el caso para efectuar aquella calificación sería que S “era absolutamente fungible dentro del plan sistemático” (pág. 177 del anexo citado), o bien que su contribución al injusto doloso “podía obtenerse fácilmente fungiendo al sujeto, pues la acción llevada adelante por el encausado podía haber sido ejecutada por cualquier otro agente de la comisaría en la que prestaba servicios” (pág. 358 del mismo anexo).

Aprecio que esa interpretación carece totalmente de asiento en las normas citadas, ya que supone una distinción no prevista en ellas entre aportes fungibles y no fungibles, y en la medida en que algo semejante a esa distinción figura en el régimen de los artículos 45 y 46 del Código Penal, ésta no es aplicable al caso de S . Según el texto claro del artículo 45, aquel que tomase parte en la ejecución del hecho tendrá la pena establecida para el delito, sin importar la naturaleza o entidad de su aporte. La norma en cuestión, junto con la regla del artículo siguiente, establece una diferencia sólo para los supuestos de intervenciones que no ocurran durante la ejecución del delito principal o formen parte de ella. En efecto, en ese universo distingue entre la cooperación sin la cual el hecho “no habría podido cometerse” –a la que también asigna la escala penal prevista para el delito– y aquella que favorezca la ejecución del crimen “de cualquier otro modo”, incluso la ayuda posterior al hecho “cumpliendo promesas anteriores” a él, hipótesis para las que adopta la escala penal “disminuida de un tercio a la mitad”.

Aun si el lenguaje de la fungibilidad al que recurrió el *a quo* para describir el comportamiento por el que S fue condenado refiriera de alguna manera – en virtud de razones que la cámara no ha brindado– a la distinción legal entre los actos

de cooperación sin los cuales el hecho no se habría cometido y aquellos que no tienen esas características, esto sería inaplicable al *sub examine*. En efecto, la diferencia que establece la ley rige exclusivamente para quienes, con su intervención, no hayan tomado parte de algún modo en la ejecución del delito, mientras que S , como se ha dicho, lo habría hecho, según la hipótesis fáctica que el *a quo* consideró probada.

Por lo tanto, advierto que en relación con el agravio analizado la decisión impugnada mediante recurso federal se basa, como ocurre respecto del asunto desarrollado en el punto anterior, en una interpretación de la ley que la desvirtúa y torna inoperante, por lo que debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido, de acuerdo con la citada doctrina sobre arbitrariedad de sentencias (cf. *supra*, punto II).

Entiendo que lo dicho basta para que también prospere el agravio referido a la pena impuesta a S , pues la distinta calificación que corresponde a su intervención punible, tal como se ha sostenido, exige una nueva mensuración de su pena (cf. artículos 45 y 46 del Código Penal).

IV

El *a quo* revocó, por mayoría, la condena de O , M y C por los delitos de abuso sexual con acceso carnal y abuso deshonesto que habrían ejecutado sus subordinados en perjuicio de una docena de personas privadas ilegalmente de su libertad durante el mismo período. En la opinión de esa mayoría, aquellos delitos serían calificables como “de propia mano”, por lo que sólo podría ser considerado autor quien realizara corporalmente la acción típica. Desde esa perspectiva, afirmó que cabía anular la decisión del tribunal oral en cuanto no había prueba de que los imputados hubieran intervenido de ese modo en los hechos, por lo que no resultaba correcta su condena como coautores (págs. 168/171 y 407/408 del anexo citado).

Cabe señalar que, según surge de la decisión del *a quo*, O , M y C fueron condenados como coautores de todos los delitos que se les imputaron (privación ilegal de la libertad diversamente agravada y tormentos agravados, ambos

reiterados en decenas de casos, además de aquellos de índole sexual), al tenerse en cuenta el rol “importantísimo” que desempeñaron en la estructura del aparato de poder predispuesto para la comisión del plan de represión ilegal aludido. En particular, se consideró que tanto O , en su calidad de Comandante de Operaciones Aéreas y jefe del Comando de Agrupaciones Marco Interno de la Fuerza Aérea, como M y C , en su carácter de jefes de brigada de la misma fuerza, fueron engranajes imprescindibles de aquel aparato para la ejecución de las órdenes ilegales de sus superiores en las zonas de sus respectivas competencias, dado el poder de mando que ejercían sobre sus subordinados. En síntesis, se entendió que esos imputados compartieron el dominio funcional de los hechos ejecutados por quienes respondían a sus órdenes (cf. págs. 128/130 y 148 del anexo citado).

En mi opinión, aun cuando se admitiera que los delitos aludidos son calificables como delitos de propia mano, ello sólo impediría que quien no hubiera llevado a cabo la acción típica con su propio cuerpo sea reputado autor, sin ofrecer ninguna limitación especial para que quien hubiera favorecido o incluso dominado esa acción no sea considerado partícipe, en el sentido del citado artículo 45.

Sin embargo, la mayoría del *a quo* omitió evaluar ese título de imputación como si, una vez descartada la caracterización del caso como una instancia de coautoría funcional, no hubiera más contenido en la pretensión acusadora que el tribunal debía adjudicar.

Esa infundada falta de consideración de un aspecto sustantivo razonablemente implícito en una alegación central de la fiscalía invalida la decisión a la luz de la doctrina de V.E. sobre arbitrariedad de sentencias. Pues de acuerdo con la afianzada jurisprudencia del Tribunal, es insostenible el fallo que carece de fundamentación u omite valorar sustancialmente planteos serios y conducentes de las

partes, al conculcar la garantía constitucional del debido proceso (doctrina de Fallos: 268:266; 314:685; 321:2990, entre muchos otros).

Por otro lado, con base en el informe que acompaña la resolución PGN n° 557/2012 de esta Procuración General de la Nación, el recurrente sostiene, tal como también se lo hace en el voto en disidencia de la decisión del *a quo* (págs. 372/382 del mismo anexo), que la calificación como delitos de propia mano de los citados hechos de índole sexual carece de fundamento (fs. 20/23).

A mi modo de ver, lleva la razón el recurrente. En efecto, no advierto —ni la mayoría del *a quo* la señala— cuál es la razón por la que no se debe admitir la coautoría funcional respecto de la violación y el abuso deshonesto, pero sí se la debe admitir, tal como lo hace esa mayoría, sin dudarlo, respecto de otros delitos que también se realizan sobre el cuerpo de la víctima, como la aplicación de tormentos. Ya se ha dicho, respecto de la imputación de ese delito, que la mayoría del *a quo* consideró que lo decisivo para definir el título de la intervención punible es el dominio sobre su curso causal, pero al referirse a los delitos de violación y abuso deshonesto afirmó que sólo puede ser autor quien realiza la acción típica con su propio cuerpo, sin aclarar por qué.

En rigor, la mayoría apenas se apoyó en dos citas de doctrina de las que no surge el fundamento de esa posición. En efecto, se remitió a dos manuales de enseñanza de la parte general del derecho penal de Enrique Bacigalupo y Hans Welzel, en los que esos autores no interpretan los tipos penales en los que se subsumió la conducta de los imputados, sino que se limitan a afirmar que si esos delitos se consideran de propia mano, entonces la autoría depende de su comisión mediante el uso del propio cuerpo. En consecuencia, tales citas no sirven para responder a la pregunta acerca de si los delitos en cuestión son efectivamente —tal como el *a quo* supuso— de propia mano o no lo son (pág. 169/170 del anexo citado).

Además, en el informe de esta Procuración General, citado previamente, se señala que en la concepción según la cual en los delitos de índole sexual únicamente

puede ser autor quien realiza la acción típica con su propio cuerpo, parece subyacer la idea de que esos delitos requieren, como elementos subjetivos, placer, lascivia o fines de contenido libidinoso que sólo podrían estar presentes en el ejecutor. Sin embargo, como se sostiene en el mismo informe, esta idea debe rechazarse, dado que los tipos de la legislación penal que describen los delitos sexuales aplicables a los hechos del caso no exigen esos elementos, los que sólo podrían derivar, entonces, de una norma moral que, por hipótesis, pueda interpretarse que capturan esos tipos (pág. 13).

En conclusión, al no encontrarse debidamente justificada la calificación de los delitos de violación y abuso deshonesto como de propia mano, opino que la decisión del *a quo* carece de fundamento idóneo y, en esas condiciones, no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido (Fallos: 325:2202 y sus citas).

V

Por todo lo expuesto, y los demás argumentos y conclusiones desarrollados por el señor fiscal general, mantengo la presente queja.

Buenos Aires, 2 de diciembre de 2019.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación