

Cámara Nacional de Casación Penal

Reg. N1 14.928

///la Ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 13 días del mes de noviembre de 2009, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl R. Madueño como Presidente, y los doctores Juan E. Fégoli y Juan C. Rodríguez Basavilbaso como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Defensor Público Oficial en esta causa N1 12.037, caratulada: APolano, Alejandro Héctor Delfor s/recurso de casación@, de cuyas constancias **RESULTA:**

11) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó el auto de fs. 11/14 por el que se rechazó el planteo de prescripción de la acción penal efectuado por la defensa de Daniel Alejandro Delfor Polano (cfr. fs. 44/47).

Contra ese pronunciamiento, la defensa oficial del nombrado interpuso recurso de casación a fs. 48/67vta., el que fue concedido a fs. 69/70.

21) Que el recurrente fincó sus agravios en el inciso 21 del artículo 456 del C.P.P.N.

En primer lugar entendió que el pronunciamiento atacado no se encuentra fundado (art. 123 del C.P.P.N.) toda vez que se asienta sobre afirmaciones dogmáticas y suposiciones abstractas,

provenientes simplemente de la época en que ocurrieron los hechos y de la posición y cargo que había desempeñado por entonces Polano, sin que pueda advertirse sujeción alguna a las constancias de la causa (cfr. fs. 48vta./49, 58vta./59 y 62vta.).

Sostuvo además que los hechos endilgados a su asistido de ningún modo pueden serle atribuidos en el marco de la ejecución de un plan sistemático de exterminio de origen estatal, pues esta característica -esencial para la calificación de delito de lesa humanidad- no se advierte de la prueba incorporada a las presentes actuaciones (cfr. fs. 49 y 60/60vta.).

Sobre los requisitos del tipo, agregó que A...queda descartada la calificación como delito de lesa humanidad toda vez que, no solo la supuesta víctima pertenecía al ejército...@, sino que A...en la especie se investiga un acontecimiento que aparece claramente como circunstancial y aislado, que no tuvo ninguna conexión con la ideología política del damnificado, ni fue parte de una política general del Estado...@ (cfr. fs. 51 y 63).

Así las cosas, adunó el recurrente que el resolutorio puesto en crisis violó garantías constitucionales tales como la del debido proceso y la de irretroactividad de la ley penal, concluyendo que

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

A...la aplicación de la 'Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad' a esta especie es inconstitucional por implicar una aplicación retroactiva de la ley penal contraria al art. 18 de nuestra Carta Magna...@ (cfr. fs. 49/49vta. y 64/64vta.).

Conforme ello, solicitó que se revoque la sentencia recurrida, disponiéndose el sobreseimiento de su ahijado procesal por prescripción de la acción penal (fs. 50 y 67/67vta.), haciendo reserva del caso federal (67/67vta.).

31) A fs. 81/87, la Asociación Civil ACombatientes en Malvinas en Buenos Aires@ -integrada por ex soldados conscriptos combatientes en Malvinas- solicitó ser admitida como *Amicus Curiae* de esta Cámara, lo que fue dispuesto a fs. 88.

Sostuvo en primer término la presentante, que no es el Poder Judicial el ámbito en el que deberían dirimirse las cuestiones aquí traídas a estudio y que A...la pretensión de englobar al conjunto de los militares profesionales como verdugos

de sus propios soldados, es falsa, malintencionada e injusta. Los casos de inconductas o delitos, deberían haberse denunciado y juzgado a través del Derecho Penal Argentino y el Código de Justicia Militar, oportunamente. Hoy sólo queda la instancia de sancionarlos administrativamente mediante decisiones emanadas del Poder Ejecutivo Nacional...@ (fs. 86).

Por otra parte sostuvo que A...la guerra de Malvinas no puede homologarse al Terrorismo de Estado...@, que A...sí tuvo planificación sistemática de secuestros, asesinatos y torturas... contra un 'enemigo' interno...@. Por el contrario, A...la guerra de Malvinas... fue... una guerra entre dos ejércitos regulares, con soldados identificados en ambos bandos. No hubo órdenes de las fuerzas armadas argentinas para inferir torturas a los soldados británicos, ni a los argentinos. Tampoco directivas para su eliminación física sistemática. No hubo secuestros, ni desaparecidos, ni torturas sistematizadas...@ (fs. 83).

Asimismo, recalcó que una de las consecuencias más gravosas de los pronunciamientos dictados en estas actuaciones se centra en la imputación reiterada de la responsabilidad de la República Argentina de las causas del conflicto armado (cfr. fs. 84), porque A...de convalidarse este criterio... también afectaríamos gravemente y a perpetuidad la posibilidad del reclamo argentino...@

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

sobre la soberanía de las islas (fs. 85).

En razón de lo argumentado, solicitó que no se considera como crímenes de lesa humanidad a los hechos aquí denunciados (fs. 86).

41) Que, durante el trámite previsto por el art. 468 del C.P.P.N., la defensa oficial ante esta instancia presentó breves notas a fs. 89/91 en las que adhirió a los fundamentos desarrollados en el recurso de casación interpuesto. De seguido, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.).

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan E. Fégoli, Raúl R. Madueño y Juan C. Rodríguez Basavilbaso.

El doctor Juan E. Fégoli dijo:

I. Cuestiones preliminares.

Primeramente he de señalar que la cuestión sometida a consideración es sustancialmente análoga a la examinada y resuelta en el día de la fecha por esta Sala *in re*: "Taranto, Jorge Eduardo s/recurso de casación", causa n1 12.052.

Dicho ello y en trance de abordar las cuestiones traídas a estudio por el recurrente, me remitiré, sin perjuicio de lo señalado *supra*, a la descripción de los hechos objeto de la sustanciación del presente incidente de prescripción.

En efecto, a fs. 44/46, los señores magistrados de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia señalaron que A...en los autos principales se investiga el estaqueamiento del que resultó víctima el soldado conscripto Juan Carlos Gómez, ocurrido durante el mes de abril del año 1982 en instalaciones del Liceo Militar General Roca, el que fuera ejecutado por Hugo Luis Álvarez por orden de Capitán Daniel Alejandro Delfor Polano@.

ALa víctima, quien formaba parte del Comando Brigada n° 3 de Infantería de Curuzú Cuatiá (Corrientes), fue trasladado hacia las Islas Malvinas en el marco del conflicto bélico en el Reino Unido. En dicho trayecto, arribaron en primer lugar a la ciudad de Comodoro Rivadavia donde la compañía estuvo alojada en el Liceo Militar General Roca, para posteriormente continuar hacia la zona de enfrentamiento armado@.

AEl hecho se habría producido durante una formación en el patio de la Escuela Militar en circunstancias en que el imputado Polano interpretó que Gómez se estaba riendo, por lo que ordenó su estaqueamiento por cuatro horas, permaneciendo así en definitiva y merced a la intervención del Capellán

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

Soloniskias sólo dos horas...A.

Limitada así la plataforma fáctica conforme el estadio procesal en que se encuentran las actuaciones, resulta necesario -de conformidad con el precedente de cita- centrar el análisis en la subsunción legal efectuada por la Cámara a quo la que, a la postre, constituye el agravio central del recurrente.

II. De la recepción jurisprudencial del llamado ADerecho de Gentes@ en el orden interno.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (suscripto el 17 de julio de 1998, aprobado por ley n1 25.390, ratificado el 16 de enero de 2001, implementado mediante ley n1 26.200 sancionada el 13 de diciembre de 2006 y publicada en el B.O. el 9 de enero de 2007) enumera como uno de los crímenes de competencia de esa Corte al delito de lesa humanidad (art. 5.1.b. del instrumento de mención) señalando, en su art. 7, que A...1. ... se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque

generalizado o sistemático contra población civil y con conocimiento de dicho ataque: ... k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por 'ataque contra una población civil' se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política...@.

En este sentido resulta pertinente recordar que el concepto de delito de lesa humanidad señalado constituye el producto de una ardua elaboración de la jurisprudencia y la doctrina en el marco de la comunidad internacional de los Estados, que culminó con un complejo proceso de positivización de la costumbre internacional al respecto.

En efecto, se ha señalado que A...la categoría que hoy cuenta con una codificación penal (el Estatuto de Roma) y un cuerpo jurídico de interpretación en constante crecimiento, es también el producto de una evolución histórica que, al menos desde la segunda guerra mundial, ha incorporado con claridad las graves violaciones de los derechos humanos cometidas a través de la actuación estatal en el catálogo de delitos de lesa humanidad...@ (dictamen

Cámara Nacional de Casación Penal

del doctor Esteban Righi en ADerecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal@, de fecha 11 de septiembre de 2006).

No obstante ello, debe aclararse que, aún analizándose la plataforma fáctica traída a estudio desde la categoría de delitos de lesa humanidad en consideración del desarrollo más reciente en la materia, ello no implica, sin embargo, que en el momento en que habrían ocurrido los hechos la categoría de crímenes de lesa humanidad no formara parte del derecho internacional o no fuera receptado por el ordenamiento jurídico doméstico y que sus consecuencias (imprescriptibilidad, por ejemplo) no tuvieran plena vigencia -más allá del distinto nivel de positivización de sus normas respecto del alcanzado hoy en día- en la comunidad internacional o en el ámbito nacional, pues el Estatuto sólo reconoció una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario.

De esta manera ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en referencia a la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sobre hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, que siendo ello así, A...no se fuerza la prohibición de

irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos... [Y] desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno...@ (considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría en AArancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros@, causa n1 259, del 28 de agosto de 2004, Fallos: 327:3312).

Así pues, A...de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional...@ (considerando 32 del voto mayoritario en fallo citado *supra*).

Ello así por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico no se A...determina la exclusión del derecho de gentes. En la medida en que éste sea aplicable para la adecuada solución del caso, tal aplicación será inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48,

Cámara Nacional de Casación Penal

pues debe contemplarse la circunstancia de que como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en 'vacío' sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integran el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar y del cual no es más que una parte...@ (considerando 15 del voto del doctor Bossert en APriebke, Erich s/solicitud de extradición@, causa n1 16.063/94, del 2 de noviembre de 1995, Fallos: 318:2148).

En punto a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que A...los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos... pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional...@ (considerando 16 del voto de la mayoría en AArancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros@, Fallos: 327:3312).

Por lo demás, y antes de ingresar al tratamiento concreto de los agravios sustanciales

invocados por la Defensa, en lo que refiere a la aludida violación al principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal invocada por la parte, será necesario efectuar una aclaración sobre los efectos dimanantes del reconocimiento del Derecho de Gentes en la Constitución Nacional, particularmente en lo que respecta al principio consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna frente la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos por los que el Estado argentino se ha obligado *ex post facto*.

Sobre este tópicó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el principio de legalidad consagrado en el ámbito nacional -al menos en lo referente a la aplicación de la regla de la irretroactividad de la ley penal derivada de aquél- queda desplazado por la normativa internacional positivizada y de origen consuetudinario frente a la comisión de delitos de lesa humanidad (AArancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros@, Fallos: 327:3312).

En este sentido, nuestro más Alto Tribunal ha rechazado, en la aplicación del derecho doméstico, la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados (Fallos: 287:76),

Cámara Nacional de Casación Penal

pero ha declarado que A...la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma...@ (considerando 21 del voto mayoritario en el fallo citado en el párrafo *supra*).

Ello así toda vez que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos importan el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*), cuya función primordial es A...proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal...@ (cfr. considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría).

De esta manera, A...tomando en cuenta que el estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de

garantía... la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituyen una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso ABarrios Altos@, sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N1 75; caso ATrujillo Oroza vs. Bolivia@ - Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N1 92; caso ABenavides Cevallos@ - cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 61 y 71)...@ (considerando 36 del voto mayoritario).

En este sentido, a modo de corolario, resulta esclarecedor sobre este aspecto el voto del Ministro Maqueda en AArancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros@, en punto a que A...la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía -al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa- un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente -dentro de este proceso evolutivo- como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los

Cámara Nacional de Casación Penal

Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa...@ (considerando 27).

III. Delitos comunes y delitos de lesa humanidad.

En consonancia con los autos traídos aquí a estudio, en la causa "Taranto, Jorge Eduardo s/recurso de casación" del registro de esa Sala I señalé que tanto los crímenes comunes como los crímenes contra la humanidad tienen la peculiar característica de atentar contra bienes jurídicos individuales.

Es por ello que en este sentido resulta de vital importancia trazar una línea teórica que sirva como criterio de distinción al respecto, la que, como se verá, permitirá concluir que en el *sub lite*, realizado un juicio de tipicidad a partir de los elementos del tipo del delito de lesa humanidad, no resultará posible calificar conforme aquél los hechos imputados a Polano.

Sobre el particular ha señalado el señor Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos ARecurso de hecho deducido por Juan Francisco Bueno Alves y Carlos A. B. Pérez Galindo en la causa Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal -causa n1 24.079-@, del 11 de julio de 2007, que A...la distinción tiene su punto de partida en que los crímenes de lesa humanidad no lesionan sólo a la víctima que ve cercenados por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad como conjunto. Esta es la característica que fundamenta, entre otras cosas, la jurisdicción universal de este tipo de crímenes. El autor comete un crimen contra toda la humanidad, no sólo contra su víctima directa. En ese sentido, explica Satzger, el autor de un crimen de lesa humanidad, con su conducta, se rebela contra un estándar mínimo de derechos de la humanidad en su conjunto. Los tipos penales de los crímenes de lesa humanidad protegen sólo de manera secundaria los bienes jurídicos de personas individuales... [y] representan la amenaza más grave: se trata de casos en los que la política se ha vuelto cancerosa o perversa. El ser humano no puede vivir sin

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

una organización política, pero la constitución de un orden institucional crea el riesgo y la amenaza permanente de que éste se vuelva en contra del hombre... El criterio de distinción entonces radicaría no en la naturaleza de cada acto individual (es decir, por ejemplo, cada homicidio) sino en su pertenencia a un contexto específico...@.

En esta línea y en oportunidad de expedirse en la causa n1 9517, AVon Wernich, Christian Federico s/recurso de casación@, reg. N1 13.516 de la Sala I de esta Cámara, rta. el 27 de marzo de 2009, el doctor Madueño a cuyo voto adherí, señaló que A...los crímenes contra la humanidad son actos serios de violencia que dañan a los seres humanos privándolos de lo que es más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites tolerables por la comunidad internacional, que forzosamente debe exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden al individuo porque cuando el individuo es

lesionado, la humanidad es atacada y anulada. Es por tanto el concepto de humanidad como víctima el que caracteriza los crímenes contra la humanidad (cfr. Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia -Cámara de Juicio- caso AGrazen Erdemovic@, sentencia del 29 de noviembre de 1996, parágrafos 27 y 28)...@.

En sentido análogo se pronunció nuestro más Alto Tribunal al entender que los delitos de lesa humanidad constituyen A...graves violaciones de los derechos humanos que lesionan el derecho internacional consuetudinario...@ (considerando 34 del voto del doctor Boggiano en ASimón, Julio Héctor s/privación ilegítima de la libertad@, causa n1 17.768, del 14 de junio de 2005, Fallos: 328:2056). Y que, con respecto a ello, su A...presupuesto básico común -aunque no exclusivo- es que también se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción...@ (considerando 54 del voto del doctor Maqueda en el fallo de anterior cita).

A...Es justamente por esa circunstancia de la que participan tanto los 'crímenes contra la humanidad' como los tradicionalmente denominados 'crímenes de guerra' como los delitos contra la humanidad, que se los reputa como delitos contra el 'derecho de gentes' que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales...@ (considerando 31 del voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor en APriebke, Erich s/solicitud de extradición@, causa n1 16.063/94, del 2 de noviembre de 1995, Fallos: 318:2148).

Así pues, bajo los lineamientos aquí planteados atinentes al principal rasgo distintivo de los delitos de lesa humanidad -referido como se dijera, a la trascendencia al concepto de Ahumanidad@ como víctima de la lesividad de las conductas que recaen sobre los bienes jurídicos de las personas individuales-, corresponderá entonces ingresar al análisis de los elementos configurativos del tipo a los fines de dar acabada respuesta al *thema decidendum*.

IV. Elementos típicos del delito de lesa humanidad.

Sentado ello, es menester señalar primeramente que el Reglamento de los Elementos de los

Crímenes, en el análisis del artículo 7 del Estatuto de Roma, dispone que A...por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo...@.

Es pues en este marco interpretativo que la labor analítica sobre los elementos de la figura penal endilgada al encausado deberá circunscribirse.

Cabe poner de resalto que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse en reiteradas oportunidades respecto de los elementos objetivos del delito de lesa humanidad. Así por ejemplo, en los autos ADerecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal@, la Corte -haciendo suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General- entendió que A...en primer lugar, el requisito más relevante para que un hecho pueda ser considerado delito de lesa humanidad consiste en que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez -y esto es lo central- sea generalizado o sistemático. Este

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

requisito recibió un tratamiento jurisprudencial en el fallo *Prosecutor v. Tadic*, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997. Allí se explicó... que la inclusión de los requisitos de generalidad o sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad. Generalidad, significa... la existencia de un número de víctimas, mientras que la sistematicidad hace referencia a la existencia de un patrón o de un plan metódico...@.

Agregó al respecto que el Tribunal Internacional para Rwanda delimitó las nociones señaladas del siguiente modo: A...el concepto 'generalizado' puede ser definido como masivo, frecuente, de acción a gran escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigido a una multiplicidad de víctimas. El concepto 'sistemático' puede ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos

públicos o privados sustanciales (The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, case N1 ICTR-96-4-T)...@.

Sobre el particular, el voto de la minoría en el pronunciamiento materia de recurso en las presentes actuaciones, remitiendo a los fundamentos emitidos en los incidentes resueltos en el marco de la causa n1 24.661, caratulada APierre, Pedro Valentín y otro s/incidente de competencia y prescripción@, concluyó que A...sin perjuicio de la eventual ilicitud individual y el ferviente repudio de dicho accionar, el propósito de todas esas conductas, *prima facie* guardaban relación con un modo preestablecido y aceptado de lograr la disciplina militar en la época de campaña...@.

A...En el caso considero que por más aberrantes que puedan resultar las acciones que presuntamente se habrían desarrollado, no se encuentran acreditados los requisitos de sistematicidad ni generalidad del ataque, como elementos que elevarían los delitos supuestamente cometidos a la categoría más grave de delitos contra la humanidad...@.

A...Y es que aún cuando pudieron haber existido numerosos hechos, las constancias de los autos principales revelarían que los mismos habrían

Cámara Nacional de Casación Penal

respondido a la propia iniciativa de sus ejecutores ante la eventual comisión de una infracción, cuestionable o no... pudiendo colegirse de ello la inexistencia de un plan preorganizado...@.

En similares términos se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ADerecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal@, al sostener que A...aun cuando se entendiera que existe una práctica policial extendida de perjudicar a ciudadanos, no existe ninguna razón para interpretar ese fenómeno como la ejecución por omisión de una política específica del Estado contra algún grupo definible por características comunes...@.

En este orden de ideas resulta dable concluir que la sistematicidad o generalidad del ataque, ésto es, la denominada Apauta de contexto@ - una de las aristas caracterizadoras del delito de lesa humanidad (Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, AKuranac, Kovac and Vukovic@, Trial Chamber, del 22 de febrero de 2001, parágrafo 431)- no se advierte de la descripción de los hechos enunciados en las presentes actuaciones.

En este sentido debe señalarse que si bien las características de generalidad y sistematicidad se refieren al ataque y no a los actos

del acusado (que en el caso en particular se reducen a la orden de estaquear al soldado Gómez), la multiplicidad de conductas (característica de Ageneralidad@ del ataque que pretende indicarse haciendo referencia a la totalidad de hechos denunciados por el Subsecretario de Derechos Humanos de Corrientes) no determina *per se*, ni es presunción *iure et de iure* del otro rasgo definidor del tipo, la Asistematicidad@. Al respecto entiendo que no puede colegirse en modo alguno el rasgo organizativo del ataque -ligado a la noción de un patrón regular de conductas predeterminadas- de la mera multiplicidad de hechos, por cuanto ambas características - sistematicidad y generalidad- definen una línea de conducta que, a los fines del art. 7.2.a. del Estatuto de Roma, no verifican la Aconformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política@.

Con relación a lo dicho, habiéndose delimitado al inicio los hechos y efectuado también un análisis del plexo probatorio obrante en los autos principales, de la lectura de los contestes pronunciamientos de primera y segunda instancia se advierte que en el caso *sub examine*, han resultado infructuosos los esfuerzos por lograr enlazar o vincular la plataforma fáctica motivo de la tramitación de las presentes actuaciones con otros hechos sí calificados como delitos de lesa humanidad y que han sido objeto de anteriores pronunciamientos de

Cámara Nacional de Casación Penal

tribunales nacionales al respecto, ello más allá del momento histórico en que tuvieron lugar.

Al respecto, corresponde señalar que no resulta plausible dar por probada la denominada pauta de contexto en que debe verificarse el delito a partir del momento histórico en que se desarrollaron los hechos y que, en función de esa coincidencia temporal con otros actos perpetrados por el gobierno de facto que detentaba el poder, aquéllos deban quedar subsumidos en la misma calificación que éstos. Una elaboración de esta índole no solamente adolece de falta de logicidad, sino que además, podría conducir a resultados jurídicos de manifiesta arbitrariedad, llevando a considerar crímenes de tal entidad a delitos aislados por la sola circunstancia de haber sido cometidos por personal o autoridad de alguna fuerza y durante la última dictadura militar.

Sobre el punto, asiste razón a la Defensa ante esta instancia en cuanto a...validar tal hipótesis constituye la creación y legitimación de un derecho penal de autor o derecho penal del enemigo, en este caso, asignado por la condición de ser militar. Verdaderamente, configura un absurdo, ya que podría llegar a argumentarse que, por ejemplo, un homicidio culposo cometido por un militar en un destacamento por

su sola condición de fuerza de seguridad, es suficiente como para considerar tal obrar como de lesa humanidad...@ (fs. 90vta.).

En este sentido, del análisis de las probanzas glosadas a los autos principales, no se advierte pauta de contexto alguna desde la exégesis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (y en particular, desde el artículo 7 del instrumento), sino hechos meramente circunstanciados sin que de tales características se advierta el plus exigido por el tipo penal imputado a Polano que refleje la distinción de la figura enrostrada respecto de los delitos comunes (cfr. considerando III del presente voto).

En particular, resulta relevante destacar que el voto mayoritario había descartado la existencia de A...elementos que permitan concluir en que la conducta imputada a Polano, respondiera a un plan preconcebido, relacionado con las prácticas desarrolladas para combatir la subversión por los integrantes de la dictadura militar...@, sin que pueda advertirse del pronunciamiento puesto en crisis -tal como había adelantado el Tribunal a quo-, la concurrencia A...de otros fundamentos que

Cámara Nacional de Casación Penal

posibilitarían subsumir el accionar investigado... dentro de los delitos de Lesa Humanidad...@ (fs. 45).

En referencia a ello la Defensa entendió que el Tribunal de mérito incurrió en una contradicción ya que, por un lado, sostuvo la ausencia de un plan preconcebido pero por el otro, señaló que el ataque era generalizado y sistemático y, sin embargo, A...precisamente, esa generalización o sistematicidad debe estar construida a partir de la existencia previa de un plan, de adverso, serán en tal caso, hechos similares aleatorios. Todas circunstancias que impiden su configuración como delito de lesa humanidad...@ (fs. 91).

Lo dicho cobra vital importancia si se entiende que es la pauta de contexto la que determina la existencia de otro elemento del tipo, de carácter subjetivo pero distinto del dolo (cfr. art. 30 del Estatuto de Roma), que viene a completar el análisis dogmático del delito de lesa humanidad.

Analizados pues los elementos típicos objetivos del delito del artículo 7 del Estatuto de Roma, la llamada ultraintención (una clase de elemento subjetivo del tipo distinto del dolo) refiere a un elemento de intencionalidad que, en el tipo en cuestión, debe verificarse en la circunstancia de que

las conductas señaladas se perpetren Ade conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política@ (art. 7.2.a. del Estatuto de Roma), pues dicho elemento dispone la existencia de una finalidad que tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar Alejandro; AManual de Derecho Penal. Parte General@; Ed. EDIAR; Bs. As.; 2005; pág. 420).

Este elemento exigido por el tipo también fue señalado por la Corte en ADerecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal@ al indicar que A...los hechos tienen que estar conectados con alguna forma de política, en el sentido del término que significa las orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado... Sirve para excluir del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad, hechos aislados, no coordinados y aleatorios y configura el elemento propiamente internacional de esta categoría de crímenes...@.

Así pues, considero que no resiste el menor análisis el argumento de que las acciones imputadas a Polano hayan sido llevadas a cabo de

Cámara Nacional de Casación Penal

conformidad con una política de Estado o para promover una política de Estado, pues ello no puede inferirse de modo alguno de los hechos ni circunstancias del caso.

Al respecto, el voto de la minoría en el pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia en la causa seguida a Jorge Eduardo Taranto -precedente, a su vez, de esta Sala al que hiciera referencia al inicio respecto al análogo tratamiento de la presente- sostuvo que A...en este punto resultan acertadas las reflexiones de la defensa cuando entiende que no existen elementos que posibiliten trasladar los actos de la lucha contra la subversión a lo acontecido en la guerra de Malvinas. A esos fines valoro que aquéllas personas que resultaron víctimas de los supuestos estaqueamientos o enterramientos, no poseían características especiales, ni eran objeto de dicho padecimiento en virtud de alguna tendencia política o ideológica, que permita sostener una vinculación con la metodología utilizada por aquéllos años por el gobierno de facto...A.

Concluyendo el voto minoritario que A...se encuentra también ausente la acreditación de la conexión de los mismos con algún tipo de política de Estado o de organización superior. Al respecto

considero que resulta necesaria la implicación activa del Estado en el ataque la que en el caso no se ha acreditado...@.

Sobre el particular, la Defensa ha señalado -en punto a que la presunta motivación del hecho atribuido a Polano sólo radicaría en una medida disciplinaria- que, más allá de lo que podría considerarse una sanción excesiva, la acción no habría excedido la de imponer la disciplina en el grupo que poco días después partiría rumbo al campo de operaciones (cfr. fs. 65).

Asimismo, asiste razón al recurrente en cuanto A...no puede dejar de advertirse que el propio Gómez relata que el imputado (Polano) creyó que el soldado se había reído de él (ver fs. 50, in fine '...que fue el Capitán Polano quien pensó que el declarante se estaba riendo de él'), y que '...cuando el capitán Polano dio la orden de formación a toda la compañía, momentos en que el declarante se encontraba riendo pensando quizás que lo hacía sobre su persona, cosa que no fue así sino que salió en esa actitud de la carpa ya que como eran muchachos de unos diecinueve años jugaban por una cosa y otra cosa'...@ (fs. 65).

Y que, A...a mayor abundamiento, la parte final del testimonio del soldado Gómez debió haber despejado toda duda razonable sobre la verdadera naturaleza del hecho acontecido, cuando aclara que '...lo relatado *supra* fue lo único que ocurrió y que después de ese hecho el declarante fue tratado tanto

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

por Polano, como por Álvarez como los demás soldados de la compañía o sea con buen trato...@ (fs. 65vta.).

Por último y con relación a la calidad del sujeto pasivo del delito de lesa humanidad, en punto a la problemática instalada acerca de si el soldado sobre el cual habría recaído la conducta atribuida a Polano constituye o no Apoblación civil@ en los términos del Estatuto de Roma, es menester hacer referencia a que el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia sostuvo que el crimen de lesa humanidad debe consistir en ataques Adirigidos contra@ la población civil, la que debe ser el Aobjetivo principal del ataque@ (AKunarac, Kovac and Vukovic@ - Trial Chamber- del 22 de febrero de 2001 -Appels Chamber- del 12 de junio de 2002, párr. 90). En igual sentido ha señalado el Tribunal de mención que la población debe ser Apredominantemente civil@, estableciendo de esta forma la existencia de otra clase de individuos que merecen una calificación distinta de la de Aciviles@ (AKordic and Cerkez@ - Trial Chamber- del 26 de febrero de 2001, párr. 180;

ANAletilic and Martinovic@ -Trial Chamber- del 31 de marzo de 2003, párr. 235; AJelisic@ -Trial Chamber- del 14 de diciembre de 1999, párr. 54).

Sobre el particular, resulta conveniente recordar que el hecho investigado en las presentes actuaciones se habría suscitado durante el desarrollo de un conflicto armado internacional, escenario fáctico en el que resulta de aplicación el Derecho Internacional Humanitario.

Bajo este prisma y en referencia al concepto de Apoblación civil@, señala Kai Ambos que A...existe un acuerdo general en cuanto a que la definición de este término en el Derecho Humanitario sirve como guía, o al menos como punto de partida, para los **crímenes contra la humanidad cometidos durante un conflicto armado** [el resaltado me pertenece]. En consecuencia, en esta situación los civiles son todos los combatientes en el sentido del artículo común 3 de los Convenios de Ginebra. Más concretamente, y siguiendo la definición de la Sala de Primera Instancia 'Blaskic', un civil es cualquier persona que ya no sea un combatiente activo en la 'situación específica' del momento en que se comete el crimen lo cual comprende a los ex combatientes y ex

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

miembros de movimientos de resistencia que Aya no toman parte en las hostilidades (...).@ (Ambos, Kai; AEstudios de Derecho Penal Internacional@; Universidad Católica Andrés Bello; Caracas; 1era. edición, 2004, pág. 309).

En este orden de ideas, amplía el precepto el art. 50 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra, en cuanto a que A...será considerada como persona civil cualquiera que no pertenezca a las fuerzas armadas...@.

Ya en el ámbito nacional, nuestro más alto Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse destacando que A...la ley 17.531, vigente al tiempo en que se produjeron los hechos, disponía que 'los argentinos convocados para prestar el servicio de conscripción... tendrán estado militar desde el momento en que efectúen su presentación, voluntaria o no, ante la autoridad militar, a los efectos de la asignación de destino' (art. 13), de donde surge que el actor (soldado conscripto) tenía estado militar... El 'estado militar' se adquiere con independencia de

si la presentación (que tiene por objeto la asignación de destino) es el resultado de una decisión libre y espontánea o si no lo es...@, estableciendo de esta manera una distinción entre Aciviles@ e individuos con Aestado militar@ por el ingreso a alguna fuerza con total prescindencia de las motivaciones personales del sujeto al tiempo de su presentación ante la autoridad militar (ASiboldi, Ulises Néstor c/M1 J. y DD.HH. art. 31 ley 24.043", del 16 de marzo de 2004, Resol. 826/00, Fallos: 326:4670).

Así pues réstame concluir, de conformidad a lo señalado por la Corte Suprema en ADerecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal@, que A...la pretensión de que el hecho que se denunció en esta causa constituye un crimen de lesa humanidad no es en absoluto correcta. No sólo no resiste el análisis relativo a los textos legales internacionales contemporáneos. Tampoco puede subsumirse el hecho en la categoría de delitos de lesa humanidad si se atiende a la idea central que ha constituido la motivación histórica con la que ha sido modelada la categoría, es decir, en el propósito de distinguir los crímenes de lesa humanidad de los delitos comunes (conf. Van Schaack, Beth, The Definition of Crimes

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

Against Humanity: Resolving the Incoherence en:
Columbia Journal of Transnational Law, 1999, p. 787 y
subs. *passim*)...@.

En este sentido la nítida línea jurisprudencial trazada sobre el tema por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede ser desatendida, pues sabido es que si bien los fallos de la Corte sólo deciden en los procesos concretos sometidos a su conocimiento y no resultan obligatorios para casos análogos, también es cierto que los tribunales inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos en virtud de la autoridad institucional que los mismos revisten, resultando necesario para poder apartarse de los mismos el aporte de nuevos argumentos que justifiquen la modificación de las posiciones sustentadas en ellos.

En esta dirección, ha señalado nuestro más Alto Tribunal que el leal acatamiento de sus fallos resulta indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos: 326:417).

En atención a lo hasta aquí sostenido, entiendo que el hecho imputado a Daniel Alejandro Delfor Polano no puede ser calificado como delito de lesa humanidad, por lo que siendo que A...la extinción es de orden público, y se produce de pleno derecho por el sólo transcurso del plazo pertinente...@, en atención al lapso verificado desde la comisión de aquéllos, ha operado el instituto de la prescripción (considerando 51 del voto mayoritario, AJofré, Julia J. formula denuncia s/incidente de sobreseimiento y extinción de acción penal@, del 11 de febrero de 1988, Fallos: 311:80).

Así las cosas, sentado cuanto precede, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, debiendo remitirse las actuaciones a su procedencia a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con la doctrina aquí sentada, sin costas.

El doctor Raúl R. Madueño dijo:

Con especial remisión cuanto sostuviere *in re* "Taranto, Jorge Eduardo s/recurso de casación", causa n1 12.052 del registro de esta Sala, adhiero al voto del doctor Fégoli y extendiendo el mío en idéntico

Causa N1 12.037 -Sala I-
POLANO, Alejandro Héctor
Delfor s/ recurso de
casación.

Cámara Nacional de Casación Penal

sentido.

**El doctor Juan C. Rodríguez Basavilbaso
dijo:**

Que adhiero a los votos precedentes por
compartir sus fundamentos.

Por ello, y en mérito al acuerdo que
antecede, el Tribunal **RESUELVE:** Hacer lugar al recurso
de casación interpuesto por la defensa y remitir las
actuaciones a su procedencia a fin de que se dicte un
nuevo pronunciamiento de conformidad con lo aquí
decidido, sin costas.

Regístrese y notifíquese en la audiencia
ya designada. Glóse copia de lo resuelto por esta
Sala en el día de la fecha en la causa n1 12.052,
caratulada "Taranto, Jorge Eduardo s/recurso de
casación". Oportunamente, devuélvase a su procedencia,
sirviendo la presente de atenta nota de estilo.-
Fdo. Raúl R. Madueño, Juan E. Fégoli y Juan C:
Rodríguez Basavilvaso. Ante mí: Javier E. Reyna de
Allende.