

Y VISTOS:

Reunidos los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de la Capital Federal, Daniel Morin –en carácter de presidente–, Gustavo Pablo Valle y Juan Facundo Giudice Bravo, con la presencia de la secretaria Carolina Inés Pagliano, para redactar los fundamentos de la sentencia dictada el 10 de agosto del corriente año en la **causa N° 3281** seguida por el delito de lesiones leves (dos hechos) en concurso real con lesiones graves a **F. V.**,; e incumplimiento de los deberes de funcionario público a **C. G. M.**,; a **H. M. S.**,; a **C. R. V.**,; a **G. C. N.**,; y a **M. A. V.**,

Intervienen en el proceso el fiscal general Oscar Ciruzzi, el defensor público oficial Ricardo Grassi –por N. y V.–, y los defensores particulares David González –por V.–, Federico Luis Daniel Hierro y Fabián Marcelo Oliden –por V.–, y Liliana Martiello –por S. y M.–.

Y CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1º) Que, a la hora de alegar, el **fiscal** tuvo por acreditado que el 8 de abril de 2006, alrededor de las 6:00 horas, en el exterior del inmueble sito en la calle de esta ciudad, los imputados C. G. M., H. M. S., C. R. V., G. C. N. y M. Á. V., presenciaron la agresión producida por V. hacia las víctimas J. M. M., J. O. P. y R. O. C. Al primero le ocasionó lesiones graves y a los dos restantes lesiones leves.

Aclaró que el hecho se originó a raíz de una intervención del sargento V. y el agente V. –como chofer– por un hecho que se ventilaba en otro expediente.

Luego, arribaron al lugar del hecho M., N. –a cargo de la guardia interna–, y el oficial S. para colaborar en aquel procedimiento. Seguidamente, lo hizo V. quien acometió a golpes a los denunciados.

Por un lado, con relación a la conducta del personal policial, la encuadró legalmente en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, todos en calidad de coautores (arts. 45 y 249 del Código Penal).

Por otro lado, respecto al accionar desplegado por V. , entendió que encontraba adecuación típica en el delito de lesiones leves –por C. y P.– y graves –por M.–, en concurso ideal entre sí (arts. 54, 89 y 90 del Código Penal).

Afirmó que el modo de producción de las lesiones y su entidad, causadas por los golpes de pie y puño, los tiempos de curación y el riesgo de vida, se encontraban avaladas por los informes médicos y la declaración testimonial que prestó el médico D. durante el debate.

Asimismo, agregó que no se podía acreditar que la intención de V. fuera la de dar muerte, sino la de ocasionar lesiones o daños en el cuerpo.

Por otro lado, quitó la posibilidad de atribuirle a V. apremios, torturas o vejámenes porque no actuó como preventor, el procedimiento ya había concluido y no ejerció ningún acto de custodia o guarda de los detenidos; sino que aprovechó la reducción de tales personas y, así, acometió a golpes contra ellos.

En la misma dirección, entendió que tampoco les podía imputar aquel delito por comisión por omisión al personal policial, que sí tenían a su cargo la custodia de los detenidos, por el dejar que V. los golpeará. Ello, en razón de que no había elementos para afirmar que la intención omisiva hubiese sido la de generar algún tipo de vejamen porque los golpes no eran para conseguir una confesión o para que los detenidos hicieran o dejaran de hacer algo.

En cambio, sí les atribuía el incumplimiento de los deberes de funcionario público porque en ese momento se encontraban prestando funciones, tenían a su guarda a las víctimas, y debieron impedir que V. los golpeará.

Sobre este punto, destacó que todos los policías actuaron en un radio que les otorgó una visualización de lo que ocurría, aún en el caso de M. quien no podía alegar que se encontraba dentro del patrullero y que por eso no intervino, pues estaba a su alcance la posibilidad de actuar.

Señaló que en la foto 1 de fs. 89 M. reconoció a V. como aquel que dirigió el procedimiento.

Por otro lado, dijo que quedó claro que los tres denunciantes individualizaron a V., quien no negó su presencia, como el que produjo los golpes.

Agregó que los testigos G. S. y B. no aportaron información importante sobre lo ocurrido debido a que no presenciaron todo el procedimiento; y que los policías no dijeron que las víctimas hubiesen salido del local golpeadas, con marcas o dolores.

En definitiva, entendió que las conductas de los policías y de V. eran típicas, antijurídicas y culpables. En consecuencia, solicitó que se condenara a M., S., V., N. y V. a la pena de dos mil pesos de multa y seis

meses de inhabilitación especial para cumplir su rol de funcionario, y a V. a la pena de dos años de prisión, de posible cumplimiento en suspenso, con costas.

2º) A su turno, el **defensor Grassi**, manifestó que centraría su defensa en torno a la imputación formulada por el fiscal general.

Refirió que hubo una falta de congruencia debido a que de acuerdo a lo previsto en el artículo 298 del Código Procesal Penal de la Nación, debió haberse hecho saber a los imputados que habrían tenido alguna participación por la violación a un deber de cuidado y sus obligaciones funcionales, y que a la hora de informar las previsiones del artículo 300 del mismo cuerpo legal, correspondía informar la eventual calificación.

Señaló que el tribunal hacía una interpretación del artículo 381 que conducía a que asumiera la función fiscal y, de esta manera, se afectaba la imparcialidad. Agregó que en los fallos Ciuffo y Fermín Ramírez la Corte no mencionaba que el tribunal estuviere habilitado per se a hacer ese anuncio sin una ampliación fiscal de la acusación.

Analizó que los dichos de los damnificados se contraponían a las declaraciones de los imputados, y que los testigos de procedimiento no pudieron aportar nada.

Por un lado, señaló que M. dijo que los tres fueron detenidos en la ochava durante la madrugada y que no había movimiento de gente. Por tal motivo, cuestionó que se hubiera formado una ronda debido a que en esas condiciones no había nada para ocultar. Asimismo, refirió que el nombrado relató que sólo recibió un golpe, y que también golpearon a P. y C.. Uno de ellos dijo que lo levantaron y lo golpearon repetidamente. Manifestó que C. declaró algo parecido, aunque con contradicciones.

Manifestó que M. dijo que mientras iba en el patrullero se quejaba de dolor, se lo hacía saber a los policías y sacaba la cabeza por la ventanilla. A ello se le oponían los dichos de P., quien estaba con él en ese momento y lo desmintió diciendo que no escuchó nada de eso.

Agregó que P. declaró que recibió golpes en el cuerpo que no se le veían y C. dijo que fue golpeado bruscamente por V. y que uno de los policías lo hizo con una ithaka y que viajaron en tres patrulleros distintos. Esto último, no coincidía con P. y M..

Respecto de las lesiones sufridas por M. manifestó que, pese a que el médico D. durante el debate explicó que era de una importancia grave y ameritaba una intervención inmediata, ello no surgía del expediente.

Asimismo, sostuvo que se ignoraba cómo se había producido porque sólo él refirió que fue producto de un golpe ya que los otros damnificados no lo vieron o no fueron claros en haberlo visto.

Por otro lado, manifestó que P. tenía algunos golpes que pudieron ser consecuencia de la resistencia a la detención, por correr dentro de ese predio, de caerse, de resistirse o de cualquier cosa; y que fue una simple escoriación observada a primera hora de la mañana y que luego no se le detectó marca alguna.

Señaló que no había ninguna certeza de cuántos policías hubo ni que indicase que N. estaba allí cuando supuestamente V. golpeó a los detenidos debido a que tuvo que recorrer la zona para encontrar testigos y, en consecuencia, no se podía afirmar que el nombrado haya visto los golpes.

Por otra parte, cuestionó que les hayan pegado durante cinco o diez minutos, pues en su caso, hubieran sufrido lesiones múltiples y de gravedad.

Refirió que lo único que hubo fue un abdomen golpeado, que dijeron que fue producto de un puntapié, pero que pudo ser ocasionado por su compañero en la comisaría porque P. desmintió que se hubiera quejado.

Con relación a su asistido V., dijo que el golpe sufrido por M. no se sabía cómo se produjo; y las excoriaciones padecidas por P. y C. pudieron ser consecuencia del mismo acto de resistirse.

En virtud de ello, solicitó que, al menos por la duda, se absolviese a ambos.

Luego, el **defensor González** manifestó que la conducta prevista en el artículo 249 del Código Penal no se había acreditado en el juicio.

Respecto de la cuestión fáctica, señaló que en el lugar del hecho se habrían presentado uno o más civiles, respecto de lo cual las víctimas no se pusieron de acuerdo.

Concretamente, dijo que su asistido V. confeccionó las actas de fs. 6, 7 y 8 sobre el baúl del móvil policial que se encontraba ubicado a una distancia de seis o siete metros, extremo que fue corroborado por M. y N..

Agregó que las lesiones no eran visibles y que el momento en el que ocurrieron no fue preciso, pero sí lo era que habrían sucedido mientras estaban en el piso, esto es, mientras su defendido confeccionaba las actas. En consecuencia, manifestó que no era posible afirmar que aquel hubiera observado el golpe.

Señaló que no había prueba directa del dolo que exigía el artículo 249 del Código Penal, y que esa figura no admitía dolo eventual.

En definitiva, dijo que las actas confeccionadas por V. no fueron cuestionadas, que hubo muchas dudas sobre lo que había sucedido, sobre la supuesta ronda, que los detenidos no se quejaron, que aquel los condujo a la guardia y no supo si algo de lo denunciado había ocurrido. En virtud de ello, consideró que su asistido debía ser absuelto.

Por último, con relación a la posible participación en el delito de lesiones por comisión por omisión, entendió que toda vez que el fiscal excluyó a su asistido de esa conducta, no había forma de imputársele.

Posteriormente, la **defensora Martiello** manifestó que la aplicación analógica del artículo 381 del Código Procesal Penal de la Nación atentaba contra la imparcialidad que debía exigirse en el juzgador, pues afectaba el principio de contradicción, bilateralidad y defensa en juicio.

Entendió que el juzgador no podía ampliar el objeto de la acusación, pues era una función del Ministerio Público.

Con relación a la imputación del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público que se le atribuye a sus asistidos S. y M., expresó que no habían omitido dolosamente cumplir algún acto referido a sus funciones, ni violaron o incumplieron su posición legal en cuanto a los deberes a su cargo.

Refirió que sus defendidos fueron convocados al lugar del hecho solamente para alcanzar un par de esposas, que fueron utilizados para P.. Por un lado, S. habló con V., tomó vista del procedimiento y al poco tiempo abordó un taxi para regresar a su trabajo. Por otro lado, M. no alcanzó a ver nada pues permaneció dentro del patrullero y estaba oscuro porque era la madrugada. Tampoco observó las lesiones que padecían los dos detenidos que trasladó hacia la comisaría, pues no eran visibles ni se quejaron de dolor. Una vez arribado a la comisaría, M. se desentendió de los detenidos pues quedaron a cargo de otro personal, y éste continuó con sus tareas.

Luego, agregó que en la imputación lo único que había eran los dichos de los denunciante, que eran meras conjeturas.

Así, dijo que respecto de las declaraciones de M. y P. había sospechas de mendacidad.

Con relación a C., manifestó que éste varió totalmente su declaración de la instrucción e hizo un relato tendencioso contra la policía.

Señaló que con relación a las lesiones, los nombrados pudieron haber acudido a una auto-lesión, porque no eran visibles. Puntualizó en que M. se quejó a las 10:30 horas, y pudo haber sido porque se golpearon entre ellos o por alguna de las visitas que recibían de la agrupación política que

conformaban. Asimismo, agregó que no se acreditaron y que tampoco había certezas acerca del tiempo de su producción, porque si era de la entidad que decía, hubiera fallecido durante la mañana.

Respecto a la ronda, dijo que era inventado porque era de noche, en la calle no circulaba nadie y no había nada para tapar.

Indicó que M. dijo que había cuatro policías, pero N. se había ido a buscar testigos, V. y M. se encontraban en el patrullero y, en consecuencia, quedaban sólo tres policías de escasa envergadura física para cubrir a V..

En definitiva, concluyó en que no había indicios físicos ni temporales para afirmar la responsabilidad de sus defendidos. En consecuencia, pidió la absolución de ellos, y en caso de duda, que se aplicase el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación.

Por último, el **defensor Hierro** se remitió a lo alegado por el defensor oficial Grassi en torno a la aplicación del artículo 381 del Código Procesal Penal de la Nación, aunque ello no rozaba a su asistido V..

Manifestó que los denunciantes afirmaron que fue V. el que ocasionó el golpe, pero lo cierto era que había más de un civil, pues también estaba el subcomisario vestido de civil. M. incorporó a una persona más.

Con relación a la descripción física que efectuaron las víctimas sobre V., sólo coincidieron en que era alto, pues no tenía pelo corto porque es calvo. Añadió que aquellos dijeron que utilizaba un handy, pero los civiles no usan handy.

Cuestionó la ronda en la que habría golpeado a los denunciantes, por los mismos motivos expuestos por los otros defensores.

Agregó que C. manifestó que se enteró por la causa que era V., y, por lo tanto, en el lugar de los hechos ninguno de los tres tenía con plena seguridad identificado a V. , además de que había otros civiles allí.

Indicó que los golpes violentos aludidos por los damnificados no surgían de los informes médicos de fs. 18/20, 48 y 46.

Solicitó la extracción de testimonios para que se investigara el falso testimonio agravado de C., quien durante su declaración en el debate admitió que había mentido en su anterior declaración durante la instrucción.

Por lo expuesto, solicitó que por aplicación del artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación, se absolviera a su defendido V..

2º) Que durante el debate se produjeron las siguientes pruebas:

a) Prestaron declaración testimonial las personas que se detallan a continuación, cuyos testimonios están plasmados en las actas correspondientes, a las que se remite: J. M. M., J. O. P., J. L. D., L. G. S., N.

J. L., O. Y. B. G., y R. O. C..

b) Se incorporaron por lectura, con la conformidad de las partes, las siguientes pruebas: **1.** Las declaraciones de S. S. (fs. 50), C. A. (fs. 61), P. B. (fs. 22), C. L. (fs. 20), y P. R. (fs. 46), y **2.** las siguientes constancias: los informes sobre antecedentes, conducta y concepto de los imputados S. y M. , el acta de detención de M. (fs. 6), el acta de detención de P. (fs. 7), el acta de detención de C. (fs. 8), el croquis de lugar de los hechos (fs. 9), los informes médicos de J. P. (fs. 20 y 46), la constancia de fs. 27, el informe médico de R. C. (fs. 48), el informe médico de J. M. (fs. 53), la historia clínica (fs. 54), el informe médico (fs. 67), el informe del Cuerpo médico forense de J. M. (fs. 77), fotocopia del (fs. 102), el informe médico legista N. J. L. (fs. 511/512), el informe socioambiental, certificación de antecedentes y demás constancias del legajo de personalidad de los acusados.

c) Se incorporaron por exhibición el croquis (fs. 9) y las fotografías (fs. 85/89).

3º) Que, en la oportunidad prevista por el art. 378 del Código Procesal Penal de la Nación los acusados formularon las siguientes manifestaciones.

En primer lugar, **H. M. S.** refirió que el 8 de abril de 2006 en momentos en que cumplía funciones de jefe de servicio, M. le dijo que había un desplazamiento por una detención de tres personas y se necesitaba un par de esposas para uno de ellos.

Manifestó que una vez arribado al lugar del hecho, V., quien estaba a cargo del procedimiento, le informó que la situación estaba dominada. Aclaró que el imputado V. estaba ahí también, que el lugar era oscuro, que no había transeuntes y que ordenó a N. que fuese a la estación de tren de Yrigoyen para buscar testigos, sin éxito alguno.

Relató que dos detenidos abordaron un movil, en tanto que el otro lo hizo a bordo de otro. Luego de ello, subió a un taxi y regresó a la comisaría para continuar con su servicios.

Aclaró que en ningún momento vio a alguno de los tres detenidos lesionado ni que V. les haya pegado.

Seguidamente, **C. R. V.** manifestó que el día del hecho se dedicó a redactar las actas, que los tres detenidos en ningún momento se resistieron, que ningún civil prestó colaboración en el procedimiento, y que durante el trayecto de traslado de aquellos no vio que sufrieran ninguna lesión como así tampoco no manifestaron nada parecido. Luego, los dejó en el calabozo y no tuvo más contacto con ellos.

Luego, **G. C. N.** declaró que una vez arribado al lugar del hecho observó a tres personas tiradas en el piso, el patrullero en la ochava y que fue a buscar testigos, sin éxito alguno. Los testigos resultaron ser unas vecinas del lugar ante quienes se procedió a la lectura de los derechos a los detenidos.

Refirió que en la comisaría llamaron al Same porque uno de los detenidos se quejó de dolor de panza, los médicos lo revisaron y lo trasladaron junto a otro de los detenidos. Aclaró que él no vio lastimaduras, ni moretones, ni cortes, ni sangrados ni raspaduras.

Manifestó que estaba a cargo de la guardia interna y que no hizo mas que preguntar los datos filiatorios a los detenidos.

Por su parte, **C. G. M.** declaró que en el lugar del hecho observó a dos o tres personas sentadas contra la pared y que no advirtió resistencia alguna por parte de ellos.

Asimismo, agregó que trasladó a dos de ellos, quienes no refirieron tener algún tipo de dolor o lesión. Luego, los dejó en la comisaría y continuó con sus tareas.

Por último, relató que en el lugar observó la presencia de una persona de civil que discutía con V. y señalaba a los patrulleros. Aclaró que los tres detenidos se encontraban sentados, en tanto V. estaba en el medio, entre los detenidos y el civil que estaba del lado del cordón.

Finalmente, M. A. V. y F. V. se negaron a declarar en el debate, por lo que se incorporó por lectura las declaraciones que habían prestado en la instrucción en las que, básicamente, negaron la comisión de los hechos (cfr. fs. 168/169 y 12, 168/169).

4º) Que la valoración de las pruebas que se han producido durante el debate, llevada a cabo de conformidad con las reglas de la sana crítica racional –art. 398, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación–, me lleva a concluir que se encuentra probado que el día 8 de abril de 2006, aproximadamente a las 6 de la mañana, el móvil de la, a cargo del sargento M. Á. V. y conducido por el agente C. R. V., fue desplazado por Comando Radioeléctrico a la finca sita en de esta ciudad pues tres personas se habían introducido subrepticamente en el lugar.

Al llegar a la finca, los policías advirtieron que la persiana metálica se encontraba levantada, por lo que ingresaron y conminaron a los intrusos a que salieran. Luego de ello, procedieron a su detención.

Sin embargo, como sólo tenían dos juegos de esposas, los preventores llamaron a la comisaría para que les trajeran el juego faltante.

A ese efecto, se dirigieron al lugar el subinspector S., el cabo 1° G. N. y el conductor del móvil, el cabo C. M..

Cuando los tres detenidos se encontraban ya esposados, con las manos detrás y tirados en el piso boca a bajo, se hizo presente en el lugar el propietario del local, F. V. , quien al grito de “zurdos de mierda” y “Montoneros” –ello en referencia al material gráfico que tenían en su poder los detenidos, que pertenecían a la organización “Movimiento Evita”- la emprendió a golpes de puño y patadas sucesivamente contra J. P., J. M. M. y R. C..

Como resultado de la golpiza P. sufrió lesiones leves en la región del omóplato derecho y en la rodilla derecha; C., hinchazón en el arco superciliar y M. debió ser operado de urgencia pues se le perforó el intestino (el informe de fs. 77 del CMF da cuenta de que al 8 de abril de 2006 presentaba un traumatismo cerrado de abdomen, por lo que se le practicó laparotomía que constató perforación de intestino a nivel de ileón con materia fecal en peritoneo, realizándose resección del segmento y enterosanastomosis).

Mientras ello sucedía, los policías S. y V. que se encontraban custodiando a los detenidos permanecieron impasibles, esto es, no interrumpieron la conducta desarrollada por V. a pesar de tener el poder de hecho para hacerlo.

5°) Que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos examinados pueden reconstruirse acabadamente a través de los elementos probatorios incorporados al debate.

En efecto, de las declaraciones prestadas por las víctimas se desprende que el día del hecho los dos primeros policías que arribaron al lugar los conminaron a salir del local y los detuvieron, esposando en un principio sólo a M. y C., y no a P. porque faltaba un juego de esposas.

Luego llegó un segundo móvil, se esposó a P. y se puso a los detenidos boca abajo, con las manos por detrás.

Hasta ese momento, la situación se encontraba controlada. Sin embargo, apareció en escena una persona vestida de civil, exaltada, que empezó a gritarles “zurdos de mierda”, “Montoneros”, “y vos quien sos, el che Guevara”, y empezó a pegarles patadas y golpes de puño.

Las tres víctimas explicaron que no se trató de un golpe súbito – esto es, que no pudiera ser impedido por los policías- si no que el civil les fue pegando uno a uno y varias patadas y golpes de puño, a cuyo efecto, los levantaba y les pegaba.

La actitud de los cinco o seis policías que se encontraban custodiándolos consistió en no hacer nada, es decir, en dejar que el civil los agrediera mientras ellos se encontraban indefensos, y ello a pesar de que ellos gritaban que no les pegaran, que era de noche, que estaban esposados y que ya estaba.

La presencia en el lugar de los policías que arribaron en los móviles y, así como también la identidad y los grados de sus ocupantes, se encuentra reconocida por los propios policías que fueron juzgados, en tanto admitieron haber participado del procedimiento, aunque negaron que durante su transcurso se haya producido algún tipo de agresión a los detenidos.

Sin embargo, a pesar de que fueron por lo menos cinco los policías que tuvieron el poder de hecho para impedir la agresión a la que fueron sometidos los detenidos, sólo es posible tener por acreditada, con el grado de certeza que requiere una sentencia en materia criminal, la autoría del subinspector S. y del sargento V..

Como es sabido –y será analizado con más detalle al considerar la calificación jurídica del hecho- el tipo de omisión impropia requiere que el omitente tenga la posibilidad fáctica de impedir el hecho.

Empero, y más allá de mi íntima convicción, ese poder de hecho no puede ser atribuido sin hesitación: a) al cabo 1° N., pues conforme a su propia declaración y a las prestadas por el subinspector S. y el cabo M. estuvo, en algún momento, fuera del centro de los acontecimientos debido a que se distanció un par de cuadras en búsqueda de testigos; b) al agente V. pues, conforme su propia declaración y la del cabo M., se encargó de confeccionar las actas sobre el baúl del móvil, lo que podría haberlo alejado de lugar del ataque y c) al cabo M. pues, de acuerdo a su propia declaración y a la información brindada por el subinspector S., nunca bajó del móvil

Distinta es la situación del sargento V.. Él fue el suboficial que comandó el momento inicial del procedimiento, entabló el primer contacto con las víctimas –quienes, por tanto, pudieron verle el rostro- y procedió a su detención.

A su vez, respecto del tramo del suceso que aquí interesa, J. M. M. lo reconoció como uno de los funcionarios policiales que omitió impedir la golpiza, identificándolo como el que aparecía en la fotografía n° 1 de las obrantes a fs. 89, las que fueron incorporadas por exhibición. En ese sentido, a pedido del fiscal, se dio lectura a parte de su declaración de fs.115 en la

que se dice *“Seguidamente se le exhibieron las vistas fotográficas que se agregan a fs. 86, 87 y 88, respecto de las cuales el compareciente no pudo identificar a ninguna las personas que aparecen en aquellas fotografías. Finalmente le fueron exhibidas las vistas fotográficas de fs. 89, ocasión en la que M. refirió que quien aparece identificado bajo el nro. 1, era el encargado del operativo, y que fue testigo de la golpiza recibida. Aclaró que aquel no ha cambiado ninguno de sus rasgos fisonómicos o su aspecto físico”*, y sobre esto sostuvo que *“recordaba que esa persona les había hablado en un momento, recordaba esas palabras ‘quédense tranquilos’ antes de que llegara V.. No sabía si era el encargado, pero sí era uno que había hablado con ellos y estaba cuando ocurrían los golpes; estuvo desde el comienzo”*.

Por su parte, en lo que se refiere al subinspector S. resulta claro, conforme las declaraciones de todos los policías que intervinieron en el procedimiento y en virtud de su propio reconocimiento, que se encontraba en el lugar de los hechos en el momento de su acaecimiento.

Y, a diferencia de lo que ocurre con N., M. y V. no existe constancia de que en algún momento se haya alejado del lugar.

Al respecto, cabe aclarar que no cabe duda de su –no- intervención pues la golpiza tuvo lugar una vez que los tres detenidos se encontraban esposados y él fue el encargado del móvil que trajo el tercer juego de esposas (es decir, se encontraba en el lugar desde el comienzo de la agresión), y a su vez, el análisis coherente de la prueba determina que recién se alejó del lugar cuando el procedimiento estaba terminado pues, si debió transportarse en un taxi, fue porque los dos móviles se encontraban ocupados por los otros cuatro funcionarios policiales y por los tres detenidos, que obviamente viajaban en la parte trasera de los vehículos, por lo que cabe tenerlo en el centro de la escena hasta el final del ataque.

A su vez, no se puede dejar de tomar en consideración que se trata de quien en ese momento ostentaba la calidad de jefe de servicio externo de la comisaría ...° y que se encontraba nada menos que en el medio de un procedimiento en el que el exaltado propietario de la finca intrusada la había emprendido a golpes de puño y patadas contra personas detenidas; por lo que mal se podría dar crédito a su excusa, conforme a la cual se alejó del lugar cuando se empezó a redactar las actas porque no hacía falta su presencia en el lugar, pues se habría tratado de “un procedimiento sin importancia, sin particularidades” (¿?).

Tampoco albergo duda alguna acerca de que el civil que produjo las lesiones fue F. V..

Veamos.

De la declaración indagatoria prestada por el sargento V. a fs. 168/169, oportunamente incorporada al debate, surge que “como le faltaban un par de esposas solicitó colaboración al móvil ... Que cuando arribó al lugar el móvil, se aproximó también un rodado **Ford Mondeo** color bordó que **vociferaba que era el propietario de la finca**, a la cual habían ingresado los sujetos. En ese momento **V.** se aproximó hacia el dicente y le ofrece ayuda para proceder a la detención de este tercer sujeto, ante lo cual el compareciente le dijo que no era necesario. Contó que como **el dueño se encontraba exaltado e insultaba a los imputados**, los subió a éstos al patrullero. Aclaró que por la forma en que se insultaban entre sí los detenidos y **V.**, sospecha que había un vínculo previo al hecho entre ellos...que no pudo observar golpes por parte de **V.** a los detenidos, así como ninguno de sus compañeros” (sin negrita en el original).

Asimismo, en su propia declaración obrante a fs. 160/161, la que fuera incorporada al debate junto con su primigenia declaración testimonial de fs. 12, pues a élla se remitió en la indagatoria, V. sostuvo: “que es **propietario** del local comercial y vivienda sito en la intersección de y de esta ciudad, más precisamente en la numeración catastral 1016/10 de la primera arteria...que en el día de la fecha, siendo aproximadamente las 6.00 horas tomó conocimiento por parte del casero, Sr. E., que el local comercial, del cual informa que se encuentra en desuso y se utiliza actualmente como depósito de distintos elementos especialmente de gastronomía, que personas extrañas habían ingresado al lugar. Es así que **se dirigió hasta el lugar**...donde observó que personal policial se encontraba forcejeando con un individuo junto a la puerta de acceso, procediendo el dicente a colaborar en la reducción del mismo, dado que el mismo se negaba a ser esposado, haciéndolo acostarse boca a bajo contra la acera...” luego de lo cual informó respecto de la rotura de la persiana metálica y de los bienes que le habría sido sustraídos (fs. 12 y vta.) y también “con respecto al hecho manifestó que se encontraba **exaltado**, que insultó a la policía, aunque niega el hecho que se le imputa, ya que no golpeó a los detenidos, ni los insultó tampoco” (fs. 161 vta., sin negrita en el original).

El subinspector S. también da cuenta de la presencia -y de la identidad- de V. en el lugar cuando al declarar sostuvo: “Estaba también **V.** , **el dueño**, quien dijo que faltaban un par de cosas...A **V.** no lo conocía de antes. Estaba allí quejándose como todos los damnificados de robo, por la

seguridad...cuando llegó se encontró con los detenidos, el móvil de V. y **V.** , nada más” (negrita agregada)

Escuetamente, también el agente V. ubica a este imputado en el lugar, al poner de manifiesto que “luego vio que el **dueño** estaba ahí, pero no le llamó la atención nada” (negrita agregada).

Por su parte, el cabo M. refirió que “había un vehículo Ford Mondeo ahí estacionado; y una persona que luego se enteró que era **el dueño del Ford**; el coche estaba estacionado y el señor estaba ahí hablando con V., discutiendo, no sabía, porque mucho no se escuchaba, pero era como que estaba **exaltado** con ellos, con la policía, insultándolo, señalaba a los patrulleros, por eso lo pensó” (negrita agregada).

Y en el mismo sentido se expresó la testigo L. G. S., que explicó que vivía en la finca sita en porque su pareja era amigo de V. y los había dejado vivir ahí, y refirió que había salido a trabajar temprano, cuando un vecino le avisó que había patrulleros en la puerta de su casa, por lo que decidió volver y vio que V. se encontraba en el lugar.

Si a lo expuesto se suma que, conforme lo que surge del legajo de personalidad, V. es propietario de un vehículo Ford Mondeo, cabe concluir, sin lugar a dudas, que la persona vestida de civil, que llegó al lugar a bordo de un rodado de esa marca apenas producida la detención, se encontraba exaltada y se presentó como propietario de la finca, es V..

Como la aseveración respecto de la presencia de V. en el lugar resulta irrefutable, la defensa pretende generar dudas acerca de que haya sido su defendido quien golpeó a las víctimas recurriendo a la presencia de otras personas con ropa de civil en el lugar y a una contradicción que existiría entre las declaraciones de las víctimas.

Efectivamente, las personas que resultaron lesionadas dieron cuenta de que en el lugar había por lo menos otra persona vestida de civil, por lo que la defensa sugirió implícitamente que el atacante bien podría haber sido el subcomisario A. –ubicado en el lugar por el subinspector S. y el cabo M.-, lo cual, a su vez, podría tener asidero en que –según la versión de la defensa- una de las víctimas habría dicho que el agresor se manejaba con un handy –cosa que no hacen los civiles-.

A ello habría que agregar que en lo que se refiere a la identificación del agresor, M. sostuvo que se había enterado de su nombre por C., mientras éste último dijo que no conocía a V..

Pues bien, lo que resulta claro del debate es que la asimilación de una persona vestida de civil al apellido V. surgió desde el primer momento

de la investigación y así fue como se refirieron a él todos los preventores que actuaron en el procedimiento.

Concretamente, cabe reiterarlo, ese fue el apellido con el que se se identificó siempre al dueño del Ford Mondeo y exaltado propietario de la finca.

Por ello, de ningún modo cabe dudar acerca de la identidad del agresor; porque, en lo que son contestes todas las víctimas, es en que se enteraron del apellido del agresor por medio de sus abogados, lo cual resulta perfectamente compatible con el hecho de que los abogados tomaron contacto con la causa en la que se investigaba la conducta de M., P. y C. y, a su vez, fueron los promotores de esta investigación.

En este sentido, cabe traer a colación la declaración de fs. 50, incorporada por lectura al debate, prestada por el abogado las víctimas, S. S., quien a las 23.26 horas del día del hecho requirió “al tribunal interventor se investiguen los hechos que ocasionaron las graves lesiones infligidas a M. al momento de producirse su detención. Las mismas **según le manifestaron sus defendidos habrían sido producto de los golpes infligidos por quien manifestaba ser el propietario del inmueble mencionado en la presente causa.** Solicita asimismo se investigue la eventual responsabilidad del personal policial quien según dichos de sus defendidos no habrían impedido estas agresiones y que las mismas se produjeron luego de haberse producido la detención y estando los tres esposados en el piso” (sin negrita en el original).

Nos encontramos, por tanto, ante una secuencia clara: las víctimas supieron que quien los agredía era el propietario de la finca, se lo hicieron saber a los abogados y éstos, que tuvieron acceso a la causa en la que el propietario de la finca fue identificado con el apellido V., le dieron esta información a las víctimas quienes, a partir de ese momento, empezaron a nombrar al agresor por su apellido.

La pretensión de utilizar la presencia del subinspector A. en el lugar para esconder –a la manera de un elefante en la calle Florida- a V. entre otras personas vestidas de civil, carece de toda apoyatura en la prueba producida en el debate.

Ninguna de las personas que declararon en el debate sugirieron siquiera que fuera un policía vestido de civil y no V. quien agredió a los detenidos.

La defensa, empero, afirma dogmáticamente que se sabe que los subcomisarios siempre están de civil aunque, por supuesto, ninguna

mención se ha hecho en el debate acerca la forma en que estaba vestido ese subcomisario concreto.

Tampoco la referencia efectuada por la defensa, conforme a la cual las víctimas habrían dicho que el agresor vestido de civil usaba un handy (lo que llevaría a relacionarlo con un policía) encuentra apoyo en la prueba reunida en el debate.

Al respecto, sólo cabe recordar que al ser preguntado al respecto C. explicó que “había un policía que hablaba por handy diciendo que ‘ya llegaba’ y que esto coincidió con la llegada posterior del civil”.

Y, por último, cabe destacar que todas las víctimas fueron contestes al afirmar que quien los golpeó no fue ningún comisario sino una sola persona, vestida de civil, robusta, de cuerpo importante, más bien canosa, de aproximadamente 50 años y que se apellidaba V. (apellido que, como se ya se dijo se encontraba en la escena de la causa desde el momento inicial de la investigación). Esto es, una persona que presenta las mismas características que el acusado quien, no por tener calva la parte superior de la cabeza, deja de tener sus sienes canosas.

En estas condiciones, pues, la autoría de F. V. en el suceso resulta indiscutible.

Finalmente, en lo que se refiere al mecanismo de producción y la entidad de las lesiones se cuenta con la declaración de las tres víctimas, las que explicaron la forma en que V. los golpeó con patadas y puños, y con siguientes los informes:

1.- J. M. M.: informe del CMF del 10 de abril de 2006 en el que se consigna que al 8 de abril de 2006 presentaba un traumatismo cerrado de abdomen, por lo que se le practicó laparotomía que constató perforación de intestino a nivel de ileón con materia fecal en peritoneo, realizándose resección del segmento y enterosanastomosis; y se concluye que las lesiones sufridas revisten carácter grave, con tiempos de curación e incapacidad para el trabajo de más de 30 días desde el momento de su producción.

A su vez, respecto de esta víctima se cuenta con la explicación brindada en el debate por el médico del CMF José Luis Divito, quien sostuvo que “lo que se encontró en M. fue una perforación del intestino delgado. Esto sí se podía provocar con un sólo golpe. El tipo de evolución del golpe fue agudo, por eso lo operaron de urgencia, lo operaron en el momento, de inmediato. El golpe no pudo haber ocurrido dos días antes ni tiempo antes; cuando se hablaba de intervención inmediata, era porque era un golpe

agudo, era una emergencia médica. **La lesión ponía en peligro la vida: explotó el intestino**, por eso lo operaron enseguida”.

2.- J. P.: informe médico legal del 8 de abril de 2006, obrante a fs. 20, en el que se expresa que P. presenta excoración lineal de 4 cm en región escapular derecha de reciente data producida por choque con o contra superficie dura; e informe médico legal del mismo día en el que se consigna que presenta excoración en omóplato derecho y rodilla derecha, producto de golpe o choque contra superficie dura con un pronóstico de curación en un lapso de 7 a 10 días (fs. 46).

3.- R. C.: el informe médico legal realizado en la noche del 8 de abril y firmado por la médica P. R. consigna que C. no presenta lesiones recientes evidentes en la superficie corporal (fs. 48).

Ello se contrapone con la constancia de la instrucción, obrante a fs. 16 y suscripta por el comisario R. K. y el principal B. a las 9.45 horas, esto es, a horas de cometido el hecho, en la que se consigna: “el prevenido R. O. C. presenta una leve hinchazón sobre el arco superciliar de uno de los ojos, manifestando que ‘siente que se va a desmayar’. Asimismo, el prevenido J. M. M. refiere tener un fuerte dolor en uno de los costados del cuerpo ‘que no lo deja vivir’. Ante tales manifestaciones, se solicita la presencia de ambulancia del SAME, haciéndose presente el interno 221 del Hospital Argerich a cargo del Dr. O. A. M., quien luego de examinar a ambos prevenidos, recomienda su traslado a dicho nosocomio para su mejor examen”.

Es decir, la lesión fue constatada, porque resultaba evidente a simple vista, a horas de sucedido el hecho que nos ocupa; lo que, a su vez, resulta compatible con lo afirmado por M. y P. quien manifestaron que C. fue el que recibió el castigo más prolongado –inclusive debió esquivar golpes cuando ya estaba sentado en el patrullero- por parte de V..

6°) Que las acciones realizadas por F. V. resultan constitutivas de los delitos de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones; del que acusado deberá responder en calidad de autor (arts. 45, 55, 89 y 90 del Código Penal).

Por su parte, tanto H. M. S. como M. A. V. deberán responder como autores, por omisión, del delito de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones; con costas (arts. 45, 55, 89 y 90 del Código Penal).

La subsunción de las conductas desarrolladas por V. en los tipos mencionados no presenta ninguna dificultad.

En los considerandos precedentes se explicó largamente cómo V. golpeó con patadas y puños en forma sucesiva a M., P. y C. por lo que allí cabe remitirse; ello sin perjuicio de volver a resaltar que la adecuación al tipo de lesiones graves viene dada no sólo por el tiempo de curación de la lesión proferida a M. si no también porque, tal como lo expusiera el Dr. Divito, con su conducta puso en peligro la vida de la víctima.

Las conductas concurren en forma real pues, a pesar de que ocurrieron en el mismo contexto temporo-espacial, las decisiones –reflejadas en actos exteriores y tomadas en forma sucesiva- de afectar distintos bienes jurídicos, debe ser receptada en términos técnicos otorgándole individualidad a cada una de ellas.

A su vez, V. es autor pues tuvo el dominio del hecho.

Mayores precisiones deberán formularse, empero, a los efectos de explicar la adecuación de la conducta desarrollada por los funcionarios policiales.

A la hora de la alegar, entroncando la calificación de la conducta de V. con la correspondiente a los funcionarios, el fiscal dijo:

“...que debía aludir también a la posibilidad de que se atribuyesen apremios, vejámenes o torturas. En ese sentido, explicó que V. no actuó como preventor; llegó con el procedimiento ya concluido, y no ejerció ningún acto de custodia o guarda de los detenidos. Se limitó a aprovechar la reducción de tales personas y acometió a los golpes contra ellos. Así quitó a la calidad de sujeto activo el rol de funcionario o de guarda de los presos, exigida para esa otra calificación posible que descartaba. Aparecía entonces la actividad de los policías que sí tenían bajo su custodia a los detenidos. La pregunta que debía hacerse era si los policías, con esta conducta omisiva, con esta comisión por omisión, con este dejar que V. golpease a quienes tenían bajo su custodia, podía quedar abarcados por una conducta más gravosa; siempre con el análisis de la misma construcción fáctica. En esa línea, consideró que no había elementos para afirmar que la intención omisiva de los policías hubiese sido la de generar algún tipo de vejámen respecto de los detenidos, o algún tipo de tortura. Aclaró que dejaba de lado el posible apremio porque los golpes no eran para conseguir una confesión o para que los detenidos hicieran o dejaran de hacer algo. En definitiva, no encontraba una intencionalidad en los preventores en ese sentido, pero sí la de no actuar como los funcionarios públicos que eran, en cuyo ejercicio de la función se encontraban en ese momento. Debieron haber impedido que V. golpeará a los detenidos, porque estaban bajo su guarda.

Sin embargo, no lo hicieron y permitieron los golpes...” (cfr. acta de debate). Y, sobre esta base, calificó la conducta de los policías como incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 249 del C.P.).

Como se verá esta introducción a los tipos que podrían entrar en consideración a los efectos de subsumir la conducta de los funcionarios policiales resulta insuficiente para abarcar la magnitud del ilícito cometido.

En primer lugar, aparece como acertado descartar la posible aplicación de los tipos que reprimen la comisión de severidades, vejaciones y apremios ilegales.

Y la razón de ello es, como apunta el fiscal, que todos esos delitos, por tratarse de delitos especiales propios, reclaman que el sujeto activo ostente una calidad de autor determinada. Concretamente debe tratarse de funcionarios públicos, calidad que no ostenta, como es sabido, el acusado V..

Por tanto, y dado que ha sido este último quien produjo las lesiones por comisión, la tentativa de adecuar las conductas bajo esas reglas resultaría infructuosa atento que nos encontraríamos ante un supuesto en la que el *extraneus* no puede ser autor porque carece de la calidad reclamada por el tipo y el *intraneus* no puede ser autor porque no realiza la conducta descripta; o dicho de otro modo, no resulta plausible construir el tipo con con la conducta de uno y la calidad de funcionario de otro.

Distinto matiz podría presentar la posible subsunción en el tipo de torturas pues el art. 144 tercero del Código Penal prevé expresamente la aplicación de igual pena a los particulares que ejecutaren los hechos descritos en ese artículo, de lo cual se podría derivar que dadas ciertas circunstancias la ley misma prevé la construcción de un tipo que aúne funcionarios y particulares.

Al fallar en la causa n° 1844 caratulada “Barrionuevo, Víctor y otros s/ vejaciones” llevé a cabo un extenso análisis del tipo de tortura al que remito; empero, me permito transcribir el párrafo que sigue porque allí se describen los elementos esenciales de este delito:

“El tipo penal que recepta la tortura en nuestro Código Penal no describe cuáles son los actos objetivos que componen el ilícito. Para circunscribirlos resulta necesario acudir a las normas convencionales que aluden a ese concepto y a la interpretación que de ellas han efectuado los tribunales internacionales competentes. De este modo es posible verificar que el primer elemento constitutivo de la tortura viene dado por la imposición de un sufrimiento. La gravedad del padecimiento es una variable relevante a

tener en cuenta no sólo para configurar el hecho ilícito sino también para poder distinguir esta conducta del trato inhumano. Empero, la calidad del sufrimiento no es el único elemento a considerar; también se debe apreciar el contexto en el que los padecimientos fueron infligidos, las características personales de la víctima y las secuelas que tales actos hayan dejado en el sujeto pasivo. El autor, por otra parte, debe ser un funcionario público o una persona privada a instancias del primero y la víctima –de acuerdo al tipo previsto en el art. 144 tercero del C.P.- debe encontrarse privada de su libertad”.

A la luz de este breve análisis, se advierte que el caso bajo estudio no se adecua ya desde el punto de vista objetivo a las características de este tipo.

Ello así, porque no parece que las lesiones sufridas por las víctimas, aunque grave una de ellas, constituya el grave padecimiento físico tenido en miras por el legislador a la hora de tipificar la conducta ni, en el caso particular, se advierte el grado de connivencia requerido entre civiles y funcionarios que parece reclamar la norma.

Es por ello, porque no concurre el tipo objetivo de tortura, que tampoco resultan de aplicación las omisiones dolosas y culposas de los funcionarios que reprimen los arts. 144 cuarto y quinto del Código Penal, en tanto éstas se encuentran referidas al tipo de tortura previsto en el art. 144 tercero.

Debería, entonces, el caso ser subsumido –exclusivamente- en el tipo de incumplimiento de los deberes de funcionario público, tal como propone el ministerio público fiscal?

La respuesta que se debe dar a ese interrogante es, a mi juicio, negativa.

El art. 249 del Código Penal constituye, como la leve pena que tiene prevista lo indica, una figura completamente residual, que tiene por objeto tutelar “pura y simplemente el desenvolvimiento de la administración, para lo cual se castiga la incuria genérica, el retardo en el cumplimiento de los actos aunque no se trate de actos de autoridad en sentido estricto”¹.

Y a tal punto constituye un tipo subsidiario, que los autores llegan a sostener que se trata tan sólo de que el funcionario deja de “atender los deberes administrativos propios de su cargo. La ley no contempla aquí – como ocurre en otros delitos contra la Administración Pública- exclusivamente los actos de autoridad sino que abarca cualquier tipo de

¹ Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; TEA, Buenos Aires, 1988, T. V, p. 189.

tarea administrativa que integre el contenido de la función o de la prestación de servicio del agente de modo obligatorio, por estar configurada en el reglamento o en la costumbre administrativa como cometido propio de aquél”², poniéndose como ejemplo de tal conducta la del cartero que no distribuye la correspondencia que se le confía (Nuñez) o la de un secretario de juzgado que deja de poner a propósito el cargo de un escrito presentado por una parte (Creus, Soler).

Para que quede claro. No se está negando aquí la posibilidad de que la omisión de los funcionarios policiales que se analiza tenga receptación en el tipo de la omisión de los deberes de funcionarios público.

Lo que aquí se sostiene, es que un hecho ilícito de la magnitud del que nos ocupa mal se podría ver reflejado en toda su dimensión con la sola remisión a este tipo penal residual en lo que lo único que se está protegiendo es el normal desenvolvimiento de la administración.

Concretamente, en el supuesto de hecho bajo estudio concurren todos los elementos sustanciales del delito de omisión impropia del delito, más grave y específico, de lesiones.

Dichos elementos, como es sabido, son: 1. una situación generadora del deber de actuar; 2. la no realización de una acción que cumpla con ese deber; 3. la posibilidad física real de quien omite de haber realizado la acción mandada; 4. posición de garante; 5. un resultado y 6. una relación de imputación entre la omisión y el resultado.

Pues bien, la situación de peligro que obliga a actuar se puso de manifiesto en el mismo momento en el que V. , exaltado, comenzó a pegarle a la primera de las víctimas, las que se encontraban detenidas e indefensas.

La omisión es palmaria y se prolonga desde el primer golpe hasta que cesó la agresión.

Tanto el subinspector S. como el sargento V. tenían la posibilidad fáctica de interrumpir la agresión. En este sentido, corresponde aclarar que si bien la obligación de intervenir surge a partir del momento en que el agresor comenzó el ataque, podría haber resultado discutible la subsunción si se hubiera tratado de un solo golpe pues se podría suponer que, ante lo imprevisto de una situación de esa naturaleza, los funcionarios podrían no haber tenido capacidad física de reacción. Pero, como se ha visto en los considerandos precedentes, no es esto lo que sucedió en este caso. Por lo demás, cabe aclarar que fue la duda acerca de la presencia de este requisito

² Creus, Carlos; Delitos contra la Administración Pública; Astrea, Buenos Aires, 1981, p.207; en igual sentido, Nuñez, Ricardo; Tratado de Derecho Penal, Marcos Lerner Editora Córdoba, T. V, p. 78.

–el poder de hecho- lo que llevó a descartar la tipicidad de la conducta respecto del resto de los policías que acudieron al lugar.

Ambos funcionarios se encontraban en posición de garante pues el acto de ejercicio de poder del Estado consistente en la detención de una persona que presuntamente ha cometido un delito tiene, como sinalagma, la obligación de los funcionarios del Estado de protegerla de los procesos externos que pudieran afectar su integridad corporal.

El deber se redobla si, como ocurre en este caso, la forma en que se desarrolla el procedimiento de detención –esposando al sujeto con las manos por detrás y poniéndolo boca abajo- impide que el afectado pueda siquiera ejercer su propia defensa.

Este es, a mi juicio, el lugar sistemático que debe ocupar la infracción al deber que el Ministerio Público ha tratado encuadrar en el tipo de la omisión del art. 249 del C.P. Concretamente, en un caso en el que lo que se analiza son las lesiones infligidas por un particular en el contexto de un procedimiento de detención, la función del deber –violado- es el de dar fundamento, por consunción, a la posición de garantía de los funcionarios intervinientes.

El resultado también se encuentra presente: se trata de las lesiones graves y leves consignadas en los considerandos precedentes.

Y, por último, también concurre la relación de imputación, porque de haber intervenido oportunamente los funcionarios, el resultado lesiones no se habría producido.

En lo que se refiere al tipo subjetivo ninguna duda cabe acerca de que los funcionarios actuaron con dolo.

Es posible que lleve a confusión alguna de las expresiones utilizadas por el representante del Ministerio Público a la hora de alegar, en especial, cuando puso de manifiesto “que no había elementos para afirmar que la intención omisiva de los policías hubiese sido la de generar algún tipo de vejamen respecto los detenidos o algún tipo de tortura...en definitiva no encontraba una intencionalidad en los preventores en ese sentido, pero sí la de no actuar como los funcionarios públicos que eran...”, debido a que podría entenderse, tal como parece hacerlo alguna de las defensas, que lo que ha hecho el fiscal es descartar el dolo de un tipo de omisión.

Pues bien, lo que el Ministerio Público ha hecho es destacar la ausencia del tipo subjetivo de los delitos que menciona; respecto de los cuales, en esta sentencia se ha descartado, directamente, la posible subsunción en el tipo objetivo.

Volviendo, entonces, al tipo subjetivo del delito efectivamente cometido, cabe señalar que de los datos externos presentes en la causa se debe inferir que los policías sabían perfectamente que V. había comenzado a pegarle a los detenidos, que no lo estaban impidiendo y que podían hacerlo, que estaban en un procedimiento policial con personas esposadas e indefensas (esto es, las condiciones fácticas de las que deriva el deber de protección y la consecuente posición de garantía) y que de la golpiza podían derivarse lesiones.

Esto, en definitiva, es tener dolo.

Finalmente, no dejo de advertir que la elección de un tipo de omisión impropio -que, a mi juicio, es el único que aprehende la conducta desarrollada en toda su dimensión- podría dar lugar a alguna clase de cuestionamiento vinculado al principio de legalidad.

Al respecto, por resultar especialmente precisas, hago mías las reflexiones de Sancinetti que se transcriben a continuación:

“...La razón por la cual se puede tratar a tales *omisiones* conforme a verbos que en principio describen comportamientos *activos* no reside en aceptar para este caso un procedimiento *analógico*, como parece a primera vista, es decir, en violación al *principio nullum crimen sine lege*, bajo el aspecto de *lex stricta* (prohibición de analogía). Se trata, en lugar de ello, de la cuestión de *interpretación* de hasta qué punto un texto describe una acción, como matar, está referido también a la no evitación de la muerte para quien está obligado a evitar (matar, dejar morir). Dicho de otro modo: no está en juego la pura descripción de un suceso natural, sino la adscripción de una responsabilidad, según un criterio normativo. Ello se corresponde con la constatación, a la que ya se ha hecho mención, de que el *tipo del texto*, tal como resulta de una primera comprensión, ligada al lenguaje coloquial, tiene el alcance que en definitiva resulta del *tipo de la interpretación*.

Entonces, el elemento común entre acción y omisión es la *evitabilidad* del suceso, respecto de aquel que sea *competente* para evitarlo. Así como en la comisión no todo el que causa responde -porque es posible que el autor intervenga en el fenómeno poniendo una condición, pero sin tener que responder por condicionar el suceso (la posición de garante en los delitos de comisión, que decae por prohibición de regreso, por principio de confianza o por imputación a la víctima)-, así también en la omisión, lo determinante es la capacidad de evitar por parte *del encargado de evitar* (el competente, el garante), es decir, por aquel que debe velar por que no se produzca cierta situación...”

“...Principio de legalidad y cláusulas legales de conversión. No se trata, entonces, propiamente, de que los delitos impropios de omisión sean tipos no escritos, sino de cómo *interpretar un tipo* que sí está escrito. No es, por ende, que uno convierta una omisión en una acción, ni tampoco que en la interrupción de cursos causales salvadores se convierta a la acción (no causante) en una omisión (no evitante) y luego a ésta de nuevo en una acción (causante), etc. Se trata sólo de que el tipo de la interpretación alcanza a toda no evitación (por acción u omisión, por dolo o imprudencia) de todo garante obligado a evitar. El recelo a considerar que la omisión de un garante esté alcanzada por un verbo de causación de un delito doloso, que con frecuencia se manifiesta en doctrina y jurisprudencia argentinas, desaparece –por algún motivo no fundamentable racionalmente- cuando se trata de imputar al omitente un delito imprudente, en lugar de un delito doloso. Siguiendo con el ejemplo del homicidio, el médico que, por distracción, no suministra un medicamento urgente que, según la *lex artis*, de modo evidente salvaría la vida del paciente es hecho responsable sin más por homicidio imprudente, aún cuando la formulación del tipo del texto es equivalente a la del delito doloso causar una muerte (= matar). Cuando se quiere justificar este modo de proceder en usos de voces tales como por negligencia o por inobservancia de los deberes a su cargo, como si esto abriera una ventana especial para el ingreso de las omisiones en el tipo del texto, se desatiende a que la acción típica sigue siendo definida con un verbo de causación: causar una muerte (matar). Por ende, si la omisión no estuviera incluida en el matar a otro del art. 79 del Cód. Penal (homicidio doloso), tampoco estaría incluida en el causar una muerte del art. 84 del Cód. Penal (homicidio imprudente). Si, en cambio, se admite sin ningún cuestionamiento que la omisión imprudente está alcanzada por el art. 84 del Cód. Penal, entonces la omisión dolosa lo está por el art. 79 del Cód. Penal.

A pesar de que, según todo lo dicho, no es estrictamente necesario contar con una cláusula legal que habilite la conversión de una omisión en una acción, etc., sino que el sentido del texto admite la inclusión de omisiones en tanto el que no evita hubiera debido velar por la evitación (garante), en la segunda mitad del siglo XX se generalizó la idea de que sería conveniente la inclusión de una disposición legal que dejara en claro que los tipos penales activos son comisibles por omisión, si el omitente se halla en posición de garante. A esta idea responde la fórmula del párrafo 13 del Cód. Penal Alemán (StGB), introducida por la ley de reforma penal que entró en vigencia en 1975...”.

“...La legislación argentina carece de una cláusula de conversión expresa, pero ello no significa que los tipos penales de causación no puedan ser aplicados a las omisiones de garantes que debían evitar la producción del resultado respectivo. La pregunta de si sería deseable la inclusión de una cláusula de conversión en la parte general del Código Penal puede ser contestada por sí o por no con argumentos contrapuestos de política legislativa, p. ej., se puede tener en cuenta que la inclusión de una cláusula de esa índole en las legislaciones suele tener el efecto de aumentar los casos en que la jurisprudencia aplica efectivamente la doctrina de los delitos impropios de omisión. En mi opinión, el hecho de que muchos profesionales del derecho se resistan a tal doctrina o que entiendan que en todo caso se requeriría una cláusula legal de conversión, podría hacer preferible la inclusión de una fórmula tal en la ley, puesto que ello daría mayor seguridad o tranquilidad al aplicador del derecho; pero eso no demuestra que la inclusión sea estrictamente necesaria...”³.

Finalmente, resta por indicar que no concurren causales de justificación que permitan excluir la antijuridicidad de las acciones típicas examinadas, y que tampoco se presentan causales que permitan excluir la culpabilidad.

En consecuencia, las conductas imputadas son reprochables a los acusados.

7º) Que, en atención a los cuestionamientos de las defensas vinculados a la facultad del tribunal de modificar la calificación jurídica de los hechos atribuidos por el Ministerio Público Fiscal, corresponde realizar algunas precisiones respecto del alcance del principio de congruencia o de correlación entre la imputación y el fallo.

Ninguna duda cabe acerca de que “la sentencia debe basarse en los actos del debate que directa o indirectamente se conecten con el ámbito fáctico de la acusación. El objeto procesal, una vez concretado, domina la sentencia. De esta exigencia queda excluído el aspecto jurídico que la acusación debe contener. El encuadramiento legal de la hipótesis fáctica no puede omitirse por el acusador, pues se restringiría el ejercicio del derecho de defensa al impedir una integral contradicción; pero el conocimiento del derecho no tiene límites para el tribunal; en esa amplitud se fundamenta el

³ Sancinetti, Marcelo; Casos de Derecho Penal; , Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 3era. Edición, T 1, pp. 293/297.

fin general inmediatio de todo proceso judicial. *Iura curia novit* es máxima aceptada sin discusión en el derecho procesal”⁴.

El Código Procesal Penal de la Nación recepta expresamente la regla *iura novit curia* en el art. 401 cuando establece que: “En la sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves”.

Ésta, por consiguiente, es la regla indiscutible⁵ que rige desde siempre la cuestión y, por tanto, no hay nada de lo que las defensas puedan agravarse cuando el tribunal califica los mismos hechos de diferente modo que el fiscal.

Sin embargo, como un reaseguro para el derecho de defensa y, en particular, para que un cambio de calificación sorpresivo no alterara su correcto ejercicio, la doctrina comenzó a requerir que en aquellos supuestos en los que el tribunal hiciera uso de esa atribución, expresara con antelación la posibilidad del cambio de calificación⁶.

Luego, esta tendencia se trasladó al proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de 1988, elaborado por Julio Maier (y desde allí hacia otros códigos procesales latinoamericanos) el que regulaba la cuestión del siguiente modo: “art. 322 Sentencia y acusación...En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o del auto de apertura a juicio...empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación...si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica...”. A su vez, el procedimiento de advertencia tenía una consecuencia semejante a la prevista en el art. 381 del C.P.P.N: la defensa podía requerir la suspensión del debate para preparar su intervención (arts. 309 y 310 del proyecto).

Y terminó de consolidarse en el ámbito nacional, cuando la Corte Suprema, luego de haber precisado el alcance del principio de congruencia en *Sircovich* y *Antognazza* (Fallos: 330:4945) al establecer que la modificación será válida siempre que no implique una variación del hecho, fijó la regla según la cual los cambios de calificación no generan agravio constitucional siempre que no constituyan una subsunción sorpresiva que impida a la defensa la contraargumentación (cfr. *Ciuffo*, Fallos:330:5020)

⁴ Clariá Olmedo, Jorge; Tratado de Derecho Procesal, EDIAR, Buenos Aires, 1960, T.I, p. 509.

⁵ Cfr., a modo de ejemplo, la síntesis que efectúa el Procurador General de la doctrina pacífica de la Corte Suprema en el sentido aquí indicado, al dictaminar en *Sircovich*, Fallos CSJN 329:4635.

⁶ Cfr. Maier, Julio; Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2da. Edición, T. I, pp. 568/570.

A su vez, aunque pueda resultar discutible que se trate de un mero cambio de calificación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos receptó esta limitación a la regla *iura novit curia* al explicar en *Fermín Ramírez vs. Guatemala* (sentencia del 20 de junio de 2005) el procedimiento que debía seguir el tribunal para aplicar una calificación diferente: “Durante el primer día de debate, el Tribunal advirtió a las partes sobre la posibilidad de cambiar la calificación jurídica del delito, pero no especificó a qué delito pudiera dirigirse el cambio, lo cual no es irrelevante, en modo alguno, para el ejercicio de la defensa y la decisión judicial sobre la sanción aplicable”.

En consonancia con las pautas por la Corte Suprema y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos recién reseñadas, el tribunal, luego de escuchar la subsunción efectuada por el Ministerio Público Fiscal, le hizo saber, tal como consta en el acta, a las partes el posible cambio de calificación especificando cuál podía ser el tipo que en definitiva podía resultar de aplicación.

A su vez, en aras al derecho de defensa, se aplicó analógicamente el art. 381 del CPPN, en lo que se refiere a la posibilidad de la defensa de solicitar la suspensión del juicio para preparar su intervención, lo que efectivamente sucedió.

Por lo demás, atento la mención que se efectúa en el alegato respecto de la intimación prevista en el art. 298 del CPPN, cabe resaltar que la base fáctica se ha mantenido invariable desde las declaraciones indagatorias (a las que se remite) hasta la sentencia: siempre se imputó a V. la producción de las lesiones y los policías la omisión de actuar en un contexto en el que un civil la había emprendido a golpes contra personas detenidas que estaban bajo su custodia.

En estas condiciones, el cuestionamiento de la defensa no sólo resulta carente de sustento; resulta sencillamente incomprensible.

8°) Que a los efectos de establecer el monto de la pena a imponer, de acuerdo con las pautas que establecen los artículos 40 y 41 del Código Penal, tengo en cuenta que el marco punitivo para los delitos por los que se condena a los acusados va de uno a ocho años de prisión.

Dentro de este marco, y atendiendo a la magnitud del injusto cometido valoro de modo especialmente desfavorable la acción desarrollada por V. pues pocas conductas pueden resultar más graves que pegarle a personas que no se pueden defender.

Si bien esta reflexión me conduciría a imponer una pena que se encuentre por lo menos en el medio de la escala aplicable, no puedo dejar de valorar las condiciones personales del autor.

En este sentido, nos encontramos ante una persona con un favorable informe socio ambiental que no registra antecedentes penales, lo que me persuade de imponer una pena que admita la ejecución condicional.

En virtud de lo expuesto considero justo imponer a Francisco V. una pena de tres años de prisión.

Las mismas consideraciones corresponde formular respecto del injusto en relación a H. S. y M. V., con la distinción de que resulta menos grave la conducta de aquél que omite respecto del ejecutor directo pues este último tiene un mayor poder de decisión acerca de la forma en que se desarrolla la conducta delictiva.

Esto, por consiguiente, debe verse reflejado en el monto menor de la pena de prisión a aplicar. Ello, además, encuentra correlato en el correcto informe socio ambiental que presentan.

Como contrapartida debe valorarse que estos acusados cometieron el delito ejerciendo indebidamente un cargo público, lo que justifica una pena de inhabilitación para ejercerlo.

Sobre esta base estimo justo imponer a H. S. y a M. A. V. a la pena de un año y seis meses de prisión, y un año y seis meses de inhabilitación especial para ejercer la función policial.

En lo que se refiere a la modalidad de cumplimiento de la pena de prisión, entiendo que debe ser de ejecución condicional puesto que ésta resulta acorde con las exigencias del artículo 26 del Código Penal y se evita así desocializar a los condenados, sin que por ello la pena impuesta deje de operar como una advertencia –prevención especial negativa– para aventar una eventual nueva recaída en el delito.

Asimismo, y en razón de ello, resulta pertinente que los nombrados cumplan, en el caso de V. por el plazo de tres años, y en el de S. y V., por el de dos años, con la obligación de fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados que por domicilio corresponda, según la frecuencia que allí se le indique.

Por último, corresponde efectuar una breve reflexión respecto del mayor monto de pena –en comparación con el requerido por el fiscal– que se propone imponer a F. V. (las penas que se propone aplicar a S. y V. constituyen una derivación del cambio de calificación).

En este sentido, si bien no dejo de advertir que se trata de una cuestión que ha comenzado a resultar controversial, entiendo que la imposición de una pena constituye una facultad exclusiva del Poder Judicial (art. 116 de la Constitución Nacional) que sólo tiene como límite la reglamentación que al respecto formule el Poder Legislativo (arts. 40 y 41 del Código Penal y 399 y 431 bis *–a contrario sensu*, puesto que en este supuesto sí se establece como máximo de pena la que surge del acuerdo- del CPPN).

Por lo demás, debo dejar asentado que la Corte Suprema no se ha expedido en sentido contrario a lo que considero una atribución propia del Poder Judicial, en tanto que la jurisprudencia que estima que el límite de la pena viene impuesto por el requerimiento de la acusación, constituye, al menos por el momento, la doctrina minoritaria de ese Alto Tribunal (cfr. *Amodio*, Fallos:330:2658).

9°) Que, por la forma en que se resuelve, resulta pertinente imponer las costas a los acusados (arts. 29, inc. 3° y 403, 530 y 531 del C.P.P.N.).

En consecuencia, corresponde que:

a) Se condene a F. V. a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, como autor del delito de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones; con costas (arts. 26, 29, inc. 3°, 55, 89 y 90 del Código Penal y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

b) Se imponga a F. V., por el término de tres años, la obligación de fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados que corresponda a su domicilio, según la frecuencia que allí se le indique (art. 27 bis, inciso 1°, del Código Penal).

c) Se condene a M. A. V. a la pena de un año y seis meses de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y un año y seis meses de inhabilitación especial para ejercer la función policial, como autor, por omisión, del delito de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones; con costas (arts. 20 bis, 26, 29, inciso 3°, 55, 89 y 90 del Código Penal, y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

d) Se imponga a M. A. V., por el término de dos años, la obligación de fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados que corresponda a su domicilio, según la frecuencia que allí se le indique (art. 27 bis, inciso 1°, del Código Penal).

e) Se condene a H. M. S. a la pena de un año y seis meses de

prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y un año y seis meses de inhabilitación especial para ejercer la función policial, como autor, por omisión, del delito de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones; con costas (arts. 20 bis, 26, 29, inciso 3°, 55, 89 y 90 del Código Penal, y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

f) Se imponga a H. M. S., por el término de dos años, la obligación de fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados que corresponda a su domicilio, según la frecuencia que allí se le indique (art. 27 bis, inciso 1°, del Código Penal).

g) Se absuelva a C. G. M., C. R. V. y G. C. N. del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público por el que fueron acusados; sin costas (arts. 3 y 530 del Código Procesal Penal de la Nación).

h) Se difiera la regulación de los honorarios de los abogados David González, Alejandro Zaiden, Federico Hierro, Fabián Marcelo Oviden y Liliana Martiello hasta tanto acompañen el bono nominativo previsto en el artículo 51, inciso d), de la ley 23.187 y denuncien sus Claves Únicas de Identificación Tributaria.

Así voto.

Los Jueces Gustavo Pablo Valle y Juan Facundo Giudice Bravo dijeron:

Que adherían al voto que antecede.

En razón de ello, el Tribunal **RESUELVE:**

I. CONDENAR a F. V. a la pena de **tres años de prisión**, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, como autor del delito de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones; con costas (arts. 26, 29, inc. 3°, 55, 89 y 90 del Código Penal y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. Imponer a F. V. , por el término de tres años, la obligación de fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados que corresponda a su domicilio, según la frecuencia que allí se le indique (art. 27 bis, inciso 1°, del Código Penal).

III. CONDENAR a M. A. V. a la pena de **un año y seis meses de prisión**, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y **un año y seis meses de inhabilitación especial para ejercer la función policial**, como autor, por omisión, del delito de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones; con costas (arts. 20 bis, 26, 29, inciso 3°, 55, 89

y 90 del Código Penal, y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV. Imponer a M. A. V., por el término de dos años, la obligación de fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados que corresponda a su domicilio, según la frecuencia que allí se le indique (art. 27 bis, inciso 1º, del Código Penal).

V. CONDENAR a **H. M. S.** a la pena de **un año y seis meses de prisión**, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y **un año y seis meses de inhabilitación especial para ejercer la función policial**, como autor, por omisión, del delito de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones; con costas (arts. 20 bis, 26, 29, inciso 3º, 55, 89 y 90 del Código Penal, y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

VI. Imponer a H. M. S., por el término de dos años, la obligación de fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados que corresponda a su domicilio, según la frecuencia que allí se le indique (art. 27 bis, inciso 1º, del Código Penal).

VII. ABSOLVER a **C. G. M., C. R. V. y G. C. N.** del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público por el que fueron acusados; sin costas (arts. 3 y 530 del Código Procesal Penal de la Nación).

VIII. Diferir la regulación de los honorarios de los abogados David González, Alejandro Zaiden, Federico Hierro, Fabián Marcelo Oviden y Liliana Martiello hasta tanto acompañen el bono nominativo previsto en el artículo 51, inciso d), de la ley 23.187 y denuncien sus Claves Únicas de Identificación Tributaria.

Regístrese, cúmplase y, oportunamente archívese, quedando las partes notificadas con la lectura de la presente.

DANIEL MORIN

Juez

GUSTAVO PABLO VALLE JUAN FACUNDO GIUDICE BRAVO

Juez

Juez

Ante mí:

CAROLINA INÉS PAGLIANO

Secretaria

Nota: para dejar constancia que en el día de la fecha se constituyó el tribunal en la sala de audiencias para que el presidente diese lectura a los presentes fundamentos.

Secretaría, 18 de agosto de 2010.

CAROLINA INÉS PAGLIANO

Secretaria