

“Somohano, Gastón Javier y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”

S.C. S. 15; L. XLIV.-

Suprema Corte:

—I—

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió no hacer lugar a los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos contra la sentencia por la que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 condenó a Gastón Javier Somohano, Alfredo Ricardo Fornasari y Gabriel Alejandro Barrionuevo como coautores penalmente responsables de los delitos de tortura seguida de muerte, privación abusiva de la libertad y torturas reiteradas –dos hechos–, y a Luis Emilio Funes y Luis Antonio Gutiérrez como coautores de los delitos de omisión de evitar torturas en concurso real con privación abusiva de la libertad, y les impuso las penas de reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua al primero, prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua a los dos siguientes, y cinco años de prisión e inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos y para tener y portar armas a los restantes.

Para así decidir el *a quo* coincidió con la valoración del tribunal del juicio y tuvo por probado que el 14 de septiembre de 2002, entre las 05:40 y las 06:00 horas, en la intersección de avenida Cruz y La Constancia, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los nombrados, funcionarios de la Policía Federal Argentina, junto con otros cuatro agentes de esa institución, privaron de la libertad a Enrique Ezequiel Demonty, Julio Ismael Paz y Claudio Maciel, sin las formalidades prescriptas por ley y con abuso de sus funciones, para luego trasladarlos en tres vehículos hasta las proximidades del puente Uriburu del Riachuelo, donde Somohano, Fornasari y Barrionuevo, ante la vista de los demás agentes y exhibiéndoles un arma de fuego, los obligaron a arrojarse al agua y nadar hacia la otra orilla, ubicada a cuarenta y cinco metros de distancia, bajo la amenaza de recibir un disparo en la cabeza en caso contrario, oportunidad en que Demonty se sumergió y murió asfixiado, mientras que Maciel logró cruzar y Paz evitó hacerlo tomándose de unas plantas y ocultándose hasta que los acusados se retiraron.

Contra ese pronunciamiento, las defensas de Fornasari, Somohano, Funes y Gutiérrez interpusieron el recurso previsto en el artículo 14 de la ley 48 (fs. 4300/12, 4313/78, 4383/94), mientras que la asistencia letrada de Barrionuevo fundó en

derecho el que éste dedujo *in pauperis* (fs. 4409/28). Todos fueron concedidos a fs. 4432/33.

–II–

En su escrito de apelación extraordinaria, el defensor de Fornasari alegó la afectación de la garantía contra la autoincriminación. Al respecto, refirió que en la etapa de instrucción el representante del Ministerio Público Fiscal recibió declaración testimonial a Luis Emilio Funes a pesar de que ya se contaba en la causa con los elementos de prueba que fundaron el posterior pedido de declaración indagatoria, y sin haberle advertido en momento oportuno la posibilidad de que formulara expresiones que lo incriminaran, lo que –según su opinión– ocurrió.

Además, adujo que el pronunciamiento apelado no trató planteos de esa defensa.

Puntualizó que el *a quo* omitió analizar el cuestionamiento que se formuló a la relación causal entre la conducta atribuida a los acusados y el deceso de Demonty. En ese sentido, expresó que a partir de comentarios que Paz y Maciel hicieron a familiares de aquél, en punto a que personas a las que contactaron inmediatamente después de salir del agua les manifestaron que vieron caminar a un joven de similares características físicas, con sus ropas mojadas, lo que, a su modo de ver, permitiría sostener que murió en otro momento y lugar, por razones no determinadas, y aventuró que pudo haber sido en un intento por regresar a nado a la otra orilla desde la que fue arrojado.

Agregó que tampoco recibió respuesta el planteo tocante a la distancia entre el lugar en que Demonty fue arrojado al río y el lugar en que fue encontrado su cuerpo, la que calculó entre dos mil quinientos y tres mil metros, y consideró increíble que el cuerpo hubiera efectuado ese recorrido en el Riachuelo, teniendo en cuenta sus accidentes naturales y la cantidad de basura que presenta, a tal punto que la búsqueda que llevó a cabo personal de Prefectura Naval Argentina se extendió sólo hasta mil metros a un lado y otro del lugar del hecho.

Adujo, asimismo, que la prueba en que se fundó la sentencia de condena no permite atribuir a Fornasari la coautoría de los hechos objeto de la causa. En ese sentido, cuestionó que se lo identificara con el policía gangoso que las víctimas señalaron como uno de los que los obligaron a bajar la barranca y arrojarse al

“Somohano, Gastón Javier y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”

S.C. S. 15; L. XLIV.-

Riachuelo, por cuanto no tiene ese modo de hablar; y dijo que no existen elementos para tener por acreditado que llegó hasta la orilla junto a los tres jóvenes.

Por último, invocó la tacha de arbitrariedad frente al rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, a la que consideró contraria al espíritu del artículo 18 de la Constitución Nacional y al criterio de la Corte en el pronunciamiento de 4 de julio de 2006 en el caso que citó como “Giménez Ibáñez, A. G.”—cabe asumir que se refirió al pronunciamiento en los autos G. 239, L. XL, “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional”, publicado en Fallos: 329:2440—.

Por su parte, la defensa de Somohano postuló la inconstitucionalidad de la pena de reclusión perpetua prevista en el artículo 144 *ter*, inciso segundo, del Código Penal.

En ese sentido, la calificó de “fija” o “absoluta”, y sostuvo que por esa cualidad resulta violatoria del principio de igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional, del que derivó la obligación de que la sanción sea determinada, en su naturaleza y medida, con referencia a las características específicas del caso concreto y mediante una valoración equitativa. Agregó que además afecta el principio de proporcionalidad entre la ofensa cometida y la pena, y el principio de culpabilidad, que impone la correspondencia entre la de la sanción y el reproche que se formula. Asimismo, refirió que resulta contraria a la finalidad de prevención especial de la pena privativa de la libertad, conforme se encuentra establecido en el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Finalmente, la catalogó como una pena cruel, inhumana y degradante, por cuanto no tiene fin sino con la muerte del condenado, y dijo que la posibilidad de obtener la libertad condicional y la de gozar del régimen de semilibertad no obstan a esa interpretación, desde que se trata de un plano de análisis distinto al que motiva su agravio, atinente a la regulación legal de la pena en abstracto.

En segundo lugar, objetó la inteligencia que el a quo hizo acerca del término “tortura” del artículo 144 *ter* del Código Penal, y dijo que ello suscita cuestión federal suficiente para habilitar la instancia del artículo 14 de la ley 48, por entender que el significado de ese concepto se encuentra establecido en el primer artículo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o

Degradantes (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), en el que se la define como todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales.

Al respecto, expresó que los actos inhumanos o degradantes no necesariamente constituyen tortura en los términos de la convención, pues ésta los distingue, y luego de analizar los hechos y circunstancias en que se fundó el pronunciamiento negó que las víctimas hayan padecido dolores o sufrimientos de entidad suficiente para incluirlos en esa segunda clase.

Agregó que tampoco se demostró que los actos atribuidos a su asistido hayan tenido alguna de las finalidades o motivaciones que prevé el artículo 1° de la citada convención internacional. Y señaló que los términos del pronunciamiento llevan a concluir que aquél no actuó en relación a la muerte de Demonty con el dolo directo exigido por la figura penal en cuestión, ni con el dolo eventual que le atribuyó el fallo, que al efecto se basó –a su modo de ver– en un criterio de actuación culposa según el cual los acusados “debieron representarse el resultado” de su accionar.

Sobre ese punto, agregó que la situación de las víctimas y las características del Riachuelo no permiten concluir que actuaron con dolo eventual, y adujo que la decisión apelada tampoco cuenta con fundamentación para sostener que el resultado no fue del interés de Somohano, ni para afirmar que en tales condiciones éste no pudo haber confiado en que no se produciría.

Añadió que el *a quo* no llevó a cabo una revisión suficiente de la sentencia de condena, de conformidad con los términos de la doctrina de la Corte en el pronunciamiento de Fallos: 328:3399, por cuanto no atendió a los elementos probatorios destacados por esa defensa, ni dio tratamiento a las consideraciones que formuló acerca de esa prueba, que el recurrente reiteró en esta instancia.

Por último, refirió que mediante afirmaciones dogmáticas y sin fundamentación suficiente el fallo descartó la afectación del principio de congruencia con motivo de la calificación de los hechos a tenor del artículo 144 *ter* del Código Penal. En ese sentido, expresó que en oportunidad de conocer de las impugnaciones contra el auto de procesamiento la cámara de apelaciones desechó la aplicación de aquella figura penal y fijó un marco fáctico compatible con la de

“Somohano, Gastón Javier y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”

S.C. S. 15; L. XLIV.-

vejaciones (artículo 144 *bis* del Código Penal), que difiere en grado con el anterior supuesto de hecho.

La defensa de Luis Emilio Funes y Luis Antonio Gutiérrez, por su parte, sostuvo que la decisión apelada es arbitraria desde que cuenta con afirmaciones dogmáticas que le otorgan una fundamentación sólo aparente.

La asistencia técnica de Gabriel Alejandro Barrionuevo también apoyó el recurso extraordinario en esa tacha, por considerar que contiene una fundamentación sólo aparente y una errónea apreciación de los hechos del caso, a los que, en su opinión, no es factible calificar como “torturas” debido a la corta duración que tuvieron.

Agregó que el *a quo* se limitó a reiterar los términos del voto mayoritario del tribunal del juicio, omitiendo de esa manera llevar a cabo un examen de la condena de conformidad con el criterio de la Corte en el citado pronunciamiento de Fallos: 328:3399.

Por otra parte, insistió en postular la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, por considerar que es contraria el principio de culpabilidad, y al fin de reinserción social que tiene la pena privativa de la libertad de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Añadió que también resulta lesiva de la dignidad y de la intangibilidad del ser humano, desde que tiende a neutralizar a la persona y le genera graves trastornos de personalidad, constituyéndose así en una pena cruel e infamante.

–III–

En mi opinión, el planteo de la defensa de Fornasari vinculado con la declaración testimonial prestada por Funes no puede prosperar, por cuanto no se rebaten los argumentos del *a quo* en términos que satisfagan el requisito de fundamentación autónoma a que se refiere el artículo 15 de la ley 48 (326:2575; 331:563).

Así lo pienso, pues advierto que se limita a reiterar dogmáticamente las objeciones formuladas en las instancias anteriores sin ocuparse de realizar una crítica concreta y razonada del fallo apelado, en el que, para desechar el planteo, se tuvo en consideración, por un lado, que la declaración testimonial fue interrumpida en el

instante en que se consideró que aquél podía llegar a autoincriminarse teniendo en cuenta que, de acuerdo con la versión que brindó hasta ese punto, ignoraba las razones de la detención de los jóvenes y el destino al que serían trasladados, y se retiró de allí después de que fueron bajados de los móviles, desconociendo que procederían con ellos del modo en que lo hicieron-. Por otra parte, también consideró el *a quo* acerca del punto que ninguna de las expresiones que emitió en esa oportunidad fueron tenidas en cuenta luego tanto en la imputación que se formuló en su contra como en las sucesivas decisiones que se tomaron a su respecto, ni en relación a los restantes coimputados.

En ese sentido cabe señalar, conforme sostuvo el *a quo* y refirió también el propio recurrente, que la solicitud de declaración indagatoria de Funes se fundó en prueba con que ya se contaba en la causa, sin que el apelante se haya hecho cargo de indicar cuál información ingresó a la causa exclusivamente por las manifestaciones pronunciadas en aquella anterior declaración, y en cuál decisión y de qué modo habrían sido utilizadas.

Estimo pertinente destacar, al respecto, que si bien en el auto de procesamiento se hizo mención a dicha declaración, sólo lo fue como parte de una reseña efectuada en el marco de la exposición que el magistrado hizo de los diversos actos e informes incorporados a la causa hasta ese momento, y que incluyó por consiguiente las declaraciones de los demás imputados, mas fue expresamente excluida del apartado correspondiente a la valoración de la prueba.

-IV-

Por otro lado, según tiene establecido el Tribunal, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio (Fallos 288:325; 290:83; 312:122, 435, 496 y 1437; 314:407; 316:2624; 317:44; 322:1349), ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 314:424 y sus citas; 319:178, entre otros).

“Somohano, Gastón Javier y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”

S.C. S. 15; L. XLIV.-

Una declaración de tal gravedad impone a quien la pretende, según lo indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (Fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899; 328:1416).

A mi modo de ver, los cuestionamientos que las defensas de Somohano y Fornasari plantearon respecto de las penas de reclusión y prisión perpetuas previstas en el artículo 144 *ter*, apartado 2º, del Código Penal no pueden prosperar, desde que no se ocuparon de realizar una crítica concreta y razonada de todos los fundamentos con que el *a quo* afirmó la validez de esas sanciones, a cuyo efecto reprodujo parcialmente sus pronunciamientos en los autos “Rojas, César Amilcar s/ recurso de inconstitucionalidad” y “Velaztiqui, Juan De Dios s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, de 30 de noviembre de 1998 y 17 de febrero de 2004, respectivamente, en los que consideró que aquella disposición legal no afecta al principio de igualdad porque no establece diferentes respuestas para idénticas conductas, y sostuvo que el legislador se encuentra facultado a determinar una pena fija para las acciones que resulten ajustadas a la misma figura penal.

Asimismo, invocó la sentencia de la Corte publicada en Fallos: 328:4343, en cuanto se expresó “Que, por regla general, cuando se trata de homicidios agravados cometidos por mayores, la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua” (considerando 13º).

Además, el *a quo* tuvo en cuenta que el recurrente no demostró que la pena careciese de la debida proporción con la conducta prohibida por aquella norma, ni que resultara desproporcionada respecto del grado de reproche que en el caso se atribuyó a su defendido.

Tampoco tuvo acogida el argumento atinente a la finalidad de la pena de prisión, por cuanto el pronunciamiento negó que el encierro fuera efectivamente perpetuo debido a la posibilidad de obtener la libertad condicional al cumplir veinte años de la condena, y destacó que los instrumentos internacionales sobre derechos

humanos incorporados a la Constitución Nacional no se oponen, expresa ni implícitamente, a la aplicación de esa sanción a quienes fueren mayores de dieciocho años al momento de perpetrar el delito, ni sus normas obstan a reconocer otras finalidades en el ejercicio del *ius puniendi* además de la reforma y la readaptación social del condenado.

Frente a ello, la defensa de Somohano se limitó a reiterar y desarrollar las líneas argumentales enunciadas por la anterior asistencia técnica en el recurso de casación, sin hacerse cargo de refutar todos y cada uno de los fundamentos del fallo impugnado.

También se omitió cumplir con esa exigencia en el escrito del recurso extraordinario deducido en favor de Fornasari, pues con relación a este tema sólo se invocó la decisión de V. E. publicada en Fallos: 329:2440, sin explicar mínimamente por qué resultarían aplicables al sub examine las consideraciones de dicho precedente a pesar de que en ese caso, a diferencia del presente, el acusado fue condenado a la pena de prisión perpetua con declaración de reincidencia, y su solicitud de libertad se basó en haber cumplido la pena que le había sido impuesta.

Por lo demás, advierto que en aquella decisión la Corte no sostuvo, conforme adujo el apelante, que “las penas perpetuas son contrarias al artículo 18 de la Constitución Nacional porque lesionan la intangibilidad de la persona humana en razón de que generan graves trastornos a la personalidad equiparables a tormentos” (fs. 4311 vta., primer párrafo). Salvo la mejor interpretación que de sus propias sentencias puede hacer el Tribunal, estimo pertinente destacar que el asunto debatido en ese caso consistió en determinar si existía una cuestión federal que hubiera debido ser tratada por el superior tribunal provincial previamente a la intervención de V. E., y sólo con carácter de *obiter dictum* se juzgó acertado el planteo según el cual la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana –ese adverbio de modo, que tendría explicación en las referidas circunstancias de aquella causa, no fue incluido en el escrito del recurso extraordinario–.

Pienso que tampoco cabe sostener, como pretende la defensa de Somohano a partir del mismo precedente y de la doctrina que citó, que el límite del encierro de un condenado a prisión perpetua deba ser necesariamente inferior al de quien,

“Somohano, Gastón Javier y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”

S.C. S. 15; L. XLIV.-

además, fue declarado reincidente. Así lo entiendo pues, aunque se admitiera que -- de acuerdo con la interpretación que el apelante hace de aquel obiter-- la reincidencia no podría constituir un obstáculo a la obtención de la libertad una vez agotada la sanción, ello no implicaría la consiguiente reducción de la pena de quienes no recibieren tal declaración, y el apelante no brinda otros argumentos que conduzcan a esa conclusión.

En tales condiciones, estimo que las impugnaciones carecen, en este aspecto, de la fundamentación necesaria para demostrar la afectación constitucional que alegan y justificar el ejercicio de la función que la Corte ha calificado como la más delicada que se le ha encomendado (Fallos: 308:759; 317:1076; 330:3400).

-V-

Por otro lado, estimo que la inteligencia que el *a quo* desarrolló acerca del artículo 144 *ter*, primer apartado, del Código Penal no da lugar a la configuración de una cuestión federal.

Así lo considero, por cuanto advierto que la interpretación de la figura allí contenida, en lo que ha sido objeto de cuestionamiento por la defensa de Somohano, no requiere del análisis de la definición del término “tortura” en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, desde que no existen discrepancias en este punto.

En efecto, de acuerdo con el análisis desarrollado por el *a quo*, en el ordenamiento penal nacional cabe entender por tortura la imposición de sufrimientos físicos o psíquicos graves, de una intensidad superior a las vejaciones, apremios y severidades también previstos en el código de fondo.

En mi opinión tal significación se ajusta, en este aspecto, a la definición del artículo primero de la citada convención, en cuanto establece que se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales. Y tampoco difiere del examen que el apelante hizo acerca de los elementos objetivos de esa descripción, entre los que destacó como característico al término “graves” (fs. 4343, último párrafo y fs. 4344, último párrafo).

La discrepancia se origina, a mi modo de ver, en lo tocante al aspecto subjetivo de la figura del artículo 144 *ter* del Código Penal, desde que esa defensa

sostuvo que debe estar conformado por los fines previstos en el primer apartado del artículo primero de la convención (fs. 4004/5 y fs. 4345/6), mientras que el *a quo* consideró que aquella disposición legal describe una actuación meramente dolosa, y no contiene otros elementos subjetivos (fs. 4276 vta., tercer párrafo).

Sin embargo, advierto que el planteo del apelante pasa por alto el segundo apartado del artículo que invocó, en el que se reconoce la potestad de los Estados parte de dar una definición más amplia del término “tortura” al establecer que “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”, lo que ocurre en el caso del artículo 144 *ter* del código sustantivo de acuerdo con el juicio del *a quo*.

En tales condiciones, estimo que las objeciones del recurrente constituyen, en definitiva, un mero disenso respecto de la inteligencia asignada a una norma de derecho común, materia propia de los jueces de la causa, en particular si el pronunciamiento cuenta con fundamentos suficientes que descartan la tacha de arbitrariedad, como a mi entender ocurre en el *sub lite*.

Esas consideraciones resultan también aplicables, a mi modo de ver, respecto del planteo por el que se postuló que el resultado de muerte comprendido en la figura agravada del artículo 144 *ter*, apartado segundo, del Código Penal, sólo puede ser atribuido a título de dolo directo, pues se sustenta en la mera invocación de la intención prevista en el artículo 1º de la citada convención –por lo demás, cabe señalar que esta última disposición alude únicamente a los actos de tortura, no a la muerte de la víctima–.

Sin perjuicio de ello, aprecio que el escrito del recurso extraordinario tampoco cuenta en este punto con la fundamentación exigida por el artículo 15 de la ley 48, desde que se omitió todo análisis del texto del artículo 144 *ter*, apartado segundo, del Código Penal, a cuyo efecto pudo haber resultado útil el examen desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia respecto del artículo 165 de ese ordenamiento de fondo, desde que presenta una fórmula similar.

S.C. S. 15; L. XLIV.-

–VI–

En cuanto a los restantes agravios expuestos por los recurrentes, aprecio que remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los jueces de la causa y ajena, como regla y por su naturaleza, a esta instancia extraordinaria, en particular si –como a mi entender ocurre en el *sub examine*– la decisión cuenta también en este aspecto con fundamentos suficientes que descartan la tacha de arbitrariedad (Fallos: 301:909; 319:1728).

En efecto, luego de exponer el significado de “tortura” con el alcance indicado en el apartado precedente, el *a quo* confirmó la calificación legal que el tribunal oral asignó a los hechos objeto del proceso.

Para ello, los magistrados tuvieron en cuenta que, en las circunstancias de tiempo y lugar antes señaladas, Demonty, Paz y Maciel –de diecinueve, dieciocho y catorce años de edad, respectivamente– fueron introducidos en sendos patrulleros y mantenidos con la cabeza inclinada hacia abajo, y en esas condiciones trasladados hacia el Riachuelo, al que fueron arrojados con la ropa que vestían –la que les representó un peso adicional de entre ocho y diez kilogramos– y obligados a adentrarse a nado bajo amenaza de recibir un disparo –a excepción de Paz, pues logró asir unas plantas y ocultarse hasta que los acusados se retiraron–. Valoraron, además, las características del río, que presenta agua contaminada y sedimentos conformados por materia grasa, hidrocarburos, fósforo, sulfuro, pesticidas y otras sustancias contaminantes de afluentes industriales, que conforman un líquido viscoso y denso, con corriente de entre cuatro y seis kilómetros por hora y temperatura –en ese momento– de entre doce y diecisiete grados centígrados. Y concluyeron que ese trato fue inhumano y cruel en grado máximo, generador de tormentos físicos y graves sufrimientos psíquicos.

Frente a tales consideraciones, estimo que la objeción que planteó la defensa de Somohano en este punto no pasa de ser una mera discrepancia con la evaluación que el *a quo* hizo de los hechos del caso, por cuanto se limitó a minimizar la temperatura y la velocidad del Riachuelo, y a indicar las actividades que las víctimas habrían desarrollado en los días posteriores, mas pasó por alto las demás

circunstancias en que se apoyó el pronunciamiento apelado, y omitió demostrar que las conclusiones a las que arribó ese tribunal resulten irrazonables.

Además, si bien cuestionó la entidad de los padecimientos basándose en que Paz dijo que en un momento pensó que les estaban haciendo una broma, considero que el análisis de esa frase—que no surge del acta del debate, y que el impugnante presentó de manera aislada— en conjunto con las restantes declaraciones del nombrado, lejos de poner en duda su estado de ánimo permite inferir que constituyó la expresión de su resistencia a asumir, por inconcebible, que se concretaría la situación con la que los amenazaban, y que en definitiva padecieron.

Las objeciones apuntan, en definitiva, a discutir la apreciación de los hechos y su subsunción en la figura penal del artículo 144 *ter* del código de fondo, cuestiones que han sido decididas por los jueces de la causa con fundamentación suficiente que coloca a la sentencia a resguardo de la tacha de arbitrariedad e imponen su aceptación en este aspecto, más allá de lo opinable que pueda resultar el caso (cf. Fallos: 333:866, considerando 10º).

Por otra parte, a partir del examen de la prueba detallada en el pronunciamiento, el *a quo* tuvo por acreditado que la muerte de Demonty se produjo con motivo de aquel accionar. En el marco de ese análisis los magistrados valoraron, entre otros elementos, la declaración de su compañero Maciel, en cuanto expresó que, luego de ser arrojado al Riachuelo y amenazado, Demonty comenzó a nadar de espalda y extendió la mano hacia arriba, dando la impresión de que se hundía; y la autopsia por la que se determinó que murió por asfixia por sumersión, y que su cuerpo presentaba excoriaciones apergaminadas atribuibles al rozamiento contra el fondo del río.

En mi opinión, no puede prosperar la tacha de arbitrariedad que la defensa de Fornasari formuló por la supuesta omisión del *a quo* de tratar los argumentos relativos a la relación causal entre la conducta de los agentes y el deceso de Demonty.

En efecto, es doctrina de la Corte que los jueces no están obligados a considerar todos y cada uno de los argumentos propuestos por las partes, sino sólo aquellos que estimen conducentes para la correcta solución del caso (Fallos: 306:395

S.C. S. 15; L. XLIV.-

y 1724; 322:270; 324:3421; 326:4675). Y a mi modo de ver las objeciones que planteó el recurrente no se ajustan a esa clasificación.

Así lo pienso, desde que aprecio que la hipótesis según la cual Demonty habría logrado cruzar el río y reingresado inmediatamente después para volver nadando a la orilla desde la que fue arrojado, no cuenta con verdadero sustento en las pruebas de la causa, pues fue formulada exclusivamente a partir de que Maciel y Paz mencionaron que una persona manifestó haber visto a un joven con las ropas mojadas caminando a la vera del Riachuelo en dirección al Barrio Illia, a lo que restaron importancia por considerar que fue dicho para que siguieran su camino debido al olor que tenían y a las condiciones en que se encontraban sus ropas. Sin perjuicio de ello, no se aprecia una razón seria para sostener que Demonty pudo haber intentado cruzar nuevamente el río hacia el lugar desde el que lo arrojaron –teniendo en cuenta, por otra parte, que existe un puente próximo a ese lugar–.

Lo mismo ocurre respecto de la distancia por la que se desplazó el cuerpo de Demonty hasta el lugar en que fue hallado, que el apelante puso en duda a partir de los accidentes y suciedad del río, los que –sostuvo– motivaron a los buzos que llevaron a cabo la búsqueda a limitarla a mil metros de distancia del lugar desde el que fue arrojado. Sin embargo, contrariamente a lo expresado por el recurrente, el personal encargado de esa tarea la desarrolló, desde el primer día, por un recorrido de tres kilómetros desde el punto de inmersión (fs. 141/153 y 160). Es incontrastable, entonces, que desde el inicio asumieron la posibilidad de que el cuerpo recorriera ese trayecto.

Lo expuesto excluye, a mi modo de ver, la existencia de una duda razonable sobre esa cuestión.

En cuanto a la atribución subjetiva de la muerte de Demonty, consideraron que era objetivamente probable que se produjera y que los acusados así se lo representaron. Tal es la conclusión a la que arribaron los magistrados a partir de la evaluación de las circunstancias del hecho y de las características desfavorables del Riachuelo. Y, en mi opinión, ese aserto no se ve debilitado por haber expresado el tribunal *a quo*, previamente, que aquellos funcionarios debieron al menos representarse que era probable que Demonty no alcanzara la otra orilla, pues el examen de la totalidad del fallo hace evidente que esa expresión significó que en

aquellas condiciones era ineludible representarse la probabilidad de que aquel se ahogara.

Asimismo, el *a quo* tuvo por acreditado que aceptaron ese resultado, basándose en las pruebas reseñadas y teniendo en cuenta que los agentes se retiraron del lugar sin interesarse por determinar si los jóvenes, en esas condiciones, lograban cruzar el río. En consecuencia, coincidió con el tribunal del juicio en atribuírselos a título de dolo eventual.

Respecto de las objeciones formuladas contra la participación que se le atribuyó a Fornasari en los hechos del caso, aprecio que el recurrente no logra demostrar que el pronunciamiento sea producto de una irrazonable valoración de la prueba, puesto que se limitó a sostener que su asistido no habla del modo que mencionaron las víctimas, a pesar de que la decisión se basó al efecto en las declaraciones de cuatro coimputados que dijeron que aquél fue uno de los tres agentes que condujeron a los jóvenes hasta el borde de la barranca desde la que fueron arrojados al Riachuelo, y en el hecho de que, de todos los policías que estaban en el lugar, es el único que tiene las señas personales –gordo y canoso– con las que Maciel individualizó a quien –junto con otro oficial– los empujó a Demonty y a él al río.

En tales condiciones, estimo que las cuestiones planteadas por las defensas de los acusados acerca de los hechos y las pruebas del caso fueron examinadas de modo suficiente y decididas con argumentos razonables por el *a quo*, por lo que el pronunciamiento apelado se ajusta a las pautas establecidas por V. E. en el precedente de Fallos: 328:3399.

–VII–

Tampoco puede prosperar, en mi opinión, el agravio que la defensa de Somohano planteó con base en la supuesta afectación del principio de congruencia, en tanto no observo que se hayan vulnerado aquellas reglas que, según la doctrina de V.E., inspiran y sustentan la congruencia como expresión de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso.

En ese sentido, tiene dicho la Corte que en orden a la justicia penal, el deber de los magistrados, cualquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellos mismos hayan formulado con carácter provisional,

“Somohano, Gastón Javier y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”

S.C. S. 15; L. XLIV.-

consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, sin más limitación que la de restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyeron materia de juicio (Fallos: 186:297; 242:227; 315:2969 y 319:2959) y que, satisfecha esta exigencia, no existe afectación alguna de los preceptos constitucionales mencionados precedentemente (Fallos: 310:2094 y sus citas).

En mi opinión, esta última situación es la que se presenta en el caso, desde que aprecio que durante el proceso se mantuvo incólume la plataforma fáctica sobre la que finalmente reposó la condena.

En efecto, la lectura de la resolución en la que, a criterio del recurrente, se habría operado la modificación de la base fáctica, permite verificar que la cámara de apelaciones confirmó el auto de procesamiento sin alterar o reducir el objeto procesal, desde que tuvo por acreditado que en el día y horario en cuestión, Enrique Ezequiel Demonty, dos amigos y una joven “fueron interceptados por efectivos policiales uniformados, sometidos los tres varones a requisas, golpes y amenazas, para luego trasladarlos, en tres vehículos oficiales, a la vera del riachuelo y obligados – mediante amenazas y mal trato físico, agregó más adelante– a nadar hacia la orilla opuesta uno de ellos pudo alcanzar la ribera provincial, el segundo evitó el cruce al quedar agazapado en la orilla tras unos matorrales y hasta el retiro de los agentes, en tanto Demonty pereció ahogado...”(fs. 1940).

Advierto, por el contrario, que ese tribunal confirmó el auto de mérito “con la salvedad expresada en cuanto se refiere a la significación jurídica del hecho” (fs. 1941, último párrafo), y no surge de la resolución que el cambio de calificación haya estado motivado por la entidad de los tormentos físicos o de los sufrimientos psíquicos, sino por el alcance jurídico que se les asignó.

Por lo demás, cabe destacar que en el requerimiento de elevación a juicio el fiscal calificó los hechos como constitutivos de los delitos de tortura seguida de muerte, privación abusiva de la libertad y torturas reiteradas –dos hechos– (arts. 144 *bis*, inciso 1º, y 144 *ter*, incisos 1º y 2º, del Código Penal), calificación ésta que fue mantenida en el alegato de la parte querellante, aplicó el tribunal de juicio en la sentencia de condena y, en definitiva, fue impugnada en la instancia casatoria y confirmada por el tribunal *a quo*. Sin embargo, el recurrente omitió exponer cuáles

son las defensas que esa calificación, que aparecía como previsible y subyacente al suceso investigado, le habría impedido articular y en qué medida habrían influido en la solución adoptada, lo que reafirma la inadmisibilidad de su planteo (Fallos: 317:874).


-VIII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar improcedentes los recursos extraordinarios interpuestos a fs. 4300/12, 4313/78, 4383/94, y 4409/28.

Buenos Aires, ~~28~~ de marzo de 2011.

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI

  
ADRIANA M. MARCHISIO  
Procuradora Administrativa  
Procuración General de la Nación  
30-06-10