

Cosa Juzgada Irrita Debido Proceso Delitos De Lesa Humanidad Homicidio

JURISPRUDENCIA

Cosa juzgada írrita. Debido proceso. Delitos de lesa humanidad.

Homicidio Se rechaza el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado. En la ciudad de Buenos Aires, a los 9 (nueve) días del mes de abril del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como vocales, asistidos por la Prosecretaria de Cámara, doctora Jesica Sircovich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 117/125 vta. de la causa nro. CFP 3993/2007/123/CFC25 del registro de esta Sala, caratulada "MADRID, José Félix s/ recurso de casación?".

I. Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en la causa nro. CFP 3993/2007/123/CA38 de su registro, por veredicto de fecha 12 de octubre de 2017, resolvió: "CONFIRMAR la resolución que luce a fojas 1/20 en cuanto ordenó privar de efectos jurídicos a la decisión que dispusiera el sobreseimiento definitivo de la causa n° 8234/75 caratulada "Barvich, María Teresa s/ averiguación de homicidio" y reabrir la investigación a fin de conocer las circunstancias en que se produjo la muerte de María Teresa Barvich...? (confr. fs. 110/112 vta.).

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación el Defensor Público Coadyuvante, doctor Sebastián Luciano Velo, en representación de José Félix Madrid, a fs. 117/125 vta., el que fue concedido por el tribunal a quo a fs. 127/vta.

III. El recurrente encauzó su planteo por la vía de lo dispuesto en el segundo motivo casatorio previsto en el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación. Sostuvo que la resolución recurrida resulta equiparable a sentencia definitiva en los términos del artículo 457 del digesto procesal, toda vez que causa a su asistido un perjuicio de imposible reparación ulterior, máxime cuando se verían comprometidas las garantías constitucionales del debido proceso, inviolabilidad de la defensa en juicio, el derecho a ser oído y la prohibición a la múltiple persecución penal por el mismo hecho. Asimismo, señaló que la vía procesal interpuesta cumple con los recaudos de impugnabilidad exigidos por ley, conforme artículos 463 y siguientes del digesto ritual. Luego, el letrado defensor reseñó los antecedentes de los presentes actuados. En primer lugar, referenció la resolución del magistrado de primera instancia de fecha 06 de diciembre del año 2016, por la que se privó de efectos jurídicos a la sentencia que dispuso el sobreseimiento definitivo de la causa 8234/1975 caratulada "Barvich, María Teresa s/averiguación homicidio", por entender que se trata de un supuesto de cosa juzgada írrita violatoria del debido proceso y en consecuencia, se reabrió la investigación orientada a conocer las circunstancias reales en que tuvo lugar el homicidio de María Teresa Barvich. Recordó que, en ocasión de recibírsele declaración indagatoria, el imputado manifestó su voluntad de recurrir aquél temperamento jurisdiccional, solicitud que fue rechazada por el magistrado instructor al hacerle saber que su planteo resultaba extemporáneo. Contra dicha decisión la defensa técnica de Madrid interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio, resultando el primero rechazado y el segundo concedido por el juez Rafecas. Asimismo, el recurrente señaló que en el memorial presentado en la instancia de apelación sostuvo que la declaración de existencia de cosa juzgada írrita carecía de fundamentación suficiente, pues entiende que en la investigación fenecida hace más de 30 años existe la triple identidad requerida por la doctrina y jurisprudencia con los presentes actuados. En este sentido, el doctor Velo explicó que la C.S.J.N. tiene dicho que para dejar sin efecto una sentencia firme era necesario comprobar que en el proceso había existido estafa procesal o que el juez había sentenciado en forma irregular mediante dolo, circunstancias que no sólo no se advertían en aquel expediente sino que tampoco fueron señaladas por el magistrado instructor en la resolución de fecha 06/12/16. Además, explicó que la afirmación hecha por el doctor Rafecas en la resolución de referencia en cuanto a que los policías que declararon en el expediente nro. 8234/75 como testigos ante el juez Rivarola debieron haberlo hecho en calidad de imputados, resultaba caprichosa, ya que la declaración testimonial se presta bajo juramento de decir verdad, lo que no sucede con la declaración indagatoria, todo lo cual evidencia que los policías no contaron en aquella oportunidad con la libertad de urdir alguna estrategia con el fin de fraguar la investigación. También el recurrente se agravió del argumento esgrimido por el magistrado de primera instancia respecto a la falsa identificación de los policías al prestar declaración testimonial, pues consideró que ello no resulta óbice para sostener la "falsedad de la investigación", ya que, por un lado, la afirmación de que los agentes de la División Cuatrismo Carlos Alberto Tarantino, Ángel Salerno y José Vicente Sánchez, se identificaron ante el Juzgado Federal Nro. 3 en el año 1976 con libretas de enrolamiento falsas en la causa "Barvich" no abarca a la situación de su defendido -Madrid- y, por otro lado, ello pierde virtualidad toda vez que en el expediente nro. 331 (1093) -causa que dio inicio al procedimiento policial llevado a cabo en la calle Honduras- están individualizados, con sus nombres y jerarquías, lo que permitió que fueran posteriormente convocados a declarar judicialmente. Con igual énfasis, el impugnante criticó la supuesta deficiente producción de prueba pericial descripta por el juez Rafecas, en particular, en cuanto a que, según la autopsia practicada oportunamente a María Teresa Barvich no determinó que la bala

que habría producido su muerte correspondería con un arma calibre 11.25 mm y, toda vez que del relevamiento de armas practicado por la policía surge que la única arma de dicho calibre era la que portaba Madrid, debió ser convocado como imputado y no como testigo y, a la vez, debieron realizarse las correspondientes diligencias probatorias. Sin embargo, acotó el doctor Velo, a fs. 27 vta. del expediente ?Barvich? se dejó constancia que cerca de las personas detenidas había un arma calibre 11.25 mm Ballester Molina n° ... con inscripción en uno de sus laterales ?Ejército Argentino?, la que luego fue identificada como perteneciente al señor Julio Mogordoy Carrese quien, en su declaración de fecha 05/03/12 (efectuada en el marco de la causa n° 8234/75) reconoció que disparó con una pistola 45 (la que coincide con el calibre 11.25 mm) en aquel operativo realizado en la calle Honduras -finca en la que moraba- al advertir la presencia policial. Señaló que el magistrado de primera instancia no valoró las sentencias de fecha 27/02/80 del Juzgado Federal nro. 3 de la ciudad de La Plata, y 25/11/80 de la Sala Segunda Penal de la Cámara de Apelaciones Federal de La Plata, las que acompañó con su presentación durante el trámite del recurso de apelación en los presentes actuados. Luego, el defensor público se abocó a los agravios que la resolución recurrida le ocasiona a su defendido. En primer lugar, recordó los argumentos expuestos por los doctores Bruglia y Ballestero para, finalmente, señalar que no existe diferencia entre la imputación que se realizó en el año 1975 contra Madrid por la muerte de María Teresa Barvich y la que hoy día pesa contra el nombrado. El objeto procesal en ambas causas es el mismo: investigación del accionar de las fuerzas policiales en el contexto de la muerte de la señora Barvich. Y el hecho de que la investigación original culminara con un sobreseimiento definitivo da cuenta que, a criterio del impugnante, Madrid como integrante del grupo policial sufrió una persecución penal. Por otro lado, la defensa sostuvo que la falta de tratamiento de sus argumentos expuestos en su recurso de apelación configura una violación al derecho a ser oído previsto en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por último, mantuvo la reserva del caso federal y solicitó a este tribunal de alzada que se revoque la resolución recurrida y se ordene el sobreseimiento e inmediata libertad de su asistido.

IV. Que durante la etapa prevista en el art. 465 bis, en función de los arts. 454 y 455 del C.P.P.N. (modif. ley 26.374), la Defensora Pública Coadyuvante de la DGN, doctora Valeria Salerno, en representación de José Félix Madrid, presentó breves notas (confr. fs. 143/147, de lo que se dejó constancia a fs. 148), en las que sostuvo su pretensión recursiva.

V. Superada dicha etapa procesal, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos. El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

I. En cuanto a la admisibilidad del recurso interpuesto, vale señalar que el remedio intentado cumple con el requisito de impugnabilidad objetiva exigido por el art. 457 del C.P.P.N., ya que las resoluciones como la aquí recurrida, en la que se encuentra en juego el alcance de la garantía de proscripción de doble juzgamiento -ne bis in ídem-, el sometimiento del recurrente al proceso podría ocasionarle un perjuicio de insuficiente o tardía reparación ulterior y, por lo tanto, resultan equiparables a las sentencias definitivas. Ello, sumado a que: a) la parte recurrente cuenta con legitimación activa para impugnar e interpuso su presentación dentro del plazo legalmente estipulado (arts. 459 y 463 del C.P.P.N.); y b) también dio cumplimiento al requisito de fundamentación autónoma exigido por el supra citado art. 463 del código adjetivo.

II. Previo a ingresar al tratamiento de los agravios traídos a estudio por el recurrente, es preciso recordar los antecedentes de los presentes actuados. Así, pues, el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 3 resolvió, en fecha 6 de diciembre de 2016: ?PRIVAR DE EFECTOS JURÍDICOS a la resolución que dispone el sobreseimiento definitivo de la causa 8234/1975 caratulada `Barvich, María Teresa s/averiguación de homicidio´-que corre por cuerda a las presentes actuaciones 3993/07 del registro de este Tribunal, Secretaría nro. 6-, en los términos del artículo 434, inciso 1 del C.P.M.P. -ley 2372-, por entender que se trata de un supuesto de COSA JUZGADA ÍRRITA violatoria del debido proceso (art. 18 de la CN) y, en consecuencia, REABRIR la investigación orientada a conocer las circunstancias reales en que tuvo lugar el homicidio de María Teresa Barvich...? -la negrita obra en el original- (confr. fs. 1/19 vta. del presente incidente). En fecha 21 de marzo de 2017 fue notificado de manera personal José Félix Madrid de la decisión supra citada (confr. fs. 21). A fs. 23/25 de esta incidencia obra copia del auto de citación a indagatoria dispuesta por el magistrado instructor respecto del nombrado. Dicho acto procesal de defensa se llevó a cabo el día 24 de mayo del año supra mencionado, oportunidad en la que el imputado hizo uso de su derecho a negarse a declarar y acompañó una nota escrita por su hija y firmada por él, en la que manifestó que previo a la realización de dicho acto su abogado defensor le explicó el significado y alcance de la resolución de fecha 06/12/16 y, en consecuencia, recusó al doctor Rafecas por haber emitido opinión acerca de los hechos que le fueron reprochados y, al mismo tiempo, apeló aquella resolución por la que se reabrió la causa nro. 8234/75. (confr. fs. 26/51). Seguidamente, el juez de primera instancia hizo saber a la defensa técnica de Madrid que resultaba extemporáneo el reclamo expuesto por el nombrado (confr. fs. 52). Luego, el Defensor Público Coadyuvante, doctor Sebastián Luciano Velo, en representación de Madrid interpuso reposición con apelación en subsidio, planteo que fue resuelto favorablemente sólo en cuanto se concedió -con el fin de garantizar el derecho a la doble instancia en cabeza del encartado- el recurso de apelación (confr. fs. 63/66 vta. y 67/69). En virtud de ello, la Sala I de la Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal dictó la resolución traída a estudio de este tribunal de alzada, por la que se confirmó el temperamento adoptado por el magistrado de la etapa de instrucción en fecha 06/12/16 (confr. fs. 110/112 vta.). Para así decidir, los doctores Bruglia y Ballesterro tuvieron en cuenta que con anterioridad al cierre definitivo de la causa nro. 8234/75 Madrid fue citado como testigo, es decir, en aquel momento no fue imputado por el homicidio de Barvich ni sujeto a persecución penal específica al respecto, motivo por el cual el sobreseimiento dictado hace más de cuarenta años no alcanza a la situación del nombrado. Ello, a criterio de los magistrados de la instancia de apelación, impediría tener por configurada la triple identidad requerida por la garantía constitucional de ne bis in ídem. Contra dicha resolución, entonces, interpuso recurso de casación el letrado defensor oficial de José Félix Madrid (confr. fs. 117/125 vta.). III. Abogado, finalmente, a dar tratamiento de las quejas introducidas por la defensa técnica de Madrid, habré de adelantar que fundadas razones me imponen apartarme de la decisión adoptada por el tribunal a quo y, en definitiva, de la resolución dictada por el magistrado instructor en fecha 06/12/16. En efecto, en cuanto a la cuestión de fondo traída a estudio de este tribunal de alzada, tengo dicho que (ver causa nro. 8987, caratulada ?Galeano, Juan José s/recurso de casación?, rta. el 14/08/13, Reg. Nro. 1125/13, Sala II; causa nro. FCB 94020003/2012/TO1/CFC1, caratulada ?Bortis, Carlos Agustín y otros s/recurso de casación?, rta. el 22/12/15, Reg. Nro. 2417/15, Sala IV) la limitación de revisabilidad que por mandato de seguridad jurídica se atribuye a toda resolución que adquiera calidad de cosa juzgada, no es definitivo, y está condicionado al análisis sustantivo del procedimiento por el que se llegó a esa resolución, y a las condiciones de calidad de la misma. En este sentido, no cualquier desatinada acumulación de actos procesales es un proceso, ni cualquier conjunto de construcciones gramaticales constituye una sentencia, si se pretende proceder con ajuste a lo que reclaman los baremos constitucionales pertinentes. Ello es así, toda vez que, los principios basales de toda norma adjetiva penal, habrá de tener primigenia génesis en la Constitución Nacional. Las condiciones, forma y límites en que el Estado está autorizado y obligado a conducirse en el procedimiento de persecución penal -ello regulan los códigos procesales-, habrá de resultar siempre reconducible o derivación de un principio Constitucional. Desde este punto de vista, el derecho procesal conforma en gran medida no otra cosa que derecho constitucional reglamentado (Cfr. Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, pág. 10). En concreto, serán los principios constitucionales los que estipulen el sentido de interpretación debido a las reglas adjetivas. En esta línea de entendimiento, toda vez que la cosa juzgada supone una limitación a la posibilidad de persecución estatal, la misma está sometida a la verificación sustantiva sobre el cumplimiento regular y legal del procedimiento por el que se arriba a esa resolución, así como a la verificación de que esa resolución cumple con las reglas que con remisión a los baremos de la ley fundamental, y justamente por ello, le otorga legitimidad. Como en toda cuestión constitucional, se encuentran en pugna el derecho que como garantía personal agota la posibilidad de persecución, impidiendo su reedición mediante la cosa juzgada por una parte; y la obligación de seguridad constitucionalmente estipulada, comprensiva del mandato de legalidad de la persecución, que le impone al Estado no solamente juzgar y condenar los ilícitos, sino también proceder al efecto, diseñando y ejecutando un procedimiento constitucionalmente legítimo. Así, los extremos de la cuestión a dirimir están conformados de una parte por la proscripción del doble juzgamiento; y por la otra, de las exigencias sustantivas y adjetivas del procedimiento por el que se arribó a esa resolución, exigencias que encuentran su fundamento en la obligación de seguridad del Estado, que se expresa en la imposición al mismo de la estipulación de una organización jurisdiccional eficiente, y de su legal funcionamiento. Entonces, nuevamente en la tensión de los intereses a conciliar, y así ubicada la temática, corresponde ahora establecer los criterios sobre los que habrá de estipularse la resolución, teniendo en cuenta para ello en primer lugar que corresponde, como siempre en el ámbito del derecho, excluir los absolutos: ?Una prohibición estricta de modificar las sentencias que rigiera sin excepciones le serviría tan poco al aseguramiento de la paz jurídica como la realización sin barreras del Derecho penal.? (Cfr. Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, 2000, pág. 441.). Sentado lo anterior, se trata ahora de someter el procedimiento y la resolución que se pretende obstructora de la reedición de imputación de los hechos mediante los cuales tuvo lugar la muerte de María Teresa Barvich, al tamiz de legalidad sustantiva y formal, para en orden a ello, ratificar o rectificar la resolución en crisis. Así las cosas, corresponde analizar si durante el trámite de la causa nro. 8234/75, que concluyó con el sobreseimiento definitivo, concurrieron irregularidades de magnitud tal, como para invalidar aquél precedente como obstructivo a la revisión de los hechos en éstos autos. La respuesta negativa al interrogante presentado se impone contundente. Con el objeto de fundamentar mi aserto, recurro a las constancias obrantes en autos en relación a la reconstrucción de los hechos de la causa. Así, se advierte que, primigeniamente el magistrado La Fuente -titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional- y, luego, el juez Rivarola (quien en los primeros momentos de la investigación actuó como fiscal), instruyeron la causa no sólo conforme a la normativa imperante en la época (C.P.M.P., ley 2372) sino también en franca compatibilidad con las garantías constitucionales. En efecto, los magistrados de mención ordenaron y produjeron las pericias que consideraron oportunas (y entiendo también acertadas) tendientes a conocer el origen y legitimidad del operativo policial realizado por personal de la Policía de la provincia de Buenos Aires el día 4 de noviembre de 1975 en la vivienda

de la calle Honduras ... de esta ciudad en el que tuvo lugar la muerte de María Teresa Barvich -una de las moradoras de dicha vivienda- para así entender en qué circunstancias perdió la vida la nombrada. Y, para concluir en el sentido que lo hizo -sobresiendo definitivamente- no sólo contó con la venia fiscal -doctor Strassera- sino también con las declaraciones del comisario Bazán (a cargo de la Comisaría Nro. 21 de la Policía Federal Argentina, con jurisdicción en el lugar de la vivienda supra mencionada); pericia médica realizada por el galeno Barrio; constancia del armamento del personal que intervino en el operativo; acta de secuestro de armas encontradas en el lugar; actas de las actuaciones de prevención policial que se pusieron en conocimiento del juez La Fuente quien inmediatamente ordenó la realización de pericias de estilo y la correspondiente necropsia médico legal -además de entregar a los detenidos a las autoridades provinciales donde tramitaba la causa en el marco de la cual se dispuso el operativo policial-; ojiva de bala extraída del cuerpo de Barvich; informe realizado por el perito Hagazzi sobre el lugar de los hechos y los daños que presentaba la vivienda; conclusiones de la autopsia efectuada a la occisa; pericia realizada por la División Balística de la P.F.A.; examen histopatológico que arribó a las mismas conclusiones que la autopsia y el examen médico oportunamente realizado por el galeno Barrio; constancia certificada de la causa que tramitaba en el Juzgado Federal de La Plata y en el marco de la cual se ordenó el operativo policial en examen; declaraciones del personal policial interviniente en dicho operativo; entre otra prueba recabada en esas actuaciones. Todo lo cual permitió aseverar que tal procedimiento policial culminó con una balacea iniciada por los moradores de la vivienda. De todo ese plexo probatorio, reitero, tanto el fiscal como el magistrado instructor, entendieron, de manera precisa, afirmativa y concluyente, que el operativo policial realizado en la vivienda sita en la calle Honduras ... de esta ciudad se llevó a cabo dentro de las atribuciones y prescripciones legales vigentes al tiempo de los hechos y tuvo su origen en una causa penal seguida contra varios de los moradores de la misma por presunta infracción de la ley 20.840, tenencia de arma de guerra y municiones e infracción al art. 213 bis del C.P. Finalmente, convencidos por las pruebas realizadas, señalaron que el personal policial interviniente respondió con sus armas el ataque de que fueron objeto desde el interior del inmueble de cita, actuando en ejercicio de su autoridad, lo que tornó legítimo la muerte investigada, bajo los parámetros contemplados en el art. 34 del digesto ritual. En virtud de ello, no resulta óbice de crítica la circunstancia de que dichas actuaciones jurisdiccionales no hayan superado cierta cantidad de fojas, pues la validez de las mismas no se mide en cantidad de hojas o actos procesales realizados sino en el respeto de todos los derechos inherentes a la garantía de debido proceso. En efecto, cabe tener presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que, en igual vía interpretativa que la que aquí sostengo, "...no a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a aquellas que han sido precedidas de un proceso contradictorio, en que el vencido haya tenido adecuada y substancial oportunidad de audiencia y prueba [...] la institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales..." (Fallos: 238:18; 281:421; 336:1477; entre otros). Con el mismo énfasis la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos viene sosteniendo que "...[e]l principio ne bis in ídem, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in ídem..." (Casos: ?Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala?, sentencia del 22/11/04; ?Gutiérrez Soler vs. Colombia?, sentencia del 12/09/05; ?Almonacid Arellano y otros vs. Chile?, sentencia del 26/09/06; ?La Cantuta vs. Perú?, sentencia del 29/11/06; ?Nadège Dorzema vs. República Dominicana?, sentencia del 24/10/12; entre otros). En definitiva, para que ceda la inmutabilidad de una sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada, se tiene que advertir, con debido fundamento, que deliberadamente se buscó beneficiar al implicado en la causa, es decir, sustraerlo de la investigación o de las consecuencias por la responsabilidad de sus acciones o se actuó bajo coacción o ausencia de independencia funcional; nada de lo cual se pudo comprobar ni afirmar en la causa nro. 8234/75, contrariamente a lo sostenido por los magistrados de las anteriores instancias procesales. Ello no implica desconocer la gravedad de la muerte de María Teresa Barvich pues, si bien entiendo -y comparto- la preocupación e interés del magistrado instructor de que no quede impune ningún hecho que pudiera resultar enmarcado dentro del siniestro plan de aniquilamiento de una parte de la población civil del cual fue víctima nuestro país hacia mediados de los años '70 -aunque en el caso y de la pesquisa realizada oportunamente no se permitiría arribar a dicho temperamento-, lo cierto es que conforme lo vengo sosteniendo incansablemente en innumerables precedentes, ese compromiso jurisdiccional -incluso de rango internacional- jamás

puede sortear los principios y garantías constitucionales inherentes a un debido proceso, pues ello conllevaría al quiebre del Estado de Derecho. IV. En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Coadyuvante, doctor Sebastián Luciano Velo, en representación de José Félix Madrid, a fs. 117/125 vta., casar la resolución de fs. 110/112 vta., revocándola como así también a su antecesora, la resolución dictada por el magistrado instructor en fecha 6 de diciembre de 2016; y, en consecuencia, estar al sobreseimiento definitivo dictado en el marco de la causa nro. 8234/75 en fecha 23 de julio de 1976, debiendo remitirse los presentes actuados al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 3 de esta ciudad, a fin de que, previa constatación de ausencia de impedimentos legales, disponga la libertad del imputado (arts. 470, 530 y ss. del C.P.P.N.). Es mi voto.- El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: I. Llegado el momento de emitir mi opinión, considero que el cuestionamiento esgrimido por el representante del Ministerio Público de la Defensa (cfr. fs. 117/125), no deberá prosperar. Para resolver los agravios formulados por la defensa, corresponde recordar los antecedentes de las presentes actuaciones. El magistrado instructor resolvió con fecha 6 de diciembre de 2016 ¿privar de efectos jurídicos a la resolución que dispone el sobreseimiento definitivo de la causa 8234/1975 caratulada ¿Barvich María Teresa s/ averiguación de homicidio?, en los términos del artículo 434, inciso 1º, del C.P.M.P. -ley 2372-, por entender que se trata de un supuesto de cosa juzgada írrita violatoria del debido proceso (art. 18 de la C.N.), y en consecuencia, reabrir la investigación orientada a conocer las circunstancias reales en que tuvo lugar el homicidio de María Teresa Barvich? (cfr. fs. 1/20 del presente incidente). Para arribar a dicha decisión, el juez de primera instancia entendió que se había omitido la adopción de diversas medidas probatorias conducentes a determinar la verdad real de lo acontecido, y consideró que la instrucción se había encaminado más bien a preservar la actuación del personal policial de una investigación exhaustiva de los hechos, entre otras cuestiones. Al momento de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el ¿a quo? confirmó el temperamento adoptado por el magistrado de la etapa de instrucción (cfr. fs. 110/112). Los jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal consideraron que ¿un ajustado análisis de las actuaciones nos permite concluir que no es posible afirmar, tal como pretende la defensa, que el sobreseimiento recaído en la causa Barvich en los términos del Código de Procedimientos en Materia Penal vigente a la época del suceso haya de alguna manera alcanzado la situación particular de José Félix Madrid cuestión que, como se verá, resulta central a los fines de arribar a la solución aquí propuesta?. Sostuvieron que ¿debe destacarse que con anterioridad a tal cierre definitivo de la pesquisa Madrid fue citado a prestar declaración como testigo por los hechos, por lo que no puede sostenerse válidamente en esta oportunidad que previo a que fuera convocado por el a quo a prestar declaración indagatoria, con fecha 22 de mayo del corriente año, el ahora imputado haya sido concretamente imputado por el homicidio que damnificó a María Teresa Barvich ni sujeto de persecución penal específica alguna. Así entonces, disentimos con lo argumentado por la parte recurrente pues no advertimos que se encuentren verificadas en el presente caso aquellas tres identidades que deben indefectiblemente confluir a los efectos de determinar la violación a la garantía constitucional en cuestión a raíz de una múltiple persecución penal, a saber: a) eadem persona -identidad de la persona-; b) eadem res -identidad del objeto de la persecución- y c) eadem causa petendi -identidad de la causa de la persecución-?. Finalmente, los magistrados afirmaron que ¿en consonancia con lo expuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, se puede concluir que nos hallamos ante una nueva imputación de hechos que hasta ahora no habían sido endilgados al incuso, razón por la cual de ninguna manera se puede invocar una violación a la garantía que prohíbe la doble persecución penal? (cfr. fs. 111 vta./112 del presente incidente). II. Así las cosas, en primer lugar corresponde dar respuesta al agravio formulado por la defensa del imputado Madrid en oportunidad de presentar breves notas (cfr. fs. 143/147), quien cuestionó la categorización de los hechos materia de juzgamiento como ¿delitos de lesa humanidad?. Al respecto, cabe señalar que la cuestión planteada ya ha sido objeto de tratamiento en numerosos precedentes de esta Cámara Federal de Casación Penal, en base a sucesos registrados antes del inicio del último golpe institucional en el país ocurrido el 24 de marzo de 1976 -en el caso de autos, meses antes: el 4 de noviembre de 1975- (cfr. Sala II: causa n° FSA 73000764/2008/TO1/CFC4, ¿Herrera, Rubén Nelson y otros s/ recurso de casación?, reg. N° 1261/16, rta. 14/07/2016; Sala III, causa n° 17004, ¿Paccagni, Norberto Rubén y otros s/ recurso de casación?, reg. N° 346/14, rta. 19/03/2014; y Sala IV: causa n° 14.536, ¿Liendo Roca Arturo s/ recurso de casación?, reg. N° 1242/12, rta. 01/08/2012; causa n° 14116, ¿Bettolli José Tadeo s/ recurso de casación?, reg. N° 1649.13.4, rta. 10/9/2013; y causa n° 15438, ¿González José María s/ recurso de casación?, reg. N° 2245/13, rta. 18/11/2013, entre otros). En dichos precedentes, se ha establecido que los hechos acaecidos antes del 24 de marzo de 1976 ¿no se diferencian de los que tuvieron lugar en el marco del plan sistemático y criminal instaurado durante la última dictadura militar, acreditado en el marco de la causa 13/84 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal?. Se debe destacar, a este respecto, que dicho plan criminal constituye un hecho palmario sobre el que, conforme las reglas prácticas sancionadas por esta Cámara Federal de Casación Penal, que llaman a evitar la reiteración de la tarea de acreditación de eventos notorios no controvertidos (cfr. Acordada N° 1/12, Regla Cuarta), no corresponde efectuar mayor abundamiento. Sentando cuanto precede, dicho cuestionamiento no deberá

prosperar. III. Con relación a los restantes agravios formulados por la defensa (cfr. recurso de casación de fs. 117/125vta.), la parte recurrente no ha logrado refutar los fundamentos de primera instancia confirmados por el "a quo" en el decisorio puesto en crisis, que fueran referidos precedentemente. Por el contrario, su crítica luce a esta altura como una mera disconformidad, sin haber brindado nuevas razones fundadas que permitan conmover lo decidido, por lo que el recurso de la defensa no puede tener favorable acogida. Por lo demás, este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en orden a la improcedencia de planteos efectuados por la presunta vulneración del principio "ne bis in ídem" y cosa juzgada, como consecuencia de la prosecución o reapertura de causas seguidas por delitos de lesa humanidad, en los fallos "Reinhold" -Reg. N° 137/12, rta. 13/02/2012-, "Cejas" -Reg. N° 1946/12, rta. 22/8/12, "Greppi" -Reg. N° 1404/12, rta. 23/8/12-, "Bruno Pérez" -Reg. N° 2287/15.4, rta. 2/12/15-, entre muchos otros, a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad. En ellos, se analizó la jurisprudencia nacional e internacional que rige en la materia y se recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el precedente "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, parágrafo 154), afirmó que "En lo que toca al principio ne bis in ídem, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, dicha Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del ne bis in ídem?". El Tribunal internacional referido enfatizó el concepto mencionado en el marco del caso "Bámaca Velázquez vs. Guatemala", supervisión de cumplimiento de sentencia, de 18 de noviembre de 2010, considerando nro. 44, donde desarrolló que "cuando se trata de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, [...], la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. La intensidad de esta afectación no sólo autoriza sino que exige una excepcional limitación a la garantía de ne bis in ídem, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones cuando la decisión que se alega como cosa juzgada surge como consecuencia del incumplimiento protuberante de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones. En estos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas sobre la seguridad jurídica y el ne bis in ídem es aún más evidente, dado que las víctimas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, que incumple manifiestamente con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados. La gravedad de lo ocurrido en estos casos es de tal envergadura que afecta la esencia de la convivencia social e impide a su vez cualquier tipo de seguridad jurídica. Por ello, al analizar los recursos judiciales que puedan interponer los imputados por graves violaciones de derechos humanos, la Corte resalta que las autoridades judiciales están obligadas a determinar si la desviación en el uso de una garantía penal puede generar una restricción desproporcionada de los derechos de las víctimas, donde una clara violación del derecho de acceso a la justicia, desdibuja la garantía procesal penal de cosa juzgada...". Asimismo, dicho criterio fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Mazzeo" (C.S.J.N., M. 2333. XLII., del 13/07/2007) en el cual el máximo tribunal adujo: "lo cierto es que, más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del ne bis in ídem como la cosa juzgada. Ello así en la medida en que tanto los estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso?". Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó que: "...así los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y ne bis in ídem no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque, los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche..." (con cita del voto de la jueza Argibay in re: "Simón", Fallos: 328:2056). De conformidad con lo hasta aquí indicado y con ajuste a los precedentes de la C.I.D.H., del Máximo Tribunal de la Nación, y de este tribunal antes citados, la crítica de la defensa no deberá tener recepción favorable ante esta instancia. IV. Por todo ello, propongo

al Acuerdo: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 117/125 vta. del presente incidente por la defensa de José Félix Madrid, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.), y TENER PRESENTE la reserva del caso federal. El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: I. Corresponde enfatizar en primer lugar que -cierto es- la Corte Suprema ha afirmado que ?a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ?Barrios Altos' (Corte IDH - Serie C 75, del 14 de marzo de 2001), han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución de conductas como [las aquí investigadas]?, por lo que ?corresponde rechazar [...] toda interpretación extensiva del alcance de la cosa juzgada...? (considerando 12 del voto del juez Petracchi en el precedente de Fallos: 326:2805, citado por la mayoría del Tribunal en Fallos: 330:3248, tal y como lo reseña el Procurador Fiscal ante la CSJN en su dictamen emitido en la causa S.C., P 695, L. XLIX). Empero, no se sigue de esa doctrina que los acusados por graves crímenes contra la humanidad tengan vedado el acceso a las garantías constitucionales que limitan y encausan el poder punitivo del Estado, en pie de igualdad con las demás personas sometidas a proceso penal, lo que a su vez les otorga a esos procesos legitimidad y validez. Así lo recordó recientemente la Corte Suprema en el precedente ?Alespeiti?, en el que resaltó: ?13) Que, en tanto sociedad que se rige por normas fundamentales que condicionan el accionar de los poderes públicos, no puede discutirse válidamente que la imposterable e irrenunciable ?obligación de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos lo es en el marco y con las herramientas del Estado de Derecho, y no con prescindencia de ellas' (Fallos: 330: 3074)? (voto del juez Maqueda). Y, en la misma dirección: ?12) Que [...] cabe poner de manifiesto que la existencia de obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino para garantizar la investigación, el juzgamiento y la sanción de los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones perpetradas a los derechos humanos, cuya rigurosa observancia no se pone en tela de juicio, debe ser cumplida por los tribunales argentinos sin vulnerar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso invocados precedentemente, cuyo incumplimiento también puede acarrear responsabilidad internacional. Los derechos y garantías constitucionales y legales han sido establecidos para todos, aun para aquellos imputados o condenados por delitos aberrantes. La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige del Estado de Derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes? (voto del juez Rosatti, al que adhirió el juez Rosenkrantz). Consideraciones similares fueron volcadas por los jueces Rosenkrantz, Highton y Rosatti en la reciente sentencia recaída in re CSJ 1574/2014/RHI ?Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario?, del 3/5/2017 (considerando 15° del voto conjunto y 12° del voto concurrente). Ciertamente ningún proceso penal -no importa que tan aberrante sea el delito por el cual se sustancia- se encuentra al margen de la Constitución. Y el principio ne bis in ídem constituye, en efecto, una garantía de raigambre constitucional y convencional que, tal y como fue reconocida por numerosos precedentes, se encuentra previsto implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna, así como entre las garantías no enumeradas del artículo 33, y también ha sido reconocida explícitamente en el artículo 8.4 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y en el 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados con jerarquía constitucional de conformidad con el artículo 75, inc. 22 de la C.N. Tengo presente, claro, que el precedente de la Corte Interamericana ?Almonacid Arellano vs. Chile? (Serie C 154, del 26 de septiembre de 2006) establece las condiciones de excepción bajo las cuales la garantía en cuestión resulta inaplicable. En esa oportunidad, en efecto, el tribunal regional sostuvo que: ?no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia? (parágrafo 154). En todos esos casos -explica el tribunal- el proceso penal deviene fraudulento pues, bajo el ropaje de un juicio llevado a cabo con las formalidades de la ley, se oculta un dispositivo concebido precisamente para garantizar impunidad que, va de suyo, no puede admitirse. Ello, sin perjuicio de que también ?...si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in ídem? (ídem). II. Efectuadas las consideraciones precedentes, en las particulares circunstancias que rodean al presente caso habré de adherir al voto del doctor Borinsky, en cuanto propicia rechazar el recurso de casación interpuesto. En este sentido, es del caso recordar que esta Sala se ha pronunciado en numerosas oportunidades respecto del carácter de crímenes contra la humanidad que pueden revestir hechos como el investigado, ocurridos en las márgenes temporales del golpe institucional del 24 de marzo de 1976, ante la constatación de que la metodología represiva utilizada, o la identidad de las agencias intervinientes o de los perpetradores revisten conexión suficiente con el ataque generalizado y sistemático que caracterizó a la última dictadura, pero que ciertamente no quedó circunscripta a ella (ver al respecto, entre otras, las causas n° 14.536 -?Liendo Roca, Arturo y otro?, reg. n° 1424/12, del 1/8/2012-; y n° 14.116 -?Bettolli, José Tadeo?, reg. n° 1649/13, del 10/9/2013-). A su turno, tengo en cuenta que en

la resolución dictada en el marco de la causa n° 8234/75 por el titular del entonces Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n° 3, que tuvo como objeto procesal la determinación de las circunstancias que rodearon la muerte de María Teresa Barvich, el magistrado a cargo de la instrucción decretó: ?SOBRESEER DEFINITIVAMENTE en esta causa nro. 8234, en la que no se procesó a persona alguna? (fs. 66 de la causa 8234, cuyas copias lucen agregadas a la presente). La lectura de las actuaciones correspondientes revelan, a su vez, que la única intervención del recurrente José Félix Madrid en aquel proceso fue en calidad de testigo, más nunca fue formalmente acusado ni intimado por los hechos allí investigados. De ese modo, tal y como lo consigna la resolución que viene a estudio de este tribunal, la defensa no ha logrado rebatir los fundamentos del fallo atacado en la medida en que destacó que la triple identidad -sujeto (eadem personae), objeto (eadem res) y causa (eadem causa pretendi)- no se encuentra acreditada entre la presente pesquisa y aquella en la que inicialmente se investigó la muerte de María teresa Barvich (i.e., causa 8234/75 del Juzgado Federal n° 3 de esta Ciudad), lo que correlativamente implica que el presente proceso no entrañe la reedición de una persecución penal contra José Félix Madrid por hechos ya juzgados ni se halle comprometida la garantía que veda el bis in idem. Por ello, en virtud del acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 117/125 del presente incidente por la defensa de José Félix Madrid, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada CSJN 15/13 -Lex 100-) y remítase a la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. MARIANO HERNÁN BORINSKY
JUAN CARLOS GEMIGNANI GUSTAVO M. HORNOS
026499E