

Nº314

Resistencia, 23 de diciembre de 2015.

**AUTOS Y VISTOS:**

Para resolver en la presente causa caratulada:  
**"OVIEDO, CARLOS ALBERTO; CABRERA, RAMON ADOLFO;  
SOSA, FRANCISCO JAVIER S/ VEJACIONES, APREMIOS  
ILEGALES EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES LEVES",**  
Expediente **Nº 29924/2005-1**, respecto del Planteo de Nulidad  
articulado por el Defensor de los encartados de autos, Dr. PEDRO  
ADOLFO MAÑANES, y

**CONSIDERANDO:**

Que a en oportunidad de la celebración de la Audiencia Oral Preliminar fijada en autos, en fecha 20/11/2015, el defensor de los encartados de autos, Dr. PEDRO ADOLFO MAÑANES, expresó que esta causa le ha llamado la atención las irregularidades que ha tenido, que no había leído la sentencia que fuera dictada en autos, la desconocía porque el Juez le informa en forma verbal que se había declarado incompetente, porque en alegatos el Fiscal y Querellante solicitan cambio de calificación y una pena de 10 años. Esa defensa refutó dicho alegato y al dictar sentencia el Juez dice que se iba a declarar incompetente, cuando observa que el Sr. Juez ha valorado la prueba, ha realizado todos los actos procesales dignos de una sentencia y luego dice que no es competente. Es una aberración jurídica, es imposible, no resiste en el menor análisis porque él antes de hacer una valoración de los hechos, de asignar responsabilidad debía declararse incompetente. Emite opinión y asigna responsabilidad, es por eso que considera que es nulo, todo encuadra en el art. 184 del C.P.P. , una nulidad absoluta, una resolución nula. Así lo entiende la Corte Suprema, el más alto cuerpo de la República, coincide con los pactos internacionales, que debe declararse la nulidad porque fue realizado más allá de lo posible en derecho. Más allá de ello si V.E. considera de acuerdo a esta petición que la misma es nula, esa parte considera que la causa se encuentra prescripta, dirá el Tribunal que la Citación a Juicio es de octubre de 2015, que interrumpe la prescripción, pero antes de ello ya se encontraba prescripta. También se dirá que son funcionarios públicos. Pero no podemos estar apañando una investigación que trae al correr el velo jurídico vemos que esta causa es una chimenea de humo para tratar el verdadero delito que fue, un homicidio, el cual quedó impune. Esto es muy triste. Es lo que reclama la sociedad. La sociedad está

cansada. Por todo ello solicita la defensa se declare la Nulidad Absoluta de la sentencia dictada por el Sr. Juez Correccional N°3.

Que ante el planteo de nulidad articulado por la defensa, se corrió vista en la audiencia a la Fiscal de Cámara, Dra. Dolly FERNANDEZ quien manifestó: que de conformidad a las constancias de la causa, que en principio la causa era de competencia correccional de conformidad al Requerimiento de Elevación a Juicio. Se hace la audiencia de debate y tanto el Fiscal como el Querellante acusan por el delito de Torturas. Es así que si el Sr. Juez Correccional debía inmediatamente declararse incompetente, de conformidad al art. 38, 40, 41 del C.P.P., quien al advertir la incompetencia en forma inmediata debía remitir al Tribunal que considere competente. Entiende que se excedió en sus funciones el Sr. Juez Correccional N°3, ya que hace una valoración, solamente debía expedirse si era competente o no, al contrario dicta sentencia, condenatoria, lo único que no hizo fue imponer la pena, lo que le llama la atención, nunca había visto una cosa semejante, que se dicte una sentencia de ésta manera. Entiende que conforme a las penas impuestas en abstracto para el delito de Tortura es la Cámara del Crimen competente. Ante el planteo de nulidad efectuado por la defensa corresponde declarar la nulidad de la sentencia, en la cual se declara incompetente, por lo que cae esa declaración de incompetencia por lo que entiende que ésta causa debe volver al Juzgado Correccional para que emita una resolución de incompetencia como corresponde. En cuanto a la prescripción entiende que no se encuentra prescripta ante la situación de funcionarios públicos de los imputados, quienes hasta el día de la fecha se encuentran en funciones en la fuerza policial. Entiende que hay que hacer un nuevo debate.

Así planteada la cuestión a resolver, corresponde ahora dar respuesta al planteo formulado por la defensa en la oportunidad de la celebración de la audiencia oral preliminar llevada a cabo en autos:

En primer lugar cabe poner de resalto que las presentes actuaciones son recepcionadas en este Tribunal, provenientes del Juzgado Correccional nº 3 de esta ciudad, en virtud de la declaración de incompetencia de dicho Tribunal, fundado en razón de la materia.

Que la incompetencia de dicho juzgado fué resuelta en la pieza procesal que obra a fs. 1089/1107, a través del dictado de la SENTENCIA Nº 5, en fecha 10 de abril de 2014. Donde dicho pronunciamiento fué elaborado luego de haberse celebrado la respectiva Audiencia de Juicio Oral y Público.

Quiero también aclarar que nuestra intervención es luego del rechazo de nuestra declinatoria en razón del turno en la cual solo analizamos las fechas del requerimiento de elevación y no del fallo del Juez Correccional. Para determinar el dictado de nuestra incompetencia preferimos considerar las fechas del requerimiento de elevación. Fue rechazada esta competencia y resuelta por la Sala Criminal y Correccional del Superior Tribunal de justicia, haciendo valer en sus considerandos el fallo del Juzgado Correccional, al considerar que en dicho resolutorio se ha "... tenido por acreditada la fecha durante el desarrollo del juicio correccional, donde se describiera específicamente esa circunstancia de tiempo y al sólo efecto de determinar la competencia en este estadio procesal, debe tenerse en cuenta lo pertinente de dicha sentencia". Uno podría suponer que en la revisión han considerado también lo resuelto con relación al delito fijado y la responsabilidad allí detallada.

Este fallo obligó la intervención del tribunal en estos estrados, y convocada la audiencia preliminar se articula por la defensa el planteo de nulidad que a continuación he de resolver.

**I.-** Del contenido del fallo obrante a fs. 1089/1107 es evidente que el Sr. Juez Correccional, previo determinar su incompetencia analizó la totalidad del material probatorio producido en la audiencia de debate. Una vez que da por probado el hecho, en base a las pruebas que se ventilaron en el juicio; finaliza dictando una sentencia donde fija hecho y responsabilidad del imputado en el mismo; esto indefectiblemente lo hace avanzar en la calificación jurídica donde finalmente receptor la postura acusadora del representante del Ministerio Público Fiscal que entiende aplicable el delito de Tortura. Dicho magistrado ante la pena conminada en abstracto para el delito, se ve impedido de imponerla y en consecuencia recién allí declina su competencia.

No hay duda alguna que el Juez Correccional, ha dado a su resolución el carácter de un fallo definitivo aunque finaliza con una declaración de incompetencia. Es decir se ha avocado en dilucidar la cuestión de fondo en las presentes actuaciones, a tal punto que fija la ocurrencia del hecho y participación atribuyendo responsabilidad para luego, al momento de encuadrar sus conductas en el tipo penal, analizar la pena posible de imponer. Concluye en un impedimento legal en razón de lo prescripto por el art.38 inc.1º del C.P.P.. Por ello decide declararse incompetente y remitir las actuaciones a este Tribunal.

Intentaré desentrañar las distintas aristas que presenta el caso. Partiendo de la idea central del sistema acusatorio, orientador de nuestro actual proceso penal, donde las partes tienen el real protagonismo, siendo los promotores esenciales del proceso, sobre quienes descansa la responsabilidad de postular sus hipótesis fácticas con suficiente preparación con lo cual formular y acreditar sus propias pretensiones. Esto supone nuevas actitudes y juegos de roles en los distintos actores del proceso penal, porque ciertamente la praxis demuestra que ciertos hechos sufran variaciones probatorias en el transcurso del debate que terminan diferenciándose de lo que inicialmente surgió en la investigación preliminar. Será precisamente la riqueza del juicio, que inmediatez mediante permite que todas las partes en este enfrentamiento del contradictorio, logren precisar con suficiente claridad los hechos en análisis por medio del juicio.

**I. 1.-** Corresponde entonces realizar algunas disquisiciones con respecto al momento en que el juez puede decidir sobre el pedido de las partes, evitando abordar la cuestión anticipadamente, o pronunciarse previamente sobre la existencias de circunstancias agravantes o también sobre un hecho diverso al originalmente fijado en el requerimiento de elevación.

Así la normativa permite dos situaciones, una la ampliación del requerimiento, previsto por el art. 385 del C.P.P., cuando se advierta que se trata de un delito continuado o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento. La otra solución es lo previsto en el art. 386 del mismo ordenamiento legal, cuando el hecho es diverso al de la acusación inicial.

En este caso en particular, las partes acusadoras en debate, han solicitado la aplicación del art. 385 entendiendo que en el hecho juzgado advertían una circunstancia agravante, peticionando en concreto la aplicación del delito de Tortura, previsto en el art. 144 tercero, inciso 1 del Código Penal. El Juez Correccional -en debate- rechaza el pedido, sosteniendo que "... no se observan agravantes dentro del Apremio, ni las circunstancias del art. 144 bis, inc. 3, in fine, del C.P.. En cuanto a la Tortura, contemplada en el art. 144 tercero del C.P. se trata de un delito distinto.". Ante el rechazo del planteo, se continúa el juicio con Reserva de las partes, para finalmente arribar al momento de los alegatos o discusión final del art. 399 del C.P.P.. En esta oportunidad procesal nuevamente la Fiscalía insiste en el delito de Tortura y peticiona una pena de diez años de prisión, y explicita que dado el monto de pena de dicho delito, este escaparía a la competencia del magistrado, atento a lo establecido por el art. 38 del C.P.P., solicitando su declinatoria de competencia.

El Juez escucha todos los alegatos, y finalmente clausura el debate y fija fecha para lectura de sentencia. Dictando finalmente su fallo donde analiza las cuestiones de hecho y derecho, entendiendo finalmente a los imputados como autores penalmente responsables del hecho y entiende aplicable la adecuación de sus conductas en las previsiones del delito de Tortura del art. 144 tercero inciso 1ero del C.P.. Como expliqué ut supra, atento el monto de pena ajeno a su competencia, declina su intervención remitiendo las actuaciones a este Tribunal.

Esto nos permite verificar que en dicho fallo se avanzó en la fijación de responsabilidad en un hecho del cual no era competente, cuando antes rechazó la ampliación de requerimiento para finalmente compartir la postura fiscal y recién mediante sentencia efectúa su declinatoria de competencia.

Como se advierte en autos, el Juez Correccional en debate rechaza el pedido de ampliación de requerimiento. Los cuestionamientos serían: ¿Se planteaba una ampliación de un hecho continuado o una circunstancia agravante, o por el contrario de un hecho diverso del originalmente intimado? ¿En qué momento u oportunidad el Juez podría expedirse al respecto sin llegar a un prejuzgamiento?, ¿Era correcto que el Fiscal y la Querrela -que acompañó los pedidos del primero-, peticionen una ampliación del requerimiento o debían por el contrario solicitar que el tribunal les corriera vista por la variación del hecho?

Estas cuestiones me obligan desentrañar cuestiones de fondo, que serán abordadas atento al resultado final que entiendo corresponde dar a estos actuados. Si bien he intentado no ingresar en ellas, el planteo me obligó revisar estas cuestiones que podría significar mi apartamiento futuro en el entendimiento de las presentes actuaciones por el conocimiento del hecho previo al juicio. Precisamente siempre he tratado de ser un celoso garante de un sistema procesal acusatorio, evitando ingresar a cuestiones de fondo previo asumir la jurisdicción, donde recién en el contradictorio pleno donde las partes hayan postulado correctamente sus pretensiones puedo decidir a derecho.

Pero este planteo de nulidad exige analizar el requerimiento y la fijación del hecho que ha formulado tanto el Fiscal en sus respectivos pedidos de ampliación de requerimiento y alegatos, como finalmente el hecho que ha fijado el Juez Correccional al momento de resolver haciéndolo con el grado de certeza positiva. Repito he intentado no avanzar en esta cuestión, pretendiendo preservarme de resolver sobre cuestiones de fondo en caso de que tuviera que continuar como juez con el trámite y resolución de la causa. Ello se hace imposible por la suma de afecciones detectadas en la tramitación de la misma.

Quiero señalar que el juego erróneo de roles de los distintos operadores de la justicia, ha puesto en juego cuestiones centrales que afectan garantías como la imparcialidad del juzgador, la contradicción, la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, todas garantías ínsitas del art. 18 de la Constitución Nacional.

Pero primero deberé analizar más profundamente si lo requerido ha cumplimentado la necesaria congruencia entre intimación y acusación. Ello me constriñe analizar la descripción fáctica que ha formulado el Fiscal de Investigación al momento de concretar el hecho intimado y requerido. El Fiscal de Investigación Nº 9, establece que los tres imputados "..., cometieron vejaciones y apremios ilegales a los menores Gaston Rodrigo Benito Aguirre y Luis Antonio Morales quienes se hallaban alojados en dicha Unidad Policial, por un hecho grave ocurrido en dicha jurisdicción con el objeto de obligarlos a declarar en dicha causa, provocándoles además las lesiones que dan cuenta informe médicos y tomas fotográficas".-

El análisis de esta descripción fáctica del requerimiento irrumpe como notoriamente defectuosa, porque se describe el hecho con el nomen juris del delito atribuido y no las acciones concretas por medio de la cual se concretaría tal acción típica. Recordando que en el requerimiento se fija la calificación como "VEJACIONES Y APREMIOS ILEGALES EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES LEVES (dos lesionados) art.144 bis inc.2, Y art.89 en función del 54 del CP".

Si bien tanto la jurisprudencia como doctrina imperante señalan con acierto, que el requerimiento es un todo integral, y que si bien la praxis tribunalicia redacta sus formas realizando una separación entre la descripción del hecho y la enunciación de pruebas; finalmente esta descripción fáctica puede completarse en el apartado donde se realiza una valoración de la prueba. Pero ello será acorde a la garantía de la defensa en juicio, si el hecho así construido surge del análisis integral de todo el requerimiento y cuando exista correlación entre este requerimiento y su debida intimación al/los imputados sin que haya variado o surja como sorpresivo en la sustanciación del proceso.

Por ello resaltaré algunos párrafos de dicho requerimiento donde el Fiscal realiza una descripción dogmática de la figura penal seleccionada, al momento de efectuar valoración del hecho en relación a su adecuación típica y sostiene: "... cometieron vejámenes y apremios ilegales a los menores Gastón Rodrigo Benito Aguirre y Luis Antonio Morales quienes se hallaban alojados en dicha Unidad Policial como consecuencia de la investigación de un hecho grave ocurrido en dicha jurisdicción con el objeto de inducirlos a declarar en dicha causa, provocándoles las lesiones que dan cuenta informe médicos y tomas fotográficas glosadas en autos... Los agentes policiales excedieron con su accionar las facultades propias que hacían a sus cargos, apremiando a los damnificados Aguirre y Morales, vulnerando así el bien jurídico protegido por esta norma, la dignidad del ser humano que debe ser respetada aún en condiciones de encierro legítimo... ". Luego el fiscal entiende creíble las declaraciones de los damnificados y las lesiones que se encontrarían corroboradas por los informes médicos, analizando alguna testimonial, agregando que: "... Asimismo emerge el elemento subjetivo requerido por el tipo -dolo- en su doble aspecto cognoscitivo y volitivo; toda vez que OVIEDO, CABRERA Y SOSA actuaron en el hecho con la intención inequívoca de lograr de los menores una declaración aplicando para ello malos tratos y castigos corporales que derivaron en las lesiones constatadas a fs. 15; 16 y vta. 39 e Informe Psicológico de fs. 403, vulnerando así los bienes jurídicos protegidos por la norma: la libertad y dignidad personal e integridad de las personas... ".

Entiendo que recién en esta última parte de la valoración efectúa una descripción fáctica del hecho, que permite establecer cuales podrían ser las acciones concretas endilgadas y la finalidad específica que requiere tanto el delito de vejaciones como el de apremio ilegales; más allá de las lesiones que habrían sido ocasionadas en dicho contexto.

El control de la debida intimación que se debe brindar al imputado para que pueda ejercer su defensa material y técnica, se ha concretado por el Sr. Fiscal al momento de intimar la conducta a los imputados, en sus respectivas declaraciones ampliatorias de imputado, fijando la siguiente descripción fáctica: "Entre los días 30 de noviembre y 01 de diciembre del año 2005, en horas no determinadas y en circunstancias en que los menores Gastón Rodrigo Benito Aguirre y Luis Antonio Morales, se hallaban alojados en la Comisaría Seccional Quinta, sito en calle Soldado Aguilera del Barrio Guiraldes, ciudad, por un hecho en el cual perdiera la vida -Guillermo Rafael Enrique- y que se estaba investigando, los agentes policiales RAMON ALBERTO CABRERA; FRANCISCO SOSA y CARLOS ALBERTO OVIEDO y otra persona no individualizada hasta la fecha, habrían sometido a castigos corporales a los menores Aguirre y Morales, con la finalidad de obligarlos a declarar en la causa mencionada".

Creo que en dichas declaraciones ampliatorias de imputados, se ha efectuado una correcta descripción fáctica que pudo ser la que mejor describiera el factum, pero ella no se corresponde con la del requerimiento o por lo menos hay que hacer un gran esfuerzo para asimilarla.

Sin avanzar en lo ocurrido en el juicio posterior, debo señalar que nuestro art. 353 del C.P.P. requiere "una relación, clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho...". Y por el término "claridad", se sostiene que se satisface a través de un relato realizado en términos sencillos, que puedan ser comprendidos por el imputado en el juicio. Pero además se requiere "precisión", la doctrina sostiene que ello refiere a que la descripción carezca de vaguedad, como ocurre cuando aquella se limita a consignar que el imputado participó en el hecho sin detallar en qué consistió esa intervención. Ya en el requerimiento advierto esta vaguedad del requerimiento que no se compadece con la claridad de la intimación de la declaración de imputado. Si bien no es necesaria un detalle minucioso, pero sí una aproximación que permita conocer de qué se lo acusa para así poder ejercer su defensa efectiva.

Dicha identidad es fáctica y no jurídica, toda vez que el actor penal formula una hipótesis de hecho que somete a consideración del Juez, determinando así el objeto procesal concreto en relación al cual debe dictarse sentencia. Al decir de VÉLEZ MARICONDE, "la sentencia debe referirse al mismo hecho imputado, al mismo acontecimiento histórico que el actor presupone, a la concreta conducta humana puesta en tela de juicio" (T. II, p. 234). En igual sentido se ha pronunciado el más Alto Tribunal de la Nación: "cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva"; "si bien en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio" (Fallos: 329:4634). Sin embargo, de ello no se sigue que los cambios de calificación no generen agravio constitucional alguno si versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio, pues sólo se ajustarán al art. 18 de la Constitución Nacional los que no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos (conf. Fallos: 319:2959, voto de los jueces Petracchi y Bossert).

Por su parte sostiene Maier que "La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal ... Pero, para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona..." (autor citado, "Derecho Procesal Penal", t. I, Fundamentos, p. 553, Ed. del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1999, 2ª ed., 1º reimpresión). Este último fallo es de clara aplicación para el análisis del requerimiento, que ha tomado el nombre del tipo penal para atribución a los imputados, sin fijar con precisión los hechos. En tal sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8º -"garantías judiciales"- asegura el derecho de toda persona de ser oída previa comunicación detallada del hecho objeto de acusación. Esto justifica que he tenido que analizar el hecho objeto de la acusación, pues realizada esta apreciación recién puedo establecer si se verifica la coherencia debida.

Aquí, he explicado que podría ser determinado la intimación del hecho formulado en la declaración de imputado (ampliación) pero no existe correlación o congruencia con la del requerimiento. Al respecto, Clariá Olmedo refiere: "... la voz "correlación" no es utilizada aquí como sinónimo de identidad o adecuación perfecta en toda su extensión. No se entiende más allá de los elementos fácticos esenciales y de las circunstancias y modalidades realmente influyentes en ellos hasta el punto que la defensa haya podido ser afectada si la sentencia condenatoria se aparta de ese material. Esto nos lleva a advertir la dificultad para dar una formulación general de la regla, debiendo contentarnos con aconsejar la solución en cada caso concreto y en miras a los principios generales que rigen la actividad jurisdiccional."( Clariá Olmedo, José a.: Tratado de Derecho Procesal Penal. I. Nociones Fundamentales, Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires, 1960)

Esto justifica el dictado de la nulidad del requerimiento, pero la afección se vuelve más gravosa cuando advertimos los pasos siguientes que se dieron en este proceso.

**I. 2.-** Por ello analizaré si en la etapa de juicio el planteo de ampliación de la acusación y el dictado del fallo del Juez Correccional, afectó o no tal intimación originaria y con ello se afectó el derecho de defensa de los imputados.

Para ello he de transcribir el hecho por el cual finalmente en debate en el Juzgado Correccional solicita la ampliación del requerimiento, considerando el material probatorio producido en el juicio: "... 30 de noviembre de 2005, por la mañana en la comisaria seccional quinta Cabrera, Sosa y Oviedo aplicaron golpes y una bolsa a Aguirre, y a la tarde le pusieron picana por el pecho, pie y testículos, estando esposa; asimismo aplicaron golpes de puño a Morales, y a la tarde le pusieron una bolsa en la cabeza y le aplicaron picana con el fin de obtener información, por lo tanto entiendo que han concurrido circunstancias agravantes... siendo autores de las figuras de Apremios Ilegales Agravadas contemplada en el art. 144 bis, inc. 3, último párrafo y de Torturas, art. 144 tercero, inc. 1, todos en función del art. 55 del Código Penal". Este pedido contó con la adhesión de la querrela y fue rechazado por la defensa técnica de los imputados.

Tal como lo explique, este planteo fue rechazado por el magistrado, y entiendo que su decisión es cuestionable en cuanto a los motivos elegidos para su rechazo. Según el acta de debate, el magistrado sostuvo: "rechazar la ampliación de la requisitoria por manifiestamente improcedente, ello por cuanto las dos condiciones de "continuación del delito o circunstancia agravante" que deben resultar del debate según prevé el art. 385 del C.P.P., no están dadas. Por un lado, no se observan agravantes dentro del Apremio, ni de las circunstancias del art. 144 bis, inc. 3º, in fine, del C.P.. En cuanto a la Tortura, contemplada en el art. 144 tercero del C.P., se trata de un delito distinto."

Es posible coincidir o no con la interpretación conceptual del juez con respecto a las alternativas procesales, intuyendo que pudo notar en aquel momento la posible existencia de un hecho diverso. No obstante, entiendo que desliza una afirmación anticipada al fijar que figuras penales son adecuadas y cuáles no; con lo cual existe un peligroso adelantamiento de opinión que podría cuestionarse como prejuzgamiento ya que aún no había arribado a la etapa de dictado de sentencia.

Luego las partes acusadoras plantearon Recurso de Reposición que también fue rechazado por el magistrado, avanzando luego hacia la etapa de alegatos. En dicho momento procesal, tanto el Fiscal como la Querrela describen el hecho en medio del análisis del material probatorio. El primero de los actores, en la parte final de su alocución sostiene: "... se trata de un hecho más grave, que fue en circunstancias de obtener información o confesión respecto de la muerte del primo de Gastón Aguirre, que fue por si intensidad un trato mortificante, por lo cual se encuentra enmarcado dentro del inc. 1º, art. 144 tercero del C.P., siendo que Aguirre y Morales se encontraban bajo el poder de hecho de Oviedo, Sosa y Cabrera.". Analiza la pena y por ende repite el pedido de declinatoria de competencia del Magistrado.

Como se podrá advertir se abandona el delito de vejaciones y apremios ilegales y directamente se opta por el delito de Torturas, que se encuentra descrito en el art. 144 tercero del C.P.. Podría decirse entonces que surge un cambio intempestivo que nunca fue hecho conocer en forma de intimación válida a los encartados.

Esta falta de intimación a los imputados surge como más grave cuando es el mismo Juez quien al redactar su fallo termina afirmando que "...se entiende por probado que OVIEDO, CABRERA y SOSA, vestían ropas civiles, que este último se trataba de personal de calle de la comisaría quinta y que los tres cometieron vejámenes, quitándole la ropa a las víctimas, rompiéndoles las prendas, también apremios mediante golpes, colocándole una bolsa de plástico en la cabeza y aplicándole la picana en distintas partes de cuerpo, que fueron detallados en los informes médicos varios,... está plenamente probado que el día 30 de noviembre del año 2005, en horas de la madrugada, la Comisaría Seccional Quinta de esta capital toma conocimiento de la existencia de una persona, que se trataba de GUILLERMO RAFAEL ENRIQUEZ, que había recibido el impacto en el cuerpo de un proyectil disparado por un arma de fuego en calle Seitor N° 2545. Que de inmediato comenzaron las averiguaciones tendientes a lograr la aprehensión del o los autores del hecho, concurriendo personal de la Seccional Quinta con la colaboración de los cabo primero MARIO ADOLFO CABRERA, FRANCISCO ROBERTO SOSA de la División Investigaciones y CARLOS OVIEDO perteneciente a esa dependencia (Comisaría Quinta). De las investigaciones sospecharon de qué podría tratarse del menor GASTON RODRIGO BENITO AGUIRRE, como también de LUIS ANTONIO MORALES, el primero de 16 años de edad y el segundo de 15. Que en un móvil trasladaron a AGUIRRE y en otro a MORALES, alojándolos en la comisaría seccional quinta, atribuyéndoles el delito e homicidio, con conocimiento de la Fiscalía de Investigación N° 6 y a disposición del Juzgado del Menor de Edad y la Familia. Que estuvieron detenidos desde el 30 de noviembre en horas de la mañana hasta el 1 de diciembre en horas de la tarde, en que fueron entregados a sus

padres, recuperando la libertad. Que en horas de la mañana del día 30 de noviembre, AGUIRRE fue interrogado, esposado, golpeado y efectuándole el submarino seco, en tanto que en la tarde fue nuevamente golpeado, destruido el pantalón en la zona de los genitales y aplicado picana, en los testículos y en otras partes del cuerpo, incluso un dedo que tenía lastimado. Con respecto de MORALES fue solamente golpeado en horas de la mañana y en horas de la tarde fue desvestido, golpeado y picaneado y en distintas partes del cuerpo; todo ello por los encartados OVIEDO, SOSA y CABRERA, causándole lesiones en la pretensión de que confesaran la autoría y/o aporten datos sobre la muerte de GUILLERMO RAFAEL ENRIQUEZ...".

Como corolario el Juez Correccional señala que si bien se le atribuyeron los delitos de vejaciones y apremios ilegales, entendía aplicable el delito de Torturas, al sostener: "... **en el debate quedó perfectamente aclarado** el intenso sufrimiento físico y moral que experimentaron las víctimas de tal forma que las vejaciones y apremios se convierten en tormentos o torturas...que escapan a la competencia material de este Tribunal...". Aclaro que el remarcado en negrillas me pertenece.

Es entonces evidente que el hecho no es el originalmente atribuido, ni siquiera con el cual se dió inicio al debate. Se podrá discutir si tal variación es sustancial o no, pero lo cierto es que ha variado, personalmente sostengo que es sustancial por la imprecisión primera.

En dicho caso se advierte una clara situación de indefensión de los imputados al fijarse un hecho en dicho fallo correccional que nunca les fue intimado e imputado. No escapó al detalle de que seguramente podrá ser también materia de discusión si estas calificaciones jurídicas tienen como base similares descripciones fácticas cuyas acciones típicas protege el mismo bien jurídico aunque sea el delito de Tortura una figura agravada de la anterior. No obstante entiendo que las acciones endilgadas ya no son las mismas que originaron el requerimiento de elevación, ni menos aún, que fueran las intimadas en su declaración de imputado.

Incide gravemente que en el proceso se resuelve de este modo, cuando por negativa del magistrado no se articuló el art. 385 o cuando no se ha solicitado la aplicación del art. 386 ambos del C.P.P., donde finalmente se arriba a una afirmación de un hecho del cual no han podido válidamente defenderse. El Juez Correccional al rechazar el planteo de ampliación y no correr vista a la defensa en virtud de lo dispuesto por el art. 385 segundo y tercer párrafo del C.P.P., no permitió que la defensa técnica o material pudiera ejercer una defensa eficaz y oportuna del nuevo hecho intimado y/o de la nueva calificación agravada peticionada por el Fiscal y Querella. Grave situación cuanto esta nueva descripción fáctica y normativa ha sido finalmente receptada por el magistrado al momento de declarar su declinatoria.

La lectura del fallo cuestionado, permite advertir que no estamos ante un interlocutorio, sino ante un fallo en el cual se fija responsabilidad en el hecho y calificación legal aplicable; aceptando el magistrado lo que antes había rechazado, haciendo suya la posición de las partes acusadoras quienes postulaban la comisión del delito de Torturas. Queda patentizada una conculcación al derecho de defensa en juicio de los imputados quienes no tuvieron oportunidad para defenderse de la ampliación solicitada a la cual no se dio procedencia por el magistrado actuante. Ello controvierte también la expresa conminación "el Presidente procederá bajo sanción de nulidad..." prevista en el segundo párrafo del artículo 385 del C.P.P..

Esta situación así generada, nos ubica en una situación inusual, donde no han concretado una correcta acusación contra los imputados, considerando tanto que este fuera ampliado, agravada o variada. Se convierte en perjudicial para el debido proceso y la defensa en juicio, cuando finalmente surge la que podríamos llamar una "nueva acusación" que proviene esta vez de la decisión del juez correccional. Queda claro que esta acusación no la emite el Fiscal o la Querrela, y menos aún que se la haya hecho conocer debidamente a los imputados y su defensa técnica, impidiendo conocer los nuevos cargos para así poder preparar su estrategia defensiva tanto material como técnica.

Incluso de concebir que solo se trata de una calificación más grave, facultad que podría caberle al magistrado de entender aplicable un delito mayor por el principio *iura novit curia*, plasmado en el art. 407 del C.P.P.; no se podría sostener que estamos ante un mismo hecho al intimado, requerido y finalmente juzgado afectando de tal forma el principio de congruencia. Por todo ello debió existir o permitir una nueva acusación, ampliada está según el art. 385 o valorarla desde la oportunidad del art. 386 de ser un hecho diverso.

No quiero dejar de pasar por alto los cuestionamientos sobre ésta última norma mencionada, ya que en caso de aplicarla directamente por el Juez exige analizar la dudosa constitucionalidad de esta normativa, en cuanto facultad normativa conferida a los jueces de correr vista cuando entiendan que el hecho es diverso. He sostenido en otras oportunidades que se trataría de un claro adelantamiento de opinión previa al dictado de una sentencia, siendo prejuzgamiento anticipado de que esta facultad surja por imposición del Juez. Cito la normativa legal cuya lectura permite advertirla como demostrativa de un adelanto de opinión previo al dictado de sentencia: "Si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal dispondrá, por auto, correr vista al Fiscal para que ...".

La práctica tribunalicia, y en particular en este Tribunal, en caso de tratarse de un hecho diverso, dicha posibilidad no es motorizada por el mismo Juez o Tribunal Colegiado, sino que son los Fiscales quienes peticionan se les corra vista ante un hecho diverso, evitando que sean los jueces quienes prejuzguen al respecto.

Finalmente todo lo expuesto, tiene como única razón explicitar que debió existir una nueva acusación. El nuevo hecho o agravante ya no tuvo su base en el requerimiento, sino en el debate y en la decisión final del Juez. Decisión a la cual el magistrado llega no como probabilidad sino con certeza.

Y esto plantea diferentes problemas prácticos que afectan al debido proceso y defensa en juicio en caso de reanudar el proceso y aperturar un nuevo juicio; incluso de mantener el requerimiento cómo se respondería a los siguientes interrogantes: ¿Cuál será la pieza procesal que se deberá dar lectura para iniciar el nuevo juicio?.¿Será el requerimiento de elevación, la Acusación de Fiscal y Querrella al pedir la ampliación o finalmente la utilizada en los alegatos? ¿Deberán leerse los fundamentos del Juez en un fallo-interlocutorio: y en tal caso esta será la acusación, sustituyendo al titular de la acción pública? ¿Podrá ser considerado la lectura de un material realizado en un debate que no finalizó en el dictado de una sentencia?

Por ello se advierte, que ambos actos deben ser declarados nulos, tanto el requerimiento de elevación como todos sus actos consecuentes, en especial el debate y resolutorio producto del mismo. Si solo declarase nulo el dictado del fallo del juez correccional y no el requerimiento, quedarían vigentes otros actos, que impedirían una actuación correcta del Ministerio Público Fiscal; manteniendo un requerimiento que no se compadece con el hecho que han ventilado y consta de groseras falencias que afectan el derecho de defensa en juicio y al debido proceso.

**I. 3.-** Me referiré entonces a la imposibilidad de resolver sobre una cuestión legal de la cual no contaba con competencia para hacerlo.

Precisamente a tenor de lo establecido por el art. 38 del C.P.P., la competencia del Juez Correccional comprende los delitos de Acción Pública con una prisión no mayor de 5 años de pena de prisión. Por ende, si advirtió que el hecho sería enmarcado en un delito cuya competencia material escapaba de su jurisdicción, indefectiblemente debía realizar su declinatoria.

Otra discusión es sobre la oportunidad del magistrado para resolver el planteo de competencia; si debió o no resolverlo al momento en que fue planteado por el Fiscal en debate cuando fue alertado que pretendía acusar por un delito ajeno a su esfera de competencia material. Nuevamente debo regresar al tema central, donde el sistema acusatorio pone en cabeza de las partes el rol central en la persecución de sus pretensiones, siendo los jueces terceros imparciales al momento de resolverlos. Precisamente si descansa en el representante del Ministerio Público la responsabilidad acusatoria, debió el juez aceptar su propuesta evitando avanzar al dictado de la sentencia.

La normativa procesal es clara al respecto, estipulando que debe ser declarada de oficio y en cualquier estado del proceso cuando se advierta la incompetencia material (art. 41 del C.P.P.). Es decir, no era necesario se expida en forma de certeza positiva, sino que solo requería el grado de probabilidad para estimar su incompetencia.

No obstante el mismo Código Procesal, trae las soluciones en caso de que el Juez incompetente realice actos fuera de su competencia material. El art. 42 del mismo digesto formal dispone que lo actuado por juez incompetente material, produce la nulidad de todos los actos producidos por quien no la tenía, dejando sobrevivientes los actos que fueran imposibles de repetir.

He de citar la explicación de los profesores José Cafferata Nores y Aida Tarditti, en su obra Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado en la cual sostienen: "... si bien la incompetencia material puede ser declarada en cualquier estado del proceso y no depende de la petición de las partes (), si la Cámara en lo Criminal no se declaró incompetente durante los actos preliminares del juicio, sea de oficio o porque hizo lugar a la excepción interpuesta, fijada la audiencia de debate, adquiere la competencia correccional y debe ejercerla conforme a esas disposiciones porque es el Tribunal de competencia más amplia que adquiere una competencia inferior, los actos procesales por él cumplidos son válidos. En cambio, el Juez Correccional debe declarar su incompetencia, aún fijada la audiencia de debate, pues lo que la ley quiere evitar es la continuidad de la actuación de un Tribunal de competencia más restringido para el juzgamiento de los delitos que corresponder al Tribunal de competencia más amplia. De allí que las distintas consecuencias que siguen a la inobservancia, ya que los actos cumplidos por el Juez Correccional incompetente serán nulos, con excepción de los irreproducibles, es decir aquéllos que no puedan volver a repetirse en idénticas condiciones" (Edit. Mediterránea, pág. 196/198).

Por ello las cuestiones de competencia son de orden público y declarables de oficio, siendo que el mismo ordenamiento procesal prevé expresamente esas situaciones y descarta violación alguna a los principios de preclusión y progresividad.

Ello hace perder validez al debate realizado por un Juez cuya competencia material dejó de ser válida, aunque el mismo actuara en su comienzo válidamente. Por lo tanto, entiendo que el Juez Correccional al advertir la situación de un delito de mayor pena y por ende más grave, y al serle planteado correctamente su declinatoria debió cesar su actuación.

Por ello los actos por él realizados son de ninguna eficacia. Me refiero en específico a la imposibilidad de dictar una sentencia donde fije hecho y califique el mismo como un delito más grave. No se encuentra facultado para resolver un delito de mayor entidad a su competencia material. El respetado y estimado señor Juez, al serle planteada oportunamente su declinatoria, se veía impedido de continuar actuando y menos aun resolviendo dando por probada la responsabilidad de los imputados y el encuadre legal en un delito por el cual no le correspondía decidir.

Evidentemente los actos realizados por el magistrado en el debate eran válidos hasta el momento del planteo formal de la ampliación de la acusación por las circunstancias agravantes y solicitud de su apartamiento que fue desoído por el magistrado; planteo que se repite al momento de los alegatos, el cual no fue resuelto pasando directamente al dictado de la sentencia. Mucho más cuanto que luego el juez al redactar los fundamentos de su fallo termina coincidiendo con esta postura.

En concreto, se advierte las condiciones de una nulidad absoluta por la inobservancia del acto procesal que lo manda o prohíbe su intervención en un caso de competencia material mayor a su ámbito de decisión. Mantener el debate y decisión por él actuado, supondría una afección a los principios y garantías constitucionales fundamentales, enumeradas en el art. 1 del C.P.P., en especial aquella que impide ser juzgado dos veces por un mismo hecho.

Al respecto creo necesario citar fallo del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba donde se sostuvo "Incorre en una nulidad absoluta, atrapada por el art. 185 inc. 1 del CPP, el Juez Correccional que en la misma resolución en la que deniega la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, a renglón seguido, se declara incompetente en razón de la materia para seguir entendiendo en la causa, si la prueba rendida hasta ese momento evidenciaba que ... El Juez Correccional ha infringido las normas que regulan la competencia, ya que entiendo enerva su jurisdicción por haber surgido una razón que derivaba su competencia material hacia otro tribunal, no se abstuvo de continuar su intervención, sino que - incluso en la misma resolución- abordó un planteo de la parte, decidiendo a su respecto. Tal proceder se encuentra atrapado no sólo por la conminación genérica de nulidad prevista en el primer inciso del art. 185 del C.P.P., sino también en forma específica por el art. 41 ibidem" (TSJCba. Sala Penal. Sent. N° 21,23/3/01, "Cresta").-

Ciertamente nuestra normativa no solo conmina con sanción de nulidad específica el ya mencionado art. 42, sino que además se ve alcanzado por una nulidad genérica y absoluta del art. 184 de nuestro Código Procesal Penal, en particular en el inciso 1) en cuanto hace a la capacidad del Tribunal para intervenir y resolver en el proceso.

Cuando hablamos de estos preceptos adjetivos será concibiéndolos como salvaguarda de los derechos fundamentales de los justiciables contenidos en los mandatos de la Constitución Nacional; y sobre esto cabe señalar que la garantía del debido proceso, en la que se integra la del juez natural determinado por las normas sobre competencia, ha sido consagrada fundamentalmente en favor del acusado.

Precisamente las garantías constitucionales se relacionan con el principio de Juez natural, con la participación regular de las partes esenciales del proceso y con los derechos fundamentales del imputado. Todos ellos son indisponibles porque constituyen las reglas básicas del proceso penal propio de un Estado democrático de derecho. Precisamente es esta la función de la nulidad absoluta, asegurar que los derechos que emanan de la dignidad personal del imputado no sean solo meras palabras, por cuanto la inobservancia de la esencia de esos derechos no podrá producir efectos perjudiciales para el imputado, convirtiéndose en una herramienta técnica garantizadora respecto de los derechos de uno de los sujetos esenciales del proceso: el imputado. De lo expuesto se desprende que el fundamento esencial de la nulidad absoluta es el de evitar efectos perjudiciales que hayan derivado de la violación constitucional, por lo que este perjuicio debe concurrir en el caso concreto de modo real o, como mínimo, al decir de Clariá Olmedo, de modo potencial, poniendo en peligro la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Al establecer la nulidad genérica relativa a la "capacidad" del Tribunal, se hace referencia específicamente a las reglas que fijan la competencia material o territorial. Siguiendo en esto a Carlos Creus, en su obra "Invalidez de los actos procesales penales", Edit. Astrea. pág. 32, en la cual sostiene que la capacidad del juez, siguiendo a Manzini sólo refiere a la "capacidad de ejercicio" y no comprende la "capacidad en abstracto". Luego clasifica estas capacidades entre las genéricas y las específicas. En las específicas a su vez, diferencia entre las objetivas y subjetivas. Siendo un caso de capacidad específica objetiva aquellas que regulan la competencia. Si bien el autor explica las discusiones doctrinarias sobre si estas son nulidades genéricas o específicas. La posición del autor elegido, sostiene entonces que la inclusión en esta categoría de la inobservancia de las reglas de competencia como defecto motivador de una nulidad de orden general por falta de capacidad específica objetiva, entendida esta como capacidad para ejercer la jurisdicción en el proceso, donde el juez incompetente está incapacitado para ese ejercicio en el concreto supuesto.

**I. 4.-** He de sumar una nueva falencia sustancial al debido proceso, al haber obviado resolver sobre el mantenimiento del debate y del juicio realizado, cuestión que pondría en serio riesgo de afección al principio de non bis in idem o doble juzgamiento. Al respecto cabe precisar que la única forma en que finaliza un debate válido, es mediante el dictado de una sentencia; donde ningún juez podría dictar sentencia basado en un debate realizado por otro juez, con la única excepción que se trate de integración de sentencia.

Por ende todo lo allí actuado debe ser declarado nulo cuanto que el mismo Juez que dirigió dicho juicio es quien termina fijando un hecho y un delito del cual es incompetente para actuar. Será imposible mantener aquél debate original, ya que no finalizó con el dictado de una sentencia de condena o absolución, sino con una mera declaración de incompetencia.

Si bien cumplimentó en parte con el dictado de una sentencia, en cuanto a la determinación del hecho y la mención de las disposiciones legales en las cuales entendía adecuada la acción criminal (incisos 3 y 4 del art. 405 del C.P.P.) pero finalmente no emitió parte resolutive, es decir, no dictó condena ni absolución. Por lo cual ha transcurrido el tiempo máximo de lectura de sentencia, previsto por el art. 406 del C.P.P., que sanciona con pena de nulidad la superación de dicha plazo desde el cierre del debate.

Para ello he de citar fallo de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, en Fallo Nº 28 del 22/3/12 en Expte. Nº 1-940/11, caratulado: "PEREYRA JORGE DANIEL; FERNÁNDEZ LUCAS EZEQUIEL S/ HOMICIDIO CON MOTIVO U OCASIÓN DE ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS DE FUEGO", donde se sostuvo: "se burla el espíritu de la norma en cuestión, violándose los principios de concentración y de continuidad ideológica entre el debate y la redacción de los fundamentos de la sentencia que debe subsistir durante este período, de acuerdo a la exégesis, que la CSJN considera adecuada, de las normas procesales que establecen plazos para la lectura del fallo (Conf. Fallos 325:3118), afectando de manera directa y decisiva el debido proceso legal, al no haberse desarrollado el mismo en condiciones tales que posibilite el dictado de una sentencia justa (Conf. esta Sala in re: "Godoy...", Sent. Nº 11/07).

Lo apuntado permite advertir una serie de nulidades absolutas, originadas en la redacción del requerimiento de elevación a juicio elaborado por el Fiscal de Investigación, para luego también ser afectadas garantías en la sustanciación del debate y en el dictado del fallo del Juez Correccional. Todos ellos son vicios esenciales del debido proceso y de la defensa en juicio, afectando sustancialmente garantías constitucionales que son indisponibles y que deben ser expurgadas declarándolas de oficio, o a pedido de parte como en este caso.

Los fundamentos que la defensa técnica ha articulado en la audiencia preliminar para sostener su planteo de nulidad han sido escuetos, advirtiendo que incluso ha consentido todos estos actos consecuentes permitiendo que llegara en esta situación la causa ante ésta Cámara en lo Criminal. No obstante, estas nulidades no quedan subsanadas por la aquiescencia de los agraviados, ni obsta a su declaración el estado del proceso en que se produjo, ni rigen a su respecto la preclusión ni la caducidad.

Esta suma de irregularidades hace indefectible la declaración de nulidad del debate, siendo imposible de mantener incluso la declaración de incompetencia allí fijada. Por todo ello, corresponde declarar la nulidad del requerimiento de elevación y de todos los actos consecuentes, citación a juicio y del debate realizado ante el Juzgado Correccional de la Tercera Nominación, como así del dictado del fallo. Todo ello en virtud de lo normado por los arts. 184 inc. 1 y 185, 41 y 42, 353 y 385 segundo párrafo y 406 tercer párrafo del Código Procesal Penal de la Provincia.

**II.-** Debo analizar a continuación la solicitud de prescripción peticionada por el Defensor Técnico, el cual fue rechazado por la representante del Ministerio Público. La prescripción de la acción penal implica la asunción por parte del Estado de un límite temporal del ius puniendi en garantía del derecho que titulariza toda persona de ser juzgado en un plazo razonable y en aras de la seguridad jurídica.

Ello requiere que tal análisis debe hacerse en relación al tipo penal imputado, donde debo hacer notar que la declaración de nulidad del debate y fallo consecuente implica que no se podrá considerar al momento de analizar esta prescripción, el delito de Tortura del art. 144 tercero del C.P. por el cual el Fiscal de Investigación en debate agravó al peticionar la ampliación del art. 385 del C.P.P. y que mantuviera luego en sus alegatos. Esta declaración de nulidad del debate hace perder todo valor jurídico a las atribuciones legales que allí se articularon, lo cual nos retrotrae a la calificación legal por la cual fueran requeridos estos autos.

Por ello la prescripción podrá ser considerada con relación al delito de Vejaciones y Apremios Ilegales, del art. 142 bis del C.P. del requerimiento de elevación. Y en función de lo normado por el art. 62 incs. 2 y 5 para contabilizar el plazo de prescripción de la acción, se tendría en cuenta la pena máxima en abstracto de 5 años de prisión.

El hecho fijado en el Requerimiento de Elevación redactado por el Fiscal de Investigación tiene como fecha de ocurrencia, el día 30 de noviembre y 1 de diciembre del año 2005.

La primaria calificación atribuida en primer declaración indagatoria es por el delito de Apremios Ilegales en Concurso Real con Lesiones Leves: art. 144 bis inc. 2 y 89 del C.P., realizada en fecha 30/11/05 a uno de los imputados, y 04/10/2006 a los dos restantes.

Se amplían sus declaraciones de imputados por el delito de Vejaciones y Apremios Ilegales en Concurso Ideal con Lesiones Leves. Art. 144 bis. Inc. 2 y 89 del C.P., en fechas 28/02/07. Luego vuelven a ampliar declaraciones pero por este último delito. En fecha 21/05/2008, el Fiscal pide Sobreseimiento, lo cual es receptado por el Juez y se sobresee la causa a favor de todos ellos. Apelan el sobreseimiento donde finalmente la Cámara de Apelaciones no hace lugar al recurso, recurren a la Sala y el STJ declara la nulidad del sobreseimiento en fecha 16/02/2011.

En fecha 11/07/11 se le amplían las declaraciones de imputado por el mismo delito de Vejaciones. En fecha 17/05/2012 el Fiscal dicta Requerimiento -Vejaciones y Apremios Ilegales-. En fecha 31/10/12 se dispone Citación a Juicio.

El art. 67 del mismo cuerpo legal, establece taxativamente en su cuarto párrafo, y en este orden, los siguientes motivos o causales pasibles de provocar la interrupción de la acción penal, a saber: la comisión de otro delito, el primer llamado a una persona a fin de recibírsele declaración indagatoria, el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio; el auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; el dictado de sentencia condenatoria (acápites, "a", "b", "c", "d" y "e" respectivamente).

En tal cometido analizaré si algunos de ellos se han convertido en plazo interruptor de la prescripción. Para ello me detendré en las fechas de las primeras declaraciones de imputados, comparándolas con el paso siguiente que podría ser secuela; cual sería el requerimiento acusatorio o elevación a juicio. Así las primeras declaraciones son de fechas 30/11/05 y 04/10/2006, mientras que el requerimiento de elevación a juicio es de fecha 17/05/2012. Como se advierte entre ambos actos que serían interruptores de la prescripción ha transcurrido un plazo mayor a los cinco años.

Al respecto es pacífica la doctrina y jurisprudencia actual que el acto interruptor es el primer llamado a declaración de imputado, quedando excluidas las reiteradas citaciones por igual motivo o mismo delito aunque fueran dispuestas para indagar sobre nuevas pruebas recogidas posterior a la primera. Por ello serán estas primeras declaraciones las que se considerarán como causales con poder interruptor de la prescripción. Este es el criterio jurisprudencial receptado por nuestro Superior Tribunal de Justicia Provincial, en su Sala Segunda en lo Criminal, quien mediante Fallo Nº 132 del 19/10/12, en autos: "JUDKEVICH GLADYS ESTHER; JUDKEVICH ROBERTO ENRIQUE Y VALLE JOSÉ ANÍBAL S/ DEFRAUDACIÓN ESPECIAL POR DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS", sostuvo: "... Teniendo tal parámetro como límite máximo para que se opere el plazo de prescripción del delito intimado, se determina con precisión que en el primer cuerpo obra la fotocopia certificada de la primigenia declaración de imputado prestada por Valle -fs. 17- de la cual se extrae que la misma tuvo lugar el día 19 de diciembre del año 2005; consecuentemente, el decreto que dispuso la citación a dicha audiencia en los términos del art. 304 primera parte del CPP es de fecha igual o anterior, por lo que el día 19/12/11 ha fenecido la facultad persecutoria por el delito intimado a éste. Inexorablemente esto es así, ante la nulidad -firme y consentida por la parte querellante- del Requerimiento de Elevación a Juicio, único acto interruptivo de la prescripción que tuvo lugar después de la declaración de Valle, conforme la actual redacción del artículo 62 del Código Penal".

Debo contestar el rechazo que ha formulado la Sra. Fiscal de Cámara, donde sostuviera que no era posible conceder la prescripción ya que los imputados habría cometido el hecho en ejercicio de sus funciones como empleados policiales, donde incluso se mantenían cumpliendo tareas como tales hasta la fecha. Los imputados al momento de ser interrogados sobre sus datos personales en la audiencia preliminar, todos han manifestado seguir realizando tareas como funcionarios policiales en actividad; recordando que se les atribuye el hecho, en ejercicio de sus actividades funcionales. Por lo cual compartiendo el rechazo formulado por la Sra. Fiscal de Cámara, entiendo que se suspende la prescripción cuando se tratara de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública mientras los mismos se encuentren desempeñando un cargo público (art. 67 del Código Penal).

Atento lo normado por el párrafo segundo del art. 67 del Código Penal, la prescripción se suspende en los "delitos cometido en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando cargo público".

Los imputados conforme a lo establecido por el artículo 77, 3º párrafo del Código Penal, que describe con el término "funcionario público" o "empleado público" a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. Por ello, los encartados reúnen las condiciones legales necesarias para ser considerado funcionario público en los aludidos términos del Código Penal.

La ley penal, en este caso, hace recaer sobre los funcionarios públicos, durante el ejercicio de sus funciones, deberes legales más fuertes que en relación a quienes no lo son, como un intento de resguardar a los individuos frente al poder público estatal y se trata, en suma, de una decisión político-criminal del Estado de someter a quienes ejercen la función pública a un trato penal más riguroso que a los demás. La propia exigencia legal de que se trate de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública revela que es precisamente el desempeño de esa especial actividad -y no el hecho de tratarse de un funcionario público-, el centro de atención de la exclusión legal, ésta solo se presenta razonable en principio en relación a los delitos especiales que exigen la calidad de funcionario público en el autor o, al menos, cuando esa calidad y el ejercicio de la función reconozca, en el caso, una incidencia esencial en la ocurrencia del concreto accionar delictivo de que se trate, sin lo cual éste no habría podido suceder tal como se produjo. Siendo esta exigencia de que el delito haya sido cometido "en ejercicio de sus funciones", permite señalar que se considera el carácter funcional, no temporal, vinculado al desempeño profesional propio del funcionario público. El carácter funcional exige, que el ilícito pueda ser considerado como un acto de abuso de poder en el desempeño de las legítimas funciones atribuidas al funcionario público de que se trate.

Este tratamiento diferenciado del régimen de la prescripción previsto para ciertos delitos respecto de los funcionarios públicos que intervienen como partícipes se justifica, entre otras razones, por la particular situación en la que se encuentra el funcionario mientras continúa desempeñando su cargo. Por este motivo, se justifica que, mientras permanezca en su cargo, no corra para él el plazo de prescripción aplicable a las demás personas que no gozan de tal posición.

Tal particular situación de los funcionarios públicos frente al poder penal los distingue de las demás personas y justifica la validez del tratamiento diferenciado, sin representar una vulneración de la exigencia constitucional de la igualdad ante la ley, ya que es necesario reconocer la especial gravedad de los delitos cuando estos son cometidos por funcionarios estatales, a quienes los ciudadanos les han confiado la administración de los asuntos públicos.

Pero lo cierto es que parte de la doctrina y la jurisprudencia ha exigido un plus a la norma, dando una interpretación de la norma más allá de que prescribe. Siguiendo la posición de Andrés José D'Alessio, se sostiene la postura de que "...el requisito para que proceda la suspensión de la prescripción... se fundamenta en la posibilidad de que ese cargo sea utilizado para influenciar o obstaculizar la investigación, y que de ese modo el plazo de prescripción fenezca mientras se ejerce la función pública... persigue el propósito de evitar que corra el término mientras la influencia política del sujeto pueda perturbar el ejercicio de la acción... funcionario con jerarquía o proximidad al ejercicio de la acción suficiente para sospechar que pueda emplear su autoridad o influencia para perjudicar la persecución."

Sostengo que esta tesis de la "influencia política", no surge de la redacción del texto del art. 67, donde la norma no realiza ninguna disquisición en relación al mayor o menor rango que posea el funcionario de que se trate, para con ella hacer operativa la cláusula de la suspensión del curso de la prescripción. Al respecto sostengo, al igual que parte de la jurisprudencia contraria con esta postura, que cobra de esta manera vocación aplicativa el principio ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus, según el cual la falta de distinción en la ley de una determinada situación impide que ella sea efectuada por el intérprete. Conviene recordar que no hay peor técnica interpretativa que la que implica patente alteración de la inequívoca acepción a las palabras de la ley, las cuales, mientras el texto lo consienta, han de ser tomadas '...en el sentido más obvio al entendimiento común...' (conf. C.S.J.N., Fallos: 314:458); '...es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, el que debe buscarse no en significaciones oscuras o abstractas sino en el sentido más obvio al entendimiento común...' (conf. C.S.J.N., K. 50. XX. 'Kasdorf SA. c. Jujuy, Provincia de s/ daños y perjuicios', rta. el 23/12/1992). También ha expresado el Alto Tribunal que no es admisible una interpretación de la ley '...que equivalga a prescindir del texto legal si no media debate y declaración de inconstitucionalidad, pues la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuación a principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu...' (V. 254. XXVII. 'Vera González, Alcides Juan c. Radio y Televisión Riojana S.E. y otra', rta. el 95-05-04).

Incluso ingresando en la interpretación de la norma analizando la "intención del legislador", cabe advertir que resulta claro que el espíritu de la disposición se dirige a evitar que la condición de funcionario público del acusado de determinado delito se termine convirtiendo en un obstáculo para el normal desarrollo del proceso. Así lo apuntó el señor Diputado Aramburu, en la sesión del 20 de agosto de 1997 -en la que se debatió el proyecto que finalmente fuera sancionado bajo el número de ley 25.188-, quien afirmó que 'el ejercicio de la función pública puede actuar como un inhibidor de la persecución judicial en un determinado delito'. Como se aprecia, la finalidad de la ley es mucho más amplia que la que pudiera surgir de la hermenéutica restringida y acotada de la norma que se pretende dar a esta postura de "la influencia política" según la cual lo que se busca evitar es que el funcionario pueda ejercer su poder para dificultar que se lo investigue; muy por el contrario, la intención del legislador se proyecta hacia todas las posibles fuentes de injerencia ilegítima en el proceso -sean ejercidas en forma directa, sean indirectas- de manera tal que mientras subsista dicha posibilidad derivada del poder propio de la función pública, el término de la prescripción se encuentre paralizado.

En este sentido, entonces, la mera calidad de funcionario público se presenta a juicio del legislador como con entidad suficiente para generar el indeseado efecto adverso para la normal marcha del proceso, sin que al respecto sea admisible controvertir dicho criterio, enmarcable dentro del ámbito de injerencia legislativa para sancionar las normas que se ajusten a la política criminal delineada y consecuentemente ajeno al control judicial salvo inconstitucionalidad, que en el caso se presenta ausente. (Conforme fallo de la Cámara Federal de Casación Penal, sala III en autos "Z., E. M. y C., A. A. s/ recurso de casación". 24/08/2015). Este es el criterio que se ha mantenido, por este Tribunal en la causa "Pibernus", donde además hemos rechazado la pretensa cuestión de inconstitucionalidad planteada al respecto de la supuesta violación al principio de igualdad ante la Ley.

Entiendo que esta exigencia interpretativa de la doctrina, hace que difícilmente se pueda determinar el grado de influencia que ciertos funcionarios pueden ejercer no obstante el grado de jerarquía que puedan tener en los cuadros administrativos de la administración pública. Donde sería casi intuitivo o conjetural señalar esta postura anticipada -y seguramente casi nunca probada- de que sea necesaria una influencia política, cuando hay tantas formas de incidir en las estructuras corporativas en las que muchas veces confluyen relaciones en los distintos entes públicos. Sostengo que tanto puede influir un personal de baja jerarquía como uno en su cúspide y a manera de ejemplo un personal de maestranza u ordenanza puede influir con sus superiores dado el grado de convivencia del compartir las tareas laborales diariamente. Por ello si bien creo que esto es materia de pruebas, no comparto que dado el grado de jerarquía en el escalafón administrativo se pueda determinar la presunción de un mayor o menor grado de influencia. Podría ser exactamente lo contrario, donde una persona con mayor jerarquía no intente acción alguna para influir, y tal argumento de la influencia política se le aplicase en base a la conjetura de que su cargo mayor le permitía hacerlo. Creo que esta interpretación es atentatoria contra el principio de igualdad ante la ley, permitiendo construir una condición de la norma que no la prevé, generando precisamente un trato que sería arbitrario por desigual y meramente conjetural.

Es por ello que me inclino por una postura que no convierta en inoperante el claro mandato legal, estableciendo excepciones que la ley no contempla ni surgen de una razonable hermenéutica que atienda al objeto y fin del dispositivo de que se trata, extremo que resulta a todas luces improcedente. Lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que '...por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la interpretación y aplicación del derecho, el principio de la separación de poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (Fallos: 234:82, 310; 241:121; 250:17; 263:460)...' (conf. C.S.J.N., B 1892 XXXII "Baro, Ángel c. E.F.A. s/ ley 9688" del 22/12/1998).

No obstante de dejar asentada mi posición, me veo obligado a aceptar la postura contraria receptada por la Sala Segunda del Superior Tribunal de justicia, quien se hace eco de la interpretación de la influencia política, citando doctrina al respecto. Por ello basado en razones de celeridad y economía procesal debo aceptar su interpretación ya que se trata de la misma cuestión jurídica aquí debatida que ya fuera resuelta por el Alto Cuerpo. Si bien los jueces contamos con libertad al momento de dictar nuestros fallos, sin encontrarnos sujetos ni obligados a sujetar nuestra decisión a la de otros magistrados; en casos donde Tribunales superiores ya han resuelto la misma cuestión jurídica en un sentido, apartarse de tal criterio interpretativo sin brindar nuevas razones o argumentos solo ocasionaría un desgaste procesal innecesario pues de transitar la vía recursiva sería aquella opinión jurídica la que prevalecería.

Por ello someto mi posición a la ya dictada por la Sala penal, que al respecto sostuvo: "... De igual modo cabe proceder respecto al reclamo respecto a que en el caso se produjo la suspensión de la prescripción de la acción penal por la condición de funcionario público del querellado. En efecto, esto es así ya que conforme al juicio de esta Sala sobre ese punto (Cfr. causa "Incid.de Extinción de la Acción Penal 'Ramos'", sent. 122/10), la aplicación del art. 67, 2do. ap., del Código Penal, conforme al texto del art. 29 de la Ley nº 25.188 (B.O. del 01/11/99), que dispone "La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público", de acuerdo sus Antecedentes Parlamentarios (año 2000, pg. 694, par. 14), se halla reservada para cuando "...el ejercicio de la función pública puede actuar como un inhibidor de la persecución judicial en un determinado delito, y que en definitiva éste termine prescribiendo, favoreciéndose de este modo la impunidad". En ese sentido se expidió numerosa doctrina, entre ellos Andrés José D'Alessio -recordando otras opiniones- quien señala que dicha suspensión se fundamenta en la posibilidad que ese cargo sea utilizado para influenciar u obstaculizar la investigación y que de ese modo el plazo de prescripción fenezca mientras se ejerce la función pública (Lazcano, Carlos J. (h), CP y normas compl., pg. 663), por lo que existe una importante limitación a la aplicación de esa causal de suspensión (Cfr. "Cód. Penal de la Nación", com. y anot., T. I, parte gral., pg. 997). Por lo tanto, dado que la norma persigue el propósito de evitar que corra el término mientras la influencia política del sujeto pueda perturbar el ejercicio de la acción, se advierte que por "cargo público" la misma no entiende cualquier empleo estatal, sino al

funcionario con jerarquía o proximidad al ejercicio de la acción suficiente para sospechar que puede emplear su autoridad o influencia para perjudicar la persecución, tal el caso de un ministro, juez, secretario, subsecretario, por sí o a través de sus cómplices o personas de su estricta confianza (Zaffaroni, Alagia y Slokar, Dcho. Penal, parte gral., 2000/03, pg. 864 y 904 respect.). En tal sentido, Horacio J. Romero Villanueva sostiene que la sanción de la citada norma atendió a la dificultad de descubrir e investigar los delitos cometidos por los funcionarios y empleados públicos, quienes en no pocas veces se aprovechan de su posición para obstruir la acción de la justicia; que se tiende a evitar que el funcionario público pudiera ejercer su influencia o recurrir a sus facultades funcionales para obstaculizar o impedir el ejercicio de la acción penal ("Cód. Penal de la Nación", anot. c/jurispr., 3ra. ed., pg. 251). De tal manera, en el sub examen no existen razones que autoricen la aplicación de la causal suspensiva bajo tratamiento, toda vez que no se evidencia, y ni siquiera fue mencionado por la apelante, que el plazo transcurrido fuera producto del aprovechamiento o influencia ejercida por el querellado en razón de su cargo de... que se encuentran desempeñando, impidiendo o entorpeciendo el progreso y desarrollo de la acción privada iniciada en su contra, razón por la cual este agravio también debe ser desestimado. " (Fallo 40 de fecha 19/04/2011, en expediente nº 69.843/10, caratulado: "MERLO MARIO FERNANDO; DÍAZ EMILIO DARIO y PEÑA ROLANDO DANIEL S/ APREMIOS ILEGALES").

Es entonces que llegado a este estado de análisis, correspondería hacer lugar al pedido de prescripción, sino fuera que no se advirtió por las partes, otra cuestión esencial que debo como Juez de la Constitución abordar.

**III. 1.-** Las presentes actuaciones no se tratan de un simple delito cometido por funcionarios públicos, sino que entiendo que se encuentran afectados derechos humanos, que requieren no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad.

En nuestro país, dos hechos trascendentales se destacan en materia de promoción y tutela de los derechos y libertades de la persona humana. El primero de ellos, cuando es ratificado el Pacto de San José de Costa Rica se reconoce la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana. El segundo, ocurre con el otorgamiento de jerarquía constitucional a una serie de instrumentos sobre derechos humanos y con la posibilidad de que otros tratados sobre la materia, puedan obtener esa jerarquía. En efecto, el poder constituyente reformador de 1994, en el segundo párrafo del art. 75 inciso 22, tomó una decisión jurídica cuya primera consecuencia fue asumir la creación de un bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos, a los que se les reconoce jerarquía constitucional.

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Nadie será sometido a tortura o a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentación científica o médica". La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dictada por la Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1984. Donde Argentina fue uno de los países que participó activamente en el largo proceso por el cual en Naciones Unidas se adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 2002. El Protocolo fue aprobado en el país por la Ley Nº 25.932. Y Argentina fue así el sexto país en ratificarlo, el 15 de noviembre de 2004. De este modo, lideró, junto con otros países, la iniciativa para promover la entrada en vigor de dicho Tratado, para la que se requería de la adhesión o ratificación de veinte Estados. Así el Protocolo Facultativo entró en vigor el 22 de junio de 2006.

El art. 1 de la Convención contra la Tortura determina y fija el concepto: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" 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."

Contamos con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, ratificada por Argentina el 31 de marzo de 1989, la cual adquiere jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, según lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22.

Esto entra en relación con La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre la cual reconoce en su artículo I que "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". El artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral." Esta disposición se complementa con la reproducción textual de la fórmula del Pacto Internacional de Derechos Civiles al establecer que "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Por último, agrega que "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Tal como lo explicaba, la Convención Americana se complementa con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, cuyo artículo 2 dispone que "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 personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo".

Según el artículo 3 de la Convención Interamericana, serán responsables del delito de tortura: a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; y b) las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso "a" ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

"Estas disposiciones definen el concepto más avanzado de tortura al que se ha llegado en el derecho internacional de los derechos humanos. Aun cuando es evidente que esta definición ha tomado como modelo el concepto adoptado en la Convención de Naciones Unidas, la Convención Interamericana desarrolla aspectos sumamente novedosos. En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de Naciones Unidas y en el Sistema Europeo, no es relevante el grado del sufrimiento ocasionado a la víctima para que un acto pueda ser calificado como tortura; la Convención Interamericana se refiere simplemente a "penas o sufrimientos físicos o mentales" sin establecer la necesidad de que alcancen una intensidad determinada. De hecho, se prevé que el concepto de tortura incluye actos que no causan dolor ni angustias psíquicas de ningún tipo si se trata de "métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental". En segundo lugar, no contiene una lista taxativa de los propósitos que debe perseguir un acto para ser calificado como tortura. Según la Convención Interamericana, constituye tortura todo acto intencional que provoque sobre una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, cualquiera sea el fin que ese acto persiga. Por último, la Convención Interamericana incorpora expresamente a la definición de tortura actos cometidos por personas ajenas a la órbita del Estado cuando éstos actúan *a instigación* de funcionarios o empleados públicos. Incluso, no sólo se prevé su responsabilidad en el supuesto que cometan directamente los actos de tortura sino también en los casos en que sean cómplices y cuando ordenen, instiguen o induzcan a su comisión". (Gonzalo Bueno. EL CONCEPTO DE TORTURA Y DE OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES EN EL

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS "Nueva Doctrina Penal", 2003/B, Editores del Puerto. Buenos Aires).

**III. 2.-** Si bien es un ámbito de discusión el grado de intensidad de la tortura para estar alcanzado por una u otra normativa internacional, lo cierto es que toda esta normativa debe analizarse bajo las condiciones del **principio pro homine** como criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos. Ellos significa acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

Además estas pautas están consagradas positivamente, ya que en general los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos la gravedad de la afección que pudiera.

Será entonces éste principio el que impone que una norma específica sobre tortura donde se enuncia con mayor amplitud los derechos de las víctimas y las obligaciones asumidas por el Estado, supere y prevalezca sobre otras disposiciones con alcance más genérico o limitado. La Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46.)

Sin dudas la CIDH ha señalado en reconocidos fallos la preocupación por combatir la tortura que proviene de ámbitos estatales. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que "el derecho a la integridad personal es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, inter alia, la prohibición de tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia". (Instituto de Reeducción del Menor", párr. 157; Caso Gutiérrez Soler respecto de Colombia. Medidas Provisionales. Resolución de 11 de marzo de 2005, considerando undécimo, y Resolución de 27 de noviembre de 2007, considerando decimocuarto).

En diferentes fallos la CIDH ha hecho poner especial énfasis contra la tortura en sistemas de detención o carcelarios, ya que en referencia a las normas internacionales de protección, ha

sostenido que "la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo" (Cantoral Benavides, párr. 100; Maritza Urrutia, párr. 91; Tibi, párr. 143, y Gómez Paquiyauri, párr. 116), para con ello concluir que "se ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas formas de tortura" (Fermín Ramírez, párr. 117; y Penal Miguel Castro Castro, párr. 271), tanto física como psicológica (Velásquez Rodríguez, párr. 103. Igualmente, Cantoral Benavides, párr 102; Maritza Urrutia, párr. 92, y Gómez Paquiyauri, párr. 112).

Para la Corte existe una presunción de considerar al Estado responsable por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de los que aparezcan como responsables de tales conductas.

Con lo cual queda claro que las actuaciones que aquí se están ventilando, reunirían los elementos configurativos de afeción al tipo de tortura concebido por la Convención como un acto de conculcación a los derechos humanos esenciales de una persona sometida a la autoridad pública y que por aplicación hermenéutica del principio pro homine debe ser abarcado desde su concepción más amplia y proteger los derechos humanos conculcados.

**III. 3.-** Por ello los ribetes de esta causa, no deben ser solo analizados en base a la normativa nacional, sino que debe adecuarse a los mandatos del control de convencionalidad y por ende supone seguir las directivas de los organismos supranacionales en materia de derechos humanos y de la responsabilidad internacional del Estado cuando el Poder Judicial no garantiza la plena vigencia y protección de estos derechos esenciales.

En la Convención Constituyente de 1994 la ubicación de los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico y en especial la de los tratados de derechos humanos, produjo intensos debates. Las posiciones oscilaban entre declarar la supremacía de los tratados sobre la Constitución –postura mayoritaria– o acordar a aquellos convenios prevalencia sobre todo el derecho positivo interno pero por debajo de la Constitución. En virtud de lo resuelto en el precedente "Ekmekdjian c. Sofovich", quedaba claro en el seno de la Convención Constituyente de 1994, que las convenciones internacionales, cualquiera fuese su tipo o modalidad, debían prevalecer sobre las leyes. Sin embargo, el acuerdo no alcanzó a otorgar primacía al derecho internacional por sobre la Constitución Nacional. La Constitución mantuvo su primacía por sobre los tratados, con la excepción de los tratados de derechos humanos allí enumerados que obtuvieron jerarquía constitucional y los que la adquirieran en el futuro, de acuerdo con el procedimiento establecido en la norma (art. 75, inc. 22 CN), tal como sucedió en 1997, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En este sentido, recordemos que en el fallo mencionado, la Corte Suprema hizo mérito del art. 27 de la Convención de Viena que obliga a los Estados Parte a no invocar el derecho interno para incumplir las disposiciones de un tratado, por lo cual, los jueces de todas las instancias y fueros deben conformar sus fallos a la jurisprudencia internacional.

En el mismo sentido la Corte Suprema alerta sobre el deber de los jueces de "evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por [el] incumplimiento" de los tratados. Al respecto, ya el segundo párrafo del considerando 7° de "Ekmekdjian c. Sofovich" ("prevenir la responsabilidad internacional del Estado por los actos de sus órganos internos, es una cuestión no ajena a la labor del Poder Judicial, en cuanto pueda constitucionalmente evitarla") había resultado una ajustada y necesaria reacción de la Corte Suprema contra uno de los argumentos de su precedente "Martín and Cía. Ltda. S.A.", el cual, después de haber sostenido que "ni el art. 31 ni el 100 [actual 116] de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación", afirmó que "la posible cuestión de orden internacional subsistente es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos" y "depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación"

Cuando el Estado argentino celebra convenios, tratados, concordatos o declaraciones, lo que hace es obligarse con otros Estados o con organismos internacionales, que es lo mismo que decir, asume -en primer lugar-, compromisos internacionales. En segundo término dependiendo del tipo de convención y especialmente si son Tratados de Derechos Humanos, contrae obligaciones internas frente a los titulares de los derechos acordados por el convenio de que se trate. Así pues, tiene una, externa e interna. En el caso específico de las convenciones sobre derechos humanos, la inobservancia estatal en perjuicio de los habitantes, puede tomar la forma de un acto positivo u omisivo en el aseguramiento de esos derechos.

Esta elevación con rango constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, hace que la Convención Americana de Derechos Humanos sea de aplicación obligatoria para a la República Argentina, comprometida tanto la debida observación de la competencia de la Comisión (art. 62) y acatar y cumplir las Sentencias de la Corte Internacional (art. 68). Por su parte el art. 33 establece que la Comisión y la Corte son "competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte).

Ambos organismos están destinados en el marco de sus respectivas competencias y facultades a la recepción de denuncias, elaboración de dictámenes, interpretación y aplicación de las cláusulas internacionales, resolución de casos en aquellos planteos y cuestiones que se les sometan en los supuestos de DH. Pero en las cuestiones relacionadas con los Derechos Humanos es donde su constitucionalización e internacionalización es más notoria a punto a que se ha establecido un orden jurídico internacional. La CIDH en el conocido caso "Almonacid Arellano vs. Chile" sostuvo que el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Internacional, intérprete último de la Convención. Por ello sostengo que más allá de las normas analizadas por las partes, y que han obviado comprender en este caso, debe ser analizado a la luz de la Convención contra la Torturas y por ello requiere un análisis de convencionalidad.

Este sistema nuevo de fuentes nacional e internacional impone la necesidad de su integración incluyente y por ello será la fórmula final para resolver éste caso, al detectar que estas cuestiones aquí planteadas pondrían en riesgo de excluir la norma constitucional. Por imperio de ese sistema de fuentes extendido y mixto comprensivo de valores y preceptos nacionales e internacionales, la validez de una norma o disposición doméstica (ley, decreto, resolución, etc.) quedará siempre condicionada a la concordancia y adecuación constitucional y convencional entre aquellas y estas.

Acorde a los propósitos de la reforma de 1994 los instrumentos aludidos no han derogado ninguna de las normas constitucionales cuando se les otorgó jerarquía. En consecuencia al ser compatible a los tribunales sólo les cabe compatibilizarlos, ya que la doctrina mayoritaria de la Corte Nacional sostiene que los convencionales constituyentes ya han efectuado el test de compatibilidad. ("Monjes" y "ChocoBar") y se entiende que son complementarios de los derechos y garantías de la Constitución Nacional. Esto significa que los derechos reconocidos en los tratados constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el orden interno.

Esto permite ingresar a nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que es éste el único órgano jurisdiccional con competencia para aplicar e interpretar la Convención Americana. No solo las sentencias donde la Argentina fue parte del proceso, sino también la totalidad de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Interamericano. Ello supone que la CADH debe invocarse en el ámbito interno cuando nos abocamos a su interpretación, no solo aplicando las cláusulas convencionales sino también la práctica que la Corte hace de las mismas. En "Giroidi" nuestra Corte Suprema sostuvo esta posición expandiéndola hasta el caso "Bramajo" fijando que será su guía interpretativa de la Convención tanto los informes de la Comisión Interamericana de Derechos humanos, por lo cual se sostenía que también las recomendaciones eran pautas obligatorias para interpretar los artículos convencionales. Lo cierto es que posteriormente, en los fallos "Acosta" y "Felicetti Roberto", la Corte Suprema ha rechazado esta posible hermenéutica fijando que los informes de la comisión no son vinculantes para la República

Argentina, aun cuando sean de inestimable guía al momento de interpretar la Convención.

Así los cánones de interpretación de los Tratados de Derechos Humanos en general, deben tener en consideración el objeto y fin del tratado, ya que esta interpretación debe ser siempre a favor del individuo (interpretación pro persona o pro homine). La propia Corte IDH ha expresado que "el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema" (CorteIDH, asunto de Viviana Gallardo y otras, del 15-7-81, párr.. 16). Por ello es necesario recalcar que las obligaciones de respetar los derechos humanos y garantizar el pleno goce y ejercicio de ellos constituyen el fundamento genérico de la protección internacional de los derechos humanos, ya que el Estado es el principal sujeto pasivo de la relación jurídica y responsable por sus violaciones.

Tal obligación de los Estados de respetar los derechos humanos, es una obligación de abstención o de "no hacer". Pero la obligación del Estado no termina allí, puesto que debe emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos. Por ello en materia de derechos humanos el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de tales derechos, pues además debe emprender acciones positivas. Todas aquellas que fueren necesarias para permitir que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan y gocen sus derechos humanos. Por ello será una clara e imperativa obligación del Estado asegurarse que las normas internacionales sean plenamente operativas dentro de su

jurisdicción, correspondiendo al Estado, y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella.

La obligación de investigar no solo se trata de una obligación que pudiera ser incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Pero sí debe ser demostrativa de que ha sido encarado con seriedad y no como una mera formalidad condenada a ser infructuosa. Por ello al señalar esta obligación de investigar, es asumir por el Estado este deber jurídico de buscar efectivamente la verdad y no ser dejada a la iniciativa de los particulares. Ello supone que El estado debe responder con toda su capacidad encaminada a sancionar y castigar a los perpetradores, ya que si estos hechos no son investigados con seriedad, resultaría que el Estado auxiliaría a quienes cometieron el acto y por ello comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

A su vez cabe considerar que "entre las medidas internas de otro carácter que la Argentina se ha obligado a implementar para hacer operativos los derechos consagrados en el Pacto se encuentran necesariamente las decisiones judiciales, las que pueden suplir cualquier omisión legislativa interna..."-(Conf Quiroga Lavie-"Derecho Constitucional Argentino",T.I pags 72 y sigts.-)... .

Debo recurrir a lo ya que he sostenido como Tribunal colegiado en el conocido caso "Escobar y otros" dictado al haber integrado la Cámara Primera en lo Criminal en el juzgamiento por la muerte del artesano Juan Ángel Greco, en el cual había intervenido la Comisión Interamericana con la cual se firmó un acuerdo para continuar con la investigación, pese que el paso del tiempo hacían aplicables las reglas nacionales de la prescripción. Voy a repetir algunas afirmaciones que allí postulamos para rechazar el pedido de prescripción y poder arribar al dictado de una sentencia.

Allí precisamos que aplicar alguna norma contraviniendo el ordenamiento supranacional supone poner en condición al Estado de responsabilidad internacional por violar un compromiso, ya sea por acción u omisión, que producen determinadas consecuencias jurídicas. En primer lugar, la obligación que pesa sobre el Estado responsable de cesar ese comportamiento ilícito, y en segundo lugar la obligación de reparar plenamente el perjuicio causado por el mismo, es decir que el Estado debe garantizar una tutela judicial efectiva de tales derechos por parte de sus Jueces. Para aquellas situaciones en las que no se logre la debida tutela judicial, queda la posibilidad del reclamo al Estado por su incumplimiento y para la debida reparación.

Siendo en primer lugar el Poder judicial donde estos derechos humanos deben ser especialmente custodiados y asegurados, aunque esta responsabilidad sea compartida por todos los estamentos del Estado: "quienes tienen a su cargo el respeto de los compromisos asumidos en la Convención, son los órganos del estado. Que el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Judicial tendrán la tarea de asegurar las debidas garantías dentro del Territorio del Estado a fin de que los derechos que pertenecen al patrimonio jurídico de los seres humanos que viven en él puedan hacerse efectivos... "La Responsabilidad Judicial y sus dimensiones".- Alfonso Santiago (h) Tomo II Ed Abaco 2006.- También en este sentido se citan las disposiciones del art. 8.1, 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de DH.

Cabe mencionar que en dicho antecedentes de "Escobar" cuya víctima fuera Greco, al intervenir la CIDH sostuvo en su Informe 91/03:"... que se debe reexaminar y reabrir la investigación..." con lo cual dicha decisión significaba que las normas

de prescripción aplicadas eran inadmisibles constituyéndose como un obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretendía impedir la investigación y la sanción a los responsables, ya que esto formaba parte del deber reparatorio que incumbía al Estado en virtud de las particularidades del hecho y de la causa.

Los antecedentes fueron la Sentencia de la Corte IDH, del 18 de Septiembre de 2003, en el "Caso Bulacio c. Argentina", donde se hace referencia únicamente a violaciones de derechos humanos, desapareciendo el calificativo de la gravedad, y su configuración como de lesa humanidad, sin ser necesario los caracteres de generalidad requeridos por el tipo. No obstante no podemos desconocer las posiciones dispares que generó su interpretación en nuestra jurisprudencia nacional. Se alude allí que la defensa usó una serie de estratagemas jurídicas para prolongar el proceso y después poder verse favorecido por la prescripción de la acción penal, por lo que pudiera entenderse que se trataría de un castigo a la defensa que usa esos métodos dilatorios, cuando en realidad, el deber de impulso recae en los órganos judiciales, los cuales deben asegurar el debido proceso, pero también, el que se desarrolle en tiempo razonable, asegurando los derechos de la víctima o de sus familiares, y sancionando a los autores de aquellos hechos.

Y en razón de ello debo citar el caso "Espósito, Miguel Angel", donde con los votos de los Dres. Petracchi y Zaffaroni en los considerandos 10 y 14 citaron como fundamento excluyente de la Resolución a adoptar, el carácter obligatorio de lo dispuesto por la C.I.D.H., y expresaron al respecto críticamente que "...el ámbito de decisión de los Tribunales Argentinos, ha quedado limitado por lo que corresponde declarar inaplicable al sub lite las disposiciones comunes

de extinción de la acción penal y de prescripción...".-Asimismo dentro de las reflexiones de ambos jueces, vertidas en sus respectivos votos, merece destacarse que "...solo es posible cumplir con los deberes impuesto al Estado Argentino por la Jurisdicción Internacional en materia de derechos humanos, restringiendo fuertemente los derechos de defensa y el pronunciamiento en plazo favorable, garantizados a los imputados por la C.I.D.H., dado que estos fueron impuestos por el Tribunal Internacional para asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la convención...es deber de esta Corte como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional...".- También similar postura surge de los votos de los Dres. Maqueda y Highton de Nolasco, en los considerandos 9 y 10, donde hacen explícita la necesidad de atenerse a la decisión de la Corte I.D.H. que de hecho impide la prescripción del proceso. También se dijo que "...la declaración de la prescripción de la acción penal representaría una violación de los derechos humanos garantizados por la Convención A.D.H, "...por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal Internacional....". ("Espósito M.A s/ incidente de prescripción de la acción penal promovida por su defensa." 23/12/04).

Ya antes la Corte en el fallo "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio calificado y Asociación Ilícita y otros - causa Nº259-" sostuvo que a partir del fallo de la Corte IDH en el caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras "quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el

deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso "*Barrios Altos*", sentencia del 14 de marzo de 2001, consid. 41, Serie C N°75; caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Reparaciones sentencia del 27 de febrero de 2002, consid. 106, Serie C N°92; caso "*Benavídes Cevallos*", Cumplimiento de sentencia, Resolución del 09 de setiembre de 2003, consid. 6 y 7)" - énfasis añadido- (considerando 36 párr. 21).

De tal manera se pretende asegurar que en materia de afección a derechos humanos, no exista impunidad por la ausencia de pena, la no punibilidad, o ausencia de castigo, los cuales son una clara oposición a los conceptos ampliamente conocidos de impunidad, imputabilidad e inmunidad. Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos específica en la protección de los Derechos Humanos, manifiesta que la impunidad es: "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares". (Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) c. Guatemala". Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173, entre otras muchas).

Como intento desarrollarlo, esta impunidad puede provenir tanto de imposibilidad de iure o de facto, de hacer responder

a sus autores por hechos delictuales en las instancias correspondientes; es decir que por una u otra razón, estas personas no pueden ser investigadas, juzgadas y/o condenadas. Es de esta manera que los distintos mecanismos, sean de orden político o procesal, tenderán a consagrar la impunidad actuando sobre alguna de las etapas señaladas: investigación, juzgamiento o sanción.

Precisamente dentro de estos instrumentos utilizados para obstaculizar el juzgamiento y permitir que prospere la impunidad, se encuentran las leyes de amnistía, prescripción, cosa juzgada fraudulenta, la justicia militar, el indulto y cualquier otro mecanismo direccionado a la exclusión de responsabilidad.

La prescripción, conjuntamente con la dilación indebida, sería entonces considerados como mecanismos que generan impunidad cuando a través de la interposición de articulaciones y recursos procesales, se provoca que el proceso no culmine en su tiempo natural. En materia de graves violaciones a los derechos humanos, los Convenios que se han firmado en los últimos años contemplan dentro del articulado la imprescriptibilidad de los mismos, como es el caso de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, o la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante, CADH–, que concretamente en su art. 8º se encarga de estructurar las garantías judiciales y el debido proceso.

Por lo que siguiendo a Pablo Parenti, afirmo que "la referencia a las disposiciones de prescripción se refiere no solo a leyes específicamente dictadas con el objeto de impedir o limitar el proceso penal, sino también a la imposibilidad de aplicar las normas ordinarias de prescripción en casos de graves violaciones de los derechos humanos (2010. "La inaplicabilidad de normas

de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", EN: Gisela Elsner (Coord.). Sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional (1ra. Ed.). Montevideo: Mastergraf, p. 211-228.)

Es por ello, que considero que a los Jueces como Directores del proceso les compete asegurar el cumplimiento de las reglas que lo dirigen, posibilitando el ejercicio de las garantías del art. 8 de la Convención I.D.H., pero que además se debe tutelar el derecho de la víctima a la justicia - art 25 de la Convención I.D.H., y que para lograr tales cometidos -tal como se expuso- no pueden oponerse disposición es de Derecho Interno como la prescripción, cuando media la investigación y reparación a derechos humanos violentados.-

**III. 4.-** Menos aun cuando dicho acto lesivo de un derecho humano, habría sido cometido por funcionarios públicos estatales, en ejercicio de sus funciones y dentro de una dependencia policial con relación a menores de edad. Y aquí la causa termina admitiendo ribetes gravísimos al ser víctimas de estos hechos, menores detenidos en dependencias policiales en las cuales habrían sido torturados.

La Convención de los Derechos del Niño, en su art. 37 prescribe: "Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes... c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello

se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales...". Si bien la normativa es clara, además deberá investigarse adecuadamente si lo denunciado en la presente causa, realmente acaeció, en cuanto a que se imposibilitara el contacto con personas familiares cuando ambos menores se encontraban detenidos en la unidad policial.

Nuestro país ya tiene una triste historia de sanciones internacionales, en el conocido fallo "Mendoza y otros vs. Argentina", del 14/5/2013, donde se trató precisamente de tratos crueles en cárceles, haciendo responsable a nuestro país por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención y por la deficiente investigación de los mismos, artículos 8 y 25 en función del artículo 1.1 del referido Tratado y ordenó reabrir su investigación para "determinar las eventuales responsabilidades penales y, en su caso, aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea". Se sostuvo allí que "...el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. Así, este Tribunal reitera que, como responsable de los establecimientos de detención y reclusión, el Estado tiene el deber de salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención" (Cfr., considerandos 202 y 343/4). En este precedente sostuvo la Corte Interamericana que "...de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, la obligación de garantizar los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención

Americana implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta obligación de investigar se ve reforzada por lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura, que obligan al Estado a 'tomar[...] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción', así como a 'prevenir y sancionar [...] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes'; y enfatizó que "... esta Corte reitera que en todo caso en que existan indicios de la ocurrencia de tortura, el Estado debe iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento..." (considerandos 217, 232 y ss.).

Es grave que a personas detenidas por personal policial se le aplican tormentos, pero inaudito cuando estas personas torturadas son además, menores de edad. No solo el fallo Mendoza, sino esencialmente en el caso "Bulacio", la Corte, en referencia a jurisprudencia europea, estableció que "las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia", por lo que "la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél". Para el Tribunal esta función estatal de garantía "reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad", circunstancia que obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad. Todo ello porque "cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el

principio del interés superior del niño", que se funda "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades". En igual sentido, con posterioridad a las sentencias anteriormente mencionadas la Corte ha establecido que en los casos de privación de libertad de niños el Estado tiene una obligación de protección adicional a las obligaciones que tienen para toda persona privada de libertad. En concreto, el Estado "debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio de interés superior del niño. Además se requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará el niño mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión". Con base en lo anterior, con respecto a los niños privados de libertad, "un Estado tiene [...] la obligación de, inter alia, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida".

La institucionalidad de la república, exige que hechos criminales que se sospechen cometidos por funcionarios estatales sean investigados adecuadamente, ya que ni el Estado, ni el resto de sus funcionarios deben quedar enlodados por muestras de impunidad o privilegios corporativos que se supongan provenientes de ocultamiento, desidia, inacción o morosidad; pues de permitir estas terminan por corroer la confianza ciudadana. No es entonces solo una respuesta jurídica la que se pretende alcanzar cuando se dicta una sentencia en casos de este tipo, además de la aplicación de un silogismo de interpretación de una norma jurídica al caso en

particular; se pretende reafirmar y asegurar la primacía de la seguridad jurídica como respuesta consensuada en nuestra Constitución Nacional a la cual nos sometemos como forma de organización civilizada.

Por ello a manera de conclusión, luego de esta extensa fundamentación, si bien corresponde hacer lugar al planteo de nulidad, no corresponde aplicar las normativas de orden interno referidas a la prescripción, por entender que podría encontrarse en juego afección de normas constitucionales y convencionales que hacen a la protección de derechos humanos básicos que pudieron ser afectados por la actuación de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, ocasionando posible responsabilidad internacional en caso de su aplicación.

Entiendo que se debe dar curso racional a las actuaciones, por lo cual corresponde remitir las presentes actuaciones al Sr. Fiscal requirente, para que este complete o amplíe su investigación realizando correctamente el requerimiento de elevación si así lo entiende corresponder, en su caso fije correctamente el hecho en base a la adecuación del delito de Tortura. Si bien actualmente se encuentra en funciones el Sr. Fiscal de Derechos Humanos, quien se encuentra actualmente facultado para iniciar, tramitar o requerir actuaciones donde se conculquen derechos humanos en lugares de detención. No debiendo la magistratura entrometerse en la asignación de la causa, serán los representantes de dicho ministerio o el Procurador General de la Provincia, quien finalmente determine el funcionario que deberá continuar con la tramitación de las presentes actuaciones. Por lo cual solo remitiré al Fiscal requirente para que dentro de las facultades propias, como

cuerpo único, determinen quien debe continuar con las actuaciones. Solicitando se arbitren los mecanismos para dar celeridad a la causa. En virtud de ello, esta Cámara Segunda en lo Criminal;

**RESUELVE:**

**I.-) DECLARAR LA NULIDAD DEL REQUERIMIENTO DE ELEVACIÓN A JUICIO, ACTOS CONSECUENTES Y DEL DEBATE REALIZADO POR ANTE EL JUZGADO CORRECCIONAL DE LA TERCERA NOMINACION,** en virtud de lo normado por los arts. 184 inc. 1 y 185, 41 y 42, 353, 385 segundo párrafo y 406 tercer párrafo del Código Procesal Penal de la Provincia.

**II.-) NO HACER LUGAR AL PLANTEO DE PRESCRIPCIÓN** atento posible afección de normas constitucionales y convencionales que hacen a la protección de derechos humanos básicos que pudieron ser afectados por la actuación de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, que podrían ocasionar responsabilidad internacional en caso de ser violatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención de los Derechos del Niño.

**III.-) Remitir en devolución las actuaciones al Sr. Fiscal Requirente,** a fin de que complete o amplíe la investigación, debiendo el Ministerio Público Fiscal determinar quien será el Fiscal competente para continuar con la presente causa, solicitando imprima celeridad a las actuaciones.

**IV.-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE, PROTOCOLÍCESE.-**

***El presente documento fue firmado electronicamente por: DEL RIO VICTOR EMILIO (JUEZ DE CAMARA), ESCRIBANICH SHIRLEY KARIN (SECRETARIO/A DE TRAMITE DE CAMARA)***