

PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD (Art. 141 del C.P.): *Bien jurídico protegido. Aspecto subjetivo.* PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD CALIFICADA. *Agravamiento en razón del modo (Art. 142 inc. 1º C.P.):* Noción. *Violencia. Amenazas.* COACCION (art. 149 bis 2º parte CP): *Noción. Delito formal. Diferencia con amenazas.* CONCURSO APARENTE DE LEYES: *Concepto. Consunción.* CONCURSO REAL DE DELITOS: *Concepto.* DIFERENCIAS ENTRE CONCURSO REAL Y CONCURSO APARENTE DE LEYES. CONCURSO IDEAL: *Concepto*

I. Los tipos penales relativos a la privación ilegítima de la libertad se ubican dentro del título 5 del Código Penal, capítulo primero, bajo el cual se protege el bien jurídico libertad individual.

II. La figura básica, art. 141 del C.P., reprime con reclusión o prisión de seis meses a tres años al que *“ilegalmente privare a otro de su libertad personal”*. La anulación o menoscabo de cualquier manifestación de la libertad corporal queda comprendida dentro del tipo penal y constituye el fundamento de la punibilidad; son típicos tanto los impedimentos a los movimientos como la imposición de los mismos. Objetivamente, se requiere que la privación resulte un verdadero ataque a la libertad por no mediar el consentimiento del sujeto pasivo a restringir sus movimientos y tratarse de una imposición no justificada dentro de los parámetros de las causas generales de justificación, al darse las situaciones de hecho o de derecho que condicionan su existencia o porque estando presente ellas el agente priva de la libertad de modo abusivo mas allá de la necesidad justificada o por medio de procedimientos prohibidos por la ley. Subjetivamente, es necesario el conocimiento del carácter abusivo de la privación de la libertad de la víctima por parte del agente y la voluntad de restringirla en esa calidad.

III. Las figuras calificadas de privación ilegítima de libertad se tipifican en los arts. 142 y 142 bis del C.P. Según sus razones, las agravantes de la figura básica pueden clasificarse por la calidad del sujeto pasivo, por los resultados de la acción del agente y por sus motivaciones y finalidades.

IV. El artículo 142 inc. 1º del Código Penal castiga con reclusión o prisión de dos a seis años al que privare a otro de su libertad personal cuando *“el hecho se cometiere con violencias o amenazas”*. Esas violencias pueden ser sobre el cuerpo de la víctima o sobre los terceros que tratan o pueden impedir el hecho, sea por una energía física o por un medio equiparado; o amenazando a cualquiera de los sujetos mencionados anunciándole un mal que puede provenir de la actividad del agente o de un tercero a instancias de aquél. La amenaza y la violencia pueden ejercerse tanto para iniciar la privación de libertad como en cualquier etapa de la permanencia de la acción si están destinadas a mantenerla.

V. La violencia consiste en el empleo de fuerza física. En cuanto a las amenazas solo parece necesario decir que deben ser de eficacia para doblegar la voluntad del sujeto

pasivo en el caso concreto. Las amenazas pueden consistir en el anuncio de causar a la víctima o un tercero un mal en el cuerpo, la salud, la libertad, el honor, o los bienes. El delito de amenazas del art. 149 bis queda absorbido por la figura de la privación de libertad agravada por el empleo de ese medio.

VI. La coacción es un delito contra la libertad individual, regulado en la segunda parte del art. 149 bis que integra el Capítulo 1, Título 5 del Libro Segundo del Código Penal Argentino, que atenta contra la determinación de las personas.

VII. En el delito de coacción la acción típica consiste en hacer uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Importa, pues, el anuncio, por parte del autor, de un daño que recaerá sobre la víctima o un tercero. La doctrina entiende que la amenaza debe ser *injusta*, es decir que quien la infiere no debe estar legitimado civil o penalmente para hacerla; *seria*, esto es que el daño sea de posible realización por el autor en el caso concreto o –aunque objetivamente imposible– que la víctima crea en dicha posibilidad y *grave*: el mal anunciado debe ser idóneo para alarmar o amedrentar al sujeto pasivo. La idoneidad de la amenaza depende tanto de la objetividad del daño anunciado como de las condiciones y circunstancias personales del amenazado.

VIII. En el delito de coacción el contenido de la imposición tiene que ser una conducta determinada; si no lo es, el ilícito sólo podría configurar el delito de amenazas. Además, la exigencia debe resolverse en un hacer o en un omitir que sea posible para el sujeto pasivo; cuando para él sea imposible (material o jurídicamente), la acción también deberá ser examinada como amenaza.

IX. En el delito de coacción si bien se reconoce que no basta con el anuncio de oponer inconvenientes, molestias o quitar el saludo o la amistad, tampoco requiere que llegue a intimidar efectivamente al amenazado.

X. En el delito de coacción se trata de un delito formal que se consuma cuando la víctima conoce la amenaza idónea sin que resulte necesario que esta proceda como el autor le exige.

XI. En el delito de coacción resulta irrelevante si las víctimas se sienten o no efectivamente intimidadas por las amenazas del imputado; lo importante es su aptitud para causar alarma o temor.

XII. El concurso aparente de leyes supone que respecto a una misma situación de hecho aparecen dos o más disposiciones legales que pretenden regirla simultáneamente, siendo que, en realidad, debido a la relación que media entre ellas, la aplicabilidad de una determina la inaplicabilidad de las otras. Ello es así, porque si bien la acción puede ser enjuiciada según diversos tipos penales, basta uno de tales tipos por sí sólo para agotar el pleno contenido del ilícito del hecho.

XIII. La consunción es una de las formas en que se presenta el concurso aparente de leyes. En efecto, en todos los casos que abarca este supuesto la aplicación de uno de los tipos excluye la del otro de conformidad al principio *lex consumens derogat legi consumptae*. Se distinguen como subclases de esta categoría concursal aquéllas que constituyen ofensas de gravedad progresiva, las que exigen mayor perfección lesiva hacia un tipo penal y por último, las que se definen por su estructura.

XIV. En el concurso aparente de leyes la consunción por estructura del tipo se configura en aquellos casos en que la propia forma técnico-jurídica del tipo que se presenta bajo una forma compleja, contiene otro tipo ya sea en forma explícita o implícita. Además, en ella existe una relación temporal entre las conductas dispuestas en los tipos penales, pues el comportamiento previsto en el tipo consumido será realizado *antes, coetánea o posteriormente* del principal, encontrándose ambos unidos por un elemento subjetivo que consiste, las más de las veces, en un propósito. Sobre este aspecto temporal se remarca que lo importante para determinar si se da la relación de consunción entre los tipos penales involucrados es que en ninguno de los tres casos haya solución de continuidad, ya que si la hubiera aquéllos cobrarían autonomía.

XV. En el concurso aparente de leyes se debe considerar consumido por la figura principal todo aquello que, en cuanto acción (anterior o posterior) está concebido por la ley como explícitamente o implícitamente necesario; como así también aquello que dentro del sentido de una figura constituya *quod plerumque accidit* ("lo que acaece en la mayoría de los casos"). El acto posterior será impune solamente cuando con toda estrictez pueda ser considerado como tal, es decir, que sea un verdadero acto posterior y no una acción autónoma ejecutada en otra dirección, lo cual no se caracteriza solamente por el hecho de que recaiga sobre otra persona, sino por la naturaleza del nuevo hecho cometido con relación al poder "de absorción" de la figura anterior.

XVI. El concurso real de delitos (art. 55 del C.P.) presupone la existencia de varios hechos independientes concurrentes, imputables a una misma persona en forma simultánea o sucesiva.

XVII. La diferencia entre los supuestos particulares de concurso aparente de leyes y los de concurso real es que, siendo ambos casos de pluralidad de hechos, en el concurso aparente los mismos pierden jurídicamente independencia, en virtud de la relación existente entre los tipos penales, uno de los cuales desplaza el otro u otros y determina la unidad delictual de la pluralidad de hechos por él comprendidos. En cambio en el concurso real los hechos son independientes, fáctica y normativamente.

XVIII. El concurso ideal de delitos (art. 54 del C.P.) se caracteriza por la comisión de un hecho por el autor y por la pluralidad de sanciones penales bajo las que ese hecho cae. Ello implica que una unidad material (el hecho único) constituye formal o idealmente más de un delito porque cae bajo más de una sanción penal, es decir, bajo más de una sanción represiva. No es otra cosa que una cuestión de doble tipicidad de un hecho naturalmente único. La razón de esta doble tipicidad es que la conducta del agente, esto es, lo que ha hecho o dejado de hacer, que ya cae como tal en una sanción

penal, debido a una circunstancia de modo, lugar, tiempo, etc., también cae bajo otra sanción penal. Se trata, en fin, de situaciones, en las cuales accidentes de tiempo, modo, lugar, personas, etc., sin multiplicar materialmente la conducta del autor de un delito, multiplican la delictuosidad de ella.

T.SJ. Sala Penal, Sent. n° 245, 14/09/2012, “ALEM, Roque Ramón y otros p.ss.aa. privación ilegítima de la libertad calificada, etc. -Primera Línea de Tramitación- Causa Motín -Recurso de Casación-“. Vocales: Tarditti, Cafure de Battistell y Blanc. G. de Arabel).

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO

En la Ciudad de Córdoba, a los catorce días del mes de septiembre de dos mil doce, siendo las diez y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por 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 **“ALEM, Roque Ramón y otros p.ss.aa. privación ilegítima de la libertad calificada, etc. - Primera Línea de Tramitación - Causa Motín -Recurso de Casación-“** (Expte. “A”, 87/2008), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Asesor Letrado Penal del 22º Turno, Dr. Esteban Rafael Ortiz, en favor de su asistido Jacinto Hipólito Escudero, en contra de la sentencia número tres, de fecha diez de marzo de dos mil ocho, dictada por la Cámara Séptima del Crimen de esta Ciudad de Córdoba.

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

1º) ¿Es nula la sentencia por ausencia de una debida fundamentación?

2º) ¿Se han concursado erróneamente los arts. 142 inciso 3º y 90 del C.P.?

3º) ¿Se han concursado erróneamente los arts. 142 incisos 1º y 3º y 149 ter inc. 1º, en función del 149 bis del C.P.?

4º) ¿Es arbitraria la pena impuesta al imputado?

5º) ¿Qué resolución corresponde adoptar?.

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 CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia n° 3, dictada el diez de marzo de dos mil ocho, la Cámara Séptima de Crimen de esta ciudad de Córdoba, resolvió -en lo que aquí interesa- : “...42) *Declarar a **ESCUDERO, JACINTO HIPÓLITO** co-autor responsable del delito de privación ilegítima de la libertad calificada, reiterada (de conformidad a lo establecido en el considerando pertinente), en los términos de los arts. 45, 142, inc 1 y 3, y lesiones graves reiteradas, en concurso real, en los términos del art. 90 y 55, todo en concurso real y autor del delito de coacción calificada en concurso ideal, en función de los arts. 149 ter, inc. 1, en función del 149 bis, última parte y art. 54, todo del C. Penal, e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de CINCO años de prisión, con declaración de reincidencia, adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40, 41 y 50 del C.Penal y 550 y 551 del C.P.P.)...”.*

II. El Asesor Letrado Penal del 22° Turno, Dr. Esteban Rafael Ortiz, respetando la voluntad impugnativa de su asistido, Jacinto Hipólito Escudero interpone recurso de casación contra dicha resolución, invocando el motivo formal previsto en el inciso 2° del art. 468 del C.P.P. (fs. 1803)

En primer lugar, entiende que la sentencia ha incurrido en la violación de las reglas de la sana crítica racional y de la debida fundamentación, además de resultar contradictoria al atribuirle conductas ilícitas que no se encuentran

respaldadas con el grado de certeza positiva exigible en esta etapa, motivo por el cual aún por el beneficio de la duda en su favor deberá ser absuelto de los hechos en perjuicio de los empleados **Cuello, Bazán, Jorge Dávila, Gabriel Dávila, Aballay, Figueroa, Gómez, Rodríguez, Márquez y Combina** (arts. 406 tercer párrafo, 411 y 468 inc. 2° del CPP).

Seguidamente, analiza la situación de cada uno de los empleados penitenciarios cuya privación de la libertad se atribuye a Escudero, según el sector donde éstos se hallaban.

Advierte que en relación con la supuesta privación de la libertad calificada de los empleados refugiados en el **Pabellón N° 10**, debe descartarse en primer término la del empleado Aballay, respecto de quien su asistido no observó conducta alguna en su contra, sólo fue visto por éste fuera de ese Pabellón, pero no fue uno de los internos que lo sacara de ese lugar y lo condujera a otros sectores. En tal sentido, no constituye ninguna conducta ilícita del encartado –entiende- haber sido visto en la puerta de ese lugar, siendo además que los propios guardias fueron quienes facilitaron las llaves para abrir los candados que finalmente fueron rotos por otro interno. Afirma que no puede adjudicarse a Escudero la privación de la libertad de Aballay, porque no lo redujo, ni fue de los que lo trasladaron a otros lugares. Si se observa la plataforma fáctica sobre ese damnificado, en ningún momento se lo menciona a Escudero, pasó por los Pabellones 4 y 9, y ni siquiera estuvo en el Pabellón 12 de residencia del acusado.

Tampoco al analizar los dichos de Figueroa surge qué actitud concreta desarrolló Escudero, quien nunca tuvo cubierto el rostro, no portó arma

alguna y no ejerció violencia sobre la persona de ninguno de los guardiacárceles. Así, su sola presencia en esa oportunidad, analizada en el contexto de lo que fue su conducta general pone seriamente en duda que haya tenido una participación siquiera en forma secundaria en esos momentos. En todo caso –repara- sí se le puede atribuir a Escudero que integró el grupo que llevó a Figueroa al Pabellón 12, pero debe tenerse presente que ése era el de permanencia obligada de este imputado. Y que Figueroa amplió su declaración afirmando que Escudero lo cuidó para que no fuera golpeado, ni llevado al techo, ni objeto de otros atentados (ver fs. 510). Así, este damnificado lo observa frente al **Pabellón 10** donde se refugian con Aballay, luego lo ubica como los que lo protegieron (fs.510); lo señala en la primera circunstancia en que es observado –frente al Pabellón 10-, sin que hubiera tenido cubierto el rostro, portado arma alguna, ni amenazado a dichos empleados, afirma que al ser trasladado a una celda del Pabellón 12, Escudero le decía:“...Negro quedate tranquilo que acá no te va a pasar nada...” (ver fs. 268). Y efectivamente, continúa dicho empleado: “...al rato le pusieron la TV para que viera, le ofrecieron de comer, mate, le convidaban cigarrillos...los trataban muy bien y casi le garantizaban que no le iba a pasar nada, mientras estaba encerrado en una celda viendo por televisión lo que sucedía en el penal...”.

En relación a los hechos de que se lo acusa por damnificados ubicados en el **Pabellón N° 3**, el único testigo que lo nombra es Maximino **Bazán** (fs. 386 vta./87) lo reconoce en su primera estadía en el **Pabellón 3**, agrega que Escudero dijo que había hecho devolver un reloj (fs. 1282 vta./83). Bazán ha señalado que lo reconocía a Escudero en el primer momento en que estuvo allí, cuando estuvo con los ojos descubiertos y no observó ninguna actitud concreta en su contra de Escudero, ni

que lo haya trasladado, ordenado nada, ni que se hubiera cubierto el rostro, ni portado arma alguna o que los custodiara (ver fs.386 vta./387). Los otros empleados presentes en ese lugar -Daniel Emilio Corso y Fernando Esteban Márquez- no lo vieron, ni ubican a Escudero en ese sitio.

Sobre la causa por la cual Escudero se hizo presente en el Pabellón 3, él mismo declaró que lo hizo porque allí se encontraba un sobrino de nombre Carlos Villegas, y que no llegó sino al portón para interesarse por su situación. Subsidiariamente, pide que se aplique en este caso el criterio aplicado repetidamente por la Instrucción aún en situaciones de gravedad diferentes a Escudero, que con un único testigo que lo sindicó en dicho lugar -Bazán-, resulta insuficiente para considerarlo co-autor de este ilícito.

Acerca de la privación de la libertad en la **cocina del penal**, el testigo Gómez sólo vio que entró, y en forma alguna lo identifica como quien lo llevó, lo retuvo o ejerció algún acto indicativo de voluntad de que permaneciera en dicho lugar en contra de su deseo. Así sólo fue visto en la cocina por el testigo Gómez, sin indicar ninguno de los otros empleados que estuvieron en este sector (como José Armando Aguirre, Néstor Humberto Salguero, Oscar Ramón Albarracín y Patricia Susana Besserer) la presencia de Escudero allí, ni su papel activo o coadyuvante para la comisión de esta clase de ilícito. En tal sentido, reclama la aplicación del criterio seguido para con el interno Merlo –sobreseído en la Instrucción-, que sólo fue señalado en la cocina por el empleado Gómez y se consideró ese señalamiento insuficiente, ambiguo e impreciso, situación que debe favorecer igualmente a Escudero por encontrarse en la misma situación. Por este motivo, porque sólo un testigo vio a

Escudero en el lugar, sin observar ninguna conducta delictiva, debe declararse que no existe la certeza positiva requerida respecto de estos hechos de privación de la libertad que se le atribuyen, en el Pabellón 3 –en perjuicio de Bazán- y en la cocina del Penal- en perjuicio de Gómez-, aún por hacer jugar la duda en su favor (arts. 406 cuarto párrafo y 411 del C.P.P.).

Asimismo, en los hechos del **Pabellón 12** que se le atribuyen, debe tenerse presente que Escudero estaba alojado allí desde hacía cinco años, y allí debía permanecer. El testimonio del empleado Gómez que lo señaló como que lo custodiaba es el único en tal sentido y debe analizarse a la luz de sus propios dichos en los que admitió que podía haber afirmado cualquier cosa por su estado psíquico, y en la misma audiencia cambió radicalmente en su señalamiento del imputado Escudero, por lo que debe hacerse acreedor por lo menos del beneficio de la duda en relación con estas afirmaciones. Esta es la razón fundamental por la que no pueden achacársele las demás privaciones que se le adjudican ocurridas en dicho pabellón, ya que ese lugar era el de pertenencia del encartado y la obligación de éste fue la de quedarse en el mismo.

Destaca que el propio Tribunal de Sentencia ha expresado en sus fundamentos que: "...En primer término no se puede pasar por alto que **todos los internos sabían perfectamente que su obligación jurídica era la de permanecer alojados en los lugares asignados** y seguir las reglas del Establecimiento, cosa que no ocurrió...". Ésa fue precisamente la conducta que exhibió este imputado, la de estar en su Pabellón y no puede resultarle en su perjuicio. Los testigos expresaron: Claudio Gómez, fs. 262:"los **custodiaba**" –en el **pabellón 12-**, **no vio armas** (sólo una púa),

fs. 262 vta., agrega que Escudero le devolvió el maletín (fs. 1262 vta.); Fernando E. **Márquez** (fs. 1275 vta. en el **Segundo Centro** iban y venían...Escudero); Lucas Martín **Rodríguez** (fs. 1286) en el **pabellón 12** se encontraban los internos... Escudero; Jorge David **Dávila** (fs. 266 vta.) en el **pabellón 12** fue el lugar donde mejor lo trataron, vino Quinteros y pidió un rehén para llevarlo al techo luego de que mataran al interno Villarroel, pero los internos de allí se lo negaron (fs. 1268 vta.).

Solicita que su asistido sea absuelto de los hechos que se le atribuyen en la sentencia, aún por la duda, como coautor del delito de Privación Ilegítima de la libertad reiterada calificada por los siguientes damnificados: en el Pabellón 12, Gómez, Dávila Jorge, Márquez, Bazán, Rodríguez, Dávila Gabriel, Figueroa, Cuello y Combina (arts. 406 cuarto párrafo y 411 del C.P.P.). Subsidiariamente, y en caso de no hacerse lugar al pedido de su absolución, solicita que se limite su intervención respecto a la cantidad de hechos que se le endilgan limitándolo a los hechos en perjuicio de los empleados Figueroa y Gómez. Ello por cuanto el criterio de atribuírsele participación en la privación de la libertad de los demás empleados antes mencionados, según se encontraran o no en el espacio físico donde fuera observado el acusado, violenta las reglas de la sana crítica racional y de la imputación personal que corresponda.

III.a. El tribunal al momento de fundar la situación procesal de cada acusado, en relación a **JACINTO HIPÓLITO ESCUDERO**, afirmó que se encuentran reunidos suficientes elementos probatorios, recabados tanto durante la investigación penal preparatoria como en el desarrollo del debate oral y público, con las formalidades prescriptas por ley, como para considerar en este estado del proceso

verificados los extremos fácticos de la imputación delictiva que pesa en su contra. Al analizar las testimoniales de las víctimas destaca que el penitenciario **Aballay** en su declaración de fs. 280 vta/281, relata que al inicio de los acontecimientos, cuando se encontraba junto al guardiacárcel Figueroa cumpliendo funciones en el primer piso del segundo centro, tras hacer sonar la alarma, al advertir que era inminente que los reclusos que se habían soltado en la planta baja iban a romper las rejas para acceder adonde ellos se encontraban, optaron por refugiarse en el pabellón 10, que estaba vacío por refacciones. Agregando, “...abajo estaba la guardia externa y se oían los tiros, y en eso los internos que nos habían visto entrar al 10 nos llamaban, nos dijeron que con nosotros no era la bronca y que no nos iba a pasar nada pero que saliéramos..., sabíamos que era cuestión de tiempo hasta que rompieran los candados que habíamos puesto en el 10 así es que decidimos salir..., los que nos hablaron y sacaron del pabellón y que controlaban la situación eran Julio Luna.... Juan Luna (a) “Juanchi” que es del 12, **Jacinto Hipólito Escudero (a) Negro Jacinto** que es uno de los que maneja el pabellón 12... Gustavo Cano...; nos separaron, a mí me llevó... Juan Luna... íbamos camino al 1^{er} centro pero en la puerta trampa del segundo que estaba cerrada estaba el Of. Juárez con dos empleados con escudo y escopetas, los presos les dicen que no tiraran sino me iban a matar y Juárez les dio la palabra de que no les iban a hacer nada... me pasaron a mí y pasaron conmigo”. En la audiencia de debate ratificó estos dichos. En idéntico sentido el testigo **Figueroa** en su declaración de fs. 267/268, manifiesta que tras encerrarse con candados en el pabellón 10, “...momentos después los internos ya habían llegado hasta la puerta del pabellón y hacían fuerza sobre ella, reconociendo entre estos internos a los más antiguos en el penal como Julio Luna,

Néstor Romero, Jacinto Escudero y otros más, que Luna era el que más le hablaba le decía ...no les va a pasar nada, la bronca no es con ustedes..., hay bronca con el director por el tema de las visitas... Necesitamos a uno de ustedes para negociar..., los tomaron y allí sintió que le apoyaban puntas, cuchillos y armas blancas por todo el cuerpo, le pegaron varios golpes de puño, lo trasladan hasta el pabellón N° 12 y lo encierran en una celda, mientras que Escudero le decía Negro quedate tranquilo que acá no te va a pasar nada...”. Al brindar declaración en el debate relató nuevamente estos hechos. Jacinto Escudero fue visto además por otros testigos en el pabellón 12, entre ellos Gómez en su declaración de fs. 262, relata que Escudero era uno de los que lo custodiaban cuando estuvo allí; este testigo durante el debate dijo que lo vio en el pabellón 12, que el negro Jacinto custodiaba la puerta y fue quien le devolvió el maletín. Lucas Martín Rodríguez, narra a fs. 351 vta. que en el pabellón 12 fue metido en una celda donde había como doce empleados más, agregando a fs. 1286 que en ese pabellón estaban Escudero y otros reclusos, que no les pegaban pero era conciente que su situación era de rehén, si hubiera querido salir no habría podido hacerlo, es más a fs. 351 vta. expresó en este sentido, que los internos le dieron una radio a Corzo para que hablara con los de afuera para que dejaran de tirar sino los iban a matar a todos; incluso a fs. 1287 vta. recordó que les decían que si seguían disparando se iba a pudrir todo, siendo éste el comentario de todos los internos y siendo conciente que su vida corría peligro; mientras que Márquez a fs. 1275 vta. señala que allí los reclusos los cuidaron, los alimentaron, pero sabía que estaban como salvoconducto de los reclusos que los custodiaban, allí iban y venían Cano... Escudero, Juan y Julio Luna, Montivero... también Astrada.... En tanto que Gabriel Dávila, en la audiencia

manifestó que Cano y Escudero estuvieron en todo momento en el Pabellón 12, que trataban que no se llevaran a nadie a otros pabellones, que calcula que de haberlo querido no hubiera podido salir por el estado generalizado de todo. La testigo Besserer en su declaración de fs. 1244/1245 relató que en este pabellón todos los internos que estaban allí los custodiaban armados, incluso si querían ir al baño los llevaban custodiados con cuchillos; en idéntico sentido Figueroa a fs. 1270 vta., narró que "...al día siguiente, cuando se animó a salir de su celda, la puerta que da al pasillo central estaba cerrada con traba y custodiada por internos del otro lado de la puerta que no dejaban que saliera, que también le decían que no dejaban que se los llevaran los otros internos, que si entraba el Eter nosotros también íbamos a perder..."; Combina en su testimonio de fs. 2009 vta., agregó que "...a la noche los reclusos le comentaron que tenían miedo que entrara la Gendarmería y la policía, que les decían que si entraban los rehenes iban a ser los primeros, que los iban a poner adelante, de escudos..."; Cuello a fs. 525 vta, concretamente dijo que la noche en el pabellón 12 fue larga, no les pegaron pero sí fueron constantemente amenazados de que iban a matarlos, que si entraba gendarmería los iban a usar de escudos. Para analizar cual fue la actitud de este interno frente a los rehenes podemos decir que el testigo Bazán en la audiencia dijo que lo vio a Escudero en el pabellón 3, que Quinteros y Escudero mantenían la calma y hacían mantener la calma a los rehenes. Escudero tenía una actitud mas activa, llevó a Besserer a un lugar mas tranquilo", coincidente con este relato, Jorge Dávila, también al declarar en el debate dijo que Escudero y Ledesma lo trataron bien. A modo de síntesis de todo lo narrado se desprende que el interno de mención cuando se desató el motín estuvo en el pabellón 10 donde se resguardaban algunos guardiacárceles,

formó parte del grupo que dominaba la situación, y trasladó víctimas al pabellón 12, lugar donde estaba alojado, custodiándolas y evitando tanto que salieran como que fueran tomadas por otros internos. Ninguno de los testigos que lo incluyen en sus dichos manifiesta que les haya proferido malos tratos e incluso más, algunos resaltan que los trató bien. El Asesor Letrado Dr. Rafael Ortiz al alegar dijo que su defendido hizo contención a Figueroa, Di Pauli y Aballay, pero que este último no lo menciona; que estaba en el 12 porque tenía que estar allí y que el único que lo nombra es el testigo Gómez. La prueba se completa con los informes médicos de las víctimas quienes, a excepción de Aballay y José Salas manifestaron un stress post-traumático con un tiempo de curación mayor a 30 días. **En conclusión** en las circunstancias de lugar y tiempo señaladas en la acusación originaria, Jacinto Hipólito Escudero, armado, considerado como uno de los líderes del pabellón colaboró en la tarea que desplegaron muchos de ellos, con el objetivo de concentrar a los rehenes en determinados pabellones para que no les ocurriera nada y garantizar así que no sea la policía la que ingrese de modo de poder entregar el penal, pero a personas que les merecían confianza. Es así que manifestando a algunos empleados que si los guardias entraban iban a ser los primeros a quienes pondrían como escudos, trasladó a algunos al pabellón 12 y allí contribuyó a la privación de libertad de Cuello, Bazán, los dos hermanos Dávila, Aballay, Figueroa, Gómez, Rodríguez, Márquez y Combina. Como consecuencia de este accionar todos los guardias a excepción de Aballay y Salas, sufrieron stress post-traumático lo que les demandó un tiempo de curación mayor a 30 días.

b. El Tribunal al motivar la calificación jurídica seleccionada para los hechos, luego de encuadrar legalmente cada comportamiento se refirió al rol que correspondía atribuir a los distintos internos. En esa dirección argumentó que en la comisión de estos delitos, los que realizaron una sola infracción, deben responder como autores; los que actuaron en conjunto deben responder como coautores.... Son coautores los que toman parte en la ejecución de un suceso co dominándolo. La coautoría puede realizarse en forma paralela o concomitante, caso que se presenta cuando varios individuos, en función de una decisión común, acordada previamente o espontánea, realizan la totalidad de la acción típica; o por dominio funcional del hecho, en base a una división de tareas consensuada, es decir que consiste en la ejecución de la decisión común mediante la división del trabajo, o sea que teniendo en cuenta el plan concreto, realizan aportes en el estadio de la ejecución que resultan necesarios para llevar adelante el hecho (D'Alessio, Código Penal, pág. 519, t. II). Por último la coautoría puede ser sucesiva, vale decir que los autores pueden coincidir desde el principio mismo de la realización típica o no; así, puede ser autor un sujeto que interviene cuando la ejecución de un hecho ya se ha iniciado (D'Alessio, Loc. Cit. P. 522)... resta especificar que desde el punto de vista objetivo las acciones desplegadas los ubican en la clase de coautoría sucesiva y por división de tareas y desde el punto de vista subjetivo, cabe destacar que por acuerdo espontáneo y tal como surge de apreciar las particulares circunstancias que rodearon los sucesos, todos coincidieron en la toma de la Cárcel, al punto que algunos manifestaban con elocuencia que “ahora mandamos nosotros”, y a tal punto ello fue así, que nadie de afuera podía entrar, porque la acción de los internos lo impedía, ya sea por el

despliegue de violencia hacia el exterior, o bien por la exhibición de rehenes en el techo y consecuentemente nadie podía salir. Ello significaba para todos los que intervinieron, el **conocimiento cabal de la existencia de guardias privados de su libertad**. Sin embargo, como no se puede, por limitaciones de la acusación originaria, endilgarles a todos, todas las privaciones de libertad, las atribuciones serán específicas y en consecuencia responderán por los delitos cometidos en cada caso. Así quien mantuvo contacto con tres rehenes, responderá por tres hechos de privación; quien obligó compulsivamente a un empleado a hacer algo a lo que no estaba obligado responderá por un hecho de coacción y con relación a la causación de las lesiones psíquicas de carácter grave, la responsabilidad también será individual. Salvo en los casos en que se atribuya coacción, en los demás corresponde la aplicación del art. 41 bis. En el caso de los líderes que actuaron en todo el proceso, sobre todo en el tramo que condujo a la culminación del conflicto, como conocieron específicamente el número de rehenes que tenían, por la tarea que llevaron a cabo de concentrarlos en pocos pabellones, responden por todos los hechos y su conducta es ilegítima, porque la finalidad con que actuaron fue la de mantenerlos hasta asegurarse que la Policía no ingresaría. **En los casos de coautoría esta se verifica por mera presencia activa y concomitante, en situación tal que permita inferir que la persona quiere el hecho como obra propia y que lo apoya interiormente, lo que sucedió con muchos acusados que formaban parte del grupo, que en conjunto mantenía privado de libertad a algún empleado penitenciario.** Finalmente, el sentenciante destaca la ausencia de dudas acerca de la conciencia por parte de los imputados de la ilegalidad de las privaciones de libertad.

IV.a. El recurso de casación exige, bajo condición de forma cuya inobservancia acarrea la inadmisibilidad, que se expresen los fundamentos (CPP, arts. 449 y 474). Reiterada jurisprudencia de esta Sala recuerda que el recurso de casación, para ser formalmente admisible, debe **bastarse a sí mismo**, es decir, **estar debidamente fundado** conteniendo las razones de la impugnación, sea el error de derecho o el vicio anulatorio de la sentencia recurrida (T.S.J. Sala Penal, "Romero" A.I. N° 43, 7/9/84; "De la Rubia" A.I. N° 21, 28/3/96; "Capdevila" A.I. N° 205, 11/8/98).

En esa dirección, es necesario destacar que cuando la denuncia de omisión de ponderar ciertas pruebas o de hacerlo ilegítimamente, se vincula con su pertinencia para acreditar cuestiones que se argumentan como trascendentes para lograr la absolución o una alternativa punitiva más beneficiosa para el imputado, pero ello no logra demostrarse hábilmente, la legitimidad de la sentencia de mérito se mantiene .

Es que, si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito –entre otros recaudos– *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio* (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; T.S.J., Sala Penal, S. n° 44, 8/06/00, “Terreno”, entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 C.P.P.), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran –lógica, psicología, experiencia– debe también contraponer un análisis de **todo el cuadro convictivo meritado**, y en función de éste, a su vez, evidenciar la **decisividad** del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4°, C.P.P.).

De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio (T.S.J., Sala Penal, "Martínez", S. n° 36, 14/03/2008; "Fernández", S. n° 213, 15/08/2008; "Crivelli", S. n° 284, 17/10/2008; "Brizuela", S. n° 89, 23/04/2009).

Asimismo, la atribución de determinado valor convictivo a los elementos colectados constituye una facultad discrecional del juez de mérito que sólo es motivo de casación, en casos de arbitrariedad. Configura una variante de la arbitrariedad, la asignación de crédito o demérito irrazonable por parte del tribunal de juicio. En tales supuestos, el a quo desnaturaliza sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación, aún cuando éste a diferencia de aquél no ha receptado la prueba (inmediación), límite que alcanza a los testimonios y demás pruebas recepcionadas en la audiencia de debate.

Ello ha acontecido en el caso, pues la condena de Escudero se asienta en fundamentos probatorios autónomos a los acusados e incluso en ellos, sólo que integrados al conjunto del cuadro probatorio posibilitando arribar lógica y legalmente al mismo resultado.

b.1. La defensa, al amparo de supuestos vicios en la legitimidad de la motivación, resiste la sentencia de condena y rechaza su solución, denunciando

insuficiencia probatoria y violación de las reglas de la sana crítica racional al tener por cierta la participación de su asistido en privaciones ilegítimas de libertad de determinados celadores, respecto de los cuales –cree- no se cuenta con elementos necesarios para atribuírselas, solicitando se limite su intervención a sólo dos hechos, los realizados en perjuicio de los penitenciaros Gómez y Figueroa.

Limita su motivación a sostener que todos los testigos han declarado que observaron al acusado en zonas cercanas a los distintos lugares o pabellones en los que había rehenes, pero nadie describe tareas concretas de privación por él desplegadas.

2. El acusado al ejercer su defensa material dijo que se remitía a su declaración anterior, ocasión en la que manifestó: *"Que niega los hechos que se le imputan. Que el declarante estaba en los lugares que se mencionan en la intimación, porque ahí estaban familiares del deponente que estaban visitándolo. Que ese fue el motivo por el que estuvo en la cocina. En la panadería nunca estuvo, sólo pasó por ahí para llegar a la cocina. Que en el pabellón 3 fue porque ahí está su sobrino y fue para ver como estaba. Que el declarante está alojado desde el año 2000 en el pabellón 12. Que al regresar a este pabellón, luego de haber estado en los lugares antes mencionados, se encontró con que en su pabellón había varios empleados penitenciaros. Que en su pasillo en ningún momento estuvo ningún empleado penitenciario, sólo había visitas de otros internos. Que en la única ocasión en que lo vieron los empleados penitenciaros fue cuando los estuvo curando y dándoles de comer. Que también estuvo conversando con alguno de ellos para intentar sacarle la angustia que tenían. Que el deponente estaba conversando con un Principal del que*

no recuerda el nombre, quien le estaba contando que le habían robado un reloj con agenda; que en ese momento llegó otro interno que tenía el reloj en la muñeca, entonces el Principal le dijo: “Mirá Jacinto, ese es mi reloj”, entonces el deponente hizo que el interno le devuelva el reloj. Que al Señor Bazán lo curó y al señor Corzo le dio un bife para que se pusiera en la cara porque tenía el ojo morado. Que a Di Pauli no lo conocía, sabía que era celador. Que el declarante no hizo nada malo durante el motín, al contrario por tratar de hacer el bien es que ahora no está en libertad y está involucrado en esta causa. Que el declarante en ningún momento estuvo de acuerdo con el motín, que al momento en que se produjo le faltaban dos meses para recuperar la libertad. Que en los 11 años que estuvo detenido siempre tuvo buena conducta, no es lógico que justo dos meses antes de irse vaya a participar de un motín. Que luego del motín el declarante continuó trabajando de fajinero y no le quitaron puntos de conducta, tampoco fue sancionado de ninguna manera porque siempre mantuvo una conducta ejemplar. Que hace 5 años que está en el penal y hace 5 años que viene cuidando su conducta, la que es ejemplar 10, tiene 5 de concepto y la cuarta fase. Que todo este tiempo estuvo pensando, arrepintiéndose de los hechos por los cuales lo condenaron y ahora permanece detenido injustamente y quiere que esto se solucione lo antes posible. Quiere recalcar que nunca estuvo de acuerdo con el motín y que lo que hizo durante el motín fue creyendo que estaba haciendo un bien” (fs. 1754. En el debate preguntado por su defensor, manifiesta que cuando regresa al Pabellón 12, lo encuentra a Di Pauli que estaba mal, drogado, y estaba siendo ultrajado y lo lleva. No uso arma, no tenía el rostro cubierto. Que por salvar vidas esta en este lugar. No responde preguntas”.

3. Como se observa, el imputado al ejercer su defensa, claramente intentó colocarse como ajeno y disconforme con los violentos sucesos acaecidos dentro del penal; alegando que su intervención se limitó a colaborar con los penitenciarios “por salvar vidas estoy en este lugar” -dijo-.

Si bien, como señala el defensor, son pocos los testigos que describen conductas precisas desplegadas por el acusado, lo cierto es que ello, no autoriza a desvincularlo de los hechos como pretende, máxime cuando los empleados lo colocan en el escenario de los sucesos, describiéndolo cada uno de ellos en los distintos sectores y pabellones que se relatan en la acusación en su contra.

-Así, Aballay aseguró que Escudero era uno de los internos que manejaba el pabellón 12.

-Jorge Dávila (fs. 1261) expresa que Escudero y Ledesma formaban parte del grupo que los priva de su libertad, aunque aclarando que lo trataron bien.

-Claudio Figueroa (fs. 1262 vta.) menciona al interno Luna, quien le solicitaba la llave del pabellón 10, en el que se encontraba junto con Aballay, negándose él a entregársela debido a que se encontraba acompañado de otros internos armados, entre ellos, Maza, Cano y Escudero.

-Combina (fs. 1287 vta.) y Cuello (fs. 1308 vta.), manifestaron que no pudieron reconocer a ninguno de sus atacantes, pero precisando que ello fue así pues eran muchos y casi todos tenían la cara tapada o sus rostros cubiertos. Cuello describió que lo retenían como escudo humano y lo obligaban a gritar a los policías que no tirasen.

-Gómez (fs. 1264) dijo que en la cocina lo custodiaba el Negro Jacinto. Recuerda que éste es quien estaba en la puerta del pabellón 12, que era la persona que lo custodiaba. Agregó que un interno le devuelve el maletín y era el negro Jacinto; que no tenía armas.

-Bazan (fs. 1255), reconoce a Escudero dentro del tumulto; detalló que a Escudero se lo vio mas activo.

Se advierte que pese a la posición defensiva asumida por el encartado, según la cual no tuvo intervención en el motín, intentando justificar su presencia en los distintos sectores en los que se lo observa; resulta indiscutible, que formó parte de los distintos grupos que privaron de su libertad a los distintos internos, tomando parte activa en los hechos, tal como lo describen, por ejemplo, los empleados Bazan y Gómez.

Recordemos que el acusado ha sido considerado coautor de los distintos ilícitos, argumentando el tribunal (punto III. b) que en **los casos de coautoría esta se verifica por mera presencia activa y concomitante, en situación tal que permita inferir que la persona quiere el hecho como obra propia y que lo apoya interiormente, lo que sucedió con muchos acusados que formaban parte del grupo, que en conjunto mantenía privado de libertad a algún empleado penitenciario.**

El recurrente no asume que la conclusión de certidumbre desfavorable al acusado a la que arriba el tribunal –contrariamente a lo denunciado- ha sido derivada con ajuste al principio de razón suficiente.

El quejoso denuncia la insuficiencia probatoria para involucrar a su asistido en el hecho ilícito, sumando a ello su posición exculpatoria según la cual se muestra por completo ajeno a los disturbios, pretendiendo solo haber colaborado para evitarles sufrimientos a los penitenciarios.

No asume que el imputado fue observado por testigos fuera de su lugar de alojamiento, en distintos pabellones, arribando finalmente al n° 12, lugar en el cual, él junto a otros internos mantuvieron privados de su libertad a diez empleados penitenciarios.

El tribunal tuvo por acreditado que Escudero, asumió el rol de líder durante el motín. Respecto de los líderes, en general, sostuvo que éstos actuaron en todo el proceso, sobre todo en el tramo que condujo a la culminación del conflicto, como conocieron específicamente el número de rehenes que tenían, por la tarea que llevaron a cabo de concentrarlos en pocos pabellones, responden por todos los hechos y su conducta es ilegítima, porque la finalidad con que actuaron fue la de mantenerlos hasta asegurarse que la Policía no ingresaría.

Al atribuírsele a Escudero el rol de líder durante el conflicto en el penal, resulta difícil sostener que éste hubiera estado al margen del caos vivido ese día, y por su rol de coautor no resulta indispensable la descripción precisa y detallada de su comportamiento concreto, desde que se entiende que todos los intervinientes en cada uno de los grupos que actuaron privando de la libertad a uno o mas penitenciarios deben responder por las conductas por todos realizadas.

Recordemos que en materia de coautoría rige el “**principio de imputación recíproca**” de las distintas contribuciones. Es en virtud de este principio

que, todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable (es extensible) a los demás. Por ello, puede considerarse a cada co-autor como autor de la totalidad del hecho, aunque parte del mismo no haya sido por él ejecutado (Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., 2ª reimpresión, edit. Reppertor S.L., Barcelona, España, 1999, pág. 386; JESCHECK, Hans-Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ta. edición, corregida y ampliada, edit. Comares, Granada, 2002, pág. 727) (En idéntico sentido, T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, “Luna”, S. n° 4, 10/02/2006), principio que ha sido soslayado por el recurrente.

Como se advierte las críticas del defensor lucen infundadas desde que el accionar del imputado luce perfectamente descrito y relatado por el tribunal, aún cuando ello no hubiera resultado necesario considerando que se lo condena a título de coautor y bastaba con su presencia activa en torno a los demás internos para sostener que aceptaba y compartía los comportamientos y conductas desplegados por los demás.

La pretensión del recurrente debe ser rechazada pues se funda en una incorrecta valoración del marco fáctico tenido por cierto y por ello no asume que la calificación legal dispuesta por el juzgador resulta acertada y ajustada a derecho.

Voto, pues, negativamente.

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

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

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, 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 idéntica forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. El letrado, al amparo del motivo sustancial de casación -inciso 1º del art. 468 del C.P.P.-, denuncia que el fallo agravia a su asistido Jacinto Escudero pues el delito de privación ilegítima de la libertad calificada reiterada (art. 142 incs. 1 y 3 y 41 bis del C.P.) que se le atribuye, no debió ser concursado materialmente con el de lesiones graves reiteradas (art. 90). Es que –explica- las lesiones graves sufridas por las víctimas fueron resultado de la privación de la libertad y por lo tanto están comprendidas en la agravante prevista por el inciso 3º del art. 142 (un grave daño a la salud) no constituyendo un delito autónomo ni independiente. Al concursarlos materialmente –critica- se ha incurrido en una violación al principio del non bis in ídem.

Expone que se trata de un mismo hecho, pues las lesiones están relacionadas directamente con el accionar privativo de la libertad, motivo por el cual quedan absorbidas en la figura principal, y no existen las condiciones para realizar el concurso real que se endilga.

II. Atento lo decidido por esta Sala al resolver la situación de los imputados Facundo Jesús Issa y Julio Cepeda en estos mismos autos “***ALEM ROQUE RAMON y OTROS p.ss.aa. PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD***

CALIFICADA, ETC. (LINEA PRIMERA-HECHO NOMINADO PRIMERO)” (S. n° 242 del 14/9/2012), en virtud del efecto extensivo de los recursos (art. 452 del C.P.P.), el tratamiento de la presente cuestión se torna abstracto.

Así, voto.

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

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

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, 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 idéntica forma.

A LA TERCERA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. El defensor al amparo del motivo sustancial (reiterando lo planteado durante el debate), discrepa con el Sr. Fiscal de Cámara en su pedido de concursar idealmente la figura de la privación ilegítima de la libertad calificada con los delitos de coacción agravada. En tal sentido, citó la obra **NIÑO, Luis F. y MARTINEZ, Stella M.**, *Delitos contra la libertad*, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2003, donde **LANGEVIN, Julián H.**, en “Agravantes de la privación ilegal de la libertad”, ob.cit., pp.85/97, sostiene: “**2.Agravantes por el modo de comisión.2.1.Utilización de violencias o amenazas.** Las amenazas consisten en el anuncio de un mal futuro y pueden ser dirigidas al sujeto pasivo o a un tercero con injerencia para su realización,

como por ejemplo la dirigida a la madre para que entregue al hijo. El mal amenazado también puede provenir de la actividad del agente o de un tercero a instancias de aquél. **Cabe señalar que el delito de amenazas del art. 149 bis párr.1º C.P. queda absorbida por la agravante en análisis. También resulta absorbida la figura de amenazas coactivas prevista por el párrafo 2º de la norma citada, dado que el específico fin de realizar la privación de libertad, desplaza a los genéricos propósitos de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.** Se trata de una coacción con un fin singular, como es el de privar ilegalmente de libertad al sujeto pasivo” pp.86/7.

En el mismo sentido –agrega-, NUÑEZ, Ricardo C., ob.cit., pp.148/9 sostiene: “...Privación de la libertad personal. Figura simple:... actos que impidan que la persona se traslade de un lugar a otro... imponiéndole determinado desplazamiento o determinados movimientos...”.

Entiende que la conducta de coacción que se atribuye al imputado Jacinto Hipólito Escudero concursada idealmente, también debe quedar subsumida en la figura de mayor gravedad penal que es la de privación ilegítima de la libertad calificada. Máxime cuando no se da aquí el presupuesto del uso de arma de parte de este acusado, circunstancia que –explica- permitiría al agravarse la figura y elevarse la pena correspondiente a este ilícito, esta clase de concurrencia de figuras penales. Así el Dr. Ricardo C. Núñez sostiene que: “Existe un concurso ideal de delitos si el autor comete un hecho que cae bajo más de una sanción penal (art.54)... presupone que los tipos penales no se excluyen entre sí en razón de un concurso aparente de leyes penales” (ob.cit., p.309).

Suma, a favor del acusado, que ni en la plataforma fáctica como tampoco en la relación que se efectúa de este acusado con los hechos, se describe una conducta específica de coacción calificada como para que se le deba concursar idealmente, tal como se ha postulado, por ejemplo, respecto del encartado Néstor Adrián Romero. En el caso de Escudero, no tiene asidero material ninguno esta imputación, por lo que solicita le sea suprimida en su favor, para en su caso, quede únicamente la principal de privación ilegítima de la libertad calificada.

Solicita la casación de la sentencia y que se encuadre su accionar –en caso de tenerlo como interviniente en los hechos- de acuerdo con la ley y la doctrina aplicables, únicamente en el delito de privación ilegítima de la libertad calificada (art.142 incs.1° y 3°), debido a la inobservancia de la ley sustantiva al concursarse dicha figura en forma ideal con la de coacción agravada.

II. El tribunal al momento de motivar la calificación jurídica seleccionada para los comportamientos realizados por los internos sostuvo -en general- que en algunos casos hubo imputados que obligaron a las víctimas a realizar actos a los que no estaban obligados y lo hicieron bajo amenazas, por ejemplo cuando le obligaron a Montenegro a bailar, o a rogar que no lo maten; estos actos que se cometieron, durante la privación de libertad, constituyen la coacción agravada del inc. 3° del art. 149 ter., en función del último párrafo del art. 149 bis. del C. Penal, que concurre idealmente con aquella, en virtud de lo dispuesto en el art. 56 del cuerpo legal citado.

III. A los fines de dar una correcta respuesta al planteo del defensor, resulta útil cotejar los tipos penales en cuestión y recordar la diferencia existente entre concurso de tipos, concurso ideal y concurso real de delitos.

a. Respecto del delito de privación ilegítima de la libertad, la **figura básica, art. 141 del C.P.**, reprime con reclusión o prisión de seis meses a tres años al que *“ilegalmente privare a otro de su libertad personal”*.

La anulación o menoscabo de cualquier manifestación de la libertad corporal queda comprendida dentro del tipo penal y constituye el fundamento de la punibilidad; son típicos tanto los impedimentos a los movimientos como la imposición de los mismos. Objetivamente, se requiere que la privación resulte un verdadero ataque a la libertad por no mediar el consentimiento del sujeto pasivo a restringir sus movimientos y tratarse de una imposición no justificada dentro de los parámetros de las causas generales de justificación, al darse las situaciones de hecho o de derecho que condicionan su existencia o porque estando presente ellas el agente priva de la libertad de modo abusivo mas allá de la necesidad justificada o por medio de procedimientos prohibidos por la ley. Subjetivamente, es necesario el conocimiento del carácter abusivo de la privación de la libertad de la víctima por parte del agente y la voluntad de restringirla en esa calidad.

-Entre las figuras calificadas de privación ilegítima de libertad encontramos el art. 142 que en sus incisos contiene distintas razones de las agravantes (por la calidad del sujeto pasivo, por los resultados de la acción del agente y por sus motivaciones y finalidades).

En lo que aquí interesa, **el art. 142 inc. 1º** castiga con reclusión o prisión de dos a seis años al que privare a otro de su libertad personal cuando “*el hecho se cometiere con violencias o amenazas*”. Esas violencias pueden ser sobre el cuerpo de la víctima o sobre los terceros que tratan o pueden impedir el hecho, sea por una energía física o por un medio equiparado; o amenazando a cualquiera de los sujetos mencionados anunciándole un mal que puede provenir de la actividad del agente o de un tercero a instancias de aquél.

La amenaza y la violencia pueden ejercerse tanto para iniciar la privación de libertad como en cualquier etapa de la permanencia de la acción si están destinadas a mantenerla.

Fontán Balestra sostiene que el Código asigna papel de agravante a las violencias o amenazas.

La violencia consiste en el empleo de fuerza física. En cuanto a las amenazas solo parece necesario decir que deben ser de eficacia para doblegar la voluntad del sujeto pasivo en el caso concreto. Las amenazas pueden consistir en el anuncio de causar a la víctima o un tercero un mal en el cuerpo, la salud, la libertad, el honor a los bienes. El delito de amenazas del art. 149 bis queda absorbido por la figura de la privación de libertad agravada por el empleo de ese medio (Fontán Balestra, Carlos; Derecho Penal, Parte Especial, 16º Ed.; Edit, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, pag. 307)

* En relación a la coacción, esta Sala ha sostenido que es un delito contra la libertad individual, regulado en la segunda parte del art. 149 bis que integra

el Capítulo 1, Título 5 del Libro Segundo del Código Penal Argentino, que atenta contra la determinación de las personas.

La acción típica consiste en hacer uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Importa, pues, el anuncio, por parte del autor, de un daño que recaerá sobre la víctima o un tercero. La doctrina entiende que la **amenaza** debe ser *injusta*, es decir que quien la infiere no debe estar legitimado civil o penalmente para hacerla; *seria*, esto es que el daño sea de posible realización por el autor en el caso concreto o –aunque objetivamente imposible– que la víctima crea en dicha posibilidad y *grave*: el mal anunciado debe ser idóneo para alarmar o amedrentar al sujeto pasivo (ver CARRERA, Daniel Pablo y otros, “*Estudios de las figuras delictivas*”, 1994, Ed. Advocatus Córdoba, pág. 397). **La idoneidad de la amenaza depende tanto de la objetividad del daño anunciado como de las condiciones y circunstancias personales del amenazado** (cfr. NÚÑEZ, Ricardo C., “*Manual de Derecho Penal, Parte Especial*”, 2da. Edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, 1999, Marcos Lerner Editora Córdoba, pág. 169).

Se ha señalado, también, que el contenido de la imposición tiene que ser una conducta determinada; si no lo es, el ilícito sólo podría configurar el delito de amenazas. Además, **la exigencia debe resolverse en un hacer o en un omitir que sea posible para el sujeto pasivo**; cuando para él sea imposible (material o jurídicamente), la acción también deberá ser examinada como amenaza (Creus, Carlos “*Derecho Penal -Parte especial-*”, 6ta. edición, Ed. Astrea, 1999, p. 336; Céliz, Fabián R.E. “*Delitos contra la libertad*” [Niño, Luis F. - Martínez, Stella M. -Coordinadores-

], Ed. Ad-Hoc, 2003; Carranza Tagle, Horacio A. en *"Estudios de las figuras delictivas"* [Carrera, Daniel Pablo -Director-], Ed. Advocatus, 1994, p. 400).

Si bien la doctrina reconoce que no basta con el anuncio de oponer inconvenientes (cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *"Derecho Penal Parte Especial"*, 2001, Ed Rubinzal – Culzoni, pág. 248), molestias o quitar el saludo o la amistad (cfr. BUOMPADRE, Jorge E., *"Delitos contra la libertad"*, 1999, Ed. Mave Buenos Aires, pág. 132/133), **tampoco requiere que llegue a intimidar efectivamente al amenazado** (cfr. DONNA, ob. cit. pág. 248; BUOMPADRE, ob. cit. Pág. 136). Se trata, además, de un delito formal que se consuma cuando la víctima conoce la amenaza idónea sin que resulte necesario que esta proceda como el autor le exige.

Bajo tales parámetros, entonces, resulta irrelevante si las víctimas se sienten o no efectivamente intimidadas por las amenazas del imputado; lo importante es su aptitud para causar alarma o temor, capacidad de la cual no puede dudarse en los presentes hechos. Los empleados, sin duda alguna, el día de los hechos, se encontraban conmocionados y atemorizados por los internos, diluyéndose cualquier duda acerca de la idoneidad de las amenazas empleadas por los acusados para causarles temor, sumado a las condiciones y circunstancias que las rodeaban.

b. Para determinar lo vinculado con la relación existente entre los distintos tipos penales en juego, es necesario repasar el concepto y alcance de cada uno de estos institutos.

* El **concurso aparente de leyes** supone que *"...respecto a una misma situación de hecho aparecen dos o más disposiciones legales que pretenden regirla simultáneamente, siendo que, en realidad, debido a la relación que media*

entre ellas, la aplicabilidad de una determina la inaplicabilidad de las otras...” (cfr. GAVIER Ernesto R., "Concurso de leyes”, en *Enciclopedia Jurídica Omega*, t. III, Buenos Aires, p. 659). Ello es así, porque si bien la acción puede ser enjuiciada según diversos tipos penales, basta uno de tales tipos por sí sólo para agotar el pleno contenido del ilícito del hecho (cfr. MAURACH, Reinhart -GÖSSEL, Karl Heinz -ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, 1995, t. 2, p. 551; TSJ, Sala Penal, “González”, S. n° 66, 27/7/01; TSJ, Sala Penal, "Mamóndez" S. n° 72, 1/08/06; "González", S. n° 89, 25/08/06; "Caro", S. n° 115, 8/06/07).

La **consunción** es una de las formas en que se presenta el concurso aparente de leyes. En efecto, en todos los casos que abarca este supuesto la aplicación de uno de los tipos excluye la del otro de conformidad al principio *lex consumens derogat legi consumptae* (cfr. NÚÑEZ, Ricardo C., "Manual de Derecho Penal. Parte General", 4ta. Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Ed. Lerner, Córdoba, 1999, p. 150).

Asimismo, se distinguen como subclases de esta categoría concursal aquéllas que **constituyen ofensas de gravedad progresiva, las que exigen mayor perfección lesiva hacia un tipo penal y por último, las que se definen por su estructura** (cfr. NÚÑEZ, Ricardo C., ob.cit., p. 150 y BARBERÁ DE RISO, María Cristina, "Concurso de Normas. Consunción por la Estructura del Tipo", LL, 1979-C, p. 846).

En particular, **la consunción por estructura del tipo** se configura en aquellos casos en que la propia forma técnico-jurídica del tipo que se presenta bajo una forma compleja, contiene otro tipo ya sea en forma explícita o implícita. Además,

en ella existe una relación temporal entre las conductas dispuestas en los tipos penales, pues el comportamiento previsto en **el tipo consumido será realizado antes, coetánea o posteriormente del principal**, encontrándose ambos unidos por un **elemento subjetivo** que consiste, las más de las veces, en un propósito (cfr. BARBERÁ DE RISO, María Cristina, ob.cit., p. 846).

Sobre este aspecto temporal se remarca que lo importante para determinar si se da la relación de consunción entre los tipos penales involucrados es que en ninguno de los tres casos haya **solución de continuidad**, ya que si la hubiera aquéllos cobrarían autonomía (cfr. BARBERÁ DE RISO, María Cristina, ob.cit., p. 846).

SOLER señala que debemos considerar consumido por la figura principal todo aquello que, en cuanto acción (anterior o posterior) está concebido por la ley como explícitamente o implícitamente necesario; como así también aquello que dentro del sentido de una figura constituya *quod plerumque accidit* ("lo que acaece en la mayoría de los casos"). Añade el jurista que el acto posterior será impune solamente cuando con toda estrictez pueda ser considerado como tal, es decir, que sea un verdadero acto posterior y no una acción autónoma ejecutada en otra dirección, lo cual no se caracteriza solamente por el hecho de que recaiga sobre otra persona, sino por la naturaleza del nuevo hecho cometido con relación al poder "de absorción" de la figura anterior (SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino" Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, T. II, p. 185).

* El **concurso real de delitos (art. 55 del C.P.)** presupone la existencia de varios hechos independientes concurrentes, imputables a una misma persona en forma simultánea o sucesiva (TSJ, Sala Penal, "Heredia", S n° 39,

7/8/1997) y en donde las varias lesiones son causadas por varios hechos delictivos (cfr. Núñez, Ricardo C., "Las Disposiciones Generales del Código Penal", ed. Lerner, Córdoba, 1988, pág. 250 - TSJ, Sala Penal, "Balmaceda", S. n° 50, 22/09/1997; "Antonini", S. n° 140, 09/12/2005; "Mamondez", S. n° 72, 01/08/2006).

La diferencia entre los supuestos particulares de concurso aparente de leyes antes referidos y los de concurso real es que, siendo ambos casos de pluralidad de hechos, en el concurso aparente los mismos pierden jurídicamente independencia, en virtud de la relación existente entre los tipos penales, uno de los cuales desplaza el otro u otros y determina la unidad delictual de la pluralidad de hechos por él comprendidos. En cambio en el concurso real los hechos son independientes, fáctica y normativamente (arg. cfr. CARAMUTI, Carlos S., en BAIGÚN David y ZAFFARONI Eugenio Raúl, dirección, TERRAGNI Marco A., coordinación, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, 2da. Edición, Buenos Aires, 2007, p. 601/2) (TSJ; Sala Penal, "Cuevas" Sent. n° 152 del 10/06/2010).

* Por su parte, el **concurso ideal de delitos (art. 54 del C.P.)** se caracteriza por la comisión de un hecho por el autor y por la pluralidad de sanciones penales bajo las que ese hecho cae (cfr. Ricardo C. Núñez, "Manual de Derecho Penal, Parte General", 4ª Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora Córdoba, Año 1999, pág. 261). Lo que implica que *"...una unidad material (el hecho único) constituye formal o idealmente más de un delito porque cae bajo más de una sanción penal, es decir, bajo más de una sanción represiva..."* (autor y obra citados, pág. 263). No es otra cosa que *"...una cuestión de*

doble tipicidad de un hecho naturalmente único. La razón de esta doble tipicidad es que la conducta del agente, esto es, lo que ha hecho o dejado de hacer, que ya cae como tal en una sanción penal, debido a una circunstancia de modo, lugar, tiempo, etc., también cae bajo otra sanción penal.... Se trata, en fin, de situaciones, en las cuales accidentes de tiempo, modo, lugar, personas, etc., que, sin multiplicar materialmente la conducta del autor de un delito, multiplican la delictuosidad de ella...” (autor y obra citados, págs. 264 y 265).

IV.a. El defensor critica la decisión del tribunal, de concursar idealmente la figura de privación ilegítima de la libertad calificada con los delitos de coacción agravada. Afirma que la figura de amenazas coactivas prevista en el párrafo 2º, del art. 149 bis del C.P. resulta absorbida por la agravante del delito de privación ilegítima de la libertad pues el específico fin de realizar la privación de libertad, desplaza a los genéricos propósitos de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

Se trata -asegura- de una coacción con un fin singular como es el de privar ilegalmente de la libertad al sujeto pasivo.

Pretende que la coacción que se atribuye a Escudero debe quedar subsumida en la figura de mayor gravedad penal que es la de privación ilegítima de la libertad calificada. Considerando correcto que se encuadre su accionar únicamente en el delito de privación ilegítima de la libertad calificada.

Ahora bien, el tribunal al motivar la calificación jurídica seleccionada para definir los comportamientos desplegados por Escudero optó por

concurrir idealmente ambos tipos penales afirmando que obligaron a las víctimas a realizar actos a los que no estaban obligados y lo hicieron bajo amenazas.

La postura del quejoso no asume que el uso del medio intimidatorio al que refiere el a quo, no es el requerido para privar de la libertad a las víctimas, sea para iniciar dicha privación o destinado a mantenerla (supuesto previsto en el primer inciso del art. 142 del C.P.). Es que, se trata de una coacción posterior, esto es, una vez alcanzado el propósito de impedir el libre desplazamiento de los empleados penitenciarios, cuando éstos ya estaban impedidos de su libertad ambulatoria, se utilizaron amenazas con el propósito de conseguir o evitar de ellos otras conductas o comportamientos, intentando así conseguir (tanto Escudero, como sus compañeros) que no les dispararan, evitando mayores peligros para su vida; “los utilizaban para negociar” –dijo Figueroa-.

Obligaron a Corzo a hablar por celular con “los de afuera” para que dejaran de disparar, amenazando, de lo contrario, con matar a todos. Los rehenes coincidieron en señalar que constantemente los atemorizaban con matarlos, les ordenaban que no hicieran nada y advertían que si entraba gendarmería o la policía los usarían de escudos humanos.

En síntesis, las amenazas utilizadas por los internos contra los empleados en modo alguno pueden quedar contenidas dentro de la privación de libertad agravada –como pretende el defensor-; es que, como se anticipó no fueron utilizadas para impedir la libre locomoción de los empleados, sino que, ya logrado dicho objetivo, y existiendo solución de continuidad, emplearon amenazas con el

propósito de obligarlos a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Esas amenazas cobraron así autonomía, no resultando un comportamiento único.

b. Ahora bien, al advertir que yerra el tribunal de juicio al considerar que se trata de un concurso ideal de conductas, corresponde a la Sala **completar el análisis de corrección jurídica** de la calificación dada por el sentenciante al hecho bajo examen, poniendo debida atención a la doble limitación que deriva de la incolumidad de los hechos fijados por el *a quo* en la sentencia de mérito, y la prohibición de la *reformatio in peius* (arts. 456 y 479 CPP; TSJ, Sala Penal, S. n° 106, 8/9/99, “Ferrer c/ Novillo Corvalán”; S. n° 18, 26/5/72, “Paredes”; S. n° 88, 1/7/99, “Fernández”; S. n° 43, 6/6/00, "Chiapessone"; S. n° 46, 12/6/00, "Ricardi"; S. n° 111, 21/12/00, "Barbaresi"; entre otros; Cfr. NUÑEZ, Ricardo C., "*Código Procesal Penal*", Lerner, Córdoba, 1986, pág. 484, nota 2; BARBERA DE RISO, María Cristina, "*Manual de Casación Penal*", Advocatus, Córdoba, 1997, págs. 23, 26 y 27).

No estamos frente a un hecho único que cae bajo mas de una sanción penal (concurso ideal) sino, frente a dos conductas independientes fáctica y normativamente (privación ilegal de la libertad agravada y coacción agravada), resultando en consecuencia correcto considerar que se trata de un concurso real de delitos.

En síntesis, la relación entre ambas figuras no se trata de un concurso aparente de normas como intenta el defensor, ni constituye un concurso ideal de delitos como lo calificó el tribunal. Lo correcto es considerar que nos encontramos frente a dos conductas independientes que dan lugar a un concurso real de delitos (art.

55 del C.P.). Corrección jurídica que en modo alguno puede perjudicar la situación del imputado.

Así voto

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

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

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, 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 idéntica forma.

A LA CUARTA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. El defensor al amparo del motivo formal de casación denuncia que la sentencia adolece de nulidad absoluta, ya que al tratarse **la cuestión de la mensuración de la pena**, el Tribunal de Juicio ha realizado la individualización de la misma sin tener en cuenta que a su defendido Jacinto Hipólito Escudero de los veinte ilícitos de privaciones de la libertad que lo acusaba el Auto de Elevación a Juicio aumentados a treinta y tres hechos de privación ilegítima de la libertad calificada más los veintiséis de lesiones graves en concurso real y coacción agravada en concurso ideal en el alegato final del Sr. Fiscal de Cámara, por los que solicitó la pena de siete años de prisión, sólo se le endilgó participación en diez ilícitos de privaciones de la libertad y ocho de lesiones graves en concurso real con coacción agravada en concurso

ideal-aunque sin referencia al hecho respectivo-, no obstante lo cual se le impuso una pena similar, la de cinco años de prisión.

Igualmente -continúa-, luce contradictoria y violatoria del principio de la igualdad ante la ley, que en relación con otros inculpados en los mismos hechos que a este imputado se le haya asignado una pena mayor, siendo que la participación de este reo esta notoriamente disminuida al lado de aquellos – concretamente los acusados Julio Luna y Cano-. Asimismo por su conducta y personalidad humanitaria, sin exhibir ni amenazar con arma jamás empuñó ninguna, ya sea blanca o de fuego, un palo o elemento utilizado como arma impropia. Tampoco se cubrió su rostro ni agredió guardia alguno, sin estar fotografiado ni filmado por no haber estado jamás en los techos ni en los sectores donde se desarrollaron los hechos observados públicamente, a la par de haber registrado un trato humanitario rescatando incluso a empleados de hechos de gravedad en su contra. Asimismo, su defendido tenía asignada conducta ejemplar 10 y el trabajo que desarrollaba era el de fajinero, que incluso lo siguió desempeñando luego del motín cuando regresó al Pabellón 12. Su comportamiento no fue casual ya que tampoco consumió sustancias tóxicas algunas, no registrando nunca un estado de drogadicción. Debiendo tenerse presente también que este imputado estaba a meses de cumplir su condena de once años y seis meses de prisión, por el delito de Robo Calificado reiterado, impuesta por la Cámara Quinta del Crimen de esta Ciudad, que venció en forma total efectivamente el día 15 de septiembre de 2005, por lo que lejos pudo estar en su ánimo de participar activamente en este motín, aunque más no fuera por interés en no verse perjudicado en su pronta libertad.

Finalmente, **tampoco intervino en negociaciones donde estuvieron de por medio rehenes ni en mediaciones** en las que estuviera en juego la privación de la libertad de aquellos, y tampoco pudo aseverarse, a contrario de lo expresado por el Tribunal de Sentencia, que se hubiera desplazado por dependencias del Establecimiento Penitenciario en crisis junto con otros jefes del levantamiento, ya que esta es una afirmación genérica sin prueba que la fundamente, debiendo encasillarse por ello a ésta dentro de las que se denomina “globales” por su indeterminación.

Reprocha que se han violentado los principios de culpabilidad, proporcionalidad, razonabilidad de las penas a imponer e igualdad ante la ley, con incumplimiento de la obligación impuesta por el inc. 4º del 413 del C.P.P., afectándose así el debido proceso (CPP, art.468 inc.2º en función del 185, inc.3º y 186; CN, arts.18 y 19; CSJN, Fallos: 271:297; 274:487; 302:1123; art. 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos).

Enseña que la pertinencia de la revisión del estándar atacado de la mensuración de la pena se basa en lo resuelto por el Excmo. T.S.J. Sala Penal, Cba., Sentencia Nº 31, 10 de marzo del 2008, autos "SUÁREZ, Pedro Tomás p.s.a. homicidio agravado por el 41 bis, etc. -Recurso de Casación-" (Expte. "S", 55/2005), donde se expresa que: "...En esta evolución jurisprudencial tuvo influencia el llamado “derecho al recurso” contemplado en los tratados constitucionalizados, que -si bien con diferentes giros- se refieren claramente a la legitimación del imputado; a saber: el “inculcado de delito” tiene el derecho de *“recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior”* (CADH, 8, 2, h); o bien se alude al **“declarado culpable”, quien tendrá**

derecho a que el fallo condenatorio y la pena “*sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley*” (PIDCyP, 14, 5). Entonces, sólo el imputado puede acceder al estándar de revisión judicial más amplio a través del recurso de casación...”.

Así, en el auto de elevación a juicio original al imputado JACINTO HIPOLITO ESCUDERO, se le atribuyó la coautoría responsable del delito de Privación Ilegítima de la libertad reiterada calificada agravada por los siguientes damnificados: Gómez, Dávila Jorge, Márquez, Bazán, Salguero, Albarracín, Di Pauli, Besserer, Rodríguez, Salas, Guzmán, Guevara, Dávila Gabriel, Figueroa, Aguirre, Juárez, Cuello, Corso, Combina y Aballay Oscar (20 hechos).

A su vez el **Sr. Fiscal de Cámara, al momento de su alegato final, lo hizo para este y los demás acusados, por la cantidad de treinta y tres (33) hechos de privaciones más veintiséis (26) lesiones graves y coacción agravada en concurso ideal y la pena que solicitó en su caso fue la de siete años de prisión.**

El Tribunal de Juicio en la Sentencia de marras estableció su participación en sólo diez hechos en perjuicio de los empleados Cuello, Bazán, Jorge Dávila, Gabriel Dávila, Aballay, Figueroa, Gómez, Rodríguez, Márquez y Combina, pero al mensurar la pena a imponer estimó justa una muy similar a la propuesta por el Sr. Fiscal de Cámara, la de **cinco años de prisión**. De allí –explica- la afectación de los principios aludidos ya que surge una diferencia abismal entre la cantidad de hechos por los que venía acusado que fue aumentada incluso por el Sr. Fiscal de Cámara y los sólo diez que efectivamente se dieron por acreditados en su contra. Siendo que la pena adjudicada por el Tribunal de Juicio es similar a la instada

por el Sr. Fiscal de Cámara y no sufrió la rebaja proporcional y razonable en función de los ilícitos que da por acreditados el Tribunal respecto de este imputado Escudero.

Observa que el mismo fallo recurrido expresa: "...los dos aspectos esenciales que plantea la problemática del delito: "pena" y "culpabilidad", advirtiéndose la necesidad de que exista una relación de proporción entre las dos. Si esto es así, **la pena no puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad**, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada (Cfr. Eduardo Demetrio Crespo en "Revista de Derecho Penal 2007/2, de Donna, Editorial Rubinzal Culzone, pág. 204). Como se puede advertir la tarea de la individualización de la pena es quizás la más ardua y la que más dificultades y dudas plantea a los jueces, porque en realidad no se trata de cuantificar la cantidad de bienes jurídicos de los que hay que privar al penado, sino de establecer cuál será el tratamiento resocializador al que debe someterse, a la vez que la magnitud de la privación que deberá soportar, para lo que **se hace necesario establecer cuál es la medida de la culpabilidad**. En nuestro sistema penal no se puede establecer en abstracto, sino en concreto y obviamente ella estará dada por lo que el autor hizo en la realidad, ya sea por acción o por omisión. En consecuencia "no puede haber culpabilidad sin reproche personal e individualizado. Este reproche es y debe ser el límite infranqueable y condicionante de la calidad y cantidad de la punición (Buteler, José en "Cuadernos de Derecho Penal de la U.N.C., año 2004, pág. 151)...".

Precisa que el reproche a la Sentencia del Tribunal de Juicio, es que no ha tenido en cuenta que la medida de la culpabilidad de Escudero está dada por

los hechos que se le atribuyen y que es en función de ello que debió mensurarse la pena.

Máxime que según la Exma. Cámara: "...En relación a este caso, cabe apuntar que **si el Estado no pudo cumplir con las obligaciones que le impone la Constitución** Nacional y la Constitución Provincial respecto a las condiciones de las cárceles, aún por circunstancias explicables, deberá ello tenerse en cuenta en el juicio de reproche, cuando esa falencia haya debilitado la capacidad de actuar conforme a las exigencias del Derecho, para así morigerar el castigo...".

Afirma que en el juicio oral se demostró que el Estado fue responsable en primer término de los acontecimientos que ocurrieran durante este hecho; que sin el accionar negligente, imprudente y sin cumplir las diligencias mínimas de sus obligaciones de parte de los funcionarios penitenciarios a cargo del establecimiento, hubiera sido imposible que se desarrollaran los hechos tal como fueron.

Así se acreditó esta responsabilidad del personal penitenciario porque el desorden y rencilla interna entre los Pabellones 6 y 5, era de su conocimiento y no implementaron las medidas para su neutralización regular (ver Adrián Mateo Sánchez, fs.127/130, Srio. Admin.; Alberto Martín Cuello: “**recargado** por los problemas entre los Pabellones 5 y 6, era obvio que estaba por haber quilombo porque tenían broncas con todos –los del Pab. 5- y **los jefes lo sabían** bien... personalmente **fui a verlo a Salas** para decirle que ya no se podía seguir dándole puerta a los choros... era un peligro, pero **nunca me dio bola**”, fs. 523 vta.; Figueroa, Claudio A.: “**Las autoridades conocían la problemática entre los pabellones** solamente recargaron al

personal todos estos sucesos se podrían haber evitado”, Srio. Admin., fs.53/55). Por ello, desatado el desorden con la intención de los internos de resolver por sus propios medios estos diferendos no encauzados previamente, se produce el motín merced a la represión desatada en momentos de la visita general del Primer Centro, y porque desde la madrugada ya se había provocado el ánimo de los internos con un cambio intempestivo en ese mismo punto neurálgico de sus intereses: el de las visitas (ver testimonio de Alberto Martín Cuello (fs. 523, 1289) quien expresa: “...los presos también dejaron que salieran saltando por arriba de la puerta..., nos dejaron romper la tela de alambre y no hubo problemas, pero el director ordenó que se siguiera reprimiendo y ahí se empezó a escuchar que el primer centro se sumaba al motín..., el tema de los disparos ahí adentro fue el tercer detonante para que todo reventara y era sabido que iba a pasar, el primer centro tenía visitas y no se iban a quedar tranquilos escuchando tiros adentro del penal..., el primero fue que la noche anterior nuestra guardia recibió la orden de panfletear todo el penal con el nuevo régimen de visitas y las visitas para los presos es sagrada así es que ese día cuando los choros se levantaron y leyeron se generó un malestar en toda la cárcel...”. Allí estuvo el origen inmediato y primero de los hechos del motín. Asimismo el otro grave incumplimiento con sus obligaciones de parte del servicio penitenciario que implicó un accionar gravemente imprudente más importante que una defección, estuvo constituido por cuanto, una vez comenzado realmente el motín, las autoridades penitenciarias **no procedieron a retirar en forma oportuna el armamento** que quedó disponible en el Taller de la Armería Central y en los Puestos de Altura N° 8 y 10 al ser abandonado (ver las declaraciones del comisionado Calderón, a fs. 120 vta.; José Angel Guevara,

fs. 72/4, Srio. Admin.; Dante Sebastián Masoni, fs. 230/1, *ibid*; Adrián Ernesto González, fs. 233/34, *ibid*, e informe, fs. 34, *ibid*). Sin estas armas de guerra y cartuchos de plomo dejados a merced de los internos no hubiera ocurrido la tragedia desencadenada.

Advierte que solicitó se remitieran los antecedentes respectivos al Sr. Fiscal de Instrucción de turno para que se investiguen la responsabilidades que les puedan caber por su actuación en estos hechos a los siguientes funcionarios: Sr. Ministro de Seguridad de la Provincia de Córdoba; Directora del S.P.C. Lic. Lucientes de Funes; Director de Seguridad Máximo Bazán; Sub Director de Seguridad Sergio Barrera; Director del Establecimiento Penal de B° San Martín de esta ciudad Daniel Emilio Corso y respecto del Jefe de la Guardia Interna de aquel establecimiento, Mario Salas, por incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos (art.152 C.P.P.).

En este contexto -resume- se verificaron responsabilidades compartidas y concurrentes entre la de los funcionarios penitenciarios, primeras y principales y causalmente relacionadas con la ocurrencia de los hechos, y que incluso facilitaron el agravamiento de los sucesos y las que se atribuyen a los imputados. De allí, que se registra cierta analogía en favor de los imputados a lo que en el ámbito de los delitos culposos se aplica como culpa concurrente: "cuando tanto la víctima como el victimario han contribuido a producir el suceso y corresponde determinar el grado de culpabilidad de cada uno" (ver MARCO DEL PONT, Luis y BOTTA BERNAHUS, Hernán, *Delitos de tránsito*, Ed. Advocatus, Cba., 1992, pp.49/50; "Bella, Omar Antonio p.s.a. homicidio culposo, Juzgado Correccional 2°, Secret.

Zalazar, 23-6-89; MANIGOT, Marcelo, Manual práctico para delitos y faltas de automotores, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., p.15.).

En estos hechos el estado no sólo que no previno sino que incluso provocó el estallido del motín a través del accionar imprudente y negligente de sus autoridades específicas. Incluso, una vez desatado el mismo coadyuvó a su agravamiento sobre todo al momento de dejar a disposición de los internos armas de grueso calibre.

Transcribe que el Tribunal de Sentencia estableció para situaciones como las del imputado Jacinto Hipólito Escudero, que: “...Por otro lado están **aquellos acusados a quienes se les atribuyen los delitos de Privación ilegítima de libertad, en concurso real con lesiones graves y en concurso ideal con coacción agravada** (del art. 149 ter. Inc. 1º, en función del 2º párrafo del 149 bis del C.P.). En estos casos **y por aplicación de las reglas del concurso ideal (art. 56 C.P.), el mínimo de la escala estará conformado con una pena de 3 años de prisión y el máximo con la suma de todas las penas**, sin que tenga influencia la pena establecida para la coacción; ello en virtud de lo dispuesto por el art. citado y el 55 del mismo cuerpo legal. En consecuencia, si a un acusado se le atribuye solo un hecho de privación de libertad, mas uno de coacción, mas uno de lesiones graves, **el mínimo estará conformado por 3 años y el máximo por 12 años de prisión**. Al igual que en la hipótesis anterior, **esta escala máxima irá aumentando de 6 años en 6, a medida que se sume una privación de libertad o una lesión grave, hasta conformar máximos que superan los 50 años**, sin perjuicio de que se pueda considerar inconstitucional esta posición, lo que no viene al caso discutir -deviene abstracto-

porque **no hay pena en concreto que supere los 25 años, ya que las más gravosas de las impuestas son sensiblemente menores.**

Si bien los delitos cometidos son en extremo graves –acepta-, porque se atenta -ilegalmente- contra uno de los derechos más preciados del ser humano, las penas se disminuyen sensiblemente, porque para **la medida de la culpabilidad no hay que perder de vista la defección del Estado y las condiciones de marginalidad y de desigualdad de oportunidades de muchos de ellos....** 15-En relación a **JACINTO HIPÓLITO ESCUDERO**, se ha tenido en cuenta que se le atribuyen todos los rehenes que estaban en el pabellón 10, en un total de 11, encontrándose además armado y amenazando a los mismos que iban a ser escudos si entraba el Eter. A favor se computa que no los agredió físicamente y colaboró en la entrega, por lo que se estima justo **imponer la pena de 5 años de prisión...**”.

La escala penal conformada para cada hecho de los que se le atribuyen al imputado Escudero, parte de un mínimo de tres años como señala el Tribunal de Juicio (arts.54 y 55 C.P.) y un máximo que tendrá que meritarse por la culpabilidad efectivamente atribuida.

Reitera que según el alegato del Sr. Fiscal de Cámara, en relación con todos los internos, solicitó que fueran **“declarados co-autores de Privación Ilegítima de la Libertad Calificada Reiterada (33 Hechos) y Lesiones Graves Reiteradas (26 hechos) en Concurso Real y Coacción Agravada en Concurso Ideal”** (ver acta de debate del día 11-02-2008). Y en base a esta asignación de responsabilidad por esa cantidad de ilícitos en su contra solicitó **para Jacinto Hipólito Escudero la pena de siete años de prisión**(negritas y subrayados del defensor).

Objeta, si tomamos en cuenta los hechos que en definitiva según la Sentencia atacada se endilgan a este encartado, se reducen ostensible y significativamente la cantidad de ellos a más del sesenta por ciento, y no obstante, no ocurrió lo propio en cuanto a la mensuración de la pena que le correspondía de acuerdo a esta muy diferente asignación de responsabilidad.

A su turno, el Tribunal de Sentencia expresa: "...como **no se puede, por limitaciones de la acusación originaria, endilgarles a todos, todas las privaciones de libertad, las atribuciones serán específicas y en consecuencia responderán por los delitos cometidos en cada caso.** Así quien mantuvo contacto con tres rehenes, responderá por tres hechos de privación; quien obligó compulsivamente a un empleado a hacer algo a lo que no estaba obligado responderá por un hecho de coacción y con relación a la causación de las lesiones psíquicas de carácter grave, la responsabilidad también será individual. **Salvo en los casos en que se atribuya coacción, en los demás corresponde la aplicación del art. 41 bis...**" (negritas de la defensa) .

Coincidiendo con dicho planteo -concluye- en el caso del imputado Jacinto Hipólito Escudero, habiendo sido acusado con participación responsable en sólo diez de los veinte que le atribuía el Auto de Elevación a Juicio y los treinta y tres hechos que se le adjudicaron en el pedido del Sr. Fiscal de Cámara, debe reducirse la pena sustancialmente en aplicación de los principios de la proporcionalidad, razonabilidad e igualdad ante la ley, caso contrario se estarían vulnerando estas garantías constitucionales y procesales en su contra.

Es lo que autoriza la jurisprudencia actual sobre el contralor de la arbitrariedad en cuanto al monto de la pena impuesta, por lo que es factible considerar incurso a esta Sentencia en este vicio y por ende es posible casar la misma y disponer la morigeración de la misma.

Agrega que igualmente, luce contradictoria y violatoria del principio de la igualdad ante la ley, que en relación con otros inculpados en los mismos hechos a Escudero se le haya asignado una pena mayor, siendo que la participación de este reo esta notoriamente disminuida al lado de aquellos – concretamente los acusados Julio Luna y Cano- (CPP, art. 468 inc. 2° en función del 185, inc. 3° y 186; art. 18 CN).

Suma a ello, la conducta y personalidad humanitaria de Escudero, quien no exhibió arma ninguna a contrario de lo sostenido en la Sentencia, nunca se cubrió su rostro ni esta fotografiado ni filmado en momento alguno por no haber estado en los sectores de los techos y los paredones donde se registraron públicamente los movimientos de los internos, a la par de haber registrado un trato humanitario. Este interno, asimismo, no colaboró para que otros llevaran al techo a empleados penitenciarios, ni dejó que sacaran empleados del Pabellón donde el mismo estaba asignado desde antes del motín y donde correspondía que estuviera, el Pabellón 12. Asimismo, debe tenerse muy presente al momento de meritarse la pena en su contra, su actitud respecto del **empleado Edgardo Di Pauli a** quien este imputado lo rescató de un hecho grave, cuando el damnificado afirma en la audiencia y antes (fs.1246vta./7) que Jacinto lo saca de manos de sus abusadores sexuales.

Defiende el interés que le asiste a su defendido en la declaración de nulidad de la sentencia desde que el monto de la pena impuesta no guarda proporción con los ilícitos de los que fuera declarado finalmente responsable. Y así, en la hipótesis que se case esta Sentencia, resultaría beneficiado con una rebaja de su pena al aplicársele la misma en función de los hechos realmente atribuidos que son sustancialmente menores en más de un cincuenta por ciento respecto de la acusación del Auto de Elevación a Juicio, y en menos del setenta por ciento en relación con los que el Sr. Fiscal de Cámara le endilgara y por la cual le solicitara una pena muy similar a la impuesta por el Tribunal de Juicio.

II. Considerando el agravio del defensor es necesario recordar que esta Sala ha sostenido que la facultad discrecional de fijar la pena sólo resulta revisable en casación en supuestos de arbitrariedad (TSJ, Sala Penal, S. n° 14, 07/07/1988, "Gutiérrez"; S. n° 4, 28/03/1990, "Ullua"; S. n° 69, 17/11/1997, "Farías"; A. n° 93, 27/4/1998, "Salomón"; S. n° 141, 2/11/2006, entre otras). Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de **falta de motivación** de la sentencia, de **motivación ilegítima** o de **motivación omisiva** (TSJ, Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/05/1999; "Esteban", S. n° 119, 14/10/1999; "Lanza Castelli", A. n° 346, 21/09/1999; "Tarditti", A. n° 362, 06/10/1999, entre otros).

La revisión casatoria se extiende también al monto de la pena cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado con la magnitud del injusto y de la culpabilidad si se aprecia como incongruente conforme a las circunstancias seleccionadas (tal como ocurre cuando se impone una pena superior al mínimo y sólo

se mencionan circunstancias atenuantes) (TSJ, Sala Penal, “Ceballos”, S. n° 77, 7/06/1999, “Robledo de Correa”, S n° 33, 7/05/2003, “Aguirre”, S n° 59, 28/06/2005).

Asimismo, el ejercicio de estas facultades discrecionales se encuentra condicionado sólo a que **la prudencia pueda ser objetivamente verificable**, y que **la conclusión que se estime como razonable no aparezca absurdo** respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades (TSJ, Sala Penal, "Villacorta", S. n° 3, 11/2/2000; “López”, S. n° 141, 2/11/2006).

Del mismo modo, es opinión de esta Sala que la **omisión de valorar circunstancias fácticas sólo nulifica el decisorio si reviste valor decisivo** (TSJ, Sala Penal, “Mansilla”, A. n° 45, 5/7/1985; “Gudiño”, A. n° 47, 28/5/1996; “Messori”, A. n° 224, 16/6/99; “Grosso”, S. n° 215, 31/08/07, entre muchos otros) **y pone en evidencia la arbitrariedad del monto de la pena impuesta** (TSJ, Sala Penal, "Lescano", A. n° 251, 21/7/1999; "Sosa" A. n° 95, 16/3/2001; "Medina Allende", S. n° 12, 8/4/1997; “Grosso”, S. n° 215, 31/08/07, “Palacio”, S. n° 35, 04/03/2011 entre muchos otros).

III. Tal como señala el defensor, el tribunal de juicio al determinar los ilícitos que realmente corresponde atribuir al acusado Escudero, descartó la mitad de los fijados en la acusación originaria en su contra, y mas del 60 % de los que pretendía imputarle el fiscal de cámara en su alegato final.

En efecto, el sentenciante tiene por acreditados 10 hechos de privación ilegítima de la libertad agravada en concurso ideal con el delito de coacción agravada, sin embargo, y ello agravia a la defensa, la reducción de su pena no se

compadece, ni es proporcional a la condena solicitada por el fiscal de Cámara (7 años), frente a la cantidad de ilícitos que le atribuía (33 hechos de privación ilegítima de la libertad calificada y 26 hechos de lesiones graves).

Sin embargo, ponderando que la escala penal dentro de la cual el tribunal debía moverse para fijar la condena de Escudero, que parte de un mínimo de 3 años y tiene un máximo de 50 años (misma escala penal utilizada por el Sr. Fiscal de Cámara) y la pena concreta impuesta de cinco años de prisión, se encuentra muy cercana al tope inferior de la misma y muy alejada del máximo de la escala; y además se valoraron agravantes en su contra, tales como atribuirle todos los rehenes que estaban en el pabellón 10, que se encontraba armado y que amenazaba a las víctimas con utilizarlos como escudos humanos si entraba el Eter, en modo alguno la individualización luce absurda o arbitraria; ni se advierte lesión a los principios de culpabilidad, proporcionalidad e igualdad, razones por las que el agravio luce indemostrado.

Además, recordemos que el monto de la pena impuesta a Escudero por el tribunal de juicio ha sido modificado por esta Sala, con una rebaja de un año, al resolver modificar la calificación de los 8 hechos de lesiones graves que se le atribuían en concurso real con los sucesos de privación ilegítima de la libertad calificada, siendo éste último encuadre legal el razonable, por el efecto extensivo de los recursos (art. 455 del C.P.P.).

Así voto

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

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

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, 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 idéntica forma.

A LA QUINTA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el asesor letrado penal del 22° Turno, Dr. Esteban Rafael Ortiz, en favor del imputado Jacinto Hipólito Escudero.

II. Declarar abstracto el tratamiento de la segunda cuestión.

III. Con costas (CPP, 550/551).

así voto.

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

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

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, 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 idéntica forma.

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

RESUELVE: **I.** Rechazar el recurso de casación interpuesto por el asesor letrado penal del 22° Turno, Dr. Esteban Rafael Ortiz, en favor del imputado Jacinto Hipólito Escudero.

II. Declarar abstracto el tratamiento de la segunda cuestión.

III. Con costas (CPP, 550/551).

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