

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. *Fundamento. Consecuencias. Implicancias del Derecho Internacional Humanitario: Crímenes de lesa humanidad. Deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos* **CRIMENES DE LESA HUMANIDAD: Recepción convencional. Concepto. Características.** Alcance del fallo dictado por la CIDH *in re: "Bulacio c. Argentina"*. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Carácter vinculante de sus decisiones.**

I. El instituto de la prescripción de la acción penal, encuentra su fundamento en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales que el hecho ilícito provoca en la sociedad: extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de la sociedad de que se lo reprima como medio de obtener la tranquilidad social, circunstancias que constituyen el fundamento de la pena.

II. La prescripción de la acción penal extingue la potestad represiva del Estado, constituyendo un impedimento para continuar ejerciendo los poderes de acción y de jurisdicción en procura de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por ello, la sola presencia de la aludida causal extintiva de la acción debe ser estimada independientemente, cualquiera sea la oportunidad de su producción y de su conocimiento por parte del Tribunal.

III. Bajo la influencia del Derecho Internacional Humanitario se afirma que la prescripción no impide el ejercicio de la acción penal cuando lo que se procura es el enjuiciamiento de crímenes de guerra, de lesa humanidad y los vinculados a la desaparición forzada de personas. Tales excepciones, a su vez, se han incorporado al derecho interno al otorgársele jerarquía constitucional a los documentos internacionales que así lo disponen (Cfme, artículo 1 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad -adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, la cual adquirió jerarquía constitucional el 3 de setiembre de 2003, por ley 25778-, artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada el 9 de junio de 1994, a cual adquirió jerarquía constitucional, el 29 de mayo de 1997, por ley 24.820).

IV. El deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos no puede constituir fundamento autónomo suficiente para proseguir el ejercicio de una acción penal que ha sido declarada extinguida cuando el hecho investigado no es un delito imprescriptible. Una interpretación armónica y sistemática de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales, la Constitución Nacional y los propios fallos del máximo tribunal interamericano permite afirmar que lo vedado a los Estados por el deber de garantía (artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es el dictado de leyes o de cualquier otra disposición con la finalidad de impedir la investigación y la sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad), pero de ningún modo puede ser entendido como prohibiendo que esos

hechos queden sometidos a las reglas generales de extinción de la acción y de procedimiento por la sola razón de que su aplicación pudiera conducir al dictado de una absolución o de un sobreseimiento. La autolimitación en el tiempo del poder punitivo estatal, la irretroactividad de la ley penal y tantos otros institutos jurídicos más son igualmente valiosos y poseen rango de derecho fundamental y, en tanto no haya ninguna sospecha de que la modificación del régimen de alguno de ellos obedece exclusivamente al propósito de otorgar impunidad a personas imputadas por graves violaciones de los derechos humanos, no hay razón para su no aplicación a los casos concretos.

V. La autolimitación que se impone el Estado a su poder de castigar sólo cede en aquellos casos en que se procura el enjuiciamiento de crímenes de guerra, de lesa humanidad y los vinculados a la desaparición forzada de personas, no creándose una nueva categorías de delitos imprescriptibles por el solo motivo de investigar y castigar las violaciones a los derechos humanos; por lo que no es admisible que se prosiga una persecución penal *contra legem* de los imputados cuando el tiempo que se fijó el Estado para perseguir los delitos que se habrían cometido ha cesado.

VI. La comunidad internacional ha realizado un esfuerzo conjunto para definir, desde el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg, del 8 de agosto de 1945, hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscripto el 17 de julio de 1998, en qué consisten los crímenes de lesa humanidad. El artículo 7 del Estatuto de Roma (aprobado por ley 25390, e implementado por la ley 26200) establece: "...1.. *A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; f) Tortura g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen del apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) ...".*

VII. Son crímenes contra la humanidad los atentados contra los bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*.

VIII. Para que un injusto pueda caracterizarse como crimen de lesa humanidad debe tratarse, en primer lugar, de un acto atroz que evidencie una extrema crueldad; en segundo lugar, el aludido acto debe haber sido llevado a cabo como parte de un ataque generalizado o sistemático; ese ataque, en tercer lugar, debe estar dirigido a una población civil; por último, la conducta desplegada debe ser realizada de conformidad con una política de un Estado o de una organización, o para promover esa política.

IX. La imposibilidad de predicar la existencia de nuevos supuestos fácticos subsumibles en la categoría de delitos de lesa humanidad, a partir de los hechos que tuvo en cuenta la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re*: "Bulacio vs. Argentina", ha sido enfatizada en el precedente "Espósito" por parte de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Petracchi y Zaffaroni, al sostener que es en virtud de la declaración de responsabilidad del Estado Argentino que en ese caso debió declararse inaplicables las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción, en un caso que, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad ("Convención sobre desaparición forzada de personas" y "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad"). De tal manera que, no puede pretenderse la extensión de la decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Espósito" -cuya comprensión e importancia se vincula con la condena al Estado Argentino por la CIDH en el caso "Bulacio vs. Argentina"- fuera de esa situación.

X. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los tribunales nacionales, toda vez que el Estado Argentino ha reconocido explícitamente la competencia de ese órgano al aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 68.1 CADH y ley 23.054).

T.S.J, Sala Penal, S. n° 352, del 21/12/2010, **“FUNES, Gustavo Javier y otro p.ss.aa. encubrimiento, etc, incidente de excepción por extinción de la acción penal -Recurso de Casación-”**. Vocales: Tarditti, Cafure de Battistelli, Blanc G. de Arabel.

SENTENCIA NUMERO: TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS

En la ciudad de Córdoba, a los veintiuno días del mes de diciembre de dos mil diez, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, bajo la Presidencia de la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos “**FUNES, Gustavo Javier y otro p.ss.aa. encubrimiento, etc, incidente de excepción por extinción de la acción penal -Recurso de Casación-**” (Expte. “F”, 3/10), con motivo de los recursos de casación interpuestos por los Dres. Juan Carlos Oberti y Enrique Manuel Zabala -a favor de los querellantes particulares Víctor Alejandro Flores y Rosa Arias respectivamente-, y por el Fiscal de Cámara, Dr. Jorge Medina, en contra del Auto número doscientos cincuenta y nueve, dictado el veintinueve de diciembre de dos mil nueve por la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto.

Abierto el acto por la señora Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- I. ¿Ha sido erróneamente aplicado el artículo 69 inciso 3° del Código Penal?
- II. ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Auto Interlocutorio número doscientos cincuenta y nueve, del 29 de diciembre de 2009, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Primera Nominación de

esta ciudad, en lo que aquí interesa, resolvió: "Revocar en lo que ha sido materia del recurso lo dispuesto por el Sr. Juez de Menores de Río Cuarto -en función de Juez de Control-, por Auto Interlocutorio n° 73 de fecha 18 de septiembre de 2009 y, en consecuencia, declarar extinguida por prescripción de la acción penal emergente del delito de homicidio culposo o abandono de persona seguida de muerte (arts. 84 y 106 tercer párrafo C.P.), atribuido en esta casua a Mario Luis Gaumet" (fs. 67 a 100).

II.1. Recurso de casación deducido a favor del Querellante Particular Víctor Alejandro Flores.

Contra la decisión aludida deduce recurso de casación el Dr. Juan Carlos Oberti, invocando el motivo sustancial de la referida vía impugnativa (fs. 106 a 123).

En términos generales por la inobservancia del espíritu y la normativa de la CN y los Tratados Internacionales que la integran, en especial la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

Señala que el Tribunal pone el énfasis en demostrar la inexistencia de los requisitos para que el caso pudiere enmarcar en delitos de lesa humanidad, evitando entrar en el análisis de lo que menciona el Dr. Varela, acerca de enmarcar las conductas investigadas en delitos en contra de los Derechos Humanos en general y no de una especie, como son los delitos de lesa humanidad.

Luego de realizar una reseña crítica de la investigación del hecho atribuido a los acusados y alegar la conducta -a su ver- desaprensiva de los funcionarios intervinientes, destaca que el niño fue embestido por el vehículo patrullero conducido por los imputados

quienes, luego de recogerlo en la vía pública, prácticamente moribundo, le deniegan la posibilidad de asistencia médica en un último intento que podría haber salvado su vida, y lo esconden para evitar ser descubiertos. Esa conducta es tolerada y encubierta por la cadena de mandos que llegaba hasta el Jefe de la Unidad Regional n° 9 de la ciudad de Río Cuarto.

Considera que la actitud asumida por los funcionarios intervinientes constituyeron una flagrante violación de Derechos Humanos básicos, inalienables e imprescriptibles, contemplados en los Tratados de Derechos Humanos.

El impugnante alega que el fallo ha omitido considerar las normas que regulan la prescripción de la acción penal a la luz del espíritu de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales que tienen igual jerarquía.

Señala que en nuestro país se ha ido forjando una jurisprudencia relativa a la aplicación de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Nadie discute el Control de Convencionalidad que deben realizar los jueces actuantes, ni la aplicación de las resoluciones emanadas de los distintos entes supranacionales como lo es, por ejemplo, la CIDH.

Si bien se puede coincidir con la Cámara en que los delitos investigados en la presente causa no son de los llamados delitos de lesa humanidad, pero lo que es indiscutible -a la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales- es que si constituyen delitos en contra de Derechos Humanos, como ya lo sostuvo el Juez que resolvió la excepción de prescripción de la acción penal. Reseña determinados párrafos de la decisión aludida.

La Cámara ha interpretado erróneamente el fondo de la cuestión.

En la especie -prosigue-, se ha subvertido el orden de la interpretación de los Derechos Humanos, pues se pone de relieve la inexistencia de determinadas condiciones de validez de una *sub especie* de derechos humanos violados -los de lesa humanidad- y a esto se ha ceñido, sin entrar en el análisis de la configuración de otros delitos contra los Derechos Humanos.

El impugnante destaca que los imputados actuaron bajo protección y la impunidad que les otorgaba un uniforme de policía, con la utilización de un patrullero, presumiblemente con el ocultamiento de la cúpula policial, con una denegación o dilación innecesaria de los funcionarios judiciales para con los padres, quienes intentaban conocer qué fue lo que ocurrió con su pequeño hijo, la negativa a otorgar la asistencia médica al menor, el ocultamiento del cadáver para esconder el delito perpetrado, son todos elementos que hacen sostener -sin hesitación alguna- que se violaron Derechos Humanos fundamentales que deben ser juzgados a la luz de la normativa que protege a los mismos y no ser tratados como delitos comunes.

La pertenencia de los imputados a la Policía de la Provincia favoreció, sin lugar a dudas, todas las conductas llevadas a cabo por aquellos, en cuanto a cargar y trasladar al niño en un patrullero, esconder el cuerpo del mismo y lograr la connivencia de los superiores.

Téngase presente que las formulaciones y fundamentaciones acerca de los Derechos Humanos se plantearon -en el orden interno e internacional- como exigencias hacia el Estado, en buena medida y por sobre los demás poderes, recayó mayoritariamente sobre los actos del Poder Ejecutivo, de modo que los Derechos Humanos son especies de conquistas obtenidas "contra" el poder, imponiéndole un deber

de respeto. Justamente, esas son las características salientes que nos hacen sostener sin ningún temor a equívocos que los delitos perpetrados deben ser considerados a la luz de la violación de Derechos Humanos fundamentales -conforme a la normativa precitada-, por cuanto sus autores se valieron de su condición de funcionarios del estado para ocultar el cuerpo del niño y lograr que el delito quedara impune. Hace otras consideraciones teóricas sobre el punto en cuestión.

Es cierto que -aduce-, las garantías que otorga el derecho juegan en favor de quien es sindicado como el autor de determinado delito y operan como custodia, pero también lo es que existe un derecho que asiste a quien resultó víctima de un determinado delito que no puede desconocerse, es deber inalienable de los magistrados considerar tal circunstancia y -en la especie- es harto significativo que tales derechos han sido completamente soslayados.

La circunstancia que los propios imputados se encuentren ante la imposibilidad de ejercer su defensa -por cuanto se los imputa, pero se los priva de ejercer la misma atento a la operatividad de la prescripción- violando otro principio incólume, el de inocencia, ratifica que los jueces del Tribunal no han ejercido la actividad de "balancear" en el momento de juzgar, los principios, derechos y garantías, tanto de la víctima, como de los autores, privando en definitiva a todos de la posibilidad de, al menos, ejercerlos en un proceso oral y público.

Destaca la jurisprudencia de la Corte Interamericana en orden a que, al redefinir el objeto del derecho penal, señalo que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas. El referido órgano convencional consideró en el

precedente "Bulacio" que los querellantes tenían, conforme al Pacto de Costa Rica, derecho a que se continuara con la investigación, y que se aplicara la pena a los culpables, por cuanto resultaban "inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos".

En el ya aludido "Bulacio" se relegan determinados principios tradicionales consagrados a favor del imputado, pero ya no respecto a delitos de lesa humanidad, sino en un proceso por homicidio cometido por personal policial en ejercicio de sus funciones.

Por tratarse de un menor de cinco años, por encontrarse involucrados miembros del Estado en su concreción y ocultamiento posterior, con la finalidad de que la causa prescribiera, requerían un análisis más meduloso, haciendo uso del principio *iura novit curia*.

Se ha privilegiado la aplicación de un instituto, la prescripción, sin tener en consideración que, en el caso, dicha figura no es de aplicación por tratarse de Derechos Humanos y no de delitos de los llamados comunes.

2. Recurso de casación deducido a favor de la Querellante Particular Rosa Arias

Contra la decisión que resuelve declarar extinguida por prescripción de la acción penal deduce también recurso de casación el Dr. Enrique Manuel Zabala (fs. 124/125).

Señala que, si bien es cierto que el proceso ha sido continuo y sin obstrucciones, lo que se ha inadvertido es que existe una sospecha suficiente de que los imputados se colocaron al margen de los ritos y con su actividad evitaron que se conociera el paradero del menor. Es que, durante casi dos décadas que los imputados habrían ocultado el cuerpo

sin vida del menor Alejandro Flores, sospechándose también que podría haber sido removido del lugar para evitar su descubrimiento, situación que sólo puede develarse ahora que los restos óseos han sido encontrados y luego del análisis forense y otras pruebas que no pueden tramitarse si se entroniza la prescripción.

Es claro que los imputados no pueden valerse de instituciones de la ley, pues ellos la vulneraron y la evadieron.

Ha sido de tal gravedad la circunstancia del ocultación del menor, que la sociedad ha reflejado sin olvido el reclamo de justicia. Esa es la razón de ser de la ampliación de las víctimas individuales causadas por parte de funcionarios públicos, cuya posición de tales se sospecha de haber sido utilizada para mantener el ocultamiento del menor y cuya cadena institucional de posibles partícipes no puede ser investigada si la causa prescribe.

3. Recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara Jorge Alfredo Medina

Contra el auto que hace lugar a la excepción de prescripción, el Fiscal de Cámara deduce la referida vía impugnativa (fs. 126 a 141).

Luego de realizar una exhaustiva reseña de los antecedentes de la causa, alega que el decisorio concluye en la prescripción de la acción penal, cuando en realidad debió avanzar la investigación para determinar si en el caso existió la posible comisión del delito de abandono de persona seguido de muerte. El cierre de la investigación al hacer lugar a la excepción de prescripción planteada por la defensa técnica, enerva cualquier consideración respecto a la citada extinción.

La decisión cierra el proceso, arguyendo que el mismo tiene sustento en la descripción de un hecho culposo descrito en la solicitud de sobreseimiento formulada

por el Fiscal de Instrucción, al que no hizo lugar el Juez de Control, por lo que remitida la causa, se pronunció por la prosecución de la investigación original y, por ende, la comisión de un hecho de mayor entidad penal.

De tal modo que, no resulta lógica, la afirmación del Tribunal cuando expresa que es oportuno aclarar a esta altura de la exposición que tanto el Juez de Control como el Fiscal de Cámara, al no formular reparos ni fijar una nueva plataforma fáctica, forzosamente se refieren a la contenida en la instancia de sobreseimiento.

Ello es así, pues para ambos la investigación debía seguir su curso para determinar una nueva base fáctica, lo cual fue anulado en el decisorio recurrido.

Destaca que, en un primer momento y, provisoriamente, se subsumió esa actividad en el esquema típico del delito de homicidio culposo (CP, 84), y *a posteriori* mutó a abandono de persona seguido de muerte (CP, 106, tercer párrafo).

Denuncia que el Tribunal ha descartado indebidamente el precedente de la Corte Interamericana, in re: "*Bulacio*", al hacer referencia a que el argumento del fallo fue la aniquilación de la posibilidad del progreso de la acción penal por la utilización por parte de la defensa de distintas instancias recursivas que trajeron aparejadas el transcurso del tiempo, lo que permitió la extinción de la acción penal por prescripción de la misma. Señala que en el caso la situación es más grave, ya que la actividad de los encargados de colaborar con la persecución penal se enderezó indubitablemente a obstaculizar toda actividad investigativa para asegurar la impunidad del delito cometido.

Alega que el hecho llevado a cabo por los imputados constituye una lesión a los derechos humanos fundamentales del sujeto pasivo, por haber sido cometido por personas que se desempeñaban como funcionarios policiales y cumpliendo el rol de tales. En el

caso que nos ocupa, no se verifica una inactividad estatal para esclarecer los hechos, sino que la demora en que los mismos salieran a la luz tuvieron causa en el accionar deliberado de integrantes de la fuerza policial que encubrieron el accionar de los imputados Funes y Gaumet, a fin de procurar la impunidad de los mismos y preservar la imagen de la institución.

La importancia que reviste el caso, hace necesaria una adecuada fundamentación de las razones por las que el suscripto estima que debe mediar pronunciamiento por parte del Alto Cuerpo de Justicia de la Provincia de Córdoba, con el fin de obtener el doble conforme que los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional exigen en las resoluciones jurisdiccionales de esta naturaleza. A tal efecto, es necesario conceptualizar sintéticamente qué se entiende por derechos humanos y en qué tiene sustento su primacía por sobre los demás derechos, es decir, cuál es el fundamento de los derechos humanos. Hace consideraciones teóricas que, a su ver, abona su posición.

Recalca que, en el *sub lite*, se verifica una violación de los derechos humanos del niño Víctor Alejandro Flores. Ahora bien -se pregunta-, la acción llevada a cabo es un delito común, o puede considerarse un delito de lesa humanidad.

Definir, caracterizar, tipificar los delitos de lesa humanidad, no sólo es una tarea ardua y dificultosa, sino también inconclusa. La definición y tipificación de esta clase de delitos se encuentra dispersa en distintas fuentes de derecho, sobre todo en el plano internacional.

Sin embargo, se pueden fijar algunos elementos comunes que se encuentran en la mayoría de las definiciones, a saber:

a) Delitos perpetrados en perjuicio de derechos fundamentales, que afectan a la condición esencial de persona humana. Ofenden a la humanidad; b) delitos perpetrados por un ente estatal, o grupo similar, con poderío sobre un territorio; c) una actividad sistemática, acciones o programas gubernamentales, una línea de conducta que implique la comisión de múltiples actos de conformidad con la política del Estado o de una organización encaminada a cometer esa política; d) Se requiere un plus en su comisión que excede el estándar previsto para el delito ordinario; e) Es un instituto de Derecho Internacional, ofenden al derecho de gentes, el *ius cogens*.

En lo que aquí atañe, el efecto principal y común a este tipo de delitos -lesa humanidad- es la imprescriptibilidad de su acción, que supone la potestad de perseguir y reprimir la comisión de este tipo de crímenes, independientemente del transcurso del tiempo u otro obstáculo o medida que imponga el derecho interno.

Destaca que los Estados democráticos no garantizan por sí solo a la comunidad de estar exentos de los crímenes de lesa humanidad, si así lo fuera, en un mundo contemporáneo con gran mayoría de países democráticos las instituciones internacionales creadas a esos fines carecerían de razón de ser. Dentro de este marco de violaciones a derechos humanos, es dable reconocer la creación pretoriana de la CIDH en el fallo dictado en la causa "Bulacio vs. Argentina". La CIDH plantea que "es necesario que el Estado prosiga y concluya la investigación del conjunto de los hechos y sancione a los responsables de los mismos... Los resultados de las investigaciones antes aludidas deberán ser públicamente divulgadas, para que la sociedad Argentina conozca la verdad sobre los hechos". Si bien al final se trasluce el objetivo de que se conozca la verdad real, establece

claramente a la vez que el proceso debe concluir con una sanción a los responsables, incursionando de este modo en un terreno que excede la competencia de la Corte.

La seguridad jurídica derivada del principio de legalidad, tutelada por la Constitución Nacional, cede ante un colosal agravio inferido a los miembros de la comunidad en derechos que hacen a la esencia de la condición humana. La opción a favor de consideraciones de justicia parece clara, flexibilizándose, en este caso, los extremos rigorismos formales propuestos para alcanzar la seguridad jurídica. Reseña doctrina judicial en abono de su posición.

En "Bulacio" -prosigue-, la CIDH aseveró que de acuerdo con las obligaciones asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto del derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte, en cuanto a la investigación de los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovisto de una protección efectiva.

Señala que del precedente convencional, puede interpretarse que en ningún lado se sostiene claramente que estos delitos encuadran en aquellos calificados como de Lesa Humanidad, solamente refiere a "violaciones de derechos humanos". De esta manera la Corte estaría ampliando de manera pretoriana el espectro de delitos imprescriptibles, sumando a los de Crímenes de Guerra, Lesa Humanidad, Genocidio y Desaparición forzada de personas, la simple violación de Derechos Humanos.

Señala que, a partir del referido precedente existe una nueva categorías de delitos, que no encuadra en la categorías ya existentes de Crímenes de Guerra, Delitos de Lesa Humanidad, Genocidio, y Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco se trata de

delitos ordinarios. Es una nueva categoría que interesa también al derecho internacional, que ampara los derechos humanos no protegidos por las categorías mencionadas, cuyo tipo delictivo se configura en caso de delitos aberrantes que ofenden a la comunidad toda. Esta nueva categoría, goza de los mismos efectos de imprescriptibilidad y primordial interés en su represión y castigo que los delitos de lesa humanidad.

En orden a esta nueva categoría de delitos señala que su autor puede ser cualquier persona, en forma individual, en grupo o ente colectivo. Asimismo, requieren que los injustos evidencien un plus en su comisión que debe exceder el estándar previsto para el delito ordinario, debe tratarse de un delito aberrante, en el sentido de un ilícito de mayor gravedad, sino que el fin particular y una insidiosa modalidad comisiva que enerve el reproche social, excediendo el marco normativo del derecho común e interesando a la sociedad toda. Estos son hechos paradigmáticos que claramente exceden el estándar ordinario, son hechos que de por sí tienen fuerza tal que dejarán su impronta en la historia.

Las consideraciones expuestas son válidas con relación al hecho que nos ocupa. Los delitos que se atribuyen a los justiciables superan los estándares de legalidad establecidos, toda vez que son perpetrados por agentes de un ente estatal, en ejercicio de sus funciones, siendo seguido de una actividad sistemática por parte de gran parte de esa fuerza de seguridad, estableciendo una línea de conducta que implicó la comisión de múltiples actos destinados a procurar la impunidad del ilícito. Y que el accionar de la fuerza en su conjunto, no se encaminó a procurar la impunidad de los dos miembros implicados en el hecho, sino a lograr la impunidad de la policía como institución, para eximirla de responsabilidad, actuar que se hubiera repetido cualquiera hubiese sido los miembros de la fuerza implicados.

En este caso -advierte- está claramente presente el plus en su comisión que excede el estándar previsto para el delito ordinario que este tipo de delito especial requiere. Las conductas más graves las constituyeron posteriormente a la muerte del menor, manteniendo a la sociedad de de Río Cuarto en vilo durante diecisiete años, jugando con la esperanza y haciendo padecer a la familia y allegados, excesivos sufrimientos no sólo morales, sino también económicos, personas de escasos recursos a la que se hizo viajar por todo el país, incluso al exterior con datos falsos bajo el anhelo de encontrar con vida al menor, llegando a alcanzar una trascendencia a nivel internacional, poniendo en marcha mecanismos internacionales de búsqueda de personas, practicando allanamientos y búsquedas sin sentido en varios países.

Es claro que este sin ser un delito de lesa humanidad, es un hecho aberrante, entendiendo que estos hechos son alcanzados por la imprescriptibilidad, encuadrando claramente dentro de una categoría delictiva que tiene innumerables puntos en común en aquellos, toda vez que el injusto, sumamente ofensivo para perpetrar un crimen contra la vida, la justicia, entre otros derechos fundamentales violados, no escapa a los cánones ya referidos.

Proclama que, es necesaria una protección judicial integral para el cabal cumplimiento de los derechos humanos subjetivos individuales. En el *sub júdice*, aparece claro que se violaron varios derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, en primer lugar, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la CADH, en perjuicio del menor Víctor Alejandro Flores, ya que el Estado se hallaba en una posición de garante, y los

funcionarios policiales que asumieron de hecho la guarda del menor, no observaron un apropiado ejercicio del deber de custodia, y fueron los responsables de la muerte del niño.

Se ha violado el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales, consagrado en los artículos 8 y 25 de la CADH, al no haber informado a las autoridades judiciales el suceso, por el contrario la fuerza en su conjunto procuró obstaculizar de varios modos el accionar de la justicia, y por sobre todo, no se proveyó a los familiares del niño un recurso judicial y efectivo para esclarecer las causas de la muerte del menor, sancionar a los responsables y reparar el daño causado. A ello se agregan las "dilaciones y entorpecimientos indebidos" que originaron la declaración de prescripción que según la CIDH en el fallo "Bulacio" autorizan a estimar que se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva, más aún cuando los imputados dominaron durante este período el estado jurídico de la causa, manteniendo un señorío durante la sustanciación del proceso, por ser las fuerzas que lejos de ayudar a la justicia en la búsqueda de la verdad, se encaminaron a la búsqueda de la impunidad, frustrando así la debida protección de los derechos humanos. Cita disposiciones convencionales para avalar su posición.

III. Corrida la vista pertinente, el Sr. Fiscal Adjunto, por dictamen P- n° 160, expresa su voluntad de mantener los recursos deducidos por los apoderados de los querellantes particulares y por el Sr. Fiscal de Cámara (fs. 155 a 161).

IV. Como cuestión liminar debe señalarse que, una acabada respuesta a los interesantes planteos realizados por los recurrentes amerita, en primer lugar, repasar las razones que fundamentan la prescripción como causal de extinción de la acción penal, para luego examinar las excepciones que desde el derecho internacional humanitario se establecen al aludido instituto.

A. Esta Sala sostiene que el instituto de la prescripción de la acción penal, encuentra su fundamento en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales que el hecho ilícito provoca en la sociedad: extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de la sociedad de que se lo reprima como medio de obtener la tranquilidad social, circunstancias que constituyen el fundamento de la pena (Cfr. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, T. II, Parte General, Bibliográfica Argentina, 2º edición, Bs. As., 1965, pág. 168) (T.S.J. "Sala Penal", "Pace", S. n° 129, 17/11/05; "Becerra", S. n° 7, 10/02/2006; "Romanutti", S. n° 205, 27/12/2006; "Querella Castro", S. n° 156, 5/07/2007).

La prescripción de la acción penal extingue la potestad represiva del Estado, constituyendo un impedimento para continuar ejerciendo los poderes de acción y de jurisdicción en procura de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por ello, la sola presencia de la aludida causal extintiva de la acción debe ser estimada independientemente, cualquiera sea la oportunidad de su producción y de su conocimiento por parte del Tribunal ("Pérez", cit.).

B.1. Ahora bien, debe advertirse que bajo la influencia del Derecho Internacional Humanitario se afirma que la prescripción no impide el ejercicio de la acción penal cuando lo que se procura es el enjuiciamiento de crímenes de guerra, de lesa humanidad y los vinculados a la desaparición forzada de personas.

Tales excepciones, a su vez, se han incorporado al derecho interno al otorgársele jerarquía constitucional a los documentos internacionales que así lo disponen (Cfme, artículo 1 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad -adoptada por la Asamblea General de la Organización

de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, la cual adquirió jerarquía constitucional el 3 de setiembre de 2003, por ley 25778-, artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada el 9 de junio de 1994, a cual adquirió jerarquía constitucional, el 29 de mayo de 1997, por ley 24.820).

La comunidad internacional ha realizado un esfuerzo conjunto para definir, desde el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg, del 8 de agosto de 1945, hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscripto el 17 de julio de 1998, en qué consisten los crímenes de lesa humanidad.

Se ha dicho -con acierto- que la categoría que hoy cuenta con una codificación penal (el Estatuto de Roma) y un cuerpo jurídico de interpretación en constante crecimiento, es también el producto de una evolución histórica que, al menos desde la segunda guerra mundial, ha incorporado con claridad las graves violaciones de los derechos humanos cometidas a través de la actuación estatal en el catálogo de delitos de lesa humanidad. (Cfme. Dictamen del Procurador General *in re*: “Simón Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa nº 17.768-”).

Lo estipulado en el Estatuto de Roma resulta relevante si se repara en que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acude a él para determinar qué delitos deben ser considerados como crímenes de lesa humanidad ("Arancibia Clavel" en Fallos: 327:3312; "Derecho" en Fallos: 330:3074).

En lo que aquí atañe, el artículo 7 del Estatuto de Roma (aprobado por ley 25390, e implementado por la ley 26200) establece: "...1.. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando

se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; f) Tortura g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen del apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) ...".

De tal manera, para que un injusto pueda caracterizarse como crimen de lesa humanidad debe tratarse, en primer lugar, de un acto atroz que evidencie una extrema crueldad; en segundo lugar, el aludido acto debe haber sido llevado a cabo como parte de un ataque generalizado o sistemático; ese ataque, en tercer lugar, debe estar dirigido a una

población civil; por último, la conducta desplegada debe ser realizada de conformidad con una política de un Estado o de una organización, o para promover esa política (Delictamen del Procurador General de la Nación, los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: "Derecho", *supra cit.*).

Tal tesis es compartida desde la doctrina, cuando se define que “Son crímenes contra la humanidad los atentados contra los bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*” (GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, 1999, editorial Tecnos, p. 151).

Como puede apreciarse, las conductas delictivas que habrían llevado a cabo los imputados en contra de la víctima -el menor Alejandro Flores- no se corresponden con el propósito internacional tenido en vista al momento de estatuir crímenes de lesa humanidad. Analizado desde un punto de vista histórico, la tipología de los fenómenos para los cuales ha sido diseñada la categoría de crímenes contra la humanidad es de una naturaleza absolutamente distante con el supuesto hecho que se investigó en los presentes actuados.

Además, las conductas presumiblemente cometidas en perjuicio del menor Alejandro Flores no revisten la característica de constituir un ataque que forme parte de un conjunto de actos sistemáticos y, sobre todo, de una política estatal, aún cuando los impugnantes puedan atribuir la connivencia de los superiores de la policía, con los imputados en la presente causa.

Por todo lo expuesto la pretensión de que el hecho que se denunció en esta causa constituye un crimen de lesa humanidad no es en absoluto correcta. No sólo no resiste el

análisis relativo a los textos legales internacionales contemporáneos. Tampoco puede subsumirse el hecho en la categoría de delitos de lesa humanidad si se atiende a la idea central que ha constituido la motivación histórica con la que ha sido modelada la categoría, es decir, en el propósito de distinguir los crímenes de lesa humanidad de los delitos comunes.

2. En este estadio de análisis debe examinarse si del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re: "Espósito"* (Fallos 327:5668), surge un ensanchamiento de los delitos que deben considerarse imprescriptibles.

Una atenta lectura del referido precedente permite advertir que el máximo tribunal federal, lejos de predicar la existencia de un nuevo supuesto de imprescriptibilidad para sostener que la acción penal dirigida en contra del acusado Espósito no estaba extinguida, hizo lugar a la apelación extraordinaria federal en contra de la decisión que confirmaba el sobreseimiento por prescripción de la acción penal, al considerar -la mayoría de los Vocales que lo integran- que se había incurrido en arbitrariedad al omitir expresar las razones por las cuales determinados actos procesales no podían ser considerados secuela de juicio (Cfme. voto de los jueces Belluscio y Maqueda, considerandos 5° y 6°; voto del juez Fayt, considerando 4°; voto del juez Boggiano, considerando 5°).

En tanto que la minoría de la Corte Suprema de Justicia, para llegar a idéntica solución, reparó en que la decisión contraria, vale decir el rechazo de la apelación extraordinaria, tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 18 de septiembre de 2003 en el caso "Bulacio vs. Argentina", en el que se declarara la responsabilidad internacional del

Estado Argentino "entre otros puntos" por la deficiente tramitación de este expediente (ver, considerando 5°, en el voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, y en el voto de Highton de Nolasco).

En ese marco, los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -por unanimidad- consideraron que la decisión de la Corte Internacional era vinculante para los tribunales nacionales, toda vez que el Estado Argentino ha reconocido explícitamente la competencia de ese órgano al aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 68.1 CADH y ley 23.054); discrepando sólo el juez Fayt sobre la posibilidad que las decisiones del referido órgano convencional pueda incluir restricciones a los derechos procesales de los individuos, concretamente imputados en una causa penal como autores o cómplices.

Ahora bien, la imposibilidad de predicar la existencia de nuevos supuestos fácticos subsumibles en la categoría de delitos de lesa humanidad, a partir de los hechos que tuvo en cuenta la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re*: "Bulacio vs. Argentina", ha sido enfatizada en el precedente que se analiza por parte de los jueces Petracchi y Zaffaroni, al sostener que es en virtud de la declaración de responsabilidad del Estado Argentino que deben declararse inaplicables al *sub lite* las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción, en un caso que, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad ("Convención sobre desaparición forzada de personas" y "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad") (considerando 10°).

De lo expuesto surge que, no puede pretenderse la extensión de la decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Espósito" -cuya comprensión e importancia se vincula con la condena al Estado Argentino por la CIDH en el caso "Bulacio vs. Argentina"- fuera de esa situación; puesto que no existe un pronunciamiento del órgano supranacional que no puede ser contradicho por los órganos judiciales internos.

En cuanto a las alegadas deficiencias en la tramitación del proceso, debe advertirse que no ha sido objeto de gravamen lo expuesto por el Tribunal *a quo* en orden a que "la tarea investigativa fue continua y no hubo desperdicio temporal por sucesivas obstrucciones en el procedimiento. Lo ocurrido fue que la confirmación de los dichos de los testigos que señalaban a Gaumet -y que luego invariablemente se desdecían- por la aparición de los restos humanos que posibilitó determinar mediante examen pericial el mecanismo de la muerte, se produjo demasiado tarde, pero no debido a inactividad o morosidad de la Fiscalía a cargo de la investigación. Es de reparar que se siguieron "pistas" varias, algunas traídas por los querellantes que, a la luz de lo acreditado luego resultaron falsas y que la búsqueda del cadáver fue objetivo permanente por el que se llevaron a cabo numerosas operaciones, inclusive en terrenos cercanos al de la aparición" (fs. 100).

A ello debe agregarse que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con posterioridad al dictado de los ya mencionados "Bulacio" y "Espósito" compartió e hizo suyos los fundamentos del señor Procurador General, cuando este señaló que **el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos no puede constituir fundamento autónomo suficiente para proseguir el ejercicio de una acción penal que ha sido declarada extinguida cuando el hecho investigado no es un delito**

imprescriptible. Una interpretación armónica y sistemática de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales, la Constitución Nacional y los propios fallos del máximo tribunal interamericano permite afirmar que lo vedado a los Estados por el deber de garantía (artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es el dictado de leyes o de cualquier otra disposición con la finalidad de impedir la investigación y la sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad), pero de ningún modo puede ser entendido como prohibiendo que esos hechos queden sometidos a las reglas generales de extinción de la acción y de procedimiento por la sola razón de que su aplicación pudiera conducir al dictado de una absolución o de un sobreseimiento. La autolimitación en el tiempo del poder punitivo estatal, la irretroactividad de la ley penal y tantos otros institutos jurídicos más son igualmente valiosos y poseen rango de derecho fundamental y, en tanto no haya ninguna sospecha de que la modificación del régimen de alguno de ellos obedece exclusivamente al propósito de otorgar impunidad a personas imputadas por graves violaciones de los derechos humanos, no hay razón para su no aplicación a los casos concretos (Cfme, Dictamen del Procurador General de la Nación, in re: "Derecho", Fallos: : 330:3074).

En síntesis, la autolimitación que se impone el Estado a su poder de castigar sólo cede en aquellos casos en que se procura el enjuiciamiento de crímenes de guerra, de lesa humanidad y los vinculados a la desaparición forzada de personas, no creándose una nueva categorías de delitos imprescriptibles por el solo motivo investigar y castigar las violaciones a los derechos humanos; por lo que no es admisible que se prosiga una

persecución penal *contra legem* de los imputados cuando el tiempo que se fijó el Estado para perseguir los delitos que se habrían cometidos ha cesado.

Por lo expuesto, advirtiéndose que aún cuando las conductas atribuidas a Funes y Gaumet en contra del menor Alejandro Flores, ocurridas a mediados de marzo de mil novecientos noventa y uno, pudiese subsumirse en el tipo penal de abandono de persona seguida de muerte, la decisión del a quo resulta ajustada a derecho, habida cuenta que desde la aludida fecha ha transcurrido con exceso el término para que opere la prescripción de la acción penal (arts. 106, tercer párrafo, 59 inc. 3° y 62 inc. 2° del CP).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Ester Cafure de Battistelli, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal Dra. Aída Tarditti, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar los recursos de casación deducidos por los Dres. Juan Carlos Oberti y Enrique Manuel Zabala a favor de los querellantes particulares Víctor Alejandro Flores y Rosa Arias respectivamente, con costas (CPP, 550/551) y el deducido por el Fiscal de Cámara, Dr. Jorge Medina, sin costas (CPP, 550/552).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Ester Cafure de Battistelli, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal Dra. Aída Tarditti, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal;

RESUELVE: I) Rechazar los recursos de casación deducidos por los Dres. Juan Carlos Oberti y Enrique Manuel Zabala a favor de los querellantes particulares Víctor Alejandro Flores y Rosa Arias respectivamente, con costas (CPP, 550/551).

II) Rechazar el recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara, Dr. Jorge Medina, sin costas (CPP, 550/552).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI
Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI

Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia