

REGISTRO Nro: 15.939 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de noviembre del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo Hornos como Presidente y el doctor Mariano Hernán Borinsky como Vicepresidente, asistidos por la Prosecretaria de Cámara, doctora Jesica Yael Sircovich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 2/15 vta. en la presente causa Nro. 14.199 del Registro de esta Sala, caratulada "**MENÉNDEZ, Luciano Benjamín; BUSSI, Antonio Domingo s/recurso de casación**", con la intervención del señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Javier De Luca y la señora Defensora Pública Oficial, doctora Mariana Grasso, asistiendo a Luciano B. Menéndez y Antonio Domingo Bussi; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la ciudad de Tucumán, en el marco del expediente Nro. V-03/08 de su Registro, resolvió, por mayoría, con fecha 3 de mayo de 2011: "*I) **DISPONER** que el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en autos a los condenados **LUCIANO BENJAMÍN MENÉNDEZ** y **ANTONIO DOMINGO BUSSI** se cumpla bajo la modalidad de prisión domiciliaria, conforme se considera (artículo 10 del Código Penal y artículos 32 y 33 de la ley 24.660) [...] III) **DECLARAR** la inconstitucionalidad del inciso 4 del artículo 19 del Código Penal en relación al presente caso, conforme se considera (artículos 14, 14 bis, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional, y en el marco del artículo 75 inciso 22 del citado texto constitucional, artículos 5 de la Declaración*

Universal de Derechos Humanos -D.U.D.H-, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -P.I.D.C.P- y 5 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos -C.A.D.H.-)” (cfr. fs. 16/25).

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 2/15 vta.), el que fue concedido a fs. 26/27 por el tribunal *a quo*.

III. Que el recurrente encauzó sus agravios en los términos del inc. 1 y 2 del art. 456 del C.P.P.N. e impugnó tanto la prisión domiciliaria dispuesta por el tribunal como la declaración de inconstitucionalidad del inciso 4 del art. 19 del Código Penal.

Al tiempo de fundar su recurso, afirmó, en lo que respecta a la prisión domiciliaria, que la decisión del tribunal *a quo* resulta arbitraria por falta de motivación, en tanto al tiempo de resolver la cuestión sólo se limitó a constatar la edad y las afecciones de salud que registran los imputados, desatendiendo en la tarea evaluar el peligro de fuga que comporta una morigeración del cumplimiento de la pena a prisión perpetua impuesta a los imputados.

Máxime cuando, como en el caso de autos, los inculpados fueron condenados por delitos caracterizados como de lesa humanidad, habiéndose acreditado en el juicio que tanto Bussi como Menéndez ocuparon una posición de privilegio en la cadena de mando del aparato represivo estatal utilizado al efecto, lo que torna de aplicación al *sub lite* el criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de los precedentes “Pereyra” y “Clements” ante la actividad remanente de aquella estructura.

En dicha inteligencia, citó doctrina y jurisprudencia que acompaña la posición que sostiene que la concesión de la prisión

domiciliaria no es de aplicación automática. Agregó, luego de efectuar un amplio análisis sobre el fundamento de la pena como respuesta punitiva, que la prisión domiciliaria a condenados por delitos de lesa humanidad resulta una paradoja que comporta un sin sentido.

Por otra parte, en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del inciso 4 del art. 19 del C.P. consideró, de adverso a cuanto sostiene el colegiado de la instancia anterior, que no puede confundirse la inhabilitación absoluta con la muerte civil del reo, en tanto la norma en cuestión representa una protección a los condenados, razonamiento que se sigue a partir de la última parte del art. 12 del C.P. que establece que el penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil.

Por ende, concluyó que se verifica en la especie una errónea aplicación de la ley sustantiva que tiene como base una visión parcial del ordenamiento jurídico en su conjunto. Precisó, a su vez, que si bien se encuentra discutida la naturaleza jurídica de la inhabilitación establecida por los artículos 12 y 19 del C.P., lo cierto es que el tribunal *a quo*, a través de su resolución, quedó a mitad de camino al haber declarado la inconstitucionalidad del art. 19 sin profundizar el estudio del art. 12 del mismo cuerpo legal y, en tal sentido, debe reconocerse que la inhabilitación absoluta constituye una incapacidad de hecho relativa y, por tanto, la norma declarada inconstitucional constituye una protección al interno condenado.

Finalmente, indicó que la norma declarada inconstitucional no desconoce el derecho al cobro de haberes jubilatorios del condenado sino, únicamente, impide que aquél sea percibido directamente por el interno, mas no por los familiares que tienen derecho a pensión, tal como se verifica en el *sub lite*, razón que torna meramente dogmática la inconstitucionalidad

resuelta en autos.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que habiéndose celebrado la audiencia de debate prevista en el art. 465 bis, en función del art. 454 y 455 del C.P.P.N. (texto según Ley 26.374), de la que se dejó constancia en autos, se presentó el Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier De Luca, quien mantuvo el recurso y amplió fundamentos. En la misma oportunidad, se presentó la Defensa Pública Oficial que asiste a los imputados y solicitó que se rechace el recurso de casación.

El señor juez Mariano Hernán Borinsky dijo:

I. Que el recurso intentado resulta formalmente admisible, pues además de encontrar previsión legal en el art. 491 del C.P.P.N. por tratarse de una resolución dictada en el marco de la etapa de ejecución, a partir de los agravios planteados por el recurrente, el caso traído a revisión constituye un supuesto de gravedad institucional que habilita la jurisdicción de esta Cámara Federal de Casación Penal como órgano intermedio (Fallos: 328:1108), pues se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino de garantizar el efectivo cumplimiento de la pena impuesta a las personas penalmente responsables de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la última dictadura militar.

Ello es así, en tanto la responsabilidad internacional del Estado argentino no se agota con la obligación de investigar y juzgar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad ocurridos en el país en el período histórico que relevan las presentes actuaciones, sino que se extiende también en el deber de sancionar a sus responsables, tal como surge de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Barrios Altos” (sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75) y

“Almonacid” (sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N°154), receptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Simón” (Fallos: 328:2056) y “Mazzeo” (Fallos: 330:3248).

II. Superado el juicio de admisibilidad formal, el recurso de casación presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal tendrá acogida favorable.

Al revisar el auto impugnado, se advierte que los magistrados de la instancia anterior que alcanzaron la mayoría para disponer el arresto domiciliario de Luciano Benjamín Menéndez y Antonio Domingo Bussi, evaluaron la edad de los causantes al momento de dictarse la resolución impugnada -83 y 85 años respectivamente- y las afecciones de salud que registran. La disidencia, por su parte, consideró que los inculpados debían cumplir la pena de prisión perpetua impuesta en el principal bajo la órbita del Servicio Penitenciario Federal, valorando a tal efecto, que los hechos por los cuales fueron condenados Menéndez y Bussi se enmarcan en el “plan sistemático de exterminio” dirigido a lograr la impunidad.

De lo dicho, se sigue que los magistrados que alcanzaron la mayoría para conceder la prisión domiciliaria a Menéndez y Bussi, no han dado tratamiento a los motivos que llevaron al acusador público a oponerse a la concesión del arresto domiciliario ante el incremento del riesgo de fuga que comporta la condena firme a prisión perpetua que les fue impuesta a los inculpados en la presente causa.

Esta circunstancia cobra especial relevancia cuando, para ello, el Ministerio Público Fiscal observa en su recurso los estándares definidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -por remisión al Sr. Procurador ante la Corte- para evaluar riesgos procesales en causas donde

se investigan y juzgan delitos de lesa humanidad (cfr. causa “Vigo, Alberto Gabriel” -V.621. XLV- cuyos fundamentos fueron compartidos, en lo pertinente, por la C.S.J.N el 14/9/2010; en similar sentido, C.S.J.N “Pereyra” P.666 -XLV-, del 13/11/2010; “Binotti” B.394 -XLV- del 14/12/10; “Clements” C.412 -XLV- del 14/12/10; “Altamira” A.495 -XLV- del 14/12/10, entre otros).

Y si bien los precedentes de cita resultan antecedentes en los que estaba en juego la libertad de los imputados (excarcelación), ello no empece a que de ellos surjan pautas que deban ser evaluadas al tiempo de analizar riesgos procesales para decidir cuestiones como las que se ventilan en la especie, donde la concesión del arresto domiciliario comporta, objetivamente, un aumento en el riesgo de fuga en casos donde los imputados fueron condenados a prisión perpetua.

Máxime cuando, el especial deber de cuidado que deben observar los jueces al momento de evaluar riesgos procesales a partir de la modalidad de comisión de los hechos por los que fueron condenados Menéndez y Bussi, fue reafirmado recientemente por nuestro Alto Tribunal en casos posteriores al apuntado por el Fiscal General en su recurso (Dictamen del Sr. Procurador ante la Corte en causa O.83 XLVI, “Otero Eduardo Aroldo s/causa 12.003”, cuyos fundamentos fueron compartidos, en lo pertinente, por nuestro Alto Tribunal el 01/11/2011; en igual sentido, causa D.174 XLVI, “Daer, Juan de Dios s/causa 11.874”, del 01/11/2011).

No puede soslayarse, a su vez, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de resolver un caso sustancialmente análogo al presente a partir de la temática involucrada, ocasión en la cual se desestimó el recurso extraordinario presentado contra la decisión que

dispuso revocar la concesión del arresto domiciliario (R. 903 XLIV "Rodríguez, Hermes Oscar s/recurso extraordinario" del 26 de octubre de 2010 con remisión, en lo pertinente, al dictamen del señor Procurador Fiscal).

Por lo expuesto, cabe concluir que la resolución que dispuso concederles el arresto domiciliario a los inculpados Menéndez y Bussi, se adoptó sin analizar el riesgo de fuga alegado por el acusador a partir de las pautas fijadas por nuestro Máximo Tribunal, razón por la cual el pronunciamiento traído a revisión tiene una fundamentación aparente equiparable a la falta de fundamentación.

III. Por otra parte, en cuanto al agravio que alcanza la declaración de inconstitucionalidad del inciso 4 del art. 19 del Código Penal, no se verifica que la resolución constituya una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las concretas circunstancias comprobadas de la causa, extremo que invalida el pronunciamiento impugnado como acto jurisdiccional válido.

En efecto, como punto de partida corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha advertido, en reiteradas oportunidades, que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como la *ultima ratio* del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta e incompatiblemente inconciliable, sin que exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, sino a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos 311:394; 312:122, 435, 1437, 1681, 2315; 314:407; 315:923; 316:779,

2624; 319:3148; 321:441; 322:842; entre muchos otros).

En dichas condiciones, si bien se aprecia que el tribunal *a quo* asumió la tarea traída a revisión en el marco de las facultades que le otorga el art. 499 del C.P.P.N., cabe señalar que el juicio de razonabilidad sobre las anotaciones e inscripciones que derivan de la inhabilitación absoluta como accesoria de las penas de prisión perpetua que le fueron impuestas a Luciano Benjamín Menéndez y Antonio Domingo Bussi, desatendió circunstancias relevantes que involucran los alcances de la norma descalificada constitucionalmente, tal como la continuidad de la percepción de los haberes en juego por los familiares que tienen derecho a pensión.

Dicha situación, es suficiente para descalificar también este aspecto de la resolución traída a revisión, en tanto el déficit anotado es inconciliable con la *ultima ratio* del orden jurídico que comporta una declaración de la naturaleza que se revisa por la presente, al no profundizarse el análisis para establecer si, a partir de las circunstancias que rodean al caso, se encuentran a salvo los derechos involucrados.

IV. En consecuencia, de conformidad con lo dictaminado por los representantes del Ministerio Público Fiscal en la instancia anterior y ante esta alzada en cabeza del Sr. Fiscal General, Dr. Javier De Luca, propicio al acuerdo HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, ANULAR los puntos dispositivos I y III de la resolución traída a revisión, debiéndose remitir la presente al tribunal de origen para que dicte una nueva resolución conforme a derecho, sin costas (arts. 123, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

Por compartir en lo sustancial las consideraciones efectuadas en

el voto precedente, adhiero a la solución que allí se propugna.

Solo deseo agregar, en lo que al arresto domiciliario refiere, que en sendas ocasiones sostuve que la concesión del arresto domiciliario por cumplimiento de los supuestos previstos en la ley -entre ellos, el etario- no funciona de manera automática, sino que el Juez puede rechazarlo de mediar circunstancias justificantes que lo habiliten, siempre que sujete tal rechazo a los límites impuestos por la razonabilidad (artículo 1 de la Constitución Nacional). De la lectura de la resolución puesta en crisis advierto que los jueces del tribunal *a quo* se limitaron a señalar la concurrencia de los supuestos previstos por la normativa legal como habilitantes en principio del arresto domiciliario, pero sin analizar la existencia en el caso de circunstancias justificantes que habiliten el rechazo, tal cual lo manifestara el Ministerio Público Fiscal.

Al existir concordancia de opiniones, no resultó necesaria la desinsaculación de un tercer magistrado en reemplazo del doctor Mariano González Palazzo quien cesó en sus funciones -Acordada 8/11 de esta Cámara- (artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Por ello, el Tribunal

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 2/15 vta. por el señor Fiscal General Subrogante, doctor Leopoldo Oscar Peralta Palma, sin costas y, en consecuencia, **ANULAR** los puntos dispositivos I y III de la resolución traída a revisión, debiéndose **REMITIR** la presente al tribunal de origen para que dicte una nueva resolución conforme a derecho, sin costas (arts. 123, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítase al Tribunal Oral en

lo Criminal Federal de Tucumán, provincia de Tucumán, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIANO H. BORINSKY

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mi:

JESICA YAEL SIRCOVICH
Prosecretaria de Cámara