

Suprema Corte:

I

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso de su especialidad interpuesto por el representante de este Ministerio Público contra la resolución que confirmó la declaración de incompetencia parcial de la jurisdicción federal de Salta para entender en estas actuaciones, al considerar que los hechos comprendidos en esa decisión no son delitos de lesa humanidad.

Según se desprende de la sentencia del *a quo*, esos hechos consistieron en la aplicación de tormentos en sede policial a varios empleados de la empresa “La Veloz del Norte”, entre diciembre de 1976 y enero de 1977, lo que habría ocurrido en el marco de una causa penal iniciada a raíz de la denuncia del propietario de la empresa, Marcos Jacobo Levín, referida a una presunta defraudación cometida por los detenidos; para apropiarse de dinero proveniente de la venta de pasajes (fs. 6 vta.).

Tanto el juez de instrucción como la cámara de apelaciones consideraron que los tormentos supuestamente infligidos a catorce de ellos no serían delitos de lesa humanidad, en tanto no habrían integrado el ataque generalizado y sistemático contra parte de la población civil que las fuerzas de seguridad estaban ejecutando por entonces, sino que se habrían cometido en el marco de la investigación de delitos comunes (fs. 7 y vta.).

Por el contrario, en el caso de Víctor Manuel Cobos entendieron que los tormentos que habría sufrido en las mismas circunstancias constituirían delito de lesa humanidad, ya que aquél no sólo era representante gremial en esa época y habría tenido diversos conflictos con Levín antes de su detención, sino que también, a diferencia de los otros empleados privados de su libertad, no habría sido luego

reincorporado a la empresa y en su familia hubieron varios perseguidos políticos durante el último gobierno militar (fs. 10).

En su recurso de casación, el representante de este Ministerio Público, de acuerdo con la sentencia del *a quo*, tachó de arbitraria la resolución de la cámara federal, dado que, por un lado, afirmó que carecía de fundamento el distinto temperamento adoptado respecto de la mayoría de las víctimas, en tanto ese tribunal admitió que ellas, al igual que Cobos, eran sindicalistas y empleados de la misma empresa, por lo que los hechos que las damnificaron también se relacionarían con el plan de represión ilegal elaborado por la junta militar. En cualquier caso, señaló que, según el artículo 7.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), la calidad de la víctima no es un elemento típico, por lo que no se la podía considerar como argumento para fundamentar la decisión impugnada. Y añadió que las dudas que genera el caso, de acuerdo con el estado actual de la investigación, deben ser dilucidadas en la jurisdicción federal, en pos de la mejor administración de justicia (fs. 3 vta./6).

Por su lado, el *a quo* fundó su decisión en que los hechos en cuestión “no revisten la característica de un ataque generalizado o sistemático, ni se advierte su pertenencia a una política estatal”. Por el contrario, según añadió, resultaron ajenos a “la política de represión llevada adelante por el último gobierno militar en nuestro país” y, en rigor, estuvieron “guiados por el interés personal de los intervinientes en la dilucidación de una presunta estafa cometida en perjuicio de la empresa de transportes denunciante” (fs. 9 vta.).

Además, descartó la invocada arbitrariedad al distinguirse el caso de Cobos, en cuanto consideró que su testimonio y las particulares circunstancias destacadas por la cámara federal “permiten entrever la posibilidad de que [...] los

actos contra él cometidos hayan obedecido a su participación en la vida política como delegado gremial y a su pertenencia a un grupo familiar políticamente cuestionado, extremos éstos que deberán ser debidamente acreditados y minuciosamente analizados durante el debate oral y público” (fs. 10 y vta.).

En su voto disidente, la juez Ana María Figueroa señaló que (i) todos los detenidos, al ser interrogados bajo tortura en sede policial, fueron preguntados por la identidad de quienes asistían a las reuniones gremiales y su pertenencia a la agrupación “Montoneros”; (ii) según la prueba reunida hasta el momento, los imputados se habrían referido a los damnificados con diversos apelativos que los identificaban con el sindicato (“ahí están los sindicalistas fuleros de Tucumán”; “ahí están los picaritos sindicalistas de Tucumán”; “ahí vienen los sindicalistas tucumanos gatos”); (iii) uno de los imputados, José Antonio Grueso, habría confeccionado una lista de personas que la policía debía trasladar desde Tucumán a Salta para torturarlas, y entre ellas se encontraban los nombres de los damnificados, pues habrían tenido buenas relaciones con el gremio.

En suma, esa vocal sostuvo que la decisión de la cámara federal carecía de fundamentación adecuada, en la medida en que “una de las características de la actividad represiva estatal de aquella época fue la persecución de gremialistas opositores al gobierno militar, tal como se observa en el caso...”. Y que la calificación de los hechos es un aspecto que ha de ser materia de decisión en la sentencia que resuelva el debate, pues esta etapa procesal es la que permite un conocimiento pleno de la imputación (fs. 11/12).

Esos argumentos fueron ulteriormente desarrollados en el recurso federal interpuesto contra la sentencia del *a quo*, donde además se reiteró que ni la calidad de sindicalista de la víctima, ni la finalidad del agente de lograr su exclusión

de una empresa, como habría ocurrido en el caso de Cobos, son elementos típicos del delito previsto en el artículo 7.1 del ECPI, por lo que no pueden justificar la decisión cuestionada, la que resulta entonces arbitraria. Por otro lado, se invocó la doctrina de la gravedad institucional, al estar en riesgo, según el recurrente, el cumplimiento de la obligación internacional del Estado argentino de perseguir y sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad (fs. 14/24 vta.).

El *a quo* rechazó ese recurso tras afirmar que sólo trasuntaba la disconformidad con lo resuelto, sin haberse demostrado la arbitrariedad invocada (fs. 17/18), por lo que el señor Fiscal General dedujo la presente queja, en la que insistió con su agravio y recordó que, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte que citó en su apoyo, la denegación del fuero federal es equiparable a sentencia definitiva (fs. 31/34 vta.).

II

Tal como señaló el recurrente, V.E. ha establecido que si bien los pronunciamientos que resuelven cuestiones de competencia no autorizan, en principio, la apertura de la instancia del artículo 14 de la Ley 48, en tanto no constituyen sentencia definitiva, cabe hacer excepción a tal principio cuando comportan denegatoria del fuero federal (Fallos: 306:2101; 311:1232; 323:2329; 329:2280), tal como ocurre en el *sub examine*.

Además, el recurso extraordinario debe ser declarado formalmente admisible pues, aun cuando la cuestión planteada pudiera ser considerada de hecho, prueba y derecho común, regularmente ajena a esta instancia, ello no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos que constituyen una excepción a esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso, que también amparan a este

Ministerio Público Fiscal (Fallos: 199:617; 299:17; 307:2483 y 308:1557), al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 295:316; 298:21; 300:712; 305:373; 320:2597; 325:1731; 327:2273; 331:1090 y sus citas).

Pienso que el presente es uno de esos casos, desde que en la sentencia impugnada no se ha dado un adecuado tratamiento a la controversia de acuerdo a las constancias de la causa, y la decisión se apoya en afirmaciones dogmáticas que le otorgan una fundamentación sólo aparente.

Tampoco puedo desconocer que al plantear esa arbitrariedad el recurrente objetó la interpretación de una norma del “derecho de gentes”, tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución, y la decisión ha sido contraria a su pretensión, por lo que queda así configurada la cuestión federal (artículo 14, inciso 3, de la Ley 48).

En efecto, se discute en autos acerca de cuáles son los elementos típicos de los delitos de lesa humanidad, los cuales, ya al momento de los hechos, formaban parte del derecho internacional como normas de *ius cogens*, más allá del nivel de positivización que ellas han alcanzado hoy en día. Es que la codificación penal actual del tipo en el ECPY y la jurisprudencia internacional en constante crecimiento, son el producto de una evolución histórica que comienza al menos después de la segunda guerra mundial y que, de acuerdo con consolidada doctrina del Tribunal, configuró la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario vinculantes para nuestro país (Fallos: 327:3312, 328:2056, 330:3074 y 330:3248).

Desde esa perspectiva, entonces, la consideración del estado actual de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tipo de delitos de lesa humanidad previsto en el ECPI no puede causarle agravio alguno a los imputados (Fallos: 330:3074).

III

La mayoría del tribunal *a quo* afirmó que la ajenidad de los hechos en cuestión con respecto al ataque que se estaba ejecutando en ese entonces surgía “de las diversas probanzas reunidas durante la instrucción...” (fs. 9 vta.), sin referirse específicamente al valor que adquieren, en su opinión, las señaladas en el recurso de casación y en el voto disidente de la juez Figueroa, según lo explicado *supra*, punto I, ni brindar los motivos por los cuales esa prueba, contrariamente a lo sostenido por el representante de este Ministerio Público, no aporta indicios suficientes ni siquiera para suscitar la duda, y en consecuencia considerar necesaria la profundización de la investigación, acerca de la hipótesis formulada por esa parte, es decir, que los tormentos infligidos no sólo a Cobos, sino también al resto de los detenidos estaban vinculados con el ataque.

En ese sentido, es conveniente recordar que de la prueba aludida, según se desprende de la sentencia del *a quo*, derivan indicios de que las víctimas no sólo fueron detenidas y torturadas por su presunta responsabilidad en la defraudación denunciada, sino también por su conocimiento de la actividad gremial referida al trabajo que desempeñaban, o bien por sus vínculos con el respectivo sindicato (cf. *supra*, punto I).

Por lo tanto, el *a quo* no podía, sin incurrir en arbitrariedad, resolver que sólo la investigación del caso de Cobos debía seguir tramitando en el fuero federal, ante la posibilidad de que los tormentos sufridos por las otras víctimas también hubieran estado dirigidos a la obtención de información relevante para los

objetivos del plan de represión ilegal elaborado por la junta de gobierno. O por lo menos no podía hacerlo sin fundamentar por qué la prueba citada por el recurrente y valorada en el voto en disidencia, ya citado, debe considerarse totalmente refutada por la otra colectada en la causa, a punto tal de poder asegurar, a pesar del incipiente estado de la investigación, que la hipótesis de la acusación debe ser desechada sin más.

En conclusión, entiendo que el recurso federal es procedente a ese respecto.

IV

Por otro lado, considero que también acierta el recurrente al cuestionar la interpretación del *a quo* acerca de los elementos típicos de los delitos de lesa humanidad:

De acuerdo a lo ya expuesto (cf. *supra*, punto I), se confirmó la decisión de la cámara federal con base en que los tormentos que habrían sido aplicados a la mayoría de las víctimas no formaron parte del plan de represión estatal que se estaba ejecutando en ese entonces, en la medida en que se cometieron en el marco de la investigación de una presunta defraudación, y el único objetivo de los imputados habría sido el de dilucidar el caso.

Sin embargo, ese argumento desconoce doctrina reciente acerca del criterio decisivo para establecer el vínculo o nexo entre el delito individual y el ataque generalizado o sistemático que determinaría su calificación como delito de lesa humanidad, que llevaría a la adopción de una decisión contraria.

En efecto, en la misma línea de los fundamentos brindados por esta Procuración General en el dictamen del caso “Derecho” (Fallos: 330:3074), se ha explicado, en primer lugar, que la razón por la cual se considera a los delitos de lesa

humanidad como crímenes internacionales no es sólo su extrema gravedad, sino también la intervención en ellos de las autoridades estatales o su incapacidad para reprimirlos. Por eso, según la misma opinión, esos delitos son concebidos como violaciones sumamente graves de los derechos humanos cometidas por el Estado, o bien por organizaciones no estatales que suelen contar con su aquiescencia o su imposibilidad de detenerlas (Cf. Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II: *The Crimes and Sentencing*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pág. 56).

En el mismo sentido, se ha afirmado que el llamado “elemento de contexto”, es decir, el ataque generalizado o sistemático contra la población civil al que debe vincularse el delito de lesa humanidad, es lo que lo distingue de la misma conducta cometida de forma aislada o aleatoria, porque aumenta su peligrosidad. Dicho por medio de un ejemplo, la tortura cometida como parte de un ataque de tales características es más grave que aquella cometida de forma aislada o aleatoria porque sus responsables están normalmente fuera del alcance de la justicia penal, lo que incrementa la vulnerabilidad de las víctimas. “Las acciones colectivas toleradas o apoyadas por la política oficial o las autoridades –se ha sostenido– contribuyen a superar las inhibiciones naturales, y, más aún, no sólo incrementan la peligrosidad del autor, sino que cada participante en el ataque también brinda un aporte a su realización, por lo que ayuda a generar la atmósfera y el ambiente para los crímenes de otros” (Ambos, *ibídem*).

Definida de esa forma la *ratio* de los delitos de lesa humanidad, se ha considerado que de ella puede derivarse una definición más precisa del vínculo entre el comportamiento delictivo y el ataque, respecto de la brindada en el Estatuto de Roma y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la

ex Yugoslavia y Ruanda, donde se habría señalado que “es suficiente demostrar que el acto se realizó en el contexto de una acumulación de acciones de violencia que, individualmente, pueden variar mucho en cuanto a su naturaleza y gravedad” (Ambos, *ob. cit.*, pág. 76).

Es que si la razón para atribuir mayor gravedad a los delitos de lesa humanidad y, en consecuencia, considerarlos crímenes internacionales, es el incremento de la peligrosidad de la conducta delictiva, o bien la mayor vulnerabilidad de la víctima ante la imposibilidad de recibir protección estatal, entonces un delito debe ser considerado como tal cuando es cometido en el contexto de un ataque generalizado o sistemático y produce ese efecto. En otras palabras, “el riesgo específico para la víctima de una agresión puede aumentar debido a que ella no tiene la posibilidad de pedir ayuda a la policía, justamente porque el acto criminal es parte de un ataque más amplio dirigido por el Estado [*state-directed attack*]. Si la víctima es asesinada en el curso de esa agresión, el asesinato es parte del ataque. Por el contrario, una persona asesinada en el curso de un robo ordinario no sería víctima de un delito de lesa humanidad si la policía hubiera tenido la voluntad de protegerla. Por lo tanto, un test adecuado para determinar si un cierto acto fue parte de un ataque es analizar si habría sido menos peligroso para la víctima en caso que ese ataque y la política en la que se basó no hubieran existido” (Ambos, *ibídem*).

Ese criterio parece más adecuado que el propugnado por el *a quo*, según lo entiendo, porque brinda amparo a las víctimas de delitos gravísimos cometidos en contextos donde ellas fueron dejadas a merced de sus victimarios por parte del Estado, el cual, como habría ocurrido en el caso *sub examine*, por lo menos omitió observar su más elemental obligación para con sus ciudadanos, es decir, la de protegerlos contra agresiones a su libertad y su integridad física.

Por el contrario, esas víctimas quedarían desamparadas, y se les brindaría un trato injustificadamente desigual si, de acuerdo con el criterio que, a mi modo de ver, se desprende de la sentencia impugnada, no se calificaran como delitos de lesa humanidad las conductas que, si bien podrían subsumirse en alguno de los supuestos previstos en las letras “a” a “k” del artículo 7.1 del ECPI, no constituyeran actos ejecutivos del plan de ataque, pero generaran el mismo efecto que ellos, es decir, el aumento de la vulnerabilidad del agredido ante la imposibilidad de pedir ayuda a las autoridades.

Además, como se ha dicho, los delitos cometidos en ese contexto y tolerados por el Estado contribuyen, objetivamente, a reforzar las condiciones suficientes para la consumación del ataque, por lo que también desde este punto de vista debe entenderse que están vinculados a él.

Por último, advierto una contradicción entre lo afirmado por el *a quo* en lo que se refiere al elemento subjetivo de los delitos de lesa humanidad y lo sostenido a ese respecto por la Corte Penal Internacional y la doctrina.

Según surge de la sentencia impugnada, los hechos en cuestión no serían delitos de lesa humanidad porque habrían estado “guiados por el interés personal de los intervinientes en la dilucidación de una presunta estafa cometida en perjuicio de la empresa de transportes denunciante” (fs. 9 vta.).

Sin embargo, la Corte Penal Internacional tuvo ocasión de explicar que el elemento subjetivo requerido por el artículo 7.1 del ECPI, es decir, el conocimiento de que el crimen en particular se comete como parte del ataque, no debe ser interpretado como la intención de que ello sea así (considerando 1125 de la sentencia de culpabilidad dictada por la Sala de Primera Instancia II en el caso *The Prosecutor v. Germain Katanga*, n° ICC-01/04-01/07, el 7 de marzo de 2014).

A lo que la doctrina añadió que basta con que el agente sepa que existe el riesgo de que su conducta pueda ser considerada objetivamente como parte de un ataque más amplio o, dicho de otro modo, que sea consciente de que su conducta puede estar relacionada con un ataque que incrementa su peligrosidad para las víctimas o la convierte en una contribución a los crímenes de otros (Ambos, *ob. cit. ult.*, págs. 70 y 78).

En conclusión, estimo que la sentencia del *a quo* debería ser revocada en cuanto al punto aquí analizado, a fin de que se dicte otra que tenga en cuenta las consideraciones previamente desarrolladas.

V

Por todo ello, y los demás argumentos y conclusiones expuestos por el señor Fiscal General, mantengo la presente queja.

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2015.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


MARIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación