

*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*  
*"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

Reg.: (D)/13

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2013.

**Autos y vistos:**

Para resolver en la presente causa nro. 536 (D)/11 (exp. 59884/10) caratulada "Pérez Ojeda Diosnel y otros s/infr. Art 181 inc. 1 Usurpación (despojo) del CP", del Registro de la Secretaría única de este Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas nro. 14 de la CABA. Interviene en representación del Ministerio Público Fiscal el Dr. Luis Cevasco. Por la defensa técnica del coimputado Diosnel Pérez Ojeda intervienen los Dres. Nicolás Tauber Sanz (T° 82 F° 918 CPACF), Daniela Marina Di Pasquale (T° 111 F° 88 CPACF) y las Dras. Verónica Quinteros (F° 83 T° 851 CPACF) y Paula Quinteros (T° 99 F° 948 CPACF); y por la del coimputado Luciano Nardulli, los Dres. Tauber Sanz, Vanina Panetta (T° 104 F° 647) y las letradas Quinteros, interviniendo como Actuaría la Dra Karina Andrade.

**Y considerando:**

Respecto de las numerosas cuestiones traídas a juzgamiento preliminar antes de proceder a la realización de la audiencia del art. 210 del CPP, en atención al pedido de tratamiento separado que oportunamente hicieran las partes, corresponderá su tratamiento agrupado dividiendo las argumentaciones cuya respuesta se impetra según el tenor de las mismas, para una mejor administración de los planteos.

**I. Introducción.**

El abordaje de las mismas indica la pertinencia de establecer distinciones entre aquellas cuestiones que recibirán una misma respuesta, frente a otras que, con independencia de la suerte que sigan, habrán de merecer una distinta argumentación.

Ante todo cabe señalar que la presente causa se enmarcó en un conflicto de gran trascendencia institucional y pública ocurrido hace casi dos años, cuando un número indeterminado de personas pero a todas luces un gran número, ocupó aparentemente de improviso el predio local conocido como "Parque Indoamericano".

Del total de personas que integraron oportunamente la colectividad de sujetos pasivamente legitimados por el Ministerio Público Fiscal la mayoría ha acordado, en atención a las especiales

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

características que daban coto al hecho investigado, principalmente el visible reclamo colectivo y social de soluciones políticas, institucionales y en última instancia, materiales, al problema del déficit de vivienda social o al menos al reclamo de paliativos instrumentales para lograr el acceso a aquélla por parte de sectores postergados y vulnerables de habitantes del suelo metropolitano, y sólo restan encausadas por decisión del Ministerio Público Fiscal dos: Diosnel Pérez Ojeda y Luciano Nardulli.

El resto de las otrora imputadas obtuvo juntamente con sus defensores técnicos y el Ministerio Público Fiscal, en ejercicio de las facultades dispositivas que le acuerda la ley procesal local y el modelo de enjuiciamiento criminal que propicia la Constitución local, una solución alternativa al juicio oral y público consistente en la autocomposición.

No obstante, Pérez Ojeda y Nardulli no fueron beneficiarios de estas soluciones por propia decisión, tal y como ha quedado claramente establecido en la audiencia que se celebró recientemente en la causa, luego de que ésta volviera a la instancia de origen, previo a un dilatadísimo paso por instancias superiores en el marco de los recursos que se hubieron interpuesto.

En efecto, interrogados que fueron los nombrados y el Sr. Fiscal al respecto, en punto a si aquellas oportunidades habían sido iguales para todos, ambas partes coincidieron en que ello fue efectivamente así, expresando Nardulli y Pérez Ojeda que su negativa a “arreglar” obedecía al carácter diríase infamante que para ellos tenían esas vías alternativas al juicio penal oral, pues en la visión de los nombrados aceptarlas equivalía a “negociar la sangre de los compañeros caídos” (en referencia a las muertes que se investigaron ante la Justicia Nacional, en el marco de la cuenta represión que se desató en el Parque Indoamericano con motivo de su desalojo). En tal sentido debo dejar asentado que, a preguntas concretas que la suscripta le formuló en audiencia al Dr. Cevasco, éste aseveró que las personas que gozaron de la extinción de la acción penal por aceptar los acuerdos oportunamente ofrecidos, aún en los casos en que quedaron sometidas a reglas de conducta en el marco de suspensiones del juicio a prueba, no fueron objeto de imposiciones arbitrarias o degradantes, ni tampoco esas reglas de conducta implicaron la obligación de no proseguir defendiendo las causas que consideraban justas por las vías legales que las normas vigentes contemplan, como tampoco implicaba la restricción de formular denuncias y/o declarar como testigos en las causas penales abiertas por la muerte de las personas que cayeron aparentemente bajo las balas de miembros de las fuerzas policiales o de seguridad que tomaron parte en la represión del reclamo habitacional de marras.

Hechas estas aclaraciones, y dejando a salvo mi opinión personal de que las especiales características que dieron identidad al origen del reclamo que culminara con la ocupación temporaria del predio aludido indican claramente que ese pragma conflictivo excede con creces las posibilidades

# *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

## *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

del Derecho Penal, a un punto tal que la solución institucional y normativa más ajustada a los hechos en discusión es la de cualquiera de las vías alternativas de resolución del conflicto que propicia la legislación local, y para las cuales en esta causa se ha contado con la conformidad del Ministerio Público Fiscal, es que procederé seguidamente a resolver los planteos interpuestos.

### **II. Las defensas anticipadas interpuestas por la Defensa técnica:**

Reseñando sucintamente los numerosos planteos, pueden ser resumidos del siguiente modo:

a. Nulidad del requerimiento de juicio por carecer de una descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho y específicamente de la **intervención de los imputados en aquél, como así también de los fundamentos que justifiquen la remisión a juicio.**

b. Vencimiento del plazo del art. 104 CPP. Insta sobreseimiento en consecuencia.

c. Excepción de manifiesta atipicidad por ausencia de participación criminal del imputado, en el caso de parte de Nardulli y Pérez Ojeda

d. Excepción de manifiesta atipicidad del hecho investigado basada en el carácter de bien del dominio público del parque Indoamericano; en la inexistencia de clandestinidad; por inexistencia de violencia; por imposibilidad de despojo por falta de posesión original.

e. Excepción de falta de acción por autocomposición en razón de los acuerdos políticos celebrados en diciembre de 2010.

d. Cuestión extra: configuración de la persecución penal de los imputados Nardulli y Pérez Ojeda por motivos políticos. Derecho penal de autor vs. Derecho penal de acto.

### **III. Abordaje de las respuestas. III.1. Rechazo in limine.**

Entiendo que deben descartarse de plano las defensas concernientes al vencimiento del plazo del art. 104 CPP y la que invoca la violación del principio basal del derecho penal constitucional argentino que rechaza el derecho penal de autor, basado en consideraciones dogmáticas que entienden a la comisión del delito como meramente sintomática de personalidades peligrosas, por las siguientes razones.

Primera, que surge de la simple compulsas de la causa que el día 13/10/2011 se procedió a la intimación del hecho a los incurso, en tanto el día 03/01/2012 mediante las vías legales establecidas para ello, se otorgó prórroga por dos meses a contar desde el vencimiento de la IPP (el que operaba el 13/01/12), y finalmente el 20/03/2012 se formuló el requerimiento de juicio. Es decir que dicha pieza

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

procesal fue interpuesta dentro del término legal fijado en el art. 104 del CPP, por lo que corresponde el rechazo in limine de este planteo.

Segunda, respecto de la presunta motivación política que encubriría una persecución personal contra los aquí nombrados, no ha quedado acreditada luego del simple conainterrogatorio al que la suscripta sometió en audiencia oral tanto al Dr. Cevasco cuanto a las defensas. En ese sentido ha quedado claro que la oportunidad de arribar a una solución alternativa distinta al juicio oral y público fue ofrecida a todos los imputados, quedando en la esfera de decisión de cada uno tomar o no tomar esa opción. Verdad es que el juicio oral y público, como paradigma clásico del modelo de enjuiciamiento penal, es la forma natural de dirimir la culpabilidad o la inocencia de un sujeto, a la vez que es el ámbito en el cual queda rá establecida, conforme a un sistema de reglas y de prohibiciones probatorias, la "verdad material". Esa fuerza de verdad cumple una función pacificadora que no alcanzan las vías alternativas. No obstante ello, cierto es que ese esfuerzo debe reservarse para aquellos casos en los cuales la ratificación de la vigencia de las normas está llamada a cumplir un rol en el contexto social, en tanto el caso revele que la pena en expectativa -merecida- sea además necesaria.

En el sub exámine, sin perjuicio de la facultad que posee el Fiscal de decidir no proseguir con la acción penal y que, según surge del expediente, fue utilizada respecto de otros imputados (vgr. Chancalay y Revilla) pero no respecto de los aquí imputados, lo cierto es que nada indica que la actual situación procesal de Nardulli y Pérez Ojeda sea producto de una persecución arbitraria que el Ministerio Público Fiscal haya dirigido exclusiva o excluyentemente contra ellos por su afiliación partidaria, por las causas que ellos vindican o reivindican o por cuestiones atinentes a motivos espurios. Sus letradas defensoras afirmaron, a preguntas concretas que esta Magistrado les realizó, que en todo momento ellos contaron con su asistencia técnica, y que fue por voluntad de ellos, quienes creen férreamente que aceptar tales acuerdos conlleva la marca infamante de abandonar la defensa de los ideales que pregonan en materia de vivienda digna, o la claudicación en el esfuerzo de procurar justicia en otras causas judiciales, que no se arribó en su caso a soluciones análogas.

En consecuencia, he de rechazar "*in limine*" ambos planteos, lo que así resuelvo.

**III. 2. Las nulidades del requerimiento de juicio sustentadas en el carácter de bien del dominio público del parque Indoamericano; en la inexistencia de clandestinidad; por inexistencia de violencia; y por imposibilidad de despojo por falta de posesión original.**

Los argumentos, sintetizados, en torno a estas cuestiones son los siguientes: que la conducta

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

### *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

presuntamente delictiva atribuida a Nardulli y Pérez Ojeda de “organizar usurpaciones” con fecha 6 y 8 de diciembre de 2010 colisiona con el principio de legalidad porque no existe el delito de “organizar usurpaciones”. En segundo lugar, que el parque Indoamericano es un bien del dominio público que siempre se encontró abierto al público, por lo que aún en el supuesto de haber ingresado personas al mismo, lo hicieron sin violencia, amenazas, clandestinidad, engaños o abuso de confianza. Esta imposibilidad fáctica determinaría, pues, la manifiesta falta del hecho supuestamente típico en sí mismo. En tercer lugar, la inexistencia de clandestinidad devendría palmaria del hecho descrito por el propio fiscal en su requerimiento, en tanto indicó que el 6 de diciembre más de 300 personas usurparon el inmueble clandestinamente, tratándose de una plaza pública cuyo uso no está restringido por horarios ni por ninguna otra razón. Dicho de otro modo, esta modalidad de llegada de esos centenares de personas no permite comprender cuál fue el proceder oculto, secreto, subrepticio, adoptando precauciones para que el titular no se entere. Similares consideraciones se hicieron en torno al requisito “violencia” a la vez que se sostuvo que los sucesos del 8 de diciembre no fueron causados por las personas que se congregaron en reclamo de justicia y repudio de los hechos luctuosos de la noche anterior, cuando fallecieron Bernardo Salgueiro y Rosemary Chura Puña, sino por quienes justamente encararon esa represión.

Las defensas reseñadas no pueden tener favorable acogida por dos órdenes diferentes de razones: el primero es su reiteración, con suerte adversa, al haber sido idénticamente interpuestos por vía de recurso ante la Cámara del Fuero (Sala 1ra) y el segundo es su inadecuación a las hipótesis contenidas en el inciso c) del art. 195 CPP.

En cuanto al primer argumento que sostiene el rechazo de los planteos referidos a la ausencia de tipicidad objetiva por tratarse el Parque Indoamericano de un bien de dominio público y por la supuesta inexistencia de posesión originaria que usurpar, he de decir que no sólo no se trata de una cuestión “manifiesta” (sino todo lo contrario, pues el argumento es cuanto menos discutible) lo que de por sí echaría por tierra el andamio favorable de la excepción, sino que he de señalar para fundar su rechazo que, atendiendo al derrotero procesal que viene llevando esta causa, basta con transcribir algunos de los párrafos que pueden leerse en la sentencia de la Sala 1ra del fuero, del 15 de julio de 2011, donde se expusieron los siguientes argumentos: *“Está fuera de toda duda que las calles, ríos y los parques, entre otras, son bienes dominicales porque satisfacen las necesidades públicas y el derecho a esos bienes se manifiesta por el uso de todos, ello sobre la base del principio de igualdad. Todos tenemos derecho al uso y goce de los bienes públicos, los que no pueden ser considerados res nullius que permita su apropiación por cualquier persona (ob. ci.t, pag. 57) (...) En consecuencia, existe un*

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

### *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

*verdadero derecho de propiedad de los bienes de dominio público, que tiene un contenido diferente a la propiedad de derecho privado ya que no pueden utilizarse de cualquier forma, sino conforme los principios del derecho administrativo. Esto es, "el pueblo, como titular del dominio público, puede utilizar libremente los bienes que lo constituyan, en tanto se trate de realizar los usos comunes o generales" (ob.cit., pag. 82). Es evidente entonces que si los parques, como el Indoamericano, son bienes de dominio público y, como tal, todos los habitantes son titulares del derecho de uso común, en modo alguno pueden uno o más de ellos arrogarse un poder sobre esos bienes que restrinja el derecho de los demás".*

Ello significa que, cuanto menos, se trata en lo substancial de una cuestión jurídica que ya ha sido planteada y resuelta, con el agravante de que esta resolución partió de la Sala 1ra de la Cámara, por lo que la suerte del argumento, al menos en la instancia, ha quedado sellada.

En un mismo orden de ideas, respecto de lo argumentado sobre la "posesión" podemos leer en el interlocutorio de marras lo siguiente: *"De acuerdo a lo afirmado por la Jueza de grado, no podrían ser objeto de posesión ni tenencia, pues se encuentran fuera del comercio, y por tanto a quien los ocupe no se le podría imputar usurpación en los términos del art. 181 CP. En primer lugar, no puede sostenerse que no existe posesión respecto de los bienes dominicales. El carácter imprescriptible e inalienable que coloca a los bienes de dominio público fuera del comercio, nada influye en la existencia de un derecho de propiedad y una efectiva posesión respecto de los mismos. Si el Código Civil establece que "habrá posesión de las cosas cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" (artículo 2351), cabe deducir de ello que no excluye los bienes de dominio público ni tampoco a la persona 'Estado' como el sujeto que ostente el derecho de propiedad sobre la cosa. En todo caso, esa posesión se ejerce de un modo diferente a como lo hace un particular respecto de sus propios bienes, o el Estado cuando son bienes de dominio privado de éste. Ese ejercicio es permanente y no puede ser perturbado, encontrando amparo en las previsiones del artículo 181 del Código Penal. Sostener lo contrario es excluir indebida e injustificadamente los bienes destinados al uso común, otorgándole una menor protección que la brindada a los bienes de dominio privado".*

Es decir que en cuanto respecta a estos planteos, más allá del acierto o el error que las afirmaciones de la Excm. Cámara puedan encerrar, lo cierto es que ellos han recibido tratamiento, se los ha abordado y se les dio una respuesta jurisdiccional. Claro que adversa, y por ende insatisfactoria. Pero ello no permite su reedición "sine die" al menos en la etapa procesal que el Ministerio Público Fiscal viene reclamando que se declare conclusa.

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

### *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

En lo referido a los medios comisivos "violencia" y "clandestinidad" otro tanto cabe señalar, ya que podemos apreciar que se dio respuesta del siguiente modo al menos al argumento de falta de clandestinidad en los hechos acontecidos el 6 de diciembre: *"Argumentos de la defensa sobre los medios comisivos del delito de usurpación. Los defensores agregaron como argumento no brindado por la Magistrada en su resolución que, aun cuando se considere que los parques constituyen bienes inmuebles que puedan ser objeto del delito en cuestión, en el caso la ocupación de dichos espacios públicos no se llevó a cabo utilizando algunos de los medios típicos previstos por el art. 181 inc. 1 CP. De las constancias de la causa, surge que la Magistrada tuvo por acreditada la clandestinidad respecto del hecho de fecha 6 de diciembre (conforme su resolución obrante a fs. 30/34vta.). Por otro lado, la misma Magistrada negó que se encontraran debidamente acreditados la modalidad de la ocupación consumada el día 8 de diciembre (ver resolución obrante a fs. 128/131). De todas maneras, lo argumentado respecto de la inexistencia de acreditación del modo de comisión, al margen de ser cuestiones de hecho y prueba cuyo debate en el presente luce inoportuno, no surge de modo manifiesto tal como se exige para la procedencia de una excepción de falta de acción". (...)* *"Al respecto, resulta irrelevante a los fines de acreditar la clandestinidad de la usurpación el hecho que se haya realizado durante las horas del día o de la noche, si en realidad la imputación parte de la premisa de una organización previa de la usurpación, y que con las características del caso (cantidad de personas, materiales, corto lapso en el que se llevó a cabo) permite afirmar que la ocupación fue subrepticia y aprovechando –quizás- el desconocimiento del titular del derecho en cuestión".*

Aunque la Sala 1ra sólo se hubo referido a la falta de "clandestinidad" lo cierto es que sus razones son perfectamente extrapolables a la "falta de violencia" en tanto se trata (para usar sus propias palabras) *"de cuestiones de hecho y prueba cuyo debate en el presente luce inoportuno"* y *"no surge de modo manifiesto tal como se exige para la procedencia de una excepción de falta de acción"*.

Estas dos respuestas sellan la suerte del conjunto de estos argumentos, en tanto se trata de cuestiones ya planteadas y resueltas y, por lo demás, es dable reiterar que en modo alguno puede afirmarse que se trataba de alegaciones "manifiestas" en el sentido exigido por el art. 195 inc c del CPP local. Ello no implica que no puedan ser nuevamente puestos sobre el tapete, no ya en esta instancia procesal sino en la subsiguiente, en tanto pueden entrañar cuestiones de fondo (reitero, no manifiestas en esta etapa del proceso), que debidamente sometidas a un amplio debate (ajeno a la instancia que aquí se promueve) bien pudiera recibir por parte del juez de juicio acogida favorable. Sin embargo, en cuanto aquí cabe analizar, la reedición permanente de estas cuestiones no sólo no las convierte en novedosas sino que además provoca un innecesario dispendio jurisdiccional, por lo que corresponde

***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***  
***"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".***

resolver su rechazo.

IV. **La defensa anticipada fundamentada en déficits de autoría: excepción de ausencia de participación criminal en los hechos imputados y/o nulidad del requerimiento por deficiente descripción de la intervención que a Pérez Ojeda y a Nardulli les cupo en aquéllos.**

En este caso ha planteado la Defensa que se está lesionando su derecho a preparar una resistencia eficaz contra la imputación en tanto el Fiscal habría incurrido en dos órdenes de deficiencias, a saber: por un lado, la lectura del requerimiento de juicio no permitiría conocer cuál ha sido la manera, o cuáles fueron las acciones desplegadas por Nardulli y Pérez Ojeda en virtud de las cuales esa manera se patentizó, y en razón de lo cual éstos habrían organizado antes del 6 de diciembre -al menos- y antes del 8 de diciembre a varios centenares de personas para que invadiesen repentina y organizadamente el Parque Indoamericano. Y por otro lado, cuáles son las pruebas o los elementos de juicio sobre cuyo análisis el Fiscal considera que tanto Nardulli cuanto Pérez Ojeda resultan ser “autores por organización” en dichos sucesos. Es decir, que a criterio de la defensa resultaría dificultoso, por no decir imposible, poder contra-argumentar que sus asistidos no tomaron parte “como organizadores con dominio del hecho”, dado que no se individualiza prueba alguna en la requisitoria de juicio que permita colegir por qué se asevera que ellos formaban parte de un “aparato organizado de poder que asegure la ejecución de la orden aún sin violencia o engaño”.-

La lectura del requerimiento, en punto a la descripción de autoría, afirma que *“se atribuye a Diosnel Pérez Ojeda y Luciano Nardulli haber participado como organizadores con dominio del hecho en los sucesos ocurridos a partir del 6 de diciembre de 2010, cuando alrededor de las 23:40 hs un grupo de aproximadamente trescientas personas previamente organizadas ingresaron ilegítimamente de forma clandestina al sector del Parque Indoamericano ubicado entre las avenidas Escalada, Castañares, autopista Cámpora y la vía del ferrocarril Metropolitano, de esta ciudad...”*, y seguidamente se *“le atribuye a los nombrados su participación como organizadores y con dominio sobre su desarrollo, en los sucesos de lo que se puede denominar la “retoma del Parque Indoamericano” el cual tuvo lugar con posterioridad a que fuera restituido el predio mencionado como consecuencia de la orden de desalojo y restitución dispuesta por la Magistrada interviniente ... consistente en que mediante una acción coordinada el 8 de diciembre de 2010 un grupo de personas -aproximadamente mil quinientas, ingresó ilegítimamente mediante ejercicio de violencia física sobre el personal policial encargado de la custodia al sector del parque Indoamericano ubicado entre las avenidas Escalada, Castañares, autopista Cámpora y las vías del ferrocarril Metropolitano de esta ciudad...”*.-



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

### *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

En primer término debe señalarse que en el marco de la presente audiencia, donde se ventilan excepciones que, si bien son ajenas al debate amplio de hechos prueba que implica un juicio oral y público, admiten un cierto grado de valoración probatoria a la hora de resolver los planteos que atacan la idoneidad del requerimiento de elevación a juicio, no pueden ser respondidas con abstracciones sino con una expresa examinación de dicha pieza procesal. En tal sentido, deberán reproducirse aquí eventualmente algunos párrafos del mismo, correspondientes al acápite *"Fundamentación de la responsabilidad de Diosnel Pérez Ojeda y Luciano Nardulli y calificación legal"* de dicho requerimiento.

Para decidir acerca de si aquél impide ejercer el derecho de defensa en juicio, y su correspondiente correlato de ofrecer prueba de descargo, por la indeterminación de las razones por las cuales se considera que Pérez Ojeda y Nardulli "organizaron con dominio del hecho" los acontecimientos ejecutados por otros los días 6 y 8 de diciembre de 2010 es imprescindible examinar si se han detallado las pruebas que fundamentan esa hipótesis asertiva merced a la cual la Fiscalía pretende llevar a juicio esta causa.

Adelanto desde ya que no resulta difícil compartir la apreciación de la defensa en este sentido, pues a poco que se inicie la simple lectura del acápite supra indicado se aprecia que se valoraron *"5760 minutos de videos a partir del cual se pudo determinar (...) la presencia en el lugar de los acusados, en donde se los observa claramente dirigiendo y logrando la movilización de miles de personas al solo efecto de cometer los hechos ilícitos reprochados..."* .-

La afirmación de que *"el accionar por quienes se instalaron en el mes de diciembre de 2010 en el Parque Indoamericano con el fin de permanecer en el lugar, obedece palmariamente a una organización y planificación previa a la usurpación atribuible, entre otros, a los acusados Diosnel Pérez Ojeda y Luciano Nardulli..."* se sustentó seguidamente en: 1) *"(el análisis de las imágenes de los medios televisivos (...) se observa a Diosnel Pérez Ojeda (...) en conferencia de prensa dentro del Parque Indoamericano donde el mismo afirmó encontrarse dentro del predio al momento de llevarse a cabo el desalojo ordenado por la jueza, al referir que no se le había mostrado la orden de desalojo..."*; 2) *"...una publicación del 18 de diciembre de 2010 (...) donde se indica a Luciano Nardulli como uno de los primeros ocupantes del Parque y en esa ocasión el nombrado manifestó que "Cuando empiezo la toma el domingo me encuentro con otro dirigente de la villa 20, Leonel. Me dice "-Tano, están tomando". Fuimos arriba del Parque y vimos como estaba la cosa. Al otro día, el lunes, estábamos con la gente que se iba haciendo carpas con frazadas, telas. Nosotros llevamos algunas carpas (sic)..."*; 3) *en relación al 8 de diciembre se detallaron las "imágenes a través de las cuales se observan a los manifestantes emprender su marcha hacia el punete de Av. Escalada y las vías del FFCC Belgrano Sur, encontrándose*

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

*al frente de tales manifestantes el imputado Diosnel Pérez Ojeda con señas visibles de dirección y conducción..."; 4) se ponderaron diversas entrevistas a diferentes medios de comunicación brindadas por los inculos, entre ellas una del 28 de diciembre en donde Nardulli habría detallado el proceso de ocupación de Soldati efectuando afirmaciones tales como "la veníamos preparando... nosotros ya veníamos planteando que ante la falta de respuestas de los gobiernos, lo único que se podía hacer era organizarse, unirse, ocupar, construir y resistir... las tomas van a seguir porque la gente está cansada de chácharas y tenemos que ver las propuestas concretas...", entre otras.*

En definitiva, resulta palmario que un análisis provisorio de estos elementos, permitiría como mínimo no sólo arribar a más de una conclusión, sino afirmar que no se ha descrito cuál ha sido la conducta en razón de la cual Nardulli y Pérez Ojeda poseyeron plena dominabilidad sobre varios centenares de personas, al unísono y masivamente, máxime cuando no se aprecian mínimas razones que al menos relacionen a los inculos con personas pertenecientes a la Villa 20 de esta ciudad, ámbito territorial en el cual se desempeñan, como ha quedado pacíficamente establecido.

Pero incluso si examinamos de cerca las probanzas que fundamentarían la **autoría de Pérez Ojeda**, por caso, advertimos fácilmente que el propio Fiscal ha identificado escasamente su participación en las expresiones atribuidas por Nardulli a Pérez Ojeda de "*-Tano, están tomando*", aunadas a las del propio Nardulli "*fuimos al parque y vimos como estaba la cosa (...) al otro día, el lunes, estábamos con la gente que se iba haciendo carpas (...) nosotros llevamos algunas carpas ...*" todo lo cual permitiría apreciar en rigor más que una "autoría mediata con dominio del hecho por organización", **una exigua participación secundaria ex post facto (y por ende atípica en tanto no se logre probar la existencia de promesa anterior)**. En este sentido, hay una grosera discordancia entre lo que se describe y lo que se imputa, que a todas luces lesiona el derecho de defensa en juicio.

Lo propio cabe señalar respecto de las expresiones atribuidas a **Nardulli** de "*-la veníamos preparando*" aunada a "*-ante la falta de respuesta de los gobiernos lo único que se podía hacer era organizarse, unirse, ocupar, construir y resistir...*" en referencia al drama del déficit habitacional que padecían los habitantes de la Villa 20 de esta ciudad, **conduciría más adecuadamente a la hipótesis de turbación con fines expresivos y de visibilización del conflicto que a la de despojo, hipótesis que, dicho sea de paso, no ha sido incluida en la etapa prelucida de la formulación de requerimiento ni siquiera como acusación alternativa**. Es palmario que en las valoraciones fácticas se está imputando una hipótesis delictiva (art. 181 inc. 2 CP) en tanto en la indicación de subsunción legal se imputa otra (art. 181 inc. 1 CP)

No se trata, como bien pudiera sostenerse, de un simple problema de acierto o desacierto en

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

que pudiera incurrir el requerimiento de juicio, puesto que en rigor la lectura del mismo, a la luz de las exigencias legales del art. 206 CPP permite concluir, como lo propone la Defensa técnica, que el derecho de defensa en juicio corre un riesgo cierto ante la extrema indeterminación en su faz de autoría.

A mayor abundamiento debe señalarse que toda la argumentación desplegada por las Defensoras ha girado alrededor de la inexactitud o la imposibilidad mejor dicho de aplicar a los hechos del Parque Indoamericano las categorías dogmáticas de la autoría por organización, en el sentido de "autoría mediata a través de un aparato organizado de poder" por cuanto tales hechos no lograrían satisfacer los requisitos que la doctrina penal ha entendido que deben reunirse para afirmar esa categoría. Sin bien la base legal del sistema penal argentino es algo exigua en relación con estado moderno de la discusión penal en materia de autoría y participación, pues está fijada por el art. 45 CP que alude, para imputar un hecho a título de autor, a los conceptos de "tomar parte en la ejecución de un hecho" o "determinar a otro a cometerlo", lo cierto es que esa categoría, otrora novedosa y hoy ampliamente aceptada no está excluida "per se" de los alcances del art. 45 CP, no obstante reviste exigencias muy particulares, derivadas del especial ámbito de aplicación para el cual vio la luz. Si somos estrictos, ella es una derivación de otras evoluciones dogmáticas que principiaron con Welzel, Gallas y Maurach para ser sintetizadas finalmente por Roxin en el trabajo más grande que se conozca sobre "dominio del hecho".-

En tal sentido, los hechos descriptos en el requerimiento de juicio, y no me refiero aquí a los que se imputan a Nardulli y Pérez Ojeda sino a los que dieron marco a todo el suceso de público conocimiento que enlutó las jornadas de los días 6, 7 y 8 de diciembre de 2010, han sido descriptos por el Ministerio Público Fiscal sin lugar a dudas como producto del actuar de cientos, incluso miles de personas que, a su juicio, lo hicieron concertadamente. O como mínimo, con un cierto grado de acuerdo previo. Es decir que el Ministerio Público Fiscal asume en la imputación que centenares de personas, los "determinados" por Nardulli y Pérez Ojeda, actuaron también como autores culpables. En verdad, pensar en otro sentido sería francamente descabellado, si supusiéramos que esos más de mil sujetos fueron "instrumentos" de los inculos, quienes hubiesen dominado su acción o su voluntad.

Tengo para mí que no es novedoso afirmar que la regla en materia de autoría mediata indica que no hay tal autoría, sino instigación, en cualquier caso en que el determinado actúa como autor del delito.

Sin embargo, el Fiscal ha descripto en el requerimiento que se ataca, en relación al requisito del primer inciso del art. 206 CPP y en función del texto legal del art. 45 CP, que los imputados son autores

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

por han participado “como organizadores con dominio del hecho”. De esta manera se dio respuesta a la exigencia legal que reclama que se cumpla con una descripción realizada en dicho requerimiento en lo atinente a “la descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho **y de la específica intervención del imputado**”.

Pues bien, la categoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad, en la forma del dominio por fuerza de un aparato organizado de poder, no sólo exige la mínima acreditación de estos extremos (nada leves, por cierto) sino que justamente tuvo su origen en la dificultad teórica que significaban los conceptos referidos al hecho individual para su aplicación cuando se trataba de crímenes de Estado, de guerra y de organización, cuando no era posible además fundar en el ejecutor ni coacción ni error. El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en estos casos, yace en la fungibilidad del ejecutor.

Incluso, nótese que en estos especialísimos casos ya no se puede hablar de un instigador porque el alejamiento del hecho, justamente, acerca a la autoría en lugar de alejarla.

**Pero Roxin se encarga de resaltar que para que se produzca esta forma de autoría mediata es necesario que el aparato organizativo de poder se halle desligado del derecho, porque en tal caso habría leyes de mayor rango. Estima que esto sucede tanto en los Estados de terror, que hayan barrido con los derechos humanos, al igual que en organizaciones delictivas que actúen como una especie de “Estado dentro del Estado”, las que no necesitan tener objetivos exclusiva ni preponderantemente políticos (la “maffia” por ejemplo), pero que no deben confundirse con cualquier asociación ilícita, sino que se requiere conjuntamente, el aparato y el poder y a fungibilidad de sus miembros”** (el resaltado me pertenece, cfr. Zaffaroni, Eugenio R., “Tratado de Derecho Penal Parte General, IV”, Ediar, pág. 317/319).

El requerimiento de juicio lesiona el derecho de defensa en juicio porque está huérfano de toda referencia a estos elementos que son indispensables para imputar del modo en que se ha hecho. Sostener que los imputados, por su adscripción a movimientos barriales o sociales de diversa índole y pertenencia, conformaron una asociación ilícita al margen de toda ley, un “Estado dentro del Estado”; sostener que fueron un aparato poderoso, cuyos miembros son altamente fungibles, como los engranajes de una maquinaria, es perder el contacto con la realidad.

De hecho, la presunción de justicia que cobijó el desmadrado reclamo se deriva sin mayor esfuerzo de los propios hechos acontecidos, en punto a que los imputados fueron recibidos, junto con otras personas (algunas de ellas, también otrora coimputadas en estos autos), en la mismísima Casa de Gobierno federal, en procura de contención para la problemática habitacional que fuese brutalmente

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

visibilizada en aquellos días.

No estoy señalando con esto que las conductas estuviesen justificadas, en los parámetros del derecho penal vigente, pero es innegable que cuanto menos pudo sobrevolar en los actores de tales acontecimientos un error invencible sobre la justicia y legalidad del modo de reclamar, en atención a la receptividad que con ellos se tuvo desde las esferas institucionales. Claro que no me refiero a las judiciales, que desatinaron bastante.

Lo cierto es que, por lo general se entiende en nuestra doctrina que el que "determina a otro" (art. 45 CP) es únicamente el instigador (y eventualmente, para cierta clase de delitos, el "autor de determinación").

De manera tal que no es posible enfrentar, desde la perspectiva del derecho de defensa en juicio, una imputación que no explica ni da ningún sustento fáctico al "aparato de poder" del que se derivaría el dominio de la voluntad (la autoría por organización). Este déficit genera una grosera incongruencia entre una imputación real (aunque no declamada) de complicidad en la forma de instigación, y la que se está imputando a la vez, de haber detentado "dominio del hecho".

Pero hay más. Pues, en rigor, examinando en esta instancia ese aspecto teórico, no podríamos desconocer sin incurrir en grosera ignorancia que la actualidad de la discusión teórica, hace tiempo ya que viene hablando del "ocaso del dominio del hecho" en alusión a la clasificación de los delitos (en función de la imputación de las consecuencias) en "delitos de dominio" y "delitos de infracción de deber", diferenciándose a su vez, y muy especialmente, los conceptos de dominio y de competencia.

En este sentido, resulta más que claro que la figura penal de la usurpación por despojo no parece ser un delito de infracción de deber, al menos tal y como está descrita en el art. 181 inc. 1 CP, de manera tal que no podrán dejar de considerarse las opiniones que sostienen que *"en el ámbito de la autoría mediata -y también en el caso de la competencia independiente de la conducta, competencia por la protección de personas desvalidas- siempre se trata de tener en cuenta un defecto de imputación concurrente en un sujeto que actúa con posterioridad. Desde esta perspectiva, no puede haber autoría mediata cuando concurra una conducta posterior plenamente responsable, puesto que sólo la causación a través de la naturaleza es una causación directa, y tampoco es necesario que esa autoría mediata exista, puesto que la producción con otras personas responsables puede constituir, a su vez, si se da un nivel suficiente de participación en la configuración, co-autoría"*.(cfr. Jakobs, Günther en "El ocaso del dominio del hecho", editado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral a través de la Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 114)

En tal sentido se ha dicho lo siguiente: *"¿Qué ha quedado del dominio del hecho? Para quien*

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

### *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

*actúa solo, no es necesario; éste siempre es señor del hecho, de modo que en esa medida, el dominio del hecho sólo supone una reformulación del actuar único. El problema en este ámbito no es el del dominio del hecho, sino que el problema se formula mediante la pregunta por la competencia por el ulterior desarrollo. Esta competencia puede faltar en casos límite, concretamente, cuando el último actuar típicamente no tenga capacidad para dominar el riesgo relevante. La situación no es distinta en lo que se refiere a la autoría mediata. El autor mediato es siempre señor del hecho respecto de la prestación del instrumento (...); por lo tanto, de nuevo se trata de una mera reformulación de la autoría mediata. Esta es una autoría directa disfrazada, disfrazada porque la persona que actúa fenotípicamente después del autor genotípicamente es naturaleza. El problema es determinar cuándo el hombre de atrás es competente por la configuración de esa naturaleza -cuando anime específicamente a que se configure de ese modo, o cuando deba responder de esa naturaleza, o cuando en el caso de niños, enfermos y débiles mentales deba el menos tener en cuenta esa naturaleza-. La idea de dominio del hecho no contribuye en nada a la solución. Ciertamente el residuo lo encuentra el dominio del hecho en la codelinquencia: aquí existe un más o un menos de dominio del hecho, que en su conjunto sólo es poseído por el colectivo. Que en todo caso corresponda una cantidad superior a quienes ejecutan directamente, como dispone el Derecho Penal alemán de acuerdo con la interpretación más extendida, no puede asegurarse teóricamente, aunque en la práctica sea el supuesto más común. (...) Menos el residuo acabado de mencionar, cuya justificación para el delito de comisión no pretendo poner en duda, el dominio del hecho puede ser disuelto en un concepto normativo, precisamente en el de competencia, y en el caso del delito de omisión ha de recurrirse directamente a la competencia y a la medida de ésta, ya que falta el dominio actual: el omitente podría y debería dominar el salvamento, pero no lo hace. (...)Esta reconducción del problema a competencias y a la medida de éstas alimenta la esperanza de que el parentesco entre los delitos de dominio, que yo prefiero denominar -y ahora la razón debería ser evidente- delitos por competencia en virtud de organización, y los delitos de deber sea más estrecho que el existente entre hecho -y el dominio no es más que un dato fáctico- y deber”.*

*“Si el concepto central es el de la competencia, y el dominio sólo se refiere a cuestiones cuantitativas, entonces es prácticamente palmaria la siguiente vinculación entre los así llamados delitos de dominio y los delitos de deber: El sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, la institución elemental de cualquier sociedad de libertades, fundamenta la competencia de toda persona por que su círculo de organización no lesione a otra persona. Que la lesión se produzca a través de la persona sola, o a través de un instrumento humano, es decir, con mediación social en el plano fenotípico pero en el plano genotípico en última instancia por ella*

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

### *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

*únicamente, o, por el contrario, juntamente con otras personas, es indiferente: en todo caso, ha de responderse de la ejecución, aunque no se lleve a cabo de propia mano. Si son varias las personas que intervienen, cabe diferenciar para determinar la responsabilidad en función de la medida de la competencia, y ello, además, tanto en caso de actuar positivo como de omisión, en la medida en que la omisión derive de competencia por organización, es decir en lo principal, como infracción del deber de aseguramiento en el tráfico, del deber derivado de asunción así como del deber derivado de injerencia".* (cfr. op. Cit pág 117 a 118, el restaltado me pertenece).-

Con todo esto, lo que se quiere decir es que entender que el delito descrito en el requerimiento de juicio, tal y como queda allí configurado, es de los llamados delitos de infracción de deber constituye una hipótesis huérfana de todo sustento, o al menos no se desprende de la lectura de dicha pieza cuáles son las pruebas, las valoraciones y en definitiva los hechos que permitan afirmarlo, siquiera por vía de "teoría del caso". Una aseveración antojadiza no es una imputación jurídico-penalmente válida, por el hecho de estar contenida en un requerimiento de juicio.

Por último, no puedo dejar de señalar que debería ser discutido, en caso de que sólo se logre sostener el supuesto aporte al hecho efectuado por los nombrados al amparo de la participación criminal (primaria y/o secundaria) cuál ha de ser el alcance y efectos que sobre aquella tendrán los acuerdos celebrados por sus consortes de causa, en atención al carácter accesorio y limitado que la caracteriza y al efecto extintivo de la acción penal que tendrán las mediaciones concedidas a los otros consortes procesales que se acogieron a ellas, una vez cumplidas las obligaciones a las que se sometieron (vgr. el imputado Salvatierra, cuyo cumplimiento de las obligaciones asumidas no ha sido acreditado en el expediente), e incluso la desvinculación mediante su no acusación formal de otros imputados pese a haber sido intimados de los hechos y prorrogada su IPP (vgr. Chancalay, Revilla, fs. 845/6). Ello sin dejar de mencionar que llamativamente no consta, en las engorrosas y desordenadas actuaciones, resoluciones definitivas en torno a su situación procesal.

En ese punto debe resaltarse que el modo en que el expediente se encuentra formado ha dificultado la tarea, que de igual modo considero lograda, de adoptar un temperamento justo, y que esto no tiene nada que ver con lo reiteradamente mencionado por el Ministerio Público Fiscal en cuanto a la desformalización de los expedientes o la supuesta no existencia de ellos en nuestro ámbito local. Es que se trata lisa y llanamente de un legajo que no da cuenta de piezas claves que habrían definido situaciones procesales de personas involucradas penalmente y que como Juez de garantías debo conocer. Me estoy refiriendo puntualmente al caso de la imputada Revilla, del barrio Los Piletones, de quien no consta acusación o archivo alguno luego de que fuera intimada por los hechos

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

aquí investigados. Otro tanto ocurre con el caso del Sr. Marcelo Chancalay, intimado por estos hechos, de quien pudo conocerse a través de testimoniales agregadas al caso que al momento en que ocurrieron presidía la Junta Vecinal de la Villa 20 y que tendría conflictos con los aquí imputados sobre todo luego de que estos últimos ganaran las elecciones (fs. 833), sin embargo no se conoce a través de estas actuaciones si se lo desvinculó formalmente de esta causa penal, y en su caso con qué fundamentos, si participó de un acuerdo de mediación o si directamente la Fiscalía decidió demostrar tácitamente su no interés en perseguirlo penalmente mediante la no presentación formal de acusación a su respecto.

En definitiva, la suscripta solo conoció a través de los dichos del Dr. Cevasco, no controvertidos por la defensa, que el resto de los imputados no estaban hoy acusados ni queriendo ser llevados a juicio por la sola circunstancia de que habían participado formalmente de una solución alternativa al conflicto, lo que vale decir no se encuentra acreditado respecto de la totalidad de los inicialmente imputados.

Tampoco se conoce si el Sr. Salvatierra cumplió con las tareas comunitarias, si aún a pesar de que no lo hiciera se procedió de acuerdo a lo estrictamente estipulado en el art. 204 último párrafo, ni cuál ha sido la decisión por la cual Chancalay y Revilla no han querido ser llevados a juicio.

En rigor de verdad la única situación procesal definida hasta el momento es la de la imputada Ruejas, a través de su archivo formal cargado en el sistema informático Juscaba, y a partir del día de la fecha la de Nardulli y Pérez Ojeda, para el eventual caso de que este decisorio quedara firme.

Efectuadas las precedentes consideraciones, y por todos los argumentos expuestos, entiendo pues que corresponde hacer lugar a la excepción referida a la determinación de la autoría, lo que así resuelvo.-

**V. Colofón. La duración del presente proceso: la garantía del plazo razonable y la posible insubsistencia de la acción penal en atención a la "solución política" que se diera al problema de fondo.**

Que por otra parte corresponde hacer mención a un aspecto que, si bien no fue introducido explícitamente por las Defensas, debe ser abordado en razón de las consecuencias que pudieran derivarse de estos hechos.

Esta causa penal se inició en diciembre de 2010, y se ha imputado en ella a Nardulli y a Pérez Ojeda el delito de usurpación, en los términos del inciso 1ro del art. 181 CP, por los hechos ocurridos



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

### *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

los días 6 y 8 de ese mes y año. Concretamente se imputa la modalidad comisiva de "clandestinidad" en los sucesos del día 6 y la de "violencia" en los sucesos del día 8.

En ese marco, luego de que ocurrieran hechos dramáticos públicos y notorios, la colega interviniente -jueza natural a esa fecha- decidió declarar la inexistencia de delito por una serie de razones que omito en honor a la brevedad. Ello ocurrió el día 1/03/2011.

En consecuencia, se promovieron apelaciones de parte del Ministerio Público Fiscal que fueron resueltas por la Excma Cámara del Fuero, en sentido contrario a lo argumentado por la Dra Nazar. Las Defensas interpusieron recursos de inconstitucionalidad que fueron oportunamente rechazados y luego de devuelta la causa a la instancia de origen, la Dra Nazar resolvió apartarse, lo cual sucedió en fecha 1/11/11.

Arribaron las actuaciones a este juzgado el día 7/11/11 y luego de un detenido estudio del caso, con previo pedido de remisión total del expediente, especialmente en razón de las curiosas razones esgrimidas por la colega para apartarse de esta causa, cuando preliminarmente ella había dispuesto el desalojo compulsivo del predio del parque Indoamericano, resolví aceptar la competencia fundamentalmente para evitar mayores dilaciones en una causa que venía exhibiendo un trámite por demás complejo.

En ese ínterin se produjeron varios acontecimientos procesales de gran significación: por un lado el Ministerio Público Fiscal, de modo inédito diríase, se avino a dejar de lado la pretensión punitiva estatal, en el hecho jurídico-penal de mayor significación del que se tenga memoria desde el traspaso de competencias penales, y en aplicación de institutos alternativos que cierta doctrina gusta llamar "justicia penal negociada" arribó a soluciones pacificadoras en algunos casos y desincriminatorias conclusivas en otros al directamente no formular acusación.

La resolución del conflicto a través de una vía conciliatoria, resultó asaz compatible no sólo con los postulados legales del art. 91 inc. 4 del CPP local sino con toda la doctrina jurídica que postula la innecesidad de recurrir al Derecho Penal cuando los pragmas conflictivos puedan ser desarticulados por otros remedios socialmente adecuados, y especialmente en casos como éste donde existía un innegable reclamo de base relativo a la insatisfecha necesidad de lograr un acceso legal a la vivienda digna por parte de sectores vulnerables, que permite excluir incluso por vía de conjetura que la comisión de los hechos de autos exclusivamente por "bajos motivos".- O al menos esto puede ser afirmado respecto de los hoy aquí imputados.

Sin embargo, esta solución alternativa al juicio penal oral y público, que es la natural conclusión del proceso, no tuvo lugar respecto de Nardulli y Pérez Ojeda en razón de la pertinaz negativa de

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

ambos a aceptar una suspensión del juicio a prueba o de participar de una mediación, porque según sus propios dichos ello equivaldría, en su análisis de las cosas, a un inaceptable renunciamento a sus ideales.

Por otro lado, en cuanto atañe a la cuestión de competencia planteada, huérfana de conflicto a poco que se advierta que la Dra. Nazar se apartó del conocimiento de la causa y la suscripta aceptó continuar conociendo en ella, esta última resolución fue recurrida por la Defensa dado que entendían que la actuación de un juez distinto a quien ya había expresado su opinión referida a la atipicidad de los hechos de la causa, les causaba agravio.

El recurso se interpuso el día 15/03/12. La Excmá Cámara del fuero resolvió el 22/03/2012 rechazarlo y confirmar mi designación al frente de la causa.

Contra ello, el 22/05/12 se interpuso ante el Tribunal Superior de Justicia recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, y a partir de entonces el expediente estuvo aproximadamente durante un año totalmente paralizado, para luego resolverse su rechazo. Asimismo, ante ello, se interpuso Recurso Extraordinario Federal el que fue denegado por el máximo tribunal local el 12/06/13, arribando el caso a esta sede el día antes que comience la feria invernal de este año.

La resolución que afirmó finalmente la competencia del juez que debía proseguir (en sentido coincidente con lo que la Cámara del fuero ya había resuelto) determinó, en los hechos, dado su dilatada espera, que la mitad del plazo total previsto por la ley para la prescripción del delito se consumiera en una cuestión procedimental.

De hecho, la prescripción de la acción penal en la presente causa se encuentra relativamente próxima (marzo del año venidero).

Es sabido que la tesis dominante en la jurisprudencia tanto nacional cuanto internacional referida al derecho a ser juzgado en un término razonable ha consagrado un "no plazo" en tanto aquél se trata de un concepto vago e impreciso que dificulta determinar su violación, en especial por la "imposibilidad de reducir este concepto en un número fijo de días, de semanas, de meses o de años o en variar la duración según la gravedad de la infracción" (Comisión Europea de DDHH, caso "Stogmüller" dictaminado el 10/11/1969).

Pero también es cierto que a la luz de los precedentes jurisprudenciales "Mattei" -Fallos 272:188-; "Mozzati" -Fallos 300:1102-, "Kipperband" Fallos 322:360-, especialmente el voto concurrente de los Dres Fayt y Bossert; "Frades" -Fallos 312:2434-, i.a.; así como el desinterés que en estrictos términos de "(des-)interés social en la persecución de los delitos" evidencia la manera en que se ha concluido la acción penal respecto de los otrora consortes de causa de los incusos Nardulli y Pérez Ojeda, a lo que

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

### *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

no puede dejar de sumarse el particular derrotero que siguiera en sede de la justicia nacional la causa oportunamente sustanciada por los homicidios ocurridos en el marco de la ocupación del parque Indoamericano, nos permitiría sostener sin forzar demasiado las cosas que, bien mirada la cuestión, podría sostenerse que la acción penal, si bien expedita aún, resultaría ya insubsistente. Entiendo que la doctrina que declara la "insubsistencia" de los actos procesales es una solución pretorianamente aplicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en rigor no encuentra asidero jurídico en nuestro ordenamiento, en tanto el propio fallo "Kipperband" no permite inferir criterios rectores que imbuyan de contenido a la "insubsistencia".

No obstante, en el precedente "Borthagaray" (Fallos 312:2187) la CSJN si bien reiteró los criterios sostenidos en "Mattei", "Mozzati" y otros, se apartó de ese grupo de precedentes respecto del tipo de resolución que debía adoptarse cuando se constatará la violación al "plazo razonable", ejerciendo una competencia positiva, por entender que el derecho del imputado a no ser juzgado más allá de cierto plazo se desprende de la necesidad de terminar el proceso lo antes posible. Es dable destacar que en el caso examinado el proceso llevaba una duración de **tres años y tres meses**, pauta temporal que no es un dato menor ya que es una de las más breves consideradas por la Corte como "intolerables" frente al derecho a un juicio expeditivo.

En ese mismo orden de ideas, es necesario un "*balancing test*" (conforme la doctrina judicial emanada de la Corte Suprema de los EE.UU en los precedentes "Barker v. Wingo" y "Dogget v. United States") referido a la determinación del período concreto que llevó el caso; el análisis de las razones que determinaron esa duración desde la perspectiva de la actividad del Estado, para justificar el retraso; la determinación de si ellas son atendibles; la conducta del imputado a los fines de determinar si activó dilaciones indebidas para retrasar el proceso (teniendo buen cuidado de no confundir este extremo con indebidas restricciones a su derecho a articular todos los remedios que la ley prevé en ejercicio de su defensa en juicio), en tanto el proceso penal siempre tiene un carácter restrictivo de derechos que lo asemeja a la pena, y pesa sobre el imputado el deber de tolerar ese proceso cuando éste se desenvuelva de modo regular, con la implicancia que ello tenga sobre cierto grado de injerencia en sus derechos.

En este orden de ideas, y revisando la doctrina judicial desarrollada en los fallos "Mattei" y "García" (Fallos 305:1701), no se advierte que las Defensas hayan incurrido en maniobras manifiestamente dilatorias, sino que se limitaron a ejercer los derechos y recursos que el orden jurídico positivo les concede, en ejercicio de la defensa en juicio, que resulta inviolable por expreso mandato constitucional.

## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* *"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

Por el contrario, no se advierten los motivos que generaron una dilatación tan pronunciada cuando se interpuso recurso extraordinario ante el Tribunal Superior de Justicia local, quien debía resolver una declinatoria de competencia, aceptada por la Magistrado que resultó desinsaculada (a la sazón, quien suscribe), y que fuera confirmado por la Excma. Cámara del fuero en tiempo razonable. Ello, en los hechos, colocó la causa en virtual situación de inminente prescripción.

Es por ello que aun cuando la presente resolución, al hacer lugar al pedido defensivo, implicará la renovación de la instancia en un proceso ya de por sí dilatado, no puede denegarse justicia a los imputados, oponiéndoles en su contra garantías que fueron diseñadas en su beneficio, tales como que la necesidad de una administración de justicia rápida dentro de lo razonable impone la vigencia de los principios de progresión y preclusión procesal.

Va de suyo que si los actos cuestionados no hubiesen sido válidamente realizados, será admitido y perfectamente posible retrogradar dicho proceso.

Esta doctrina comúnmente llamada, como arriba quedara expuesto, "el paralelogramo de las nulidades", la que quedara diseñada jurisprudencialmente por la CSJN en especial luego de los fallos "Mattei" y "Fredes", nos indica que los procesos penales pueden ser retrotraídos, efectuado que sea el "balancing test", cuando en su desarrollo no se han respetado las "formas sustanciales del proceso" (acusación, defensa, prueba, sentencia) y la anulación solicitada está fundada en consideraciones suficientes que así lo imponen.

Sin embargo, examinada globalmente la actividad del Estado en la persecución punitiva de los hechos de esta causa, que sucedieron en el año 2010; y que contaron sorprendentemente, pese a la envergadura de la causa, con la conformidad del Ministerio Público Fiscal para solucionar el conflicto por las vías alternativas que prevé la ley procesal local (art. 205 CPP); que estuvo alrededor de un año demorado en instancias superiores, a la espera de la resolución de cuestiones recursivas sencillas (competencia entre jueces del mismo fuero); y que se encuentra actualmente al borde de la prescripción, juntamente con dos aspectos que no pueden dejar de resaltarse, y me refiero a las instancias de diálogo abiertas en el ámbito político cuando acontecieron los hechos de la causa, lo que los tiñe de un matiz de justicia en la base del reclamo, y por otra parte la escasa suerte que corrieron las actuaciones judiciales sustanciadas en sede de la Justicia Nacional en derredor a los homicidios ocurridos durante el desalojo del Parque Indoamericano, todo ello me conduce a sostener que la acción penal en la presente causa, aun cuando formalmente sigue vigente, debería ser declarada insubsistente.

Claro está, dicho esto sin perjuicio de las consecuencias procesales que podrían derivarse, en

*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*  
*"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia".*

caso de ser recurrida la presente resolución, si la Sala I de la Excma. Cámara del fuero aplicase su pacífico criterio que entiende que la mediación resulta inconstitucional, y anulase de oficio las que fueron oportunamente acordadas y cumplidas.

Por lo tanto, en atención a los argumentos expresados, se...

**RESUELVE:**

I) RECHAZAR "in limine" LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE ACCIÓN POR VENCIMIENTO DEL PLAZO DEL ART. 104 CPP y por VIOLACION AL PRINCIPIO DE DERECHO PENAL DE ACTO.

II) RECHAZAR LAS EXCEPCIONES DE MANIFIESTA ATIPICIDAD REFERIDAS AL CARACTER DE BIEN DEL DOMINIO PÚBLICO DEL PARQUE INDOAMERICANO; EN LA INEXISTENCIA DE CLANDESTINIDAD; POR INEXISTENCIA DE VIOLENCIA; Y POR IMPOSIBILIDAD DE DESPOJO POR FALTA DE POSESIÓN ORIGINAL, en razón de tratarse de cuestiones ya planteadas y resueltas en la misma instancia por la Excma. Cámara del Fuero (Sala I), y por tratarse, además, de cuestiones de hecho y prueba que no habilitan la aplicación de la excepción (art 195 inc c "a contrario sensu" del CPP).-

III) **HACER LUGAR A LA EXCEPCION DE MANIFIESTA ATIPICIDAD POR LA FALTA DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL DE LOS IMPUTADOS** y en consecuencia **SOBRESEER A LUCIANO NARDULLI, alias "TANO" (DNI 18714707) Y DIOSNEL PEREZ OJEDA (DNI 93066262)**, de demás circunstancias personales obrantes en autos, respecto de los lamentables hechos ocurridos los días 6 y 8 de diciembre de 2010 en nuestra Ciudad de Buenos Aires, **dejando expresa constancia que la formación del presente legajo no ha afectado el buen nombre y honor de los imputados (arts. 195 inc. "c", y 197 CPP).**

Tómese razón y notifíquese al Sr. Fiscal mediante cédulas electrónicas y a la Defensa técnica de forma urgente. Firme que se encuentre, comuníquese en la forma de estilo y previa certificación actuarial, archívese.

Ante mí: