REGISTRO Nº 1457/15

//la ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de julio del año dos mil quince, 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 los recursos de casación interpuestos a fs. 5098/5103 por la defensa técnica de Julio Argentino Amarilla, fs. 5110/5132 por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, fs. 5142/5160 por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones, fs. 5191/5216 por la Fiscal General Subrogante ante el Tribunal Oral Federal de Posadas, fs. 5231/5237vta. por la defensa técnica de Carlos Omar Herrero, fs. 5244/5232 por la defensa técnica de Felipe Nicolás Giménez y fs. 5919/5927 por la defensa técnica de Carlos Alberto Pombo; en la presente **causa nº FPO 93000087/2010/TO1/CFC1** del Registro de esta Sala, caratulada **"HERRERO, Carlos Omar y otros s/recurso de casación"**, de la que **RESULTA**:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas, Provincia de Misiones, en la causa nº 87/10 de su registro, con fecha 4 de julio de 2012, resolvió: "**I)** Condenar a **Carlos Omar Herrero** (L.E. N° 5.422.114), cuyas demás condiciones personales constan en el exordio, a cumplir las penas de **veinte (20) años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua**, **como autor mediato de crímenes de lesa humanidad** con resultados lesivos en perjuicio de las siguientes personas: Benito Delfín Aguirre (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Pedro Ireneo Ávalos

(privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Carlos Alberto Bajura (privación ilegal de la libertad agravada); Francisco Félix Barrios (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Hilarión Félix Barrios (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Haydeé Susana Benedetti (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Hipólito Victoriano Benítez (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Juan Carlos Berent (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Cáceres (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Gladis Beatriz Claver Gallino (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); María Silvia Coutouné (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada, imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Horacio Coutouné (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Héctor Alfredo Escobar (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Adolfo Escobar (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); María Josefa Estévez (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); María Graciela Franzen (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Nilda Concepción Friedl (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de

tormentos durante su detención); Aureliano Gauto (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Mario Julio Gómez (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); César Aníbal Gutiérrez (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Juana Hidalgo (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Julio Hippler (privación ilegal de la libertad agravada); Lourdes María Langer (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); José Aníbal Leiva (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Florentín Lencinas (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); María Graciela Leyes (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); José Aníbal López (privación ilegal de la libertad múltiplemente); Mirta Isabel López (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Esteban Cartago Lozina (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Ana María Macchi (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención) ; Ricardo Alfredo Ortellado (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Rosa del Milagro Palacios (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada); Alejandro Rodrígues (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de

tormentos durante su detención); María Eva Romero (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Hugo Rubén Salinas (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); José Guillermo Sosa (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Augusto Gilberto Speratti (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Aníbal Rigoberto Velázquez (privación ilegal de la libertad agravada); Arnulfo Verón (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención) y Norma Beatriz Yansat (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención). Los hechos que lesionaron los derechos humanos fundamentales de las cuarenta víctimas concurren realmente (artículo 55 del Código Penal). Se le impone al condenado la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29, inciso 3°, del Código Penal). **II)** Disponer la prórroga de la prisión preventiva que viene cumpliendo el procesado Carlos Omar Herrero, quien permanecerá alojado en la Unidad 17 del Servicio Penitenciario Federal, hasta que el presente fallo quede firme o ejecutoriado. **III)** Declarar extinguida –por prescripción– la acción penal en relación a los delitos de privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravada en perjuicio de Juan Marcelo Quirelli, por los que fueran requeridos a juicio los procesados **Carlos Omar Herrero** y **Felipe Nicolás Giménez**, disponiendo sus respectivos sobreseimientos (artículo 336, inciso 1°, del Código Procesal Penal). Sin costas. **IV)** Condenar a **Felipe Nicolás Giménez** (L.E. N° 7. 540.860), cuyas demás condiciones personales figuran en el exordio, a cumplir las penas de **veintiún (21) años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta perpetua**, **como**

autor de crímenes de lesa humanidad con resultados lesivos en perjuicio de las siguientes personas: Benito Delfín Aguirre (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Pedro Ireneo Ávalos (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Segundo Báez (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Carlos Alberto Bajura (privación ilegal de la libertad agravada); Francisco Félix Barrios (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Hilarión Félix Barrios (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Haydeé Susana Benedetti (privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos durante su detención); Eladio Benítez (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Hipólito Victoriano Benítez (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Rosa Esther Cabral (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Cáceres (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Julio César Capli (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Gladis Beatriz Claver Gallino (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); María Silvia Coutouné (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Horacio Coutouné (privación ilegal de la libertad

múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Héctor Alfredo Escobar (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Adolfo Escobar (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); María Graciela Franzen (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Teresa Cecilia Franzen (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Nilda Concepción Friedl (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Aureliano Gauto (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Mario Julio Gómez (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); César Aníbal Gutiérrez (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Juana Hidalgo (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Lourdes María Langer (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada, imposición de tormentos durante su detención); José Aníbal Leiva (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Florentín Lencinas (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Pacacio Lima (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); José Aníbal López (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada); Mirta Isabel López (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Ana María Macchi (privación ilegal de la

libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Alfredo Ortellado (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Rosa del Milagro Palacios (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada); Alejandro Rodrígues (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); María Eva Romero (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Hugo Rubén Salinas (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Blanca María Inés Somariva (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Augusto Gilberto Speratti (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención); Aníbal Rigoberto Velázquez (privación ilegal de la libertad agravada); Arnulfo Verón (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención) y Norma Beatriz Yansat (privación ilegal de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos durante su detención). Los hechos que lesionaron los derechos humanos fundamentales de las cuarenta y un víctimas concurren realmente (artículo 55 del Código Penal). Se le impone al condenado la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29, inciso 3°, del Código Penal). **V)** Disponer la prórroga de la prisión preventiva que viene cumpliendo el procesado Felipe Nicolás Giménez, quien permanecerá alojado en la Unidad 17 del Servicio Penitenciario Federal, hasta que el presente fallo quede firme o ejecutoriado. **VI)** Absolver a **Felipe Nicolás Giménez** (L.E. N° 7.540.860), cuyas demás

condiciones personales figuran en el exordio, de los hechos calificados como privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravada en perjuicio de Juan Manuel Gómez, María Josefa Estévez, María Graciela Leyes, Esteban Cartago Lozina por los que fuera requerido a juicio. Sin costas. **VII)** Absolver a **Guillermo Roque Mendoza** (D.N.I. N° 8.540.873), cuyas demás condiciones personales figuran en el exordio, de los hechos calificados como privación ilegítima de la libertad agravada e imposición de tormentos a detenidos agravada, en carácter de partícipe necesario y en perjuicio de Ricardo Adolfo Escobar, María Graciela Franzen y Hugo Rubén Salinas (acusaciones del Ministerio Público Fiscal, Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y Secretaría de Derechos Humanos de la Nación). Sin costas. **VIII)** Disponer la inmediata libertad del procesado Guillermo Roque Mendoza en la presente causa, a cuyo efecto se labrará el acta correspondiente por Secretaría y se oficiará a la Unidad 17 del Servicio Penitenciario Federal a los fines de su efectivización. **IX)** Condenar a **Julio Argentino Amarilla** (L.E. N° 8.541.877), cuyas demás condiciones personales figuran en el exordio, a cumplir las penas de **siete (7) años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua como partícipe secundario de crímenes de lesa humanidad**, con resultados lesivos en perjuicio de las siguientes personas: Benito Delfín Aguirre (imposición de tormentos durante su detención); Carlos Alberto Bajura (imposición de tormentos durante su detención); Francisco Félix Barrios (imposición de tormentos durante su detención); Hilarión Félix Barrios (imposición de tormentos durante su detención); Haydeé Susana Benedetti (imposición de tormentos durante su detención); Eladio Benítez (imposición de tormentos durante su detención); Hipólito Victoriano Benítez (imposición de tormentos durante su detención); Juan Carlos Berent (imposición de tormentos durante su

detención); Rosa Esther Cabral (imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Cáceres (imposición de tormentos durante su detención); Gladis Beatriz Claver Gallino (imposición de tormentos durante su detención); María Silvia Coutouné (imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Horacio Coutouné (imposición de tormentos durante su detención); Héctor Alfredo Escobar (imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Adolfo Escobar (imposición de tormentos durante su detención); María Josefa Estévez (imposición de tormentos durante su detención); Nilda Concepción Friedl (imposición de tormentos durante su detención); Aureliano Gauto (imposición de tormentos durante su detención); Mario Julio Gómez (imposición de tormentos durante su detención); Juana Hidalgo (imposición de tormentos durante su detención); Julio Hippler (imposición de tormentos durante su detención); Lourdes María Langer (imposición de tormentos durante su detención); José Aníbal Leiva (imposición de tormentos durante su detención); Florentín Lencinas (imposición de tormentos durante su detención); María Graciela Leyes (imposición de tormentos durante su detención); José Aníbal López (imposición de tormentos durante su detención); Mirta Isabel López (imposición de tormentos durante su detención); Esteban Cartago Lozina (imposición de tormentos durante su detención); Ricardo Alfredo Ortellado (imposición de tormentos durante su detención); Rosa del Milagro Palacios (imposición de tormentos durante su detención); Alejandro Rodrígues (imposición de tormentos durante su detención); María Eva Romero (imposición de tormentos durante su detención); Hugo Rubén Salinas (imposición de tormentos durante su detención); Blanca María Inés Somariva (imposición de tormentos durante su detención); Guillermo Sosa (imposición de tormentos

durante su detención); Augusto Gilberto Speratti (imposición de tormentos durante su detención); y Norma Beatriz Yansat (imposición de tormentos durante su detención). Los hechos que lesionaron los derechos humanos fundamentales de las treinta y siete víctimas concurren realmente (artículo 55 del Código Penal). Se le impone al condenado la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29, inciso 3°, del Código Penal). **X)** Disponer la prórroga de la prisión preventiva que viene cumpliendo el procesado Julio Argentino Amarilla, quien permanecerá alojado en la Unidad 17 del Servicio Penitenciario Federal, hasta que el presente fallo quede firme o ejecutoriado. **XI)** Absolver a **Julio Argentino Amarilla** (L.E. N° 8.541.877), cuyas demás condiciones personales figuran en el exordio, de los hechos por los que fuera requerido a juicio, a saber imposición de tormentos a Epifanio Acevedo; Pedro Ireneo Ávalos; Segundo Báez; Eugenio Francisco Dominiko; María Graciela Fransen; Teresa Cecilia Franzen; Jorge Armando Gonzalez; Pacacio Lima; Amelia Esther Morgenstern; Enrique Igor Peczak; Juan Pineyro; Sergio Sobol; Francisco Osvaldo Solis; Esteban Stryluk; Aníbal Rigoberto Velázquez y Arnulfo Verón. Sin costas. **XII)** Condenar a **Carlos Alberto Pombo** (L.E. N° 5.405.019), cuyas demás condiciones personales figuran en el exordio, a cumplir las penas de **siete (7) años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua como autor de crímenes de lesa humanidad**, con resultados lesivos en perjuicio de las siguientes personas: Epifanio Acevedo (imposición de tormentos mientras estuvo detenido); Francisco Félix Barrios (imposición de tormentos mientras estuvo detenido); Hilarión Félix Barrios (imposición de tormentos mientras estuvo detenido); Ricardo Cáceres (imposición de tormentos mientras estuvo detenido); Ángel Dionisio Fleita (imposición de tormentos mientras estuvo detenido); José Aníbal López (imposición de tormentos mientras estuvo detenido); María Ester Mongerstern (imposición de tormentos

mientras estuvo detenida); Alejandro Rodrígues (imposición de tormentos mientras estuvo detenida) y María Eva Romero (imposición de tormentos mientras estuvo detenida). Los hechos que lesionaron los derechos humanos fundamentales de las nueve víctimas concurren realmente (artículo 55 del Código Penal). Se le impone al condenado la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29, inciso 3°, del Código Penal). **XIII)** Disponer la prórroga de la prisión preventiva que viene cumpliendo el procesado Carlos Alberto Pombo, quien permanecerá alojado en la Unidad 17 del Servicio Penitenciario Federal, hasta que el presente fallo quede firme. **XIV)** Declarar extinguida –por prescripción– la acción penal en relación a la imputación de los delitos de privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravada en perjuicio de Claudio Damián Martofleac, disponiendo el sobreseimiento a su respecto del procesado **Carlos Alberto Pombo** (artículo 336, inciso 1°, del Código Procesal Penal). Sin costas (…)" (cfr. fs. 4812/4819vta. –dispositiva–; fs. 4834/5038vta., fs. 5039 y fs.5040 –fundamentos–).

II. Que contra dicha sentencia interpusieron recursos de casación el doctor Ricardo Sigfrido Belosindro Forés y la doctora Silvia Raquel Galarza, Defensores Oficiales *Ad-Hoc* ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas, en representación de Julio Alberto Amarilla (fs. 5098/5103); el doctor Héctor Rafael Pereyra Pigerl en representación de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación (fs. 5110/5132) y los doctores Juan Bautista Martínez y Orlando Prestes apoderados de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones (fs. 5142/5160), ambas partes querellantes; la doctora Vivian Andrea Barbosa, Fiscal General Subrogante ante el mencionado tribunal (fs. 5191/5216); y la doctora Susana Beatriz Criado Ayan, Defensora Pública Oficial

ante el mismo tribunal, en representación de Carlos Omar Herrero, Felipe Nicolás Giménez y Carlos Alberto Pombo (fs.5231/5237vta., 5244/5232 y 5919/5927 –respecto de este último cfr. fs. 5046– respectivamente–).

Las impugnaciones de la defensa técnica de Amarilla y de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación fueron concedidas por el tribunal interviniente con fecha 12 de septiembre de 2012 (fs. 5105/5105vta. y 5134/5137 respectivamente).

El recurso de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones con fecha 12 de septiembre de 2012 fue concedido respecto de los puntos resolutivos VII y XIV pero declarado inadmisible con relación a los puntos IX y XII (fs. 5162/5175. Cabe señalar que la parte presentó una "ampliación de fundamentos" a fs. 5177/5184, que con fecha 28 de septiembre del mismo año fue declarada improcedente –cfr. fs. 5185/5186–); circunstancia que motivó la interposición de recurso de queja, que el 19 de marzo de 2013 se hizo ha lugar por esta Sala (registro nº 309/13 –cfr. fs. 5643/5648vta.–).

Con fecha 28 de septiembre de 2012 se concedió el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal con relación a los puntos VII y XIV pero se lo declaró inadmisible con relación a los puntos I, IV, IX y XII (fs. 5217/5227), circunstancia que motivó la interposición de recurso de queja, que el 19 de marzo de 2013 se hizo ha lugar por esta Sala (registro nº 310/13 –fs. 5708/5713–).

Los recursos de casación interpuestos por la asistencia técnica de Carlos Omar Guerrero y Felipe Nicolás Giménez fueron concedidos con fecha 12 de septiembre de 2012 (fs. 5239/vta. y 5254/vta.).

En tanto que, Carlos Alberto Pombo interpuso recurso de casación *in pauperis formae* a fs. 5046 siendo sustanciado por su asistencia técnica a fs. 5919/5927 y concedido con fecha 24 de septiembre de 2013 (fs. 5934/5935vta. y, en este sentido cfr.: fs.

5268, 5291, 5301, 5340, 5819, 5870vta., 5886, 5892, 5912 y 5940).

Por último, las impugnaciones deducidas fueron mantenidas a fs. 5268, 5291, 5345, 5754, 5759 y 5949.

III.a. Los señores Defensores Públicos Oficiales *Ad-Hoc*, doctor Ricardo Sigfrido Belosindro Forés y la doctora Silvia Raquel Galarza asistiendo a Julio Argentino Amarilla encauzaron sus agravios por ambas vías previstas en el artículo 456 del C.P.P.N.

Recordaron que razonamiento realizado por el tribunal al analizar la responsabilidad de su asistido (cfr. fs. 5100/5101) e indicaron que toda vez que no se acreditó la existencia de una promesa anterior a la comisión de los delitos de tormentos atribuidos –conforme lo exigía la ley vigente a la época de los hechos– su conducta debía ser encuadrada en la figura de encubrimiento (en sustento de su postura citaron doctrina).

En este sentido, señalaron que el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contiene el catálogo de los denominados crímenes de lesa humanidad, entre los que no se encuentra dicho delito, que en nuestra legislación se encuentra previsto en forma autónoma.

De esta forma, tuvieron presente el artículos 22 (*nullun crimen sine lege*) y el artículo 25 (responsabilidad penal individual) del estatuto y, conforme una interpretación restrictiva, indicaron que no se puede tener el propósito de facilitar la comisión de un crimen ya cometido si no medió promesa anterior al mismo.

Por ello, concluyeron que la conducta atribuida a Amarilla deviene atípica como delito de lesa humanidad y, de ser considerada encubrimiento, se encuentra prescripta conforme el derecho interno, circunstancia que amerita su absolución.

Por otra parte, señalaron que el fallo recurrido resultó nulo por inobservancia de normas constitucionales y de procedimiento, ya que el encubrimiento descripto no se encuentra contenido en la acusación efectuada por el Ministerio Público Fiscal o las querellantes, por lo que no resulta factible el dictado de un fallo condenatorio.

Subsidiariamente, criticaron por excesivo el monto de pena impuesta a su asistido como partícipe secundario, a quien –entendieron– le correspondía una pena mínima de “un año y medio de prisión” conforme a la escala penal prevista para los delitos imputados pues Amarilla no tiene antecedentes penales y “ha llevado una vida familiar y de integración social ejemplares” (cfr. fs. 5102vta.).

Asimismo, solicitaron la reducción de la pena de inhabilitación absoluta y perpetua impuesta, conforme a parámetros lógicos.

Hicieron reserva de caso federal.

III.b. El representante de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, doctor Héctor Rafael Pereyra Pigerl, encauzó sus agravios por la vía prevista en el inciso 2º del artículo 456 del digesto de rito.

Indicó que el fallo impugnado violó las reglas de la sana crítica racional en cuanto dispuso la absolución de Guillermo Roque Mendoza.

Sostuvo que se violó el principio de identidad ya que los testimonios de Graciela Franzen como el de Hugo Rubén Salinas fueron valorados como verdaderos y prueba fehaciente de los vejámenes y sufrimientos padecidos pero se los anuló como prueba de cargo para incriminar a Mendoza, cuando sus relatos lo incluyen clara y categóricamente como activo colaborador de los torturadores, prescribiendo cuándo podían continuar con la tortura y cuándo debían parar para evitar la muerte del torturado.

Señaló que se infringió el principio de no contradicción ya que los dichos de Franzen y Salinas

fueron considerados veraces a efectos de condenar a Herrero, Pombo y Giménez pero falaces para acreditar la participación de Mendoza, sin que exista prueba independiente que destruya tal veracidad o acredite una puntual mendacidad.

Adujo que contrario al procedimiento seguido respecto de otros procesados no se efectuó una ponderación en conjunto de las declaraciones testimoniales recibidas que demuestran la colaboración activa del doctor Mendoza en los tormentos.

Precisó que Salinas identificó a Mendoza por lo que resulta intrascendente, a efectos de tener por acreditada su participación en las sesiones de tortura, que éste no lo haya revisado pues –conforme refirieron los testigos– algunos eran auscultados para dictaminar respecto de continuar o no con la tortura y, otros, simplemente observados.

En igual sentido, criticó que el tribunal haya inferido que no era necesaria la participación de un médico en las sesiones de tortura con sustento en los dichos de Salinas, quien manifestó que sufrió un paro cardíaco al ser torturado en la Policía Federal del que fue recuperado por sus torturadores con golpes de puño en el pecho.

Ello por cuanto numerosos testimonios refirieron la participación de los médicos del Departamento de Sanidad de la Policía, entre ellos, Mendoza quien así lo refiere en sus declaraciones, más aun cuando se reconoce en el fallo la necesidad de los torturadores de preservar la vida de las víctimas.

Con relación al testimonio de Franzen indicó que su descontextualización infringe el principio ya aludido en similares términos a los expuestos con relación a Salinas.

En cuanto al principio de razón suficiente indicó que la fortuita recuperación de Salinas no permite inferir ni restar credibilidad a los

testimonios que aluden a la presencia médica en las aludidas sesiones, máxime cuando no existe vinculación fáctica ni lógica entre los hechos ocurridos en la Policía Federal y los ocurridos en la División Información de la Policía Provincial en los que se le imputa la participación de Mendoza.

Con relación al testimonio de Franzen destacó que el sentenciante no brindó los concretos motivos por los cuales puso en duda la participación de Mendoza relatada por la testigo pues desde que formuló la primera denuncia –en lo sustancial– fue conteste en sus dichos.

Sostuvo que las “insalvables diferencias” que condujeron al tribunal a la duda absolutoria no existieron menos aún las alegadas inconsistencias, contradicciones y “carencia de solidez” del dato de cómo y cuándo la testigo reconoció a Mendoza.

Es que las tres ocasiones en las que Franzen fue atendida por el imputado fueron circunstancias temporal y espacialmente diferentes (la primera vez no lo pudo ver ni reconocer, la segunda lo vio porque le sacaron la venda y lo conoció y la tercera lo reconoció) no resultan contradictorias entre sí sino que se complementan y correlacionan sin dificultad.

En cuanto al principio de tercero excluido tuvo presente que Mendoza integró el Cuerpo Médico de la Policía de Misiones coetáneamente a la aplicación de los tormentos, la verticalidad de mando propia de la fuerza y la razonable presencia médica a efectos de evitar la muerte de quien era sometido a tortura.

Sostuvo que resulta razonable inferir la participación del nombrado en el plan sistemático, conforme lo refieren múltiples testigos y las declaraciones de Salinas y Franzen.

En este orden de ideas, indicó que no resulta óbice a lo expuesto la circunstancia de que las acusadoras no hayan formulado cargos o alegado en orden a delitos cometidos por otros médicos de la policía simplemente porque tales hechos no fueron

materia a dilucidar en el presente juicio.

En definitiva, solicitó que se declare la nulidad de lo resuelto en cuanto dispuso la absolución de Mendoza y su inmediata libertad.

III.c. Los doctores Juan Bautista Martínez y Orlando Prestes en carácter de apoderados de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones, encauzaron sus agravios por ambas vías previstas en el artículo 456 del C.P.P.N.

Señalaron que la sentencia recurrida descontextualiza la participación que le cupo a Mendoza en el esquema represivo ya que valoró en forma sesgada la declaración de los testigos.

Indicaron que resulta erróneo el criterio sostenido por el tribunal en cuanto aludió a la asimetría existente entre la participación "genérica" que tuvo Mendoza y la cantidad de hechos por los cuales resultó imputado (dos o tres según el acusador) pues no puede ignorarse que las presentes actuaciones fueron un desprendimiento parcial de la causa en la que se investiga a la Policía de la Provincia de Misiones, que continúa en instrucción y en la que se investigan otros hechos, entre cuyos imputados se encuentra Mendoza.

Añadieron que también resulta ilógico como arbitrario y carente de sustento lo resuelto en cuanto sostuvo que hubo una descripción genérica de la participación que tuvo Mendoza en el plan sistemático ya que quedó comprobado que el nombrado integró las fuerzas policiales como médico de Sanidad de la Policía durante los hechos objeto de proceso, que en tal calidad estuvo presente en las sesiones de tortura y además emitió certificados de defunción. Circunstancias todas estas que junto con la prueba testimonial dan cuenta de su colaboración.

Apuntaron que –conforme surge de la resolución recurrida– la presencia del médico y la

indispensabilidad de su aporte no fue ajena al esquema del accionar represivo ilegal pues debía preservarse la vida de la víctima a efectos de obtener información bajo tortura, la que consistió no sólo en el pasaje de picana eléctrica –a lo que redujo el tribunal su análisis– sino también otros actos crueles (vgr.: submarino, colgamiento, golpes con puños y palos, etc.) que ponían en riesgo la vida de la víctima.

Adujeron que la absolución de Mendoza respecto a los tres casos (Escobar, Salinas y Franzen) por los que fue llevado a juicio en calidad de partícipe necesario resultó arbitraria.

Es que la identidad de Mendoza no fue puesta en duda por Escobar ya que lo vio cuando fue operado y luego al ser interrogado mediante tortura en el Departamento de Informaciones cuando su estado de salud era aún delicado.

Respecto de los testigos Salinas y Franzen realizaron similares consideraciones a las formuladas por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

Con relación a Salinas indicaron que de ninguna forma lo ocurrido en la Policía Federal relativiza la intervención de un médico para imponer tormentos y tuvieron presente lo declarado por el testigo en cuanto a que Mendoza era quien indicaba a quien debían torturar o no.

En tanto que, respecto de Franzen, señalaron que la testigo logró identificar con certeza a Mendoza cuando la atendió en la Alcaldía de Mujeres de Posadas como aquél que la asistió en el Departamento de Informaciones (durante su interrogatorio y por un sangrado).

Agregaron que el cuadro probatorio descripto debió completarse con lo declarado por otras víctimas en cuanto al rol participativo que ocupó Mendoza en las torturas, entre ellas, la testigo Mongestern quien también fue atendida en la mencionada dependencia policial por el imputado a quien conocía con anterioridad a su detención.

Por otra parte, los recurrentes criticaron el monto de pena impuesta a Amarilla y Pombo en contravención a la normativa existente (artículos 40, 41 y 58 del C.P.) como también los criterios doctrinales y jurisprudenciales internaciones que imponen una sanción adecuada a la gravedad de los hechos juzgados.

Afirmaron que quedó plenamente acreditado que ambos formaron parte de manera voluntaria del plan sistemático implementado en la época, que utilizó el aparato estatal para la consecución de fines que implicaron la violación de los más elementales derechos humanos de las víctimas.

En tal sentido, señalaron que debió ponderarse las constancias existentes en sus legajos personales por la que fueron “felicitados” por el Jefe de la Policía (Herrero) por haber participado en el desbaratamiento de la OPM Montoneros siendo que la calidad de agentes que ambos revistan en la época no resta grado alguno al “compromiso” demostrado en el debate.

Concluyeron que el monto de pena impuesta a ambos imputados (siete años) resultó por debajo de la mitad respecto de la solicitada por dicha parte, esto es, quince años de prisión de cumplimiento efectivo.

Por último, cuestionaron el sobreseimiento por prescripción de Pombo que fue dictado por el tribunal con relación a los hechos que afectaron a Claudio Damián Martofleac, ya que no se los consideró como parte del plan sistemático instaurado.

Ello por cuanto se realizó un análisis erróneo del contexto en el cual la víctima sufrió su cautiverio y además por cuanto los hechos padecidos por la misma fueron materia de tratamiento judicial en la causa a Beltrametti y Caggiano Tedesco a quienes se condenó por su responsabilidad jerárquica en el Área 232 por múltiples sucesos, entre ellos los tolerados

por Martofleac.

Sostuvieron que se evaluó en forma errónea que Martofleac fue detenido al salir de su trabajo en “Vialidad” cuando en realidad trabajaba en una empresa constructora “Lazarte” y no se tuvo en cuenta que la víctima conocía a Pombo con anterioridad a ser detenido.

A efectos de evidenciar la errónea ponderación del material probatorio efectuado por el sentenciante, tuvieron presente las consideraciones efectuadas respecto de los hechos padecidos por Mongestern y Friedl; y afirmaron que el secuestro, traslado a un centro clandestino de detención y militancia política en el Partido Comunista de la víctima permiten sostener que los sucesos de los que resultó objeto formaron parte del plan sistemático.

A lo expuesto añadieron que tampoco se ponderó que la víctima identificó a otros represores a quienes también señaló como pertenecientes al grupo de tareas que lo torturó.

Por ello, solicitó que se case la sentencia, se declare la nulidad de lo decidido en punto a la absolución de Mendoza, las penas aplicadas a Pombo y Amarilla y, la absolución de Pombo en relación a los hechos que afectaron a Claudio Martofleac.

III.d. La doctora Vivian Andrea Barbosa, Fiscal Subrogante ante el Tribunal Oral Federal de Posadas, encauzó sus agravios por ambas vías previstas en el artículo 456 del código de procedimientos.

En primer término indicó que el voto concurrente de la mayoría del fallo recurrido omitió valorar prueba dirimente que fue postulada por las acusadoras en relación a la responsabilidad de Mendoza extremo que torna arbitraria la absolución dispuesta.

Sostuvo que ninguna implicancia tiene la no inclusión en las acusaciones de los hechos que padecieron Berent y Acevedo respecto de aquellos por los cuales Mendoza fue identificado con certeza más aun cuando se encuentra acreditado que otros

profesionales de la salud han intervenido en los sucesos ventilados en el juicio.

De otro lado señaló que la sentencia incurrió en una gruesa incongruencia argumental al analizar la participación del imputado como médico y su rol en el plan sistemático.

Ello por cuanto el sentenciante consideró improbable la participación médica en el plan sistemático con sustento en que la acusación imputó dos o tres hechos pero a su vez destacó ampliamente el rol médico, circunstancia que –a su entender– demuestra a las claras la contradicción argumentativa.

Recordó –con cita en doctrina– que la "sistematicidad" es una característica que corresponde al ataque y no al acto u actos que pueden formar parte de aquél.

Criticó el estándar cuantitativo establecido por el sentenciante a efectos de determinar la participación de Mendoza en el plan sistemático implementado, criterio que no se corresponde con el alcance que el derecho internacional otorga a los delitos de lesa humanidad (en sustento de su postura citó jurisprudencia).

Cuestionó la relativización que el tribunal efectuó de la intervención médica para imponer torturas con base a un suceso particular que relató Salinas en la Policía Federal como también la ponderación que realizó del testimonio de Juan Carlos Gualpa y las aseveraciones formuladas en torno al testimonio de Franzen.

Tuvo presente los dichos de numerosos testigos que fueron contestes en señalar la participación de Mendoza en las torturas infligidas en el Departamento de Informaciones y su firma en varios certificados de defunción, circunstancias todas estas que –ponderadas en su conjunto– demuestran –a criterio del recurrente– la inequívoca pertenencia,

colaboración y aquiescencia del imputado en el plan sistemático implementado, con notable crudeza entre los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1976.

En segundo lugar la parte se agravió del razonamiento efectuado por el sentenciante con relación a la participación de Herrero y Giménez respecto a las violaciones acreditadas en relación a cuatro hechos que consideró tardíamente introducidas por la acusación.

Sostuvo que no se vulneró el derecho de defensa ya que si bien los hechos habían sido denunciados en la instrucción se acusó únicamente por aquéllos que fueron relatados en juicio y respecto de dos imputados Herrero (Teniente Coronel del Ejército designado como Jefe de la Policía de Misiones) en calidad de autor mediato y Giménez (Comisario Inspector del Departamento de Informaciones de la Policía de la Misiones) en calidad de coautor por su codominio junto con Juan Carlos Ríos (f) a quien varias víctimas reconocieron como el hombre que las violó.

En tercer lugar, cuestionó las penas impuestas a Julio Argentino Amarilla y Carlos Alberto Pombo, criticó el grado de participación atribuido a Amarilla en los sucesos por los cuales resultó condenado y se agravió de la no aplicación a los nombrados de la agravante prevista por motivos políticos.

En cuanto al grado de participación atribuido a Amarilla indicó que son varios los testigos que refieren específicamente su presencia en el ámbito en el que permanecían cautivos y en ocasión de ser sometidos a torturas, lo que demuestra un grado de compromiso mayor a una “validación actuarial” de los producidos en su presencia. Sostuvo que el razonamiento realizado por el sentenciante a tal fin resultó errado ya que, por un lado, enmarcó al Departamento de Informaciones en la legalidad cuando se encuentra acreditado que fue el principal centro

clandestino de detención de la Provincia de Misiones; y de otro, se omitió valorar un dato fáctico que ubica al imputado en el ámbito de otro CCD, distinto a la dependencia mencionada, circunstancia que acredita su adhesión al plan sistemático.

En tal sentido, destacó que tampoco se ponderó la constancia existente en el legajo personal de Amarilla con motivo del desbaratamiento de la Columna 26 de la OPM “Montoneros” en la provincia o los informes que lo ubican en el cuadro de personal civil de inteligencia en el Destacamento 125 del Ejército Argentino conforme copias del libro histórico incorporadas a la causa.

Advirtió las incongruencias y contradicciones en que –a su entender– el imputado incurrió al ejercer su defensa material y concluyó que su aporte fue indispensable y primario en la consumación de los hechos imputados.

Cuestionó la exclusión de la agravante prevista en el segundo párrafo del artículo 144 ter del Código Penal pues en el debate se acreditó que las torturas cometidas respondieron a móviles políticos ya sea por pertenecer al Partido Auténtico, a las Ligas Agrarias, al Partido Peronista (en sus diversas variantes), al Partido Comunista o a la U.E.S. (Unión de Estudiantes Secundarios).

Ello por cuanto el tribunal consideró que la agravante (perseguido político) se encontraba comprendida en el tipo base de los delitos de lesa humanidad, circunstancia que impedía su doble valoración, extremo que se vincula en forma directa con el monto de pena impuesta a Amarilla y Pombo.

Asimismo en relación con Pombo, estimó que la pena finalmente impuesta luce desproporcionada respecto de los hechos por los cuales resultó condenado pues la prueba existente analizada en su conjunto –al igual que el caso de Amarilla– demuestran

su fuerte compromiso con el plan sistemático.

En tal sentido, recordó los numerosos señalamientos existentes respecto de su participación (ya sea en forma directa o indirecta) en los sucesos cometidos en el marco de un plan caracterizado por la clandestinidad.

Concluyó que, teniendo en cuenta la escala penal prevista para los delitos que se imputan a ambos imputados, no existe argumento válido que justifique el *quantum* de la pena aplicada a Amarilla y Pombo.

En cuarto lugar, consideró que el hecho cometido en perjuicio de Claudio Damián Martofleac reviste las condiciones que caracterizan a los delitos de lesa humanidad y por ende resulta imprescriptible.

Criticó la exclusión de su caso como también el sobreseimiento dictado respecto de Pombo.

Finalmente, con cita en doctrina y jurisprudencia, solicitó que se evite el juicio de reenvío y se dicte condena definitiva en los términos expuestos.

III.e. La señora defensora oficial, doctora Susana Beatriz Criado Ayan, en representación de Carlos Omar Herrero encauzó su agravio por la vía prevista en el inciso 1º del artículo 456 del C.P.P.N.

Sostuvo con sustento en el voto en disidencia del doctor Fayt en el fallo “Mazzeo” de la C.S.J.N. que la condena impuesta a su asistido afectó garantías constitucionales, en la especie el principio de legalidad.

Indicó que la reforma constitucional del año 1994 modificó la relación existente entre los tratados internacionales y las leyes pero no entre aquéllos y la Constitución Nacional (artículo 27 de la C.N.).

Señaló que la Convención sobre imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad resulta claramente inaplicable al presente proceso como también que el derecho consuetudinario y los tratados internacionales que declaran la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

que no doblegan la garantía constitucional de ley previa pues lo contrario afecta la soberanía del Estado Argentino (en este sentido citó el artículo 29 de la C.A.D.H.).

Solicitó que se case la sentencia recurrida y se dicte sobreseimiento definitivo en favor de Carlos Omar Herrero por extinción de la acción penal –amnistía– (artículo 18 C.N.; artículos 2 y 59, inciso 2º del C.P.; y artículos 334 y 336, inciso 1º del C.P.P.N.).

Subsidiariamente, formuló consideraciones en orden a la pena de prisión perpetua impuesta a una persona octogenaria que atentan contra la finalidad rehabilitadora (en apoyo de su postura citó doctrina y jurisprudencia).

Hizo reserva de caso federal.

III.f. La señora defensora oficial, doctora Susana Beatriz Criado Ayan, en representación de Felipe Nicolás Giménez encauzó su agravio por la vía prevista en el inciso 1º del artículo 456 del C.P.P.N.

La defensa realizó consideraciones de similar tenor a las efectuadas respecto del imputado Herrero no solo en orden a la violación del principio de legalidad por lo cual solicitó su sobreseimiento sino también respecto de la finalidad rehabilitadora en orden a la pena de 21 años y 6 meses de prisión impuesta a Giménez de 75 años de edad, que entendió excesiva.

Por otra parte, solicitó la nulidad parcial de la sentencia recurrida en cuanto condenó a su asistido respecto del hecho que damnificó a Julio César Capli respecto del cual no existió acusación fiscal (en sustento de su postura citó doctrina y jurisprudencia).

Hizo reserva de caso federal.

III.g. La señora defensora oficial, doctora Susana Beatriz Criado Ayan, fundó el recurso de

casación interpuesto *in forma pauperis* por Carlos Alberto Pombo y encauzó los agravios por ambas vías previstas en el artículo 456 del C.P.P.N.

Sostuvo que se inobservaron las reglas de la sana crítica racional pues se escogió arbitrariamente la prueba con el objeto de fundar la condena impuesta a su asistido.

En este sentido, recordó los dichos de Franzen, Baez, Martoflec y Barrios e indicó que el propio tribunal aseveró que ninguno de los testigos sindicó a Pombo como autor de los tormentos y no valoró otros elementos que permitan sustentar la sanción impuesta, por lo que solicitó la nulidad del fallo recurrido.

Subsidiariamente, al igual que en el caso de Herrero y Giménez la defensa solicitó que se case la sentencia recurrida y se dicte el sobreseimiento de Pombo por extinción de la acción penal –amnistía– (artículo 18 de la C.N.; artículso 2 y 59, inciso 2º y artículos 334 y 336, inciso 1º del C.P.P.N.).

Hizo reserva de caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los artículos 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N. se presentó a fs. 5803/5817vta. y fs. 5959 el señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Javier Augusto De Luca.

En tanto que, a fs. 5824/5841, fs. 5842/5856 y fs. 5960/5964 se presentó el doctor Alejandro Di Meglio, Defensor *Ad-Hoc* con funciones en la Unidad de Letrados ante esta Cámara, en representación de Carlos Omar Herrero, Felipe Nicolás Giménez y Carlos Alberto Pombo respectivamente.

Por otra parte, a fs. 5860/5868 se presentó el doctor Enrique María Comellas, Defensor *Ad-Hoc* en la misma unidad y con la misma función ante esta Cámara, en representación de Julio Argentino Amarilla.

Finalmente, a fs. 5324/5337vta. se presentó Guillermo Roque Mendoza por derecho propio y con el patrocinio letrado del doctor César Edgardo Ortellado.

IV.a. En primer término, el representante del Ministerio Público Fiscal coincidió con su par en la instancia en punto a la falta de motivación lógica del resolutorio recurrido a efectos de absolver a Guillermo Roque Mendoza quien, en su calidad de médico de la Policía Provincial, habría participado en las sesiones de tortura que padecieron Franzen, Escobar y Salinas.

Tuvo presente los argumentos del tribunal para sostener su desvinculación (cantidad de hechos y testimonio de las víctimas) y señaló que el razonamiento del *a quo* se asentó sobre una incorrecta interpretación de los requisitos típicos de esta categoría de delitos como también de una incorrecta apreciación de la prueba testimonial existente –la cual repasó– que sindican a Mendoza en el Departamento de Informaciones, cumpliendo funciones de médico y colaborando activamente en el momento en que las víctimas eran sometidas a tortura.

Consideró que Mendoza debe responder en calidad de partícipe necesario del delito de imposición de tormentos agravados en concurso real (3 hechos), cometidos en perjuicio de María Graciela Franzen, Ricardo Adolfo Escobar y Hugo Rubén Salinas.

Recordó que en su alegato el fiscal solicitó la pena de 15 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua respecto de Mendoza, la que entendió correcta a la luz de las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del C.P. y solicitó que –previa audiencia de *visu*– se lo condene (citó jurisprudencia).

En segundo lugar, indicó que al momento de los alegatos tanto las querellas como el Ministerio Público Fiscal solicitaron que respecto de G.M.F., N.C.F., S.H.B y M.S.C. los hechos también se encuadren en el delito de violación agravada (artículo 119 del C.P.), atribuibles a los imputados Carlos Omar Herrero

y Felipe Nicolás Giménez.

Señaló que el tribunal no hizo lugar al pedido por considerar que se trató de una imputación tardía y novedosa pues no había sido incluida en el requerimiento de elevación a juicio, afirmación que no comparte, más aun habiéndose respetado el derecho de defensa en juicio.

Sostuvo que el *a quo* optó por considerar los abusos sexuales dentro del conjunto de padecimientos sufridos en cautiverio (tormentos), circunstancia que impide reflejar la especificidad de la agresión sufrida por las víctimas, delito que debe ser incluido en la categoría de crímenes contra la humanidad.

En tercer término, coincidió con el recurrente en cuanto a que de la lectura de la sentencia impugnada se desprende una falta de fundamentación en orden a la participación que le cupo a Julio Amarilla y la consecuente calificación y pena impuesta tanto al nombrado como a Pombo.

Adujo que con fundamentos aparentes se resolvió condenar a Amarilla como partícipe secundario a una pena escasa para lo cual se omitió realizar una correcta interpretación del plexo cargoso recolectado en audiencia de debate, en particular de los testimonios y prueba documental que le otorgaron un papel preponderante en la aplicación de tormentos a numerosas víctimas, dentro del Departamento de Informaciones y “La Casita del Rowling”.

Indicó que Amarilla no actuó como un simple secretario que toma nota de una declaración sino que se encontraba presente en las sesiones de tortura e interrogatorios, por lo que formó parte del plan sistemático implementado cumpliendo una función previamente acordada que consistió en labrar las actas con las cuales se pretendió definir y delimitar la responsabilidad de las víctimas en actividades subversivas.

Por ello, al igual que su par en la instancia anterior, consideró que Amarilla debe ser imputado a

título de partícipe necesario.

Por otra parte, señaló que la actuación de Amarilla como la de Pombo debió agravarse en función del segundo párrafo del artículo 144 *ter* del C.P. (ley nº 14.616).

A tal fin indicó qué debe entenderse por "perseguido político", recordó que en autos se acreditó que las torturas recibidas respondieron a móviles de dicha índole ya sea porque las víctimas pertenecieron al Partido Auténtico, a las Ligas Agrarias, al Partido Peronista (en sus diversas variantes), al Partido Comunista o a la U.E.S. (Unión de Estudiantes Secundarios).

Por último, con relación a las penas impuestas a Amarilla y Pombo sostuvo que lucen desproporcionadas respecto de la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad de los nombrados (artículos 40 y 41 del C.P.P.N.), solicitó que se las revoque y se impongan las solicitadas por el fiscal de juicio.

En cuarto lugar, consideró arbitraria la resolución recurrida en cuanto excluyó del plan sistemático el hecho cometido en perjuicio de Claudio Damián Martofleac y sobreseyó a Carlos Alberto Pombo por extinción de la acción penal por prescripción.

Sostuvo que la víctima era militante del Partido Comunista y Secretario Adjunto del Sindicato de Vialidad, detenido en abril de 1976 hasta fines de ese año y nuevamente en 1978, ocasión en que reconoció a Pombo como uno de sus captores.

En quinto término, respecto del planteo de prescripción de la acción penal planteado por la defensa de Carlos Omar Herrero y Felipe Nicolás Giménez, señaló que recibió adecuado tratamiento y respuesta por parte del tribunal, con sustento en abundante doctrina y jurisprudencia nacional y en el derecho internacional.

Por ello, consideró que toda vez que la parte

no brindó nuevos argumentos que logren conmover la doctrina sustentada por la C.S.J.N., sus planteos se tornan insustanciales.

En sexto lugar, en cuanto a la nulidad de la sentencia solicitada por la defensa de Giménez que entendió que se condenó a su defendido por el hecho del que fue víctima Julio César Capli sin que medie acusación fiscal, indicó que el agravio debe ser desestimado toda vez que existió acusación por parte de las querellas (en ese sentido citó el fallo "Santillán" de la C.S.J.N.).

En definitiva, solicitó que se rechacen los recursos interpuestos por las defensas, se haga lugar a los remedios impetrados por la fiscalía y las querellas, y se dicte sentencia en consecuencia.

IV.b. Por su parte, la defensa oficial de Carlos Omar Herrero amplió los fundamentos del recurso interpuesto por su par en la instancia anterior.

IV.b.1. Sostuvo que se violó el derecho de defensa de su asistido toda vez que se omitió describir la conducta concreta (aporte) que se reprochó a Herrero y, en consecuencia, la posibilidad de ofrecer prueba de cargo que permita contradecir la acusación.

Indicó que sólo se realizaron manifestaciones genéricas acerca del cargo que ostentó su asistido dentro de la estructura de poder (responsabilidad objetiva) pero en ningún momento se indicó como autor de una acción concreta, lo que afectó su derecho a una defensa eficaz.

Señaló que si bien el tribunal citó prestigiosa doctrina a efectos de explicar la autoría mediata por dominio del hecho en aparatos organizados de poder, no logró adecuarla al caso concreto, menos aún la causalidad existente entre la "orden" y los hechos objeto de proceso como para habilitar la atribución de responsabilidad efectuada.

IV.b.2 Subsidiariamente, la defensa consideró que el tribunal condenó a Herrero sin prueba de su

autoría en los casos de privación ilegítima de la libertad que le fueron atribuidos.

Arguyó que la sentencia soslayó analizar la participación de su asistido pues sólo detalló los hechos, la normativa imperante en la época como también las calificaciones legales sin precisar la conducta atribuida, es decir, se efectuó una genérica y objetiva atribución de responsabilidad en base a las Directivas de la época y el cargo que Herrero ostentó (Jefe de la Policía de Misiones).

IV.b.3.i En caso de que no se haga lugar a los planteos expuestos, solicitó la absolución de Herrero en función de una arbitraria valoración de la prueba, es decir, no cuestionó la existencia de las privaciones ilegales o tormentos padecidos por las víctimas sino el "supuesto aporte de su asistido" en los casos de: 1) Benito Delfín Aguirre; 2) Pedro Irineo Avalos; 3) Carlos Alberto Bajura; 4) Francisco Félix Barrios; 5) Hilarión Félix Barrios; 6) Haydée Susana Benedetti; 7) Hipólito Victoriano Benítez; 8) Gladys Beatriz Claver Gallino; 9) María Silvia Coutouné; 10) Ricardo Horacio Coutouné; 11) Héctor Alfredo Escobar; 12) Ricardo Adolfo Escobar; 13) María Josefa Estévez; 14) Nilda Concepción Friedl; 15) Aureliano Gauto; 16) Mario Julio Gómez; 17) Jorge Aníbal Gutierrez; 18) Juan Hidalgo; 19) Lourdes María Langer; 20) José Aníbal Leiva; 21) Florentín Lencinas; 22) María Graciela Leyes; 23) José Aníbal López; 24) Mirta Isabel López; 25) Estaban Cartago Lozina; 26) Ana María Macchi; 27) Ricardo Alfredo Ortellado; 28) Rosa del Milagro Palacio; 29) Alejandro Rodrígues; 30) María Eva Romero; 31) Hugo Rubén Salinas; 32) José Guillermo Sosa; 33) Augusto Gilberto Speratti; 34) Aníbal Rigoberto Velázquez; 35) Arnulfo Verón; y 36) Norma Beatriz Yansat (cfr. fs. 5830vta./5835vta.).

Sostuvo que el simple hecho de que se haya identificado o visto a algunas de las personas que se

encuentran aquí coimputadas no permite atribuir la autoría de todos los sucesos a Herrero por el solo hecho del cargo que ostentó a la fecha de los sucesos investigados, por lo que solicitó su absolución.

IV.b.3.ii Sin perjuicio de lo expuesto, en caso de que dicho agravio no prospere, consideró que la absolución de Herrero debe ser dispuesta en cuatro casos que tuvieron lugar en una época en la que el imputado no revistió el cargo de Jefe de la Policía de Misiones (entre 9 de junio de 1976 y el 15 de diciembre de 1976), piedra angular del razonamiento efectuado por el sentenciante a efectos de su atribución de responsabilidad: 1) Juan Carlos Berent; 2) Ricardo Cáceres; 3) María Graciela Franzen; y 4) Julio Hippler (cfr. fs. 5836vta./5837vta.).

IV.b.4 Por otra parte, en forma subsidiaria sostuvo que la sentencia recurrida incurrió en una autocontradicción al sostener, por un lado que los sucesos objeto de proceso son delitos de lesa humanidad y, de otro, al aplicar las reglas del concurso real.

Indicó que "…al habla[r] de delitos de Lesa Humanidad se habla de **un ataque sistemático**, que lleva implícita la idea de una unidad inquebrantable entre los hechos que la componen. En caso contrario, se podría afirmar que cualquier hecho delictivo realizado por algún integrante del Estado sería un delito de Lesa Humanidad. Sin dudas, eso se aleja de la naturaleza jurídica de los delitos de Lesa Humanidad, al ser pensados como delitos de gran escala y contra un sujeto colectivo pasivo" (el destacado obra en el original –cfr. fs. 5838–).

Analizó las reglas del concurso ideal y concluyó que "…los hechos que conforman al ataque del delito de Lesa Humanidad conforman una unidad tal que se vuelve inseparable –para poder ser tipificados como delitos de lesa humanidad– lo que sólo permitiría aplicar las reglas del concurso ideal por tratarse de una unidad de acción, de un plan determinado para un

fin determinado” (cfr. fs. 5839).

A lo expuesto señaló que si la acusación versa sobre una orden impartida la acción siempre sería una sola resultando inadecuada su multiplicación fáctica por el número de resultados o por el número de hechos que la misma habría motivado.

En definitiva, solicitó que se anule la resolución dictada por arbitraria, se resuelva conforme a lo expuesto y, en consecuencia, se ajuste la escala penal.

IV.b.5 Adunó a lo expuesto, que en caso de no recibir favorable recepción los cuestionamientos ya apuntados, el tribunal incurrió en una arbitraria mensuración de la pena impuesta a Herrero.

Recordó que como atenuante el *a quo* ponderó la edad de su asistido (86 años) pero incurrió en una contradicción al imponerle una pena (20 años) que resulta ilógico que pueda cumplir, menos aún que fuera impuesta pensando en su resocialización.

Concluyó que se afectó su derecho de transitar por el régimen de progresividad como también que constituyó un trato cruel, inhumano y degradando (artículo 18 de la C.N.; artículo 10.3 del P.I.D.C. y P.; artículo 5.6 de la C.A.D.H.; artículo 1 de la ley nº 24.660; y Reglas 60 y 61 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos).

Indicó que al evaluar los criterios establecidos en el artículo 42.1 del C.P. el tribunal aceptó que no pudo identificar con certeza cuál fue –si es que la hubo– la amplitud y dirección de la orden de realizar los hechos aquí investigados, lo que denota una violación al principio de *in dubio pro reo* no solo en cuanto a la existencia de dicha orden sino también al ser ponderada como criterio mensurativo de la pena.

IV.b.6 Por último, consideró que existe un obstáculo que conduce a la inadmisibilidad de los

recursos interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y las querellas (artículo 458, inciso 2º del C.P.P.).

Precisó que al momento de alegar el Fiscal General solicitó la pena de 25 años de prisión, accesorias legales y costas.

En tanto que, la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Nación también solicitó la de pena 25 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales, por igual tiempo de la condena y costas.

El tribunal condenó a su asistido a la pena de 20 años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, de modo que no se verifica en autos el supuesto establecido para habilitar la vía pretendida por las partes (citó jurisprudencia).

En virtud de lo expuesto, solicitó que se haga lugar al recurso interpuesto, se absuelva a Herrero y se rechace *in totum* los recursos interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y la Subsecretaría de Derechos Humanos de la provincia de Misiones.

Hizo reserva de caso federal.

IV. c. La defensa de Felipe Nicolás Giménez amplio los fundamentos expuestos por su par en la instancia anterior.

IV.c.1 Recordó que al momento de alegar el fiscal solicitó la absolución de Giménez en orden a los hechos que damnificaron a Julio César Capli mientras que la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones solicitó su condena.

Consideró –con cita en doctrina y jurisprudencia– que la acusación de la querella no puede exceder el ejercicio llevado adelante por el fiscal, único órgano que puede ejercer la acción penal.

Añadió que con el objeto de no quebrantar el principio de congruencia la sentencia sólo puede expedirse respecto de aquellos hechos por los que medió acusación y concluyó que la Subsecretaría de

mención se excedió del marco expuesto, circunstancia que redundó en la condena de su asistido.

IV.c.2 Realizó consideraciones de igual tenor a las efectuadas respecto del imputado Herrero con relación a la violación del derecho de defensa por indeterminación de la conducta (aporte) y la imposibilidad de proponer prueba (cfr. fs. 5845vta./5848vta.).

Señaló que existió una atribución de responsabilidad objetiva en orden a los hechos investigados y, subsidiariamente solicitó la absolución de Giménez en el caso de Ricardo Cáceres por no encontrarse a cargo del Departamento de Informaciones de la Policía Provincial a la fecha del hecho (cfr. fs.5848vta./5850).

Reiteró el agravio relativo a la autocontradicción en que incurrió el tribunal por apartamiento al sostener que los sucesos objeto de proceso son de lesa humanidad y, luego, aplicar las reglas del concurso real (cfr. fs. 5850/5853).

En caso de que sus anteriores cuestionamientos no reciban favorable recepción, tuvo presente los fundamentos del tribunal a efectos de imponer a su asistido la pena de 21 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua.

En este sentido, consideró que la valoración que se efectuó en punto a la naturaleza de las acciones, el cargo que ostentaba y los medios utilizados viola la prohibición de doble juzgamiento pues tales circunstancias fueron consideradas al ser valoradas sus acciones en los casos por los que resultó condenado.

Solicitó que se adecue el monto de pena impuesto teniendo en cuenta los hechos por los debe ser absuelto, la regla concursal propuesta y la edad de su asistido.

Reiteró similares argumentos a los expuestos

con relación al imputado Herrero respecto a la edad, monto de pena, fin de resocialización, principios de progresividad y prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes.

Por último, repitió su objeción sobre la admisibilidad del recurso fiscal y las querellas (artículo 458, inciso 2º del C.P.P.N.).

En definitiva, solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se rechacen *in totum* los recursos fiscal y de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones.

Hizo reserva de caso federal.

IV.d. La defensa de Julio Argentino Amarilla mantuvo los argumentos expuestos por su par en la instancia anterior y amplió fundamentos.

IV.d.1. Reiteró que la sentencia fue arbitraria por falta de acreditación de los presupuestos necesarios para tener por configurada una participación secundaria (artículo 46 del C.P.) y en cuanto al monto de pena impuesto (cfr. fs.5861/5863vta.).

IV.d.2. Por otra parte, adujo que existió una errónea aplicación de las reglas concursales (artículo 54 del C.P.) pues existió una unidad de resolución que configura la globalidad de sucesos como una unidad de hecho (cfr. fs. 5863vta./5864).

IV.d.3. Recordó lo dispuesto por el artículo 46 del C.P. e indicó que recalificada la conducta de Amarilla a tenor de lo dispuesto por el concurso ideal, debía reducirse el monto de pena impuesta a 7 años de prisión (en apoyo de su postura citó doctrina).

IV.d.4. Solicitó que se rechacen los recursos de casación interpuestos por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y el Ministerio Público Fiscal que cuestionaron el grado de participación atribuido a Amarilla y requirieron su imputación a título de partícipe necesario (cfr. fs. 5864vta./5866 y fs. 5866/5867).

Concluyó que existió una mera disconformidad de las acusadoras con el *quantum* punitivo impuesto a Amarilla, para lo cual centraron sus embates en torno a una calificación legal que permita la aplicación de una pena más gravosa.

Por ello, pidió que se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se rechacen los recursos del fiscal y la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones.

Hizo reserva de caso federal.

IV.e. La defensa de Carlos Alberto Pombo mantuvo los agravios expuestos por su par en la instancia anterior y reiteró la petición efectuada en punto a que se absuelva a Pombo por los hechos por los que resultó condenado y se disponga su inmediata excarcelación.

En forma subsidiaria, realizó las siguientes consideraciones.

IV.e.1. Indicó que, al igual que en el caso de Herrero y Giménez, la sentencia recurrida resultó arbitraria por falta de determinación de los aportes o acciones reprochadas a Pombo, circunstancia que afectó su derecho de defensa así como también la posibilidad de ofrecer prueba de cargo, por lo que solicitó la nulidad de lo resuelto, su absolución e inmediata libertad (cfr. fs.5960vta./5962).

IV.e.2. Señaló que en relación con el hecho que damnificó a María Ester Mongestern (caso nº 41) por el cual su asistido resultó condenado, el *a quo* omitió realizar su tratamiento y fundamentación más allá de incluirlo en el punto dispositivo en el que se dictó condena.

Sostuvo que –más allá de la posible existencia de un error material– lo cierto es que su inclusión en el tramo imputativo en el punto dispositivo repercutió en el monto punitivo impuesto a Pombo, determinando su arbitrariedad.

Propuso la nulidad del punto dispositivo que condenó a su asistido respecto de este hecho, debiéndose adecuar la pena impuesta.

IV.e.3. En relación con el caso Martofleac consideró que el temperamento absolutorio adoptado debía ser confirmado pues el tribunal *"…en lugar de introducirse en cuestiones relativas a la materialidad, se refirió a la falta de contextualización del hecho…"* que impidió su calificación como delito de lesa humanidad y, por ende, aplicó las reglas del derecho común.

Por ello, solicitó el rechazo de los recursos interpuestos.

IV.e.4. En punto a la pena impuesta, recordó que los cuestionamientos realizados por el fiscal y la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones sobre el particular fueron declarados inadmisibles, por lo que la facultad revisora de esta Cámara se encuentra limitada al sentido propuesto por la defensa (cfr. fs. 5162/5175 y fs. 5217/5227 respectivamente).

Adujo que la pena individualizada debía ser disminuida debido a la falta de tratamiento respecto del caso Mongerstern.

Sostuvo que aun de prosperar los recursos interpuestos por las acusadoras en relación con la absolución dispuesta en el caso Martofleac, debe existir una compensación punitiva adecuada (ingreso y egreso de un suceso en el acervo punitivo), toda vez que un mayor monto importaría un tratamiento arbitrario.

En virtud de lo expuesto, solicitó que se case la resolución recurrida en los aspectos apuntados e hizo reserva de caso federal.

V. Que en la ocasión prevista por los artículos 465 último párrafo y 468 del C.P.P.N., la defensa oficial de los imputados Herrero, Giménez y Pombo como también la del imputado Amarilla presentó breves notas (cfr. fs. 6308, fs. 6293/6296vta. y fs.

6297/6307vta.).

El señor Defensor *Ad-Hoc*, Dr. García Jurado, en representación de los imputados Herrero, Giménez y Pombo mantuvo los agravios invocados en los recursos de casación interpuestos como también en el término de oficina.

Reiteró su oposición a la admisibilidad de los recursos fiscal y de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones con relación a Herrero y Giménez.

Sostuvo la improcedencia de los recursos acusadores dirigidos a agravar la situación de Pombo respecto del caso “Martofleac” y en punto al monto de pena impuesto.

Por último, en caso que el recurso sea rechazado, solicitó se le otorgue efecto suspensivo a la decisión y mantuvo la reserva de caso federal.

Por su parte, el señor Defensor *Ad-Hoc*, doctor Rey en representación de Amarilla mantuvo los cuestionamientos realizados, expresó los fundamentos por los cuales debía rechazarse el remedio interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y las respectivas querellas. Mantuvo la reserva de caso federal.

Superada esta 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 Gustavo M. Hornos, Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Inicialmente, corresponde señalar que los recursos de casación concedidos, interpuestos por las defensas, el Ministerio Público Fiscal y las querellas (Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones) son formalmente admisibles, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas

definitivas (artículo 457 del C.P.P.N.), las partes recurrentes se encuentran legitimadas para impugnarla (artículos 458, 459 y 460 del C.P.P.N) y se han cumplido los requisitos de tempestividad y de fundamentación exigidos por el artículo 463 del citado código procesal.

Al respecto y con relación al planteo formulado por la defensa oficial de los imputados Herrero y Giménez (durante el término de oficina y en las breves notas presentadas) con respecto a la admisibilidad del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones (en la segunda oportunidad limitó su reclamo a la primera de las partes mencionadas), es menester tener en cuenta que la impugnación de las acusadoras se encuentra habilitada, en el presente caso, a partir de lo establecido en el art. 458 inc. 1º del código de rito, en cuanto establece que el fiscal puede recurrir "*De la sentencia absolutoria, cuando haya pedido condena del imputado a más de tres (3) años de prisión privativa de la libertad*". Ello así, por cuanto se advierte que en lo que atañe al delito que es materia de agravio en sus recursos, el tribunal *a quo* no dictó una sentencia condenatoria contra los imputados, y que el pedido de pena efectuado por ambas partes excedió con creces el límite de tres años de prisión previsto en el artículo citado.

II. En la última dictadura, el país fue subdividido geográficamente en Zonas, Subzonas y Áreas. Los hechos objeto de este juicio ocurrieron en el ámbito de la Zona 2, a cargo del Segundo Cuerpo del Ejército, Subzona 23, Área 232 con jurisdicción de Misiones.

En el pronunciamiento que resulta materia de impugnación se analizó la responsabilidad que les cupo a Carlos Omar Herrero, Felipe Nicolás Giménez, Julio Argentino Amarilla, Carlos Alberto Pombo y Guillermo Roque Mendoza en los hechos de privación ilegal de la

libertad agravada y tormentos agravados, ocurridos a partir de abril de 1976 hasta marzo de 1978.

III. A los efectos de delimitar con claridad los ejes problemáticos, agruparé y ordenaré los agravios plasmados en los recursos de casación de manera sistemática, respetando el contenido de los cuestionamientos, pero no necesariamente el orden de exposición.

En primer lugar, he de abordar los planteos concernientes a las limitaciones jurídicas a la realización del juicio y en segundo lugar, me ocuparé de las críticas formuladas contra la sentencia en sí misma.

IV. Sobre las leyes nº 23.492 y nº 23.521 (de "punto final" y de "obediencia debida"1)

Como cuestión preliminar, he de recordar que –tal como lo expuse en mis votos en las causas "Plá" (causa nº 11.076, registro nº 14.839.4, rta. el 2/05/11), "Mansilla" (causa nº 11.545, registro nº 15.668.4, rta. el 26/09/11), "Molina" (causa nº 12.821, registro nº 162/12.4, rta. el 17/02/12) y "Olivera Róvere" (causa nº 12.083, registro nº 939/12.4, rta. el 13/06/2012), entre otras, de la Sala IV de este Tribunal– ya he tenido oportunidad de expedirme sobre algunas de las cuestiones medulares que hacen a esta temática al analizar en detalle las llamadas leyes de "obediencia debida" y "punto final" (nº 23.492 y nº 23.521, respectivamente) así como a la Ley nº 25.779 –"ley de justicia", que las declaró insalvablemente nulas– (ver, en este sentido, causa nº 5023, "Aleman, José Ignacio y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", registro nº 7641.4, rta. el 14/07/06; y causa nº 5488, "Rodríguez Valiente, José Francisco s/ recurso de inconstitucionalidad", registro nº 8449.4, rta. el 26/03/07).

Aquella posición que, vale la pena señalar, fue respaldada oportunamente en el erudito voto de la

Sra. Ministro Carmen Argibay en la causa “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”; M. 2333. XLII. del 13 de julio de 2007 (Fallos 330:3248); así como en la no menos versada y fundada postura anterior del Ministro Carlos S. Fayt en el multi-citado caso “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, S. 1767. XXXVIII, del 14 de junio de 2005 (Fallos: 328:2056) ha sido actualmente superada; pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación –así como esta Cámara Federal de Casación Penal– ha sido categórica en estos casos decididos por amplias mayorías.

La contundencia de los desarrollos argumentales allí plasmados junto a la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico y del debate jurisprudencial y doctrinario al respecto, más allá de las razones de economía procesal y sentido práctico para la mejor administración de justicia, indican la pertinencia de seguir dicha doctrina judicial (en ese sentido ver mi voto en causa nº 5196, “Marenchino, Hugo Roberto s/ recurso de queja”, registro nº 9436.4, rta. el 19/10/07; causa nº 8317, Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ recurso de queja”, registro nº 9272. 4, rta. el 28/09/07; causa nº 8293, “Yapur, Tamer s/ recurso de queja”, registro nº 9268.4, rta. el 28/09/07; y más aquí en el tiempo, causa nº 13.667 “Greppi, Nestor Omar y otros s/ recurso de casación, registro nº 1404/12.4, rta. el 23/08/2012; y causa nº 15.660 “Martínez Dorr, Roberto José y otros s/ recurso de casación, registro nº 872/13.4, rta. el 31/05/2013, entre otras), a menos que se incorporen nuevos argumentos con seriedad y fundamentación suficiente para justificar la revisión de la doctrina judicial vigente (Fallos: 318:2060; 326:2060; 326:1138; 327:3087, entre otros).

En esta tesitura, entiendo que el planteo efectuado por la defensa técnica de los acusados Herrero, Giménez y Pombo no puede ser recibido favorablemente, pues se limita a reeditar

cuestionamientos que no logran conmover el criterio sostenido por la C.S.J.N. respecto de la constitucionalidad de la Ley nº 25.779 en el ya citado fallo "Simón", así como en "Mazzeo" en el cual, a su vez, se recordaron los fundamentos que llevaron al Alto Tribunal a "*…reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad ('Arancibia Clavel', Fallos: 327:3312); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final ('Simón', Fallos: 328:2056); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos ('Urteaga', Fallos: 321:2767); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos ('Hagelin', Fallos: 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados ('Videla' Fallos: 326:2805)*".

Por lo expuesto, el cuestionamiento debe ser rechazado.

V. Sobre la prescripción y el principio de legalidad

V.a. La defensa oficial de los acusados Herrero, Giménez y Pombo consideró que la condena impuesta a sus asistidos afectó garantías constitucionales, en particular, el principio de legalidad y solicitó que se dicte el sobreseimiento definitivo en favor de los nombrados por extinción de la acción penal por prescripción –amnistía– (artículo 18 de la C.N.; artículos 2 y 59, inciso 2º del C.P.; y artículos 334 y 336, inciso 1º del C.P.P.N.).

Tuvo presente la sanción de las leyes nº 23.524 y nº 23.492 como también que la C.S.J.N. resolvió que las mismas carecían de efectos jurídicos toda vez que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles en base al derecho consuetudinario internacional y recordó la sanción de la ley nº 24.584 (Convención de Viena sobre imprescriptibilidad de los

delitos de lesa humanidad).

Por último, señaló que la ley nº 25.778 (Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad) no podía ser aplicada retroactivamente.

Por su parte, el representante del Ministerio Público ante esta Cámara, solicitó el rechazo del presente agravio.

V.b. Viene sobradamente explicado en el pronunciamiento recurrido –y ello no ha sido objeto de controversia– que los hechos materia de juzgamiento en el presente expediente han ocurrido en el marco de la última dictadura, en jurisdicción del Comando de la Zona 2, bajo la órbita operacional del Segundo Cuerpo de Ejército que abarcaba las jurisdicciones de las Provincias de Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Misiones, Chaco y Formosa.

Por su parte, la Subzona 23 abarcaba las provincias de Misiones, Chaco, Formosa y parte de Corrientes; y el Área 232 tenía jurisdicción sobre la provincia de Misiones.

En la sentencia examinada, como ya destaqué, se analizó la responsabilidad que tuvieron Carlos Omar Herrero, Felipe Nicolás Giménez, Julio Argentino Amarilla, Carlos Alberto Pombo y Guillermo Roque Mendoza en orden a la privación ilegítima de la libertad agravada y tormentos agravados, entre abril de 1976 hasta marzo de 1978 de las víctimas cuyos casos fueron objeto de proceso.

Resulta ostensible, pues, que los hechos examinados en las presentes actuaciones han sucedido en el contexto de la represión ilegal, ejecutada *“en forma generalizada y por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal”* (cfr. Fallos: 309:33); que fundamentalmente consistió en *“a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o*

bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones con las más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar de alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno…" (Fallos 309:1694, causa nº 13/84).

Sobre este asunto, debo destacar que las reglas prácticas sancionadas por esta Cámara convocan a evitar la reiteración de la tarea de acreditación de hechos notorios no controvertidos (Ac. C.F.C.P. nº 1/12, Regla Cuarta).

V.c. Establecido lo anterior, el carácter de lesa humanidad de los delitos imputados resulta, entonces, ineludible. Sobre esta cuestión –que no ha sido puesta en tela de juicio en esta etapa recursiva– ya he tenido la oportunidad de desarrollar mi opinión

en la causa nº 9822, “Bussi, Antonio Domingo s/ recurso de casación”, registro nº 13.073.4, rta. el 12/03/2010 y en los aportes posteriores que he formulado, destinados a establecer criterios-guía para determinar las condiciones que debe satisfacer una conducta para constituir un crimen contra la humanidad, luego de haberse establecido que concurre en el caso un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Sobre esa cuestión, por razones de brevedad, me remito a lo establecido en la causa nº 12.821, “Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación”, registro nº 162/12.4, rta. el 17/2/2012 y causa nº 14.536, “Liendo Roca, Arturo y otro s/ recurso de casación”, registro 1242/12.4, rta. el 01/08/2012.

V.d. En lo que se refiere a la denunciada infracción al principio de legalidad, tal como he examinado al votar en la causa nº 12.083 “Olivera Róvere” ya citada, el máximo tribunal ha reiterado en diversas ocasiones no sólo que la categoría de crímenes de lesa humanidad pertenece actualmente a nuestro derecho, sino que también lo hacía al momento de los hechos objeto de estudio (por lo que su aplicación no violenta el requisito de *ley previa*). Además, al reconocer la existencia de la categoría con base en normas imperativas del derecho internacional no contractual, también se desprende que la Corte Suprema consideró que ello no implicaba la violación a la *ley escrita*.

En oportunidad de resolver en las causas “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312) y en “Gualtieri Rugnone de Prieto” (Fallos: 322:1769), el máximo tribunal expresó que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional.

En la causa “Simón” el máximo Tribunal calificó a hechos análogos a los aquí investigados como de “lesa humanidad”. Especificó que “*... ya en la década de los años setenta, esto es, en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (ius cogens)*” (conf. C.S.J.N., Fallos: 328:2056).

Al expedirse en la causa “Derecho” (Fallos: 330:3074) la C.S.J.N., remitiéndose al dictamen del Procurador General de la Nación, expresó que *“...la categoría que hoy cuenta con una codificación penal (el Estatuto de Roma) y un cuerpo jurídico de interpretación en constante crecimiento, es también el producto de una evolución histórica que, al menos desde la segunda guerra mundial, ha incorporado con claridad las graves violaciones de los derechos humanos cometidas a través de la actuación estatal en el catálogo de delitos de lesa humanidad”*. Así, la Corte Suprema entendió que en la época de los delitos imputados hechos como los aquí investigados se encontraban claramente prohibidos como crímenes de lesa humanidad y que la codificación más moderna –el Estatuto de Roma– no ha restringido el espectro de lo aceptado como crímenes de lesa humanidad.

Una vez así caracterizados los delitos

imputados su imprescriptibilidad deviene inevitable a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver “Arancibia Clavel”, Fallos 327:3312; y “Mazzeo”, Fallos 330:3248).

Así, en alusión a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (con jerarquía constitucional desde la sanción de la Ley nº 25.778), la C.S.J.N. sostuvo que ella *“… constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes”* y que su texto *“… sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos…”* y sigue *“… así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno”* (C.S.J.N. “Arancibia Clavel”, Fallos 327:3312, considerandos 27º, 28º y 29º).

El carácter de ley previa a los hechos en juzgamiento del instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad resulta, entonces, indiscutible por imperio de la costumbre internacional; de modo que no se verifica afectación del principio de legalidad desde esa perspectiva.

A su vez, es de suma relevancia resaltar la doctrina emergente de la citada causa “Derecho”, en la

que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha predicado la condición de lesa humanidad y la imprescriptibilidad de esos delitos en normas imperativas del derecho internacional no contractual fruto de la evolución experimentada a partir de la finalización de la segunda Guerra Mundial, que vinculaban al país al momento de los hechos (conf. C.S.J.N. causa "Derecho" D. 1682. XL, del 11 de julio de 2007, remitiendo al dictamen del Procurador General de la Nación). De ello se desprende que la aplicación de la imprescriptibilidad a los delitos de lesa humanidad no viola el principio de legalidad (en ninguna de sus derivaciones).

En lo que hace a la *ley escrita* es preciso indicar que dicha derivación del principio de legalidad no se concibe del mismo modo en el marco del derecho doméstico y del derecho internacional. Sobre las particularidades del principio de legalidad en este ámbito se ha advertido que el derecho penal internacional prescinde –o bien por definición o bien por factores coyunturales– de las reglas que subyacen al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, o al menos no es deber observarlas rigurosamente. (cfr. Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 434). También se ha dicho que el *nullum crimen sine lege*, si bien es reconocido en el derecho de gentes, es objeto en ese ámbito de fuertes restricciones que incluyen la imposibilidad de que el mero paso del tiempo otorgue impunidad a aquellos que usufrutuando el aparato estatal cometen crímenes atroces que afectan a toda la comunidad internacional (cfr. Ziffer, Patricia, *El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad*, en *Estudios sobre Justicia Penal*, Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 753).

Es decir que es admisible una interpretación de las derivaciones del principio de legalidad que atienda a las particularidades del sistema normativo de que se trate (derecho interno o derecho internacional); como también puede señalarse –aunque la cuestión no es materia de examen aquí– que las derivaciones del principio de legalidad no distribuyen sus consecuencias con idéntica repercusión sobre los distintos aspectos del derecho penal (en el sentido de que es posible discriminar según se trate de aspectos generales, de la tipicidad o de las consecuencias del delito; cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, pág. 173 y ss.; Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 89 y ss.).

En lo que atañe al principio de reserva de ley, nótese que en el marco del derecho interno el principio republicano de división de poderes demanda que sea la legislatura, por medio de una ley escrita, la que establezca la determinación de los actos prohibidos y la sanción correspondiente por su infracción. En cambio, en el derecho internacional, son los mismos actores (los Estados) los creadores del derecho convencional y consuetudinario, por lo que –al menos en lo que al mandato de reserva refiere– la exigencia de ley formal y escrita no parece coherente.

En esa línea, resulta claro que si aceptamos derecho consuetudinario, aceptamos que exista un derecho o una fuente normativa que no provenga de la legislatura. Y en ese mismo camino, la aceptación del derecho de gentes como tal es esencialmente la admisión de un derecho no escrito. Su consagración positiva en la Constitución Nacional, en efecto, *"… permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a*

los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa” (C.S.J.N., “Mazzeo”, considerando 15º, Fallos 330:3248).

Superado ello, no cabe duda de la extrema cautela que se requiere al examinar la tipificación de los delitos internacionales con base en el derecho de gentes a fin de no lesionar el principio de legalidad (v. en este sentido, el considerando 19º del voto del juez Lorenzetti en “Simón”, Fallos 328:2056); cuestión que, de todas maneras, no viene sometida al escrutinio del tribunal en este juicio. Más en lo referente a la imprescriptibilidad de los delitos de la naturaleza de los aquí juzgados –asunto que sí nos ocupa– su reconocimiento en el ámbito de la costumbre internacional es, como se viene desarrollando, a todas luces indiscutible.

De conformidad con ello, concluyo que a los efectos de declarar la punibilidad de los actos aquí juzgados no constituye óbice para considerar aplicable la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad la ausencia de ley escrita emanada del Congreso Nacional (ley formal) al momento de los hechos; pues lo determinante es que ese instituto ya formaba parte de nuestro sistema normativo, tal como expliqué precedentemente y que, por lo demás, no resulta posible trasladar el fundamento republicano que da sustento al establecimiento de una ley formal en el ámbito interno al régimen internacional, carente por su esencia de un órgano parlamentario central (ver en el mismo sentido, Dictamen del Procurador General en “Simón”, cit.).

De todos modos y para culminar con una precisión que no es menor en atención a la

previsibilidad de los presupuestos de la punibilidad que puede entenderse fundante del recaudo de *ley escrita*, debo destacar que dicho conocimiento de las normas no sólo no se adquiere únicamente como consecuencia del derecho escrito –y en tal sentido, so pena de parecer reiterativo, aquí ya se ha dicho que al momento de los hechos ya existía norma previa imperativa de *ius cogens* que receptaba la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad– sino que como instrumento fundamental integrante de esa norma, entre otros instrumentos, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968. De modo que tampoco puede afirmarse estrictamente la ausencia de norma escrita existente al momento de los hechos, con independencia –claro está– de su incorporación formal al derecho interno.

Sobre la previsibilidad de las normas punitivas ha dicho la Corte Interamericana que *"… en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste"*, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia del 2 de febrero de 2001, parág. 106).

Desde otra perspectiva, la diferente gravitación que tienen algunas de las derivaciones del principio de legalidad –como la aquí tratada *ley scripta*– con respecto a la estricta exigencia de *ley*

praevia no se circunscribe exclusivamente al ámbito del derecho internacional. Antes bien, una debilitación del principio de ley escrita se halla presente en forma frecuente en el llamado derecho penal regulatorio, a través de la sanción de las denominadas leyes penales en blanco. Esta especie de normas represivas establece de una manera precisa la pena conminada, mientras describe la conducta prohibida de un modo genérico y delega a otra autoridad diferente la potestad de completar su descripción típica. Este tipo de normas, sin perjuicio del cúmulo de consideraciones a que podría dar lugar, es en líneas generales admitido por la doctrina y la jurisprudencia (cfr. por todos: Zaffaroni, Eugenio R., *Derecho Penal., Parte General*, 2ª ed. Ediar: Buenos Aires, 2002, p. 116; Fierro, Guillermo, *Legalidad y retroactividad de las normas penales*, Hammurabi: Buenos Aires, 2003, p. 197 y ss.; Ferrante, Marcelo, *Introducción al Derecho Penal Argentino*, Ad-Hoc: Buenos Aires, 2011, p. 21 y ss.; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Comares: Granada, 1993; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4º ed., PPU-SA: Barcelona, 1996, p. 33 y ss., Bacigalupo, Enrique, Principios Constitucionales de Derecho Penal, Hammurabi: Buenos Aires, 1999, p. 99 y ss.; C.S.J.N., “Cristalux”, Fallos 329:1053, por remisión a la disidencia del juez Petracchi en “Ayerza”, Fallos 321:824).

Todo lo expuesto determina el rechazo de la pretensión de la defensa que fue examinada.

VI. Sobre la acusación fiscal y la capacidad del querellante de alegar en forma autónoma (caso “Capli”)

VI.a. La defensa oficial de Felipe Nicolás Giménez solicitó la nulidad parcial de la sentencia condenatoria que recayó sobre su asistido toda vez que

no medió acusación fiscal respecto del caso “Capli”.

Sostuvo –en el término de oficina– que el acusador público es el único órgano que puede ejercer la acción penal y que la querellante, Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones, excedió el ejercicio llevado a cabo por aquél.

Por su parte, el señor Fiscal General ante esta Cámara solicitó el rechazo del agravio analizado, toda vez que en el caso existió acusación de la querella.

VI.b. Los cuestionamientos realizados por la asistencia técnica de Giménez deben ser rechazados.

Con relación a la facultad autónoma del querellante de formular acusación, cabe señalar que respecto de su derecho al recurso la tendencia procesal se orientó a ampliar el acceso al acusador particular, no sólo extendiendo los casos de acusación particular privada (es decir, los casos de “delito de acción privada”, y permitiendo la participación del acusador particular en todos los casos de acción pública), sino también hacia un sistema de querellante conjunto con mayor grado de autonomía, que tenga análogas facultades que el Ministerio Público, al punto de que pueda acusar y recurrir aunque el Ministerio Público Fiscal no lo haga (C.S.J.N., caso “Santillán” –Fallos 321:2021–, caso en el que me había expedido en disidencia en idéntica forma que la posterior doctrina sentada por el Alto Tribunal).

En general, se describe su función mediante una equiparación de facultades con las de la fiscalía (aún cuando, lógicamente, no posee las atribuciones coercitivas ni ejecutivas de las que goza el Ministerio Público Fiscal), lo que incluye también a los recursos contra las decisiones jurisdiccionales, salvo el recurso en favor del imputado, en tanto carece de sentido para el querellante (cfr.: Maier, Julio B.J. “Derecho procesal penal. II. Parte general. Sujetos procesales”, Ed. Del Puerto, pág. 689).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en

materia de interpretación de la ley procesal rige, en principio, la regla contenida en el artículo 17 del Código Civil, cláusula de apertura que la ley procesal recepta en el artículo 2 del C.P.P.N. cuando señala que toda disposición *"que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código… deberá ser interpretada restrictivamente".*

En este sentido, en el plenario "Kosuta" se ha tomado en cuenta, válidamente, el reconocimiento expreso efectuado por la C.S.J.N. en cuanto afirmó que *"…todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional…",* que *"garantiza a todos los litigantes por igual el derecho de obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma"* (caso "Otto Wald" –Fallos 268:266– considerando 2º, entre otros). Y que lo propio cabe concluir con fundamento en lo dispuesto por el artículo 18 de la D.A.D. y D.H., artículo 8 de la D.U.D.H., artículos 8.1 y 25 de la C.A.D.H. y artículos 2.3 y 14 del P.I.D.C. y P.; todos ellos con jerarquía constitucional conforme lo establecido por el artículo 75, inciso 22º de la C.N.

Es que he sostenido reiteradamente la tesis de que en el procedimiento penal el concepto de ley vigente no se limita al Código Procesal Penal de la Nación, sino que abarca a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (cfr.: C.F.C.P., Sala IV, causa nº 335, "Santillán, Francisco s/recurso de casación", registro nº 585.4, rta. el 15/5/96; causa nº 1619, "Galvan, Sergio Daniel s/recusación", registro nº 2031.4, rta. el 31/8/99 y causa nº 2509, "Medina, Daniel Jorge s/recusación", registro nº 3456.4, rta. el 20/6/01; como también mi voto en el Plenario nº 11 "Zichy Thyssen", rto. el 23/6/06; entre

varias otras).

Es decir que, como se adelantó, *"… si se asegura el acceso a la justicia mediante la garantía de la 'tutela judicial', mal podría negarse el derecho al recurso de la víctima que asume el rol de parte querellante en el proceso penal –pues sin el control sobre lo que se decida, tal 'tutela judicial' lejos de ser efectiva, podría resultar meramente ilusoria–"* (Solimine, Marcelo A. "El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva", en Rev. La Ley, del 8/2/05).

Por otra parte, en el caso "Del Olio" (Fallos 329:2596) tras recordarse lo sostenido en el caso "Santillán" (Fallos 321: 2021) en cuanto a que "… *la exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto* [dotar de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal] *o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula"* (considerando 5°), se puntualizó que "[s]*i el particular ofendido no concretó objetivamente y subjetivamente su pretensión* [al tiempo de corrérsele la vista del art. 346 del C.P.P.N.], *no podría integrar legítimamente una incriminación que no formuló previamente"* (considerando 6°).

Por ello, partiendo de que la acusación se integra con dos actos sucesivos, el requerimiento de elevación a juicio y el alegato final en el debate (artículos 347 y 393 del C.P.P.N. respectivamente), cuando el acusador particular no realiza el primero se ve privado, al tiempo en que procede formular el segundo, de integrar el requerimiento de elevación a juicio oportunamente realizado por el representante del Ministerio Público Fiscal (sobre la consecuencia necesaria que se sigue del alcance con el que el acusador privado puede ejercer su pretensión punitiva

a lo largo del proceso cfr.: C.F.C.P., Sala IV, causa nº 6622, “Aramato, Mónica Mabel y otra s/recurso de casación”, registro nº 9179, rta. el 12/9/07; y causa nº 8912, “Leyes, Néstor Roberto s/ recurso de casación”, registro nº 12.590, rta. el 12/11/09; como también el comentario al fallo de la C.S.J.N. de D ´Albora, N. F., “Fallo ¨Del´Olio¨. Una ‘aceitada’ derivación de la autonomía asignada al acusador particular”, Ed. Lexis Nexis, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 5/2007, p. 849).

De esta forma, establecida la facultad autónoma del querellante de formular su alegato, corresponde determinar si respecto del caso “Capli” medió acusación –ya sea pública o privada– que habilite la jurisdicción del tribunal en relación con la condena impuesta a Felipe Nicolás Giménez.

A ese marco ceñido, por un lado, conforme surge del acta de debate obrante a fs. 4664/4810vta., el Ministerio Público Fiscal al formular su alegato solicitó la absolución de Giménez en orden al caso “Capli” (cfr. fs. 4800).

De otro, la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones al realizar su alegato, requirió que se condene a Felipe Nicolás Giménez –entre otros casos– respecto de los hechos cometidos en perjuicio de Julio César Capli (cfr. fs.4782vta. –caso nº 10–).

En tanto que, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y la querella representada por el doctor Cantelli, no se expidieron sobre el particular (cfr. fs. 4783 y ss. como también fs. 4788 y ss.).

Por ello, toda vez que en el caso medió acusación formulada por una de las querellantes, Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones, la sanción de nulidad solicitada por la defensa frente a la falta de acusación fiscal no puede prosperar y, en consecuencia corresponde el rechazo de

la pretensión analizada.

VII. Sobre los hechos y la prueba

A efectos de una mejor claridad expositiva habré de recordar los hechos que el tribunal tuvo por acreditados, cuyo materialidad no se encuentra discutida por las defensas, que –en lo sustancial– centran su reclamo en torno a la indeterminación de la conducta atribuida a sus asistidos como también en orden a la arbitraria ponderación del plexo probatorio existente a efectos de acreditar la responsabilidad de los acusados por los sucesos objeto de proceso, omisión que –a su entender– afectó el derecho de defensa.

Así, se tuvieron por acreditados los hechos cometidos en perjuicio de: 1) Epifanio Acevedo; 2) Benito Delfín Aguirre; 3) Pedro Irineo Ávalos; 4) Segundo Báez; 5) Carlos Alberto Bajura; 6) Francisco Félix Barrios; 7) Hilarion Félix Barrios; 8) Haydeé Susana Benedetti; 9) Eladio Benítez; 10) Hipólito Victorino Benítez; 11) Juan Carlos Berent; 12) Rosa Ester Cabral; 13) Ricardo Cáceres; 14) Julio César Capli; 15) Gladys Beatriz Claver Gallino; 16) María Silvia Coutouné; 17) Ricardo Horacio Coutouné; 18) Eugenio Francisco Dominiko; 19) Héctor Alfredo Escobar; 20) Ricardo Adolfo Escobar; 21) María Josefa Estévez; 22) Ángel Dionisio Fleita; 23) María Graciela Franzen; 24) Teresa Cecilia Franzen; 25) Nilda Concepción Friedl; 26) Aureliano Gauto; 27) Mario Julio Gómez; 28) Jorge Armando González; 29) Jorge Aníbal Gutiérrez; 30) Juana Hidalgo; 31) Julio Hippler; 32) Lourdes María Languer; 33) José Aníbal Leiva; 34) Florentín Lencinas; 35) María Graciela Leyes; 36) Pacacio Lima; 37) José Aníbal López; 38) Mirta Isabel López; 39) Esteban Cartago Lozina; 40) Ana María Macchi; 41) Amelia Esther Morgenstern; 42) Ricardo Alfredo Ortellado; 43) Rosa del Milagro Palacio; 44) Enrique Igor Peczak; 45) Juan Piñeyro; 46) Alejandro Rodrígues; 47) María Eva Romero; 48) Hugo Rubén Salinas; 49) Sergio Sobol; 50) Francisco

Osvaldo Solís; 51) Blanca María Inés Somariva; 52) José Guillermo Sosa; 53) Augusto Gilberto Speratti; 54) Esteban Stryluk; 55) Aníbal Rigoberto Velázquez; 56) Arnuldo Verón; 57) Norma Beatriz Yansat.

Ello en base a los elementos probatorios analizados en cada caso en particular, a cuyo examen –a efectos de evitar repeticiones innecesarias– me remito (cfr.: "Primera cuestión: Los hechos probados en el juicio". Punto II: "Resultados lesivos individuales, derivados de la implementación del ataque sistemático" (cfr. 4873vta./4929vta.).

Por otra parte, cabe señalar que el tribunal tuvo como no acreditado el caso de Juan Manuel Gómez y por no derivados del ataque sistemático los casos de Juan Marcelo Quirelli y Claudio Damián Martofleac (cfr.: "Primera cuestión: Los hechos probados en el juicio". Punto III y IV: "Resultados lesivos no acreditados" y "Resultados lesivos que no derivaron del ataque sistemático" (cfr. fs. 4929vta./4931).

VIII. Sobre la nulidad de la sentencia por falta de tratamiento del caso "Morgenstern"

La defensa de Carlos Alberto Pombo sostuvo –en el término de oficina– que se condenó a su asistido con relación al caso de "María Ester Mongestern", cuyo análisis fue omitido por el tribunal aunque fue incluido en la parte dispositiva entre los casos por los que se responsabilizó a su defendido y, en consecuencia, solicitó la nulidad de dicho punto (cfr. fs. 5962/vta.).

Indicó que si bien no puede descartar la existencia de un error material que pudo suscitarse entre el tratamiento del caso nº 40 (Ana María Macchi) y el caso nº 42 (Ricardo Alfredo Ortellado), lo cierto es que la inclusión del tramo imputativo omitido (caso nº 41), afectó a su asistido al tiempo de mesurarse la pena finalmente impuesta que devino arbitraria.

A ese marco ceñido, corresponde señalar que

bajo el título *“Primera cuestión: Los hechos probados en el juicio. II) Resultado Lesivos individuales derivados de la implementación del ataque sistemático antes descripto”,* bajo el número “II.41*) Amelia Esther Mongestern”* se analizó el caso de cuya omisión se agravia la recurrente, circunstancia que permite sin más el rechazo del cuestionamiento impetrado (cfr. fs. 4910 vta./4912).

En efecto, de una simple comparación entre el punto dispositivo cuestionado y el caso analizado por el tribunal en los considerandos de la resolución recurrida, surge que en el primero de ellos se consignó “María” (nombre que luego se repitió al analizar la responsabilidad del imputado) cuando debió figurar “Amelia”, circunstancia que permite colegir la existencia de un error material en cuanto al nombre de pila de la víctima, ya que tanto el segundo nombre consignado como el apellido son coincidentes (cfr. fs. 5004 *–“Cuarta Cuestión: Responsabilidad penal de los inculpados”,“IV.4) Carlos Alberto Pombo”–* y 5036vta. –dispositiva–).

En este sentido, cabe señalar que “Amelia Ester Morgenster” compareció a la audiencia de debate (cfr. fs. 4718/4719), y que ese nombre y apellido que fue consignado por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones al formular su alegato respecto del imputado (cfr. fs. 4783). En tanto que, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio Público Fiscal, en sus respectivas acusaciones lo hicieron bajo el nombre de “Esther Morgenstern” (cfr. fs. 4788 y 4801vta.).

De esta forma, toda vez que la omisión alegada por la recurrente no existió pues en todo caso hubo un error material al consignar el nombre de la víctima, circunstancia que no afectó el derecho de defensa de su asistido por cuanto el sentenciante brindó los concretos motivos por los cuales tuvo por acreditado el caso Morgenstern así como también la responsabilidad que en el mismo le cupo a Pombo,

corresponde rechazar el agravio analizado.

IX. Sobre la calificación del caso "Martofleac" como delito de lesa humanidad

La Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y el Ministerio Público Fiscal se agraviaron que los hechos cometidos en perjuicio de Claudio Damián Martofleac no fueron considerados como delitos de lesa humanidad y, en consecuencia, se dispuso el sobreseimiento por prescripción de la acción penal respecto del imputado Pombo, cuya defensa solicitó la confirmación de lo resuelto.

Para así entender el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas indicó que *"…la situación por la que debió atravesar… **Martofleac** incluyó su secuestro y la imposición de crueles torturas (picana eléctrica, inmersión en el agua, golpes varios), éstas se verificaron a partir de su detención producida el 27 de diciembre de 1978, cuando salía de su trabajo en Vialidad Nacional. Los hechos lesivos a su integridad personal se produjeron en el Destacamento Policial de Santa Inés y –de acuerdo a los interrogatorios a los que fue sometido– estaban relacionados con su militancia en el Partido Comunista. Responsabilizó por estos actos ilícitos a personas distintas de los inculpados, entre otros a Barrios de quien afirmó que portaba siempre una valija donde llevaba una picana eléctrica"* (el destacado obra en el original –cfr. fs. 4929vta.–).

Luego señaló que "[e]*l único punto que relaciona los resultados lesivos que padeció* [Martofleac], *sobre los que no se han producido pruebas diversas a sus propias declaraciones, es la presencia de Pombo en el Destacamento Policial, dato insuficiente para vincular a aquellos daños con el ataque sistemático anteriormente descripto"* (cfr. fs. 4929vta.).

No comparto el razonamiento realizado por el

a quo.

En efecto, he sostenido con anterioridad que para que un hecho configure un crimen de lesa humanidad, resulta necesaria la concurrencia de elementos que pueden sistematizarse del siguiente modo: (i) Debe existir un ataque; (ii) el ataque debe ser generalizado o sistemático (no siendo necesario que ambos requisitos se den conjuntamente); (iii) el ataque debe estar dirigido, al menos, contra una porción de la población; (iv) la porción de la población objeto del ataque no debe haber sido seleccionada de modo aleatorio" (cfr.: C.F.C.P., causas "Molina" y "Liendo Roca" –ya citadas–, entre otras).

De conformidad con los parámetros mencionados, entiendo que los hechos cometidos en perjuicio de Claudio Damián Martofleac deben ser incluidos dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad, toda vez que por sus características formaron parte de un plan sistemático implementado contra un sector de la población civil, considerada como "opositor" por el régimen establecido, cuya existencia –a riesgo de resultar reiterativo– fue acreditada en la causa nº 13/84 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, y cuyas características fueron descriptas en el punto V.b. del presente voto (al que remito).

En efecto, conforme surge de la resolución recurrida, Martofleac fue detenido el 27 de diciembre de 1978 al salir de su trabajo, trasladado a distintas centros clandestinos de detención (Departamento de Informaciones y Destacamento Policial de Santa Inés) y sometido a torturas por su militancia en el Partido Comunista.

Por otra parte, conforme surge de su declaración en el debate, la víctima no sólo reconoció dicha militancia sino también declaró que era el Secretario Adjunto del Sindicato de Vialidad Nacional, lugar en el que conoció a Pombo, lo que permitió

reconocerlo mientras se encontraba detenido, mencionando también en su declaración –entre otros sujetos– a Barrios (cfr. fs. 4756vta./4757vta.).

Lo expuesto, permite sostener que Claudio Damián Martofleac integraba el conjunto de víctimas contra el cual estuvo dirigido el plan sistemático de represión en un espacio-temporal concomitante a su implementación por lo cual cabe concluir que los hechos que lo perjudicaron deben ser considerados como delitos de lesa humanidad y, en consecuencia, imprescriptibles de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312), “Simón” (Fallos: 328:2056) y “Mazzeo” (Fallos: 330:3248).

Así las cosas, cabe señalar por un lado que –en lo que aquí interesa– en ocasión de formular su alegato la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones solicitó con relación a Pombo su condena por el delito de tormentos agravados cometidos en perjuicio –entre otros– de Claudio Damián Martofleac; en tanto que, el Ministerio Público Fiscal formuló su alegato respecto de Pombo en similares términos (cfr. fs. 4783 y fs. 4801 vta. respectivamente).

De otro, que al tiempo de dictar la resolución recurrida el *a quo* declaró prescripta la acción penal respecto de Pombo en relación a los delitos de privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravados cometidos en perjuicio de Martofleac (artículo 336, inciso 1º del C.P.P.N. Cfr.: fs. 4818 –punto XIV– como también fs. 4930vta./4931 y fs. 5037 –punto XIV–).

Por ello, no habiendo mediado acusación por parte de las recurrentes en orden al primero de los delitos mencionados, habré de limitar su pretensión recursiva al segundo de ellos.

Por consiguiente, corresponde hacer lugar a los agravios deducidos por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y el representante del Ministerio Público Fiscal, casar y revocar parcialmente el punto XIV de la resolución recurrida y condenar a Carlos Alberto Pombo como autor del delito de tormentos, hecho cometido en perjuicio de Claudio Damián Martofleac calificando el mismo como delito de lesa humanidad; el que concurre materialmente con los delitos por los que ya venía condenado en perjuicio de Epifanio Acevedo, Francisco Félix Barrios, Hilarión Félix Barrios, Ricardo Cacéres, Angel Dionisio Fleita, José Aníbal López, Amelia Ester Mongerstern, Alejandro Rodrígues y María Eva Romero.

X. Sobre la agravante prevista en el artículo 144 *ter* del C.P. *Ne bis in ídem*

X.a.1 El Ministerio Público Fiscal cuestionó la exclusión de la agravante prevista en el artículo 144 *ter* del C.P. (texto según ley 14.616) respecto de los hechos por los cuales resultaron condenados Amarilla y Pombo, circunstancia que repercutió en forma directa en el monto de pena impuesta a ambos.

Indicó que el tribunal consideró que la agravante (perseguido político) se encuentra prevista en el tipo base de los delitos de lesa humanidad (elemento objetivo) lo que impide su doble valoración (*ne bis in ídem*).

X.a.2 Con el objeto de realizar un adecuado análisis de la cuestión sometida a estudio de esta Sala, corresponde repasar someramente los argumentos del tribunal a efectos de descartar la agravante solicitada.

El sentenciante indicó que, conforme se analizó al tratar la primera cuestión, *"…la naturaleza sistemática del ataque se configuró –según ha quedado probado– por el móvil de persecución política de las víctimas"* (cfr. fs. 4949/vta.).

Señaló que *"…como se expuso la acción*

represiva se manifestó como un ataque a parte de la población civil a la que se consideraba vinculada a las organizaciones subversivas, básicamente sobre las que tenían relación como militantes, adherentes o allegados al Partido Auténtico que en virtud del Decreto 4.060/75 había sido declarado comprendido en los términos del Decreto 2.452/75 que declaraba ilegal a la organización 'Montoneros'" (cfr. 4949vta.).

Explicó que *"*[l]*a sistematicidad del ataque como elemento objetivo de los crímenes de lesa humanidad deriva –en el caso juzgado– de los criterios de pertenencia de las víctimas, que han sido explicitados. Sin ese dato –debidamente probado– no podría predicarse la naturaleza sistemática del ataque"* (cfr. fs. cit.).

Por ello, concluyó que *"…en la medida en que la 'persecución por razones políticas' integra el tipo básico que, incluso, habilitó el juzgamiento de los inculpados, ese dato óntico no puede ser objeto de una nueva (des)valoración al considerar los resultados lesivos pues ello importaría infrigir –en el sentido material– la garantía de ne bis in ídem"* (cfr. fs. cit.).

X.a.3 No comparto el criterio expuesto por el tribunal.

La circunstancia de que se requiera la concurrencia como elemento integrante del delito de lesa humanidad que el ataque sea *"generalizado o sistemático"* a efectos de que el hecho merezca dicha calificación, no obsta a la procedencia de la subsunción legal solicitada por la acusadora pública.

En otras palabras, la característica apuntada que –junto a otros elementos– permitió la tipificación de los hechos objeto de proceso como crímenes de lesa humanidad y, en consecuencia, posibilitó la prosecución de la causa, no obsta a la configuración en el caso del delito de tormentos agravados y, por

ende, no existe afectación alguna a la garantía constitucional invocada.

En efecto, el elemento relativo a la *“generalidad o sistematicidad del ataque”* (ii) que se complementa con aquel que se refiere a que éste *“debe estar dirigido contra una población civil”* (iii), garantiza en todo caso un cierto grado de escala y vinculación entre los actos integrantes del *“ataque”* (i), mas la “sistemacidad” no deriva de la calidad de “perseguido político” de las víctimas que le fuera atribuida por el tribunal (sobre los elementos que describen el contexto de acción de los crímenes de lesa humanidad, cfr. lo expuesto en los precedentes “Molina” y “Liendo Roca” –entre otros– citados).

En lo sustancial, la “sistematicidad” da cuenta de la existencia de un patrón o plan metódico, la “generalidad” se refiere a la naturaleza del ataque como de gran escala y número de víctimas mientras que el “ataque a la población civil” da cuenta de la comisión de actos múltiples de conformidad con la política implementada, que no debe ser aleatoria.

La conjunción de las circunstancias descriptas –y otros elementos– permite que las conductas identificadas sean pasibles de ser consideradas como crimen de lesa humanidad, independientemente que luego se determine si existe un vínculo entre la conducta particular y el “elemento contextual”.

Así las cosas, corresponde recordar una vez más que los hechos objeto de proceso tuvieron lugar en el contexto de una represión ilegal, ejecutada en forma generalizada y sistemática mediante el aprovechamiento clandestino del aparato estatal (cfr. Fallos: 309:33), que –entre otras cosas– tuvo por objeto “*capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia…”* (Fallos 309:1694, causa nº 13/84).

En este sentido, es un hecho notorio no controvertido (Ac. C.F.C.P. nº 1/12, Regla Cuarta) que

la represión ilegal tuvo por objeto la persecución de estos sujetos, circunstancia que permite afirmar la calidad de perseguidos políticos de las víctimas pues su detención encontró sustentó en esa particularidad.

Es que *"*[p]*erseguido político no es sólo el imputado de un delito por causa política, sino también el individuo arrestado o detenido por motivo político, como es el de ser opositor al régimen establecido o a las personas que ejercen el gobierno"* (Núñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV-Parte Especial, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1989, pág. 57).

En el caso particular de autos, conforme el análisis expuesto por el tribunal, *"…la casi totalidad de las víctimas del ataque sistemático… pertenecían o tenían militancia en organizaciones sociales, gremiales, estudiantiles, religiosas o políticas que los incluía en la tipología de 'personas vinculadas', de quienes se afirmaba eran funcionales o favorecían a la subversión"* (cfr.4805/4867 –"I.11) Criterios de pertenencia a las víctimas"–).

Es decir, que se encuentra acreditado en autos que las torturas cometidas respondieron a móviles políticos ya sea por pertenecer al Partido Auténtico, a las Ligas Agrarias, al Partido Peronista (en sus diversas variantes), al Partido Comunista o a la U.E.S. (Unión de Estudiantes Secundarios).

De esta forma, no existe óbice alguno para la procedencia del reclamo efectuado por la acusadora pública, que debe ser recibido favorablemente.

Por ello, corresponde hacer lugar al agravio impetrado por el Ministerio Público Fiscal en cuanto solicitó la aplicación de la agravante de "perseguido político" a los casos de tormentos atribuidos a Amarrilla y Pombo y, en consecuencia, condenarlos como partícipe secundario y autor respectivamente debiendo agravarse dicha conducta con la calificación requerida (artículo 144 *ter,* segundo párrafo –texto conforme ley

14.616–).

En el caso de Pombo la aplicación de la agravante en examen debe incluir al caso “Martofleac”, quien militaba en el Partido Comunista y era Secretario Adjunto del Sindicato de Vialidad Nacional, de conformidad con lo establecido en el punto IX del presente voto.

XI. Sobre la calificación de los hechos cometidos en perjuicio de M.G.F., N.C.F., S.H.B. y M.S.C. como violación

XI.a. El Ministerio Público Fiscal cuestionó la resolución recurrida que no hizo lugar al pedido de las acusadoras en cuanto solicitaron que los hechos que perjudicaron a M.G.F., N.C.F., S.H.B. y M.S.C. debían también encuadrarse en el delito de violación agravada (artículos 119 y cc. del C.P.) atribuibles a Carlos Omar Herrero y Felipe Nicolás Giménez.

Sostuvo que no existió violación al principio de congruencia y que su inclusión dentro del delito de tormentos, no refleja la especificidad de la agresión sufrida por las víctimas, conductas que también deben ser calificadas como delitos de lesa humanidad. Veamos.

XI.b. Nuevamente corresponde realizar aquí un somero repaso de los argumentos del tribunal para descartar la calificación legal solicitada.

El *a quo* inició su análisis considerando que la subsunción típica solicitada resultaba tardía y novedosa, habiéndose afectado el derecho de defensa de los imputados (en sustento de su postura citó jurisprudencia nacional e internacional –cfr. fs. 4951vta/4955–).

Señaló que *“…la recalificación legal de los resultados lesivos –respecto a la incluida en los requerimientos de elevación a juicio– sólo estuvo determinada por una más afinada valoración de la prueba en los hechos que habían sido expuestos por las víctimas en la etapa instructoria, producto de su recepción directa en la audiencia de debate”* (cfr. fs.

4955/vta.).

Sostuvo que *"…la posibilidad expuesta (variación de las pruebas producidas durante el debate) es la única que le daría consistencia y explicación plausible a la diversa consideración de las pruebas de los resultados lesivos que afectaron a la Sra. A.E.M., quien tanto en la declaración que prestara… ante la instrucción… como en la que rindiera en el debate…, refirió que había sido violada primero por Ríos y, luego, por cuatro policías, 'uno tras otro' (hechos presuntamente acaecidos en los últimos días de octubre de 1976, en el Departamento de Informaciones, antes de ser traslada a la Comisaría Segunda). Sin embargo, ese resultado lesivo –que guarda semejanza fáctica con los sufridos por las otras víctimas– no fue recalificado por los acusadores al formular sus respectivos alegatos"* (cfr. fs. 4955vta./4956).

Consideró que *"[l]o mismo debe suponerse respecto a la noticia criminis aportada por la víctima J.H…",* quien en la declaración prestada en instrucción expuso que *"…además de los tormentos a los que fue sometida, estando detenida en el Departamento de Informaciones fue abusada sexualmente por una persona a la que no pudo reconocer, hecho sobre el que no fue interrogada en la audiencia de debate y que se asemeja a los daños a la libertad sexual padecidos por las víctimas ante nombradas y que si han sido recalificados al producirse los alegatos acusatorios"* (cfr. fs. 4956).

El sentenciante realizó consideraciones de similar tenor respecto de la víctima L.M.L., quien durante la audiencia de debate, expuso que *"…además de torturada fue violada y que eso era como morir"* (cfr. fs. cit.).

Por último, el *a quo* indicó que no resulta aplicable en autos la doctrina sentada en la causa

“Menéndez” de la Cámara Federal de Mendoza como tampoco el fallo “Molina” de esta Cámara.

Ello así por cuanto, en el primer caso, la imputación de los hechos de violencia sexual fue formulada en etapa de instrucción y el propio fiscal recurrió la falta de mérito. En tanto que, en el segundo supuesto examinado, las imputaciones integraron los requerimientos de elevación a juicio de la acusadora pública.

En definitiva, concluyó *“… ambos casos satisfacen los requisitos convencionales de acusación previa y detallada y de adecuadas posibilidades para el ejercicio del derecho de defensa”* (cfr. fs. 4956vta.).

XI.c. A ese marco ceñido, adelanto que el cuestionamiento formulado por el Ministerio Público Fiscal habrá de tener favorable recepción.

En efecto, la acusación pública centró su embate en que la plataforma fáctica imputada a Herrero y Giménez no varió pues las violaciones padecidas por M.G.F., N.C.F., S.H.B. y M.S.C. fueron denunciadas por las víctimas en la etapa de instrucción, por lo que no se trató de un supuesto de “hechos nuevos” sino de una resignación jurídica de los mismos, conforme surge de los actos procesales relevantes.

En tal sentido, cabe señalar en relación con Felipe Nicolás Giménez que el nombrado fue legitimado pasivamente a tenor de lo establecido por el artículo 294 del C.P.P.N. a fs. 751/767vta., 832/837vta., 839/844, 846/851 y 1184/1202. En tanto que, la declaración indagatoria de Carlos Omar Herrero obra a fs. 1243/1248.

De los actos procesales mencionados, surge que ambos imputados fueron indagados por los hechos que –entre otras víctimas– damnificaron a M.G.F., M.S.C., N.C.F. y S.H.B.

Asimismo, de las constancias mencionadas surge que Giménez realizó un descargo con relación –entre otros– a los hechos que tuvieron por víctima a

M.G.F., M.S.C., N.C.F. no así respecto del hecho que damnificó a S.H.B. ocasión en que ejerció su derecho a negarse a declarar(cfr. fs. 836vta./837, 846vta./847 y 1202 respectivamente). En tanto que, Herrero no formuló descargo alguno en relación a los hechos por los cuales fue indagado (cfr. fs. 1278/vta.).

A fs. 1318/1368vta. obra el auto de procesamiento con prisión preventiva de los nombrados Herrero y Giménez en orden –entre otros– a los hechos que damnificaron a las víctimas de mención, por los delitos de privación ilegal de la libertad agravada y tormentos agravados, en calidad de autores (artículos 142 *bis*, primer párrafo; 144 bis agravado por las circunstancias previstas en el artículo 142 inciso 1º, 3º y 5º; y artículo 144 *ter*, primer y segundo párrafo).

La resolución fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas-Misiones, frente a lo cual la defensa oficial de Herrero y Giménez –entre otras– interpuso recurso de casación que se declaró mal concedido, registro nº 12.592.4 de esta Sala (cfr. fs. fs. 108/115vta. –punto 3– y fs. 164/171 del expediente nº FPO 93000087/2010/TO1/2 –legajo de apelación–).

A fs. 2733/2785 obra requerimiento de elevación a juicio de las actuaciones (artículo 346 del C.P.P.N.) respecto –entre otros– a los imputados Herrero y Giménez, con relación –entre otros– a los casos cuyo subsunción legal ahora se cuestiona (casos nº 7, 15, 20 y 22), ambos en calidad de autores.

Por último, a fs. 2891/2923 obra auto de clausura parcial de la instrucción y elevación a juicio de las actuaciones (artículo 349 del C.P.P.N.).

Ahora bien, el somero repaso de los actos procesales relevantes permite sostener que la plataforma fáctica atribuida no varió pues desde el inicio se puso en conocimiento de ambos imputados los

dichos de las víctimas quienes no sólo relataron las circunstancias en que fueron privadas ilegalmente de la libertad y los tormentos padecidos sino también las violaciones sufridas.

Por ello, el Ministerio Público Fiscal sostuvo que los hechos cometidos en perjuicio de M.G.F., M.S.C., N.C.F. y S.H.B. no resultaron hechos nuevos sino que les otorgó una significación jurídica distinta de aquélla por la cual venían requerida a juicio las actuaciones.

En otras palabras, el fiscal general consideró que las violaciones padecidas por las víctimas, no debían ser incluidas en el delito de tormentos sino que debían ser imputadas en forma autónoma a Carlos Omar Herrero y Felipe Nicolás Giménez en calidad de autor mediato y coautor respectivamente, todo ello en concurso real con otros delitos por los cuales formuló su acusación (artículo 122 *in fine* en función del artículo 199, inciso 3º del C.P. –cfr. fs. 4790vta. y ss.).

Es en este sentido que –en sustento de su postura– el representante del Ministerio Público Fiscal citó lo resuelto por esta Cámara Federal de Casación Penal en el precedente “Molina” –ya citado– y la causa “Menéndez, Luciano y otros s/recurso de apelación” de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Sala B, rta. el 23 de noviembre de 2011 (cfr. fs. 4792vta.) y, esto más allá de las diferencias apuntadas por el tribunal en cuanto al trámite que tuvieron dichas actuaciones respecto del presente proceso (cfr. fs. 4956).

Resta señalar que en el aludido fallo “Molina” se indicó que el delito de violación integraba, a la época de comisión de los hechos objeto de proceso, el repertorio de conductas consideradas internacionalmente como pasibles de constituir un crimen de lesa humanidad. En esa dirección, se estableció las condiciones que la conducta debe satisfacer para ser considerada como parte de un

ataque generalizado o sistemático contra una población civil, circunstancias todas que no han sido materia de controversia por lo que –por razones de brevedad– me remito a lo allí expuesto.

Por lo demás respecto del principio de congruencia –como identidad fáctica entre el hecho motivo de condena y el enunciado en la acusación– y respecto a las facultades que el artículo 401 del C.P.P.N. otorga al sentenciante, he sostenido con anterioridad que el principio es claro en su inspiración, toda vez que tiende a garantizar el contradictorio, impidiendo que pueda cambiarse el *thema decidendum* acerca del cual las partes han sido llamadas a exponer sus razones y el juez decidir (C.F.C.P., Sala IV, causa nº 189, "Medina, Carlos Alberto s/recurso de casación", registro nº 370, rta. el 14/08/95 –entre otras– y más recientemente causa nº 15314 "Migno Pipaon, Dardo y otros s/recurso de casación", registro nº 2042/12, rta. el 31/10/12).

Sostuve que *"la instrucción tiende también a decidir y precisar la imputación, que durante su desenvolvimiento es fluida y puede experimentar modificaciones y precisiones; mientras que con el requerimiento de elevación a juicio adquiere una configuración precisa, determinada e inmutable. La acusación contiene una concreta hipótesis fáctica que el actor penal (Ministerio Público) somete al órgano jurisdiccional como base del juicio, de modo sobre ella incide todo el examen ulterior: la defensa del imputado, la prueba, la discusión y la decisión definitiva del tribunal. Es una hipótesis que inspira, determina y circunscribe la actividad de los sujetos procesales, de suerte que éstos no pueden traspasar sus límites. Es una plataforma que suministra las bases del juicio"* (cfr. causa "Medina" –ya mencionada– en la que se citó: Giovanni Leone, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t.2, pág. 393; y Vélez Mariconde,

Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, pág. 217/218).

Así, la inmutabilidad de la acusación, representada por el requerimiento de elevación o por el auto de remisión, tiene específica excepción en la norma del art. 381 del C.P.P.N., es decir, *"el procedimiento previsto en el artículo citado precedentemente admite la modificación de la hipótesis delictiva reprochada a los imputados, no encontrándose limitada únicamente al cambio de calificación. Ello así, por cuanto el cambio de encuadre jurídico, cuando se produce sin alterar la plataforma fáctica, puede darse en cualquier momento del proceso hasta el dictado de la sentencia condenatoria por imperio del principio iura novit curia, no requiriendo en consecuencia del trámite del art. 381 del C.P.P.N. para su concreción"* (cfr. C.F.C.P., Sala IV, causa "Migno Pipaon" y causa "Miara" –ya citada–).

En lo que a la calificación legal concierne, del voto conjunto de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti en la causa "Ciuffo" (Fallos 330:5020) surge que *"el principio de congruencia exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (Fallos: 329:4634). Sin embargo, de ello no se sigue que los cambios de calificación no generan agravio constitucional alguno si versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio, pues sólo se ajustarán al art. 18 de la Constitución Nacional los que no hayan desbaratado la estrategia de la defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos (conf. Fallos: 319:2959, voto de los jueces Petracchi y Bossert)"* (cfr.: C.F.C.P., Sala IV, causa nº 8469, "Teodorovich, Cristian David s/recurso de casación", registro nº 11216.4, rta. el 6/02/09 –entre otras–).

Los citados jueces concluyeron que constituye una interpretación inadecuada del principio de

congruencia, el *"convalid[ar] una sorpresiva calificación jurídica más gravosa que desvirtuó la defensa del acusado y determinó la imposición de un monto de pena mayor"* que el solicitado por el fiscal de juicio.

En este sentido, he dicho con anterioridad que *"si bien la función primordial del principio de correlación entre acusación y sentencia, es la de imponer un límite al tribunal de juicio, quien no se encuentra habilitado para expedirse más allá del hecho y las circunstancias contenidas en la hipótesis imputativa formulada por el titular de acción penal, sin que dicha regla sea extensible, en principio, a la subsunción jurídica de dicho acontecimiento histórico; puede ocurrir que un cambio de calificación por otra no incluida en la discusión final, provoque una verdadera situación de indefensión frente a la concreta estrategia seguida por la defensa técnica para repeler la imputación que, en el marco de la última etapa del contradictorio, le ha sido intimada a su asistido. Máxime si se trata de una calificación jurídica más gravosa que la requerida por el fiscal de juicio, con el consecuente incremento del quantum punitivo aplicable"* (cfr. *in re* "Teodorovich").

La C.I.D.H. se ha expedido sobre el alcance y contenido del principio de correlación entre acusación y sentencia (artículo 8 de la C.A.D.H.) y, en particular, sobre la posibilidad de que el juez penal califique el hecho delictivo en forma distinta a la planteada por la acusación, en el caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala" (Sentencia de 20 de junio de 2005 –Fondo, Reparaciones y Costas–).

Allí, se recordó que *"[l]a Convención no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el*

derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional” (párr. 66).

Luego, y ya sobre la materia que nos ocupa indicó que *“*[a]*l determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado ‘principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia’ implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”* (párr. 67).

A ello agregó que “[p]*or constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención”* (párr. 68).

Es que la defensa en juicio del imputado y sus derechos constituye la piedra angular de la idea de un juicio republicano y, por lo tanto, de un juicio

justo.

Por ello, sostuve que el artículo 401 del C.P.P.N. debe interpretarse *“en armonía con los derechos y garantías de orden constitucional reconocidas al sujeto sometido a proceso penal”*, pues como acertadamente sostuvieron en minoría los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en el precedente “Amodio” (Fallos 330:2658) del Alto Tribunal *“aún cuando* [dicha norma] *parece autorizar lo que se ha calificado de exceso jurisdiccional, conviene recordar el aceptado principio según el cual jamás puede suponerse la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, por lo que, en cualquier caso, las normas de*[l Código Procesal Penal de la Nación] *deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución (Fallos. 297:142; 300:1080; 301:460; 310: 192, entre otros)”*.

Por lo hasta aquí expuesto, corresponde hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de lo cual habré de realizar una breve consideración.

En relación con el caso de M.G.F. cabe señalar que no se acreditó respecto de Carlos Omar Herrero la imputación formulada. Ello así por cuanto Herrero ostentó el cargo de Jefe de la Policía de Misiones desde el 15 de junio de 1976 (cfr. fs. 38 de su legajo personal como también lo expuesto por el tribunal) y del relato de la víctima surge que los sucesos sufridos contra su integridad sexual, tuvieron lugar dentro de los primeros días de su detención, ocurrida el 19 de mayo del mismo año.

En definitiva, propicio al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso casación interpuesto por la acusación pública y condenar a Carlos Omar Herrero por los hechos cometidos en perjuicio de M.S.C., N.C.F. y S.H.B. y a Felipe Nicolás Giménez por los

hechos cometidos en perjuicio de M.G.F., M.S.C., N.C.F. y S.H.B., en calidad de autor mediato y coautor respectivamente, los que deben ser calificados como violación agravada, los que –atento a la pretensión efectuada por el Ministerio Público Fiscal en el término de oficina– deben concurrir en forma ideal con los hechos por los cuales resultaron condenados (artículos 45, 54 y 122 en función del artículo 119, inciso 3º del C.P.).

XII. Sobre la autoría y participación

XII.a.1 La defensa de Carlos Omar Herrero solicitó –en el término de oficina– la nulidad de la resolución recurrida toda vez que omitió describir la conducta concreta (aporte) efectuado por su asistido y, en consecuencia, se afectó la posibilidad de ofrecer prueba de cargo que permita contradecir la acusación.

Subsidiariamente, consideró que se efectuó una arbitraria valoración de la prueba en cuanto al "aporte" efectuado en los sucesos atribuidos –cuya materialidad no cuestionó– y, por ende, de su autoría.

Por último, solicitó la absolución de Herrero en orden a cuatro hechos (Berent, Cáceres, Franzen y Hippler) por no revistar el cargo de Jefe de la Policía de Misiones.

XII.a.2. A ese marco ceñido, corresponder realizar un somero repaso de los argumentos con los cuales el tribunal analizó la participación de Herrero en los sucesos investigados, para luego ingresar al cuestionamiento formulado por la parte.

Como consideración general, el sentenciante indicó que *"…en base a la prueba colectada, en el caso concreto sometido a juzgamiento el ataque sistemático se valió de una organización estructurada previamente y con división de roles entre sus integrantes que no era contingente, sino que repond*[e] *a la naturaleza vertical de las fuerzas policiales"* (cfr. fs. 4947vta.).

En relación con Herrero, el tribunal inició

su análisis, indicando que *"…el tramo álgido del ataque sistemático (septiembre/octubre de 1976) se desarrolló cuando ejercía la Jefatura de la Policía Provincial el Teniente Coronel Herrero, necesario nexo –por su condición de militar– con el responsable del Área Militar 232"* (cfr. fs. 4957vta.).

Sostuvo que "…la asignación de ese rol en la estructura represiva había sido dispuesta con anterioridad a su asunción como Jefe de la Policía de la Provincia de Misiones el 9 de junio de 1976 (Decreto 275/76). En efecto, en virtud de la Circular Reservada Nº 3, del 3 de diciembre de 1975, se transcribieron las directivas 'emanadas por' el Jefe del Área 232, 'en las órdenes de operaciones 1/75'" (cfr. fs. cit.).

Indicó que *"[e]n el apartado segundo, se establecen las 'MISIONES DE LA POLICÍA'. En el punto 1º se ordena: 'La Policía Provincial quedará bajo el control operacional de esta Jefatura de Área a partir de la recepción de la presente orden'. En el punto 3º: 'Todo requerimiento para el desarrollo de una operación deberá ser satisfecho con carácter prioritario'. En el punto 5º se prevé la posibilidad de que la capacidad de los efectivos policiales sea superada, en cuyo caso debería el apoyo de las fuerzas que designara la Jefatura de Área"* (cfr. fs. 4957vta./4958).

Añadió que *"[s]in embargo, el tramo esencial de la orden que examinamos puntualiza: 'Los medios policiales afectados a una operación permanecerán bajo control directo de la autoridad militar durante el tiempo que demande el cumplimiento de la misión, a cuyo término se reintegrará a su autoridad natural' (punto 4º)"* (cfr. fs. 4958).

A continuación sostuvo que *"…aunque no se han constatado las circunstancias en que impartió las órdenes tendientes a implementar el ataque sistemático*

contra el grupo de 'personas vinculadas' que padecieron los resultados lesivos, ni el grado de detalles de las instrucciones, resulta inimaginable que sucesos de la magnitud de los que se han considerados probados en este juicio, escaparan de su conocimiento. No sólo por la proximidad al lugar que fue el epicentro de la acción represiva, sino precisamente por la doble calidad que ostentaba, como Jefe de la Policía y como a la autoridad militar que hacía el nexo entre esta institución y los directivos del Área 23[2] *del Ejército Argentino" (*cfr. fs. cit.).

Señaló que *"…el solo conocimiento de los actos antijurídicos que se perpetraban en la Policía resulta insuficiente para sustentar su participación en los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo de las pruebas producidas en el debate surge que el tramo álgido de la acción represiva, particularmente el situado en los meses de septiembre y octubre de 1976, se produjo –precisamente– cuando ejercía la Jefatura de la Policía Provincial y que menguó en coincidencia con su alejamiento de la gestión. El cuadro completo revela, entonces, que le cupo a él la implementación del ataque sistemático contra parte de la población civil de la Provincia de Misiones"* (cfr. fs. 4958vta.).

El sentenciante indicó que "[r]*esulta fácilmente inferible que* [Herrero] *mantuvo el dominio del hecho sobre la ejecución del ataque sistemático y que todo el tiempo que éste duró estuvo dentro de sus facultades legales interrumpirlo o encausarlo dentro de las normas que resguardaban los derechos humanos de las víctimas"*, por lo que no puede ser considerado ni determinador ni autor directo sino autor mediato mediante un aparato organizado de poder (cfr. fs. 4958vta./4959).

Luego el tribunal explicó las condiciones marco que requiere la imputación a ese título.

Señaló que las condiciones objetivas, estos

es, el poder de mando y la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico, se encuentran plenamente acreditadas pues *"…Herrero –en su condición de militar, dependiente del Área 234, a la que reportaba– era Jefe dela Policía de la Provincia de Misiones que era –en sí– una estructura organizada de poder…"* que *"…se desvinculó del ordenamiento jurídico, incluso de la normativa de facto ad hoc…"* (extremo que –recordó– fue tratado en la primera cuestión –cfr. fs. 4959/vta.–).

En tanto que, respecto de los elementos subjetivos, es decir, la fungibilidad y predisposición al hecho, sostuvo que *"…se encuentran en relación inversa respecto al grado de reprochabilidad por el hecho del ejecutor inmediato"*, lo que *"…determina que cuanto mayor sea la capacidad de quien tiene el poder de mando para sustituirlo, menor será la relevancia de su predisposición al hecho, que puede estar determinada por otros factores ajenos"* (cfr. fs. 4958vta.).

Por último, en función de su participación en la implementación del ataque sistemático contra parte de la población civil de la Provincia de Misiones, el tribunal indicó que Herrero debía responder penalmente como autor mediato de crímenes de lesa humanidad, con los resultados típicos lesivos que detalló en relación a cada víctima, a lo que me remito por razones de brevedad (cfr. fs. 4995vta/4997).

XII.a.3. A la luz de las consideraciones expuestas, entiendo que el razonamiento efectuado debe ser rechazado.

En primer término, cabe señalar que sobre la autoría mediata por aparato organizado de poder me remito por razones de brevedad a los fundamentos brindados en extenso en ocasión de formular mis votos en la causa nº 9822 "Bussi", causa nº 11.628 "Tófalo"; causa nº 12.083 "Olivera Róvere" y causa nº 13.546

“Garbi” –ya citadas– entre muchas otras.

Indiqué que esta clase de autoría se apoya en una estructura bifronte de un autor detrás de un ejecutor, es decir, que autor mediato es quien actúa mediante la utilización de un agente que actúa como un mero instrumento.

Señalé que al tomar el dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, existen tres formas distintas en las que un suceso puede ser dominado sin que el sujeto dominador tenga que estar presente al momento en el que el hecho es ejecutado: el dominador puede obligar al ejecutante, puede engañarlo, o pude dar una orden en el marco de un aparato organizado de poder, *“el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución”* (cfr.: Roxin, Claus “La autoría mediata por dominio en la organización” en Revista de Derecho Penal 2005-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 9).

La coacción o el engaño no es necesaria en esta última clase de autoría mediata porque el aparato de poder organizado tiene a su disposición a eventuales ejecutantes de la orden en caso que un individuo particular se niegue a ejecutarla. Esta fungibilidad del autor directo es la que otorga el dominio del hecho al autor mediato, puesto que no necesita de una persona determinada para que su orden sea cumplida, ya que ella será irremediablemente ejecutada por alguna –cualquiera– persona.

De esta manera, el autor directo –aunque responsable del cumplimiento de la orden en el sentido jurídico– penalmente relevante– se convierte en un mero instrumento para el autor mediato, quien puede sustituirlo inmediatamente de ser ello necesario. Esta circunstancia genera que aquel que imparte la orden tenga absoluto dominio del hecho –recuérdese, a riesgo de ser repetitivo, que la negación del autor directo de ejecutar la orden no implicará su inejecución, sino que él será inmediatamente sustituido por alguien

dispuesto a ejecutarla–.

Por ello, si definimos como autor a aquel que tiene dominio sobre el hecho, la inclusión del supuesto en estudio dentro del concepto de autor es innegable.

En este orden de ideas, la aplicación del instituto en examen abarca no sólo al responsable máximo de la emanación de la orden, sino también a los componentes de los eslabones de mando que se inmiscuyen de manera relevante en la cadena causal del acontecimiento (cfr. en este sentido las causas “Tófalo” y “Garbi” –ya citadas–).

Es que, si bien en el marco de la última dictadura militar que sufrió el país, las decisiones vitales que determinaban la dirección que la organización tenía que seguir emanaban de la más alta cúpula militar, se dejaba librado a inferiores jerárquicos los detalles –de ninguna manera “irrelevantes”– de la planificación.

La aplicación efectiva del plan sistemático necesitaba de órdenes emanadas de eslabones intermedios en la cadena de mando que permitieran que la orden genérica pudiera ejecutarse. En otras palabras, si bien existía una orden genérica de exterminio de las personas catalogadas como “subversivas” emanada de la más alta cúpula militar, la decisión de a qué personas en particular, en qué momento y de qué modo debía de aplicarse la orden genérica estaba en manos de inferiores jerárquicos.

Este poder de decisión con relación a los detenidos en los centros clandestinos de detención es lo que otorgó a Herrero la capacidad de constituirse en autor mediato de los delitos ejecutados por sus subordinados.

Por ello, el derrotero lógico efectuado por el tribunal con sustento en la teoría dogmática escogida a efectos de atribuir la responsabilidad al

nombrado en orden a los hechos objeto de proceso, surge correctamente realizado. Las concretas críticas realizadas por la defensa en torno a la falta de determinación del "aporte" efectuado como la arbitraria valoración de la prueba utilizada para determinar la autoría de su asistido, no logra conmover lo resuelto pues la parte omite realizar una consideración conjunta del plexo probatorio existente en autos.

En efecto, conforme sostuvo el sentenciante la prueba testimonial en este tipo de procesos resulta de vital importancia, su valoración global refuerza el valor convictivo de las declaraciones existentes y, ello, en el marco del plan sistemático implementado a nivel nacional, que tuvo su correlato en la provincia de Misiones (cfr. fs. 4838/vta. y 4839vta. y ss.), en la que Herrero –a la época de los hechos investigados– ocupó el cargo de Jefe de la Policía Provincial.

Es en este sentido, que cabe tener presente la referencia efectuada por el tribunal al analizar el caso nº 43 "Rosa del Milagro Palacio".

El tribunal indicó que cuando la custodia de Palacio quedó a cargo de la Policía Provincial fue *"… alojada en dos centros de detención en condiciones desesperantes de deterioro físico, secuela de las torturas que le fueron inferidas. Llegó un punto en que fue internada en un hospital con un falso nombre, donde fue intervenida quirúrgicamente. Cuando comenzó a recuperarse fue conducida a la Jefatura de la Policía desde donde era llevada a curaciones periódicamente. En esas condiciones, un día se entrevistó con ella el Teniente Coronel Herrero quien fue el que le informó que estaba detenida a disposición del Área 232. Después de esa conversación, le trajeron su ropa y ella asumió que la orden la había dado el militar nombrado"* (cfr. fs. 4913/vta.).

Por lo demás, corresponde recordar una vez más el contexto histórico en que tuvieron lugar los hechos investigados, la legislación especial dictada –

complementada mediante diversas reglamentaciones militares– para combatir a la "subversión", que implicó la coexistencia de dos sistemas: uno de orden normativo escrito –en el cual existieron instrucciones de carácter secreto– y otro, predominantemente verbal.

Es que, conforme se sostuvo en la causa nº 13/84, *"…puede afirmarse que los comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia vinculados a la subversión; se dispuso el interrogatorio bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o Justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física"* (Fallos 309:292).

Lo hasta aquí expuesto, permite rechazar el cuestionamiento realizado por la defensa de Herrero en punto a la falta de determinación del "aporte" atribuido a su asistido.

XII.a.4.i. Sin perjuicio de ello, corresponde realizar algunas consideraciones en torno a algunos de los casos que fueron individualizados por la defensa de Herrero como "pasibles de discusión".

Con relación a Pedro Irineo Aválos, cabe señalar que –contrario a lo que sostuvo el recurrente– el testigo declaró en audiencia de debate el derrotero sufrido durante su detención como también los lugares en que se llevó a cabo, entre ellos, lo que estimó que *"…era la jefatura de policía"* (cfr. fs. 4762vta. –acta de debate– y fs. 4876 vta. –sentencia–).

Por su parte, Carlos Alberto Bajura compareció al debate pero debido a su estado de ánimo

se dio lectura a su declaración en instrucción. En este sentido, de la lectura de la sentencia recurrida surge que *"*[e]*l mantenimiento de su privación de libertad se produjo, no obstante, en sede la Alcaldía Policial adonde arribó en lamentables condiciones (cfr. testimonio de Alejandro Rodrigues –fs. 666/669 del legajo principal, incorporada por lectura al debate, y la declaración testimonial –en la audiencia de debate– de Ricardo Adolfo Escobar"* (cfr. fs. 4879 –sentencia–; 4754/vta. –acta de debate– como también fs. 420/422 –instrucción–).

La testigo María Josefa Estévez manifestó en audiencia de debate –entre otras cosas– que luego de su detención *"…llegaron a la Jefatura…"* y *"…la llevaron a la zona de la Alcaldía de Mujeres, las esposaron, le vendaron los ojos…"* (cfr. fs. 4698 –acta de debate– y fs. 4892/vta. –sentencia–).

Asimismo, relató su paso por "la casa del Coronel" y que desde ese lugar la llevaron nuevamente a la Jefatura. Luego, su traslado a la Comisaría Segunda y que *"…un día, la trajeron al Departamento de Informaciones, le hicieron hacer una especie de inventario, allí le hicieron dormir sobre un escritorio, se escuchaba los gritos de las torturas, la golpearon otra vez y finalmente vuelven todas a la Alcaldía de Mujeres a la Jefatura y las pusieron en una pieza donde habían 6 colchones y eran 35 compañeras las que estaban allí…"* (cfr. 4698vta./4699 –debate– como también fs. 4892/vta. –sentencia–).

Respecto de María Lourdes Languer cabe señalar que en la audiencia de debate la testigo indicó que fue una época muy mala la que vivió y que no quería recordar lo ocurrido, no obstante ello expuso el recorrido sufrido desde su detención ocasión en que hizo mención de su paso por "la Alcaldía" (cfr. fs. 4726vta./4727vta. –acta de debate–; fs. 4703/4704 –sentencia– y fs. 357/358 –instrucción–).

Por otra parte, José Aníbal Leiva hizo

mención –entre otras cosas– en su declaración en audiencia de debate de su paso por "el Departamento de Informaciones" (cfr. fs. 4732/4734vta. –acta de debate– y 4904/4905 –sentencia–).

En tanto que, Ricardo Alfredo Ortellado, manifestó –entre otras cosas– que en un momento llegó a ver la calle y se dio cuenta que estaba en la Dependencia de la Policía Provincial de Misiones ubicada en la calle Buenos Aires casi Santiago del Estero (cfr. f. 4677vta./4679 –acta de debate–; fs. 4912/4913 –sentencia– y fs. 265/266vta. –instrucción–).

Por último, Norma Beatriz Yansat, declaró en el debate lo ocurrido desde su detención y, entre otras cosas, a preguntas realizadas, indicó que *"…el lugar al que se refiere cuando dice que escuchaba la banda de música y la radio, es la Comisaría donde escuchaba la voz de Ríos, allí los torturaban psicológicamente"* (cfr. fs. 4707vta./ 4708vta. –acta de debate– y fs. 4928vta./4929vta. –sentencia–).

Lo expuesto permite rechazar la crítica efectuada por la recurrente.

XII.a.4.ii. Por otra parte, también habré de realizar algunas consideraciones en torno a los casos "Berent", "Cáceres", "Franzen" y "Hippler" que fueron materia específica de agravio por la defensa con sustento en el período durante el cual su asistido estuvo destinado como Jefe de la Policía de Misiones (9 de junio de 1976 al 15 de diciembre del mismo año).

En primer término, con relación al caso n º 11 "Juan Carlos Berent", cabe señalar que si bien la víctima fue detenida el 7 de abril de 1976 y estuvo inicialmente *"…alojada en la Unidad 17 del Servicio Penitenciario Federal (Candelaria)… fue sacado de ese lugar siendo trasladado a la 'Dirección de Investigaciones' donde fue torturado con 'picana eléctrica' y golpes, pero –sobretodo– sicológicamente*

al indicarle que su esposa y su padre se encontraban presos, temiendo por su suerte…” (cfr. fs. 4882vta.).

Cabe señalar que –conforme indicó el tribunal– los hechos fueron descriptos en forma sustancialmente análoga a la denuncia que formuló el 5 de diciembre de 2007 ante la instrucción a fs. 590. En esta última declaración, Berent relató que el traslado al Departamento de Informaciones ocurrió el 1 de septiembre de 1976, lugar en el que permaneció por 8 días y 7 noches consecutivas, donde fue torturado (cfr. fs. 4882vta./4883 y fs. 590/vta.).

De esta forma, si bien como indica la defensa Herrero no revestía el cargo de Jefe de la Policía de Misiones a la fecha de detención de la víctima, lo cierto es que ostentó dicha calidad a la época en que Berent relató su paso por el Departamento de Informaciones, circunstancia que permite sin más el rechazo del reclamo efectuado.

En segundo lugar, respecto del caso nº 13 “Ricardo Cáceres”, cabe señalar que la defensa centra su agravio en que el nombrado fue detenido el “5 de octubre de 1977”, diez meses después de que Herrero cesara en sus funciones.

Al respecto cabe señalar, que si bien al examinar el presente caso el tribunal consignó que la detención de la víctima ocurrió en dicha fecha y año, Ricardo Cáceres concurrió a la audiencia de debate, ocasión en que relató que fue detenido el *“…5 de octubre de ’76 y preso casi siete años…”*, aspecto que se condice con su declaración inicial obrante a fs. 276/278 (cfr. fs. 4884vta./4885 –sentencia–, fs. 4691vta/4692vta.. –acta de debate– y fs. 276/278).

De lo expuesto surge que la fecha consignada (año) fue producto de un error material, extremo que se refuerza con la lectura de los requerimientos de elevación a juicio obrantes a fs. 2605/2641 (Secretaría de Derechos Humanos de la Nación –caso nº 8–), fs. 2649/2668vta. (Subsecretaria de Derechos Humanos de Misiones –caso nº 8–) y fs. 2733/2785vta.

(Ministerio Público Fiscal –caso nº 12–); circunstancia que permite el rechazo del reclamo efectuado.

En tercer lugar, con relación al caso nº 23 “María Graciela Franzen” la asistencia técnica de Herrero centra nuevamente su reclamo en que a la fecha de detención de la víctima, esto es, el 19 de mayo de 1976, su asistido no se encontraba en ejercicio del cargo de Jefe de la Policía de Misiones.

Al respecto corresponde señalar que, conforme surge de la declaración en audiencia de debate de Franzen, la testigo relató su paso por el Departamento de Informaciones no solo al inicio de su detención sino también luego de ser alojada en la Alcaldía de Mujeres, lugar este último en el que habría estado alojada por espacio de un mes aproximadamente, circunstancia que permite descartar el cuestionamiento realizado.

Por último, respecto del caso n º31 “Julio Hippler”, la defensa centró su agravio en que solo se consignó que fue detenido “un domingo de octubre” sin individualizar el año en que ocurrió, circunstancia no menor dado el lapso temporal en que Herrero ocupó el cargo de Jefe de la Policía de Misiones.

Al respecto corresponde señalar que si bien es cierto que al analizar su caso, el tribunal omitió consignar el año en que tuvo lugar su detención y que en audiencia de debate, Hippler solo hizo alusión a la circunstancia referida por la defensa, tanto en la sentencia como en su declaración en audiencia de debate se aludió a su declaración obrante a fs. 138/vta. del expediente 75 bis/85 del cual surge consignada como fecha el año 1976 (cfr. fs. 4902vta./4903 –sentencia– y fs. 4711/4712 –acta–).

Por lo demás, ese año también surge señalado en los requerimientos de elevación a juicio obrantes a fs. 2605/2641 (Secretaría de Derechos Humanos de la

Nación –caso nº 21–), fs. 2649/2668vta. (Subsecretaría de Derechos Humanos de Misiones –caso nº 20–) y fs. 2733/2785vta. (Ministerio Público Fiscal –caso nº 28–) de los cuales se procedió a dar lectura al inicio del debate (cfr. fs.4665vta.); circunstancias –todas estas– que permite el rechazo del reclamo efectuado.

XII.b.1. En el término de oficina, la asistencia técnica de Felipe Nicolás Giménez, realizó consideraciones de similar tenor a la de Herrero respecto de la indeterminación de la conducta atribuida (aporte) en la sentencia, arbitraria valoración de la prueba para su determinación y, por último solicitó la absolución del nombrado en el caso "Cáceres" por no encontrarse a cargo del Departamento de Informaciones de la Policía Provincial. Veamos.

XII.b.2. Con el objeto de realizar un adecuado tratamiento de los agravios formulados por la recurrente, corresponde repasar nuevamente los argumentos del tribunal a efectos de atribuir la participación de Giménez en orden a los hechos por los cuales resultó condenado.

El sentenciante inició su análisis recordando que *"…la eficacia del ataque sistemático debía contar con cierto conocimiento de aquellas personas sobre las que debía recaer"* y que *"…las actuaciones sumariales que corren agregadas al expediente 75bis/85, representan un burdo intento de conferirle una pátina de legalidad a la acción represiva, como se evidencia el dato que no se investigaron 'hechos presuntamente delictivos' sino a personas de quienes se asumía que estaban relacionadas al Partido Auténtico o a algunas de sus organizaciones periféricas, a las que deliberadamente se había relacionado con la organización 'Montoneros'"* (cfr. fs. 4960vta.).

Indicó que *"…ese conocimiento del cuadro de situación local era insuficiente sin la intervención de una autoridad jerárquica que impartiese las órdenes concretas de detención de las personas, de su sometimiento a tormentos crueles que se erigían en una*

técnica de disciplinamiento, más que en una averiguación –siquiera ilegal– de hechos delictivos” (cfr. fs. cit.).

Señaló que –con sustento en las pruebas producidas en la causa– *“…quien reunía ambas calidades era el inculpado Felipe Nicolás Giménez, quien –alto grado de probabilidad rayano a la certeza– fue el recipendario de las órdenes impartidas por Herrero y asumió –como propia– su ejecución”*, *“…*[e]*xtremo que se encuentra acreditado con su profusa intervención en las actuaciones sumariales”* mencionadas, esto es, el expediente 75 *bis*/85 (cfr. fs. 4961).

Explicó que por las razones expuestas al analizar el caso de Herrero, Giménez debía ser considerado un ejecutor directo de los hechos pues *“…[l]a privación ilegal de las víctimas, en algunos de los casos consistió en una intervención material del inculpado (cfr. testimonio de Dominiko y de Eladio Benítez), pero principalmente en decisiones sobre los seleccionados para ser detenidos que… no dependía de agentes de policía como Amarilla o Pombo”* (cfr. fs. 4961).

Añadió que *“*[l]*a imposición de tormentos a los detenidos tendía a arrancarles confesiones, como ya se ha explicitado en el tratamiento de los casos individuales y sus resultados eran los plasmados en las actas que forman el expediente 75 bis/85 que, como señalaran algunos de los testigos eran dictadas en base a los datos obtenidos con los espurios métodos consignados. De ello dan cuenta ciertos lugares comunes que hemos destacado, como las proclamas sobre la firme convicción de los interrogados de seguir participando de las acciones de la organización ‘Montoneros’”* (cfr. fs. 4961. En tal sentido, sobre el expediente nº 75 *bis*/85 cfr. 4867 y ss. –en particular fs. 4871 y ss. –).

Por otra parte, al tratar en particular la

responsabilidad de Felipe Nicolás Giménez, como Jefe del Departamento de Informaciones, el tribunal realizó diversas consideraciones en torno a las alegaciones efectuadas por su defensa así como también respecto del descargo efectuado por el imputado.

Entre ellas –en lo que interesa– que *"*[n]*o se ha puesto en duda que en el Departamento de Informaciones se llevaron actividades propias de la burocracia policial…*[pero] *esta circunstancia no conduce a descartar que –de manera clandestina– se perpetraran los actos antijurídicos que se han considerado probados"* pues *"*[d]*entro de la vigorosa defensa del acusado, se han omitido las rondas de banda música a las que han aludido las víctimas"* que *"*[d]*escartamos que hayan sido funcionales a las actividades registrales que, según el acusado, se cumplían en el Departamento de Informaciones, cobrando plausibilidad la razón de que ponían sordinas a las quejas y lamentos de quienes estaban siendo torturados"* (cfr. fs. 4999).

Asimismo, el tribunal hizo alusión a la declaración de un abogado, quien en ejercicio de su profesión visitaba a algunos clientes detenidos –tanto de día como de noche– quien indicó que Giménez siempre estaba ahí y le exhibía a los detenidos, *"…función absolutamente diversa a las actividades registrales que dijo cumplir"* (cfr. fs. cit./vta.).

En virtud de lo hasta aquí expuesto, el sentenciante concluyó que Felipe Nicolás Giménez debía responder como autor penalmente responsable de crímenes de lesa humanidad pues se encontraban reunidos los requisitos del tipo objetivo como también del tipo subjetivo, estos es, el conocimiento del ataque sistemático y su voluntaria participación (cfr. fs. 4999vta.).

Es que, conforme señaló *"…ninguna de las normas que autorizaban la intervención de la Policía Provincial en la represión de las actividades subversivas justificaba el empleo de métodos de*

investigación violatorios de los derechos fundamentales de quienes pudieran ser considerados sospechosos. Cualquiera que fuese la autoridad de invistiera Herrero –por su condición de militar a cargo de la Jefatura de Policía– no debía obediencia a las órdenes notoriamente ilegítimas” (cfr. fs. cit./5000).

Finalmente, el tribunal señaló los casos y delitos por los cuales Giménez debía responder en calidad de autor, a lo que remito por razones de brevedad (cfr. fs. 5000/5001vta.).

XII.b.3. A ese marco ceñido, entiendo que las críticas realizadas por la defensa de Giménez deben ser rechazadas.

La recurrente sustentó su agravio en la indeterminación del “aporte” efectuado por su asistido en los hechos por los cuales resultó condenado, extremo que no se condice con las circunstancias apuntadas por el tribunal.

En tal sentido –conforme surge de la reseña efectuada– la responsabilidad de Giménez en la calidad de autor en los sucesos por los que resultó condenado surge –conforme sostuvo la resolución recurrida– no solo de su cargo como Jefe del Departamento de Informaciones, en virtud del cual habría recibido las órdenes que impartió Herrero como Jefe de la Policía de Misiones, las que ejecutó. Sino también por su aludida intervención en el expediente 75 bis/85, en algunos casos por su intervención material en la privación ilegal de las víctimas como también por su decisión en la selección de quienes debían de ser detenidos y sometidos a interrogatorio, los cuales exhibía en caso de ser requeridos.

Por último, en relación con el caso nº 13 “Ricardo Cáceres”, la defensa basó su crítica en que la víctima fue detenida el día “5 de octubre de 1977” fuera del período en el cual su asistido se desempeñó

como Jefe del Departamento de Informaciones de la Policía de la Provincia de Misiones (5 de diciembre de 1974 hasta el 27 de julio de 1977).

Al respecto cabe señalar que la parte efectuó un planteo de similar tenor con relación al imputado Herrero, ocasión en que se advirtió la existencia de un error material en el año consignado en la sentencia recurrida pues de los dichos de la víctima –tanto en audiencia de debate como en su declaración inicial– y los requerimientos de elevación a juicio efectuados, surge –entre otras cosas– que su detención ocurrió en el año 1976 como también su paso –en el derrotero padecido– por el Departamento de Informaciones (cfr. punto XII.a.4.ii del presente voto).

En virtud de ello, los cuestionamientos realizados deben ser rechazados.

XII.c.1. La defensa de Carlos Alberto Pombo adujo –en su escrito recursivo– que existió una arbitraria selección de la prueba para determinar la responsabilidad de su asistido.

En tanto que –durante el término de oficina– indicó que la sentencia resultó arbitraria por falta de determinación de la conducta atribuida, circunstancia que violó el derecho de defensa de Pombo y solicitó su absolución.

XII.c.2. Ahora bien, conforme surge de la resolución recurrida al analizar la participación que le cupo a Pombo en los hechos por los que resultó condenado, el tribunal señaló que *“… el inculpado… tuvo participación en calidad de autor respecto de los hechos por los cuales fue acusado, conforme a la valoración de las pruebas producidas en el debate, con la sola excepción de los hechos perpetrados en perjuicio de Claudio Damián Martofleac, cuya acción penal ha sido declarada prescripta en tramos anteriores de esta fundamentación”* (cfr. fs. 4971vta. Cabe aclarar que en relación al caso “Martofleac” habré de remitirme a lo resuelto en el punto IX de la presente exposición, al que me remito).

El sentenciante destacó que "[l]*a estimación del material probatorio, revela que le cupo una amarga tarea: la de golpear a los detenidos con vistas a doblegarlos hasta obtener su confesión",* extremo que *"…debe relacionarse con la baja graduación que ostentaba en la Policía de la Provincia de Misiones, por lo que resulta probable que obedeciera las órdenes que le impartiera quien estaba a cargo de la investigación*" (cfr. fs. cit.).

Añadió que "[e]*l argumento exculpatorio consistente en negar su intervención en la producción de los resultados lesivos basado en la afirmación de que trabajaba en otra dependencia y cumplía otros roles, no disipa el señalamiento inconmovible de quienes lo sindicaron como autor de la imposición de tormentos"* pues de *"…decenas de víctimas que declararon sólo algunas lo sindicaron como interviniendo en las vitandas acciones"* por *"…su difundido reconocimiento como jugador de fútbol de las ligas mayores"*, circunstancia que el propio imputado admitió (cfr. fs. cit.).

Por otra parte, al determinar su responsabilidad en los hechos atribuidos, el tribunal precisó que "[c]*omo ya se señaló, bien que de modo tangencial, carece de valor exculpatorio el hecho de que formalmente el inculpado prestara o no servicios en el Departamento de Informaciones"* pues *"…no ha sido enjuiciado por su desempeño en otras áreas de la Policía Provincial"*, excusa que *"…resulta insuficiente para refutar los señalamientos de las víctimas que lo indican como autor de la imposición de tormentos"* (cfr. fs. 5003/vta.).

Es que *"… su notoriedad como jugador de fútbol en un equipo importante de la capital misionense representa la razón de los dichos de quienes así lo han sindicado. La circunstancia de que conociesen sus destrezas deportivas como futbolista no*

podría determinar linealmente que reconocieran su voz (como en el caso de otros jugadores de fútbol) o que lo identificaran como aquél que era nombrado por sus propios compañeros” (cfr. fs. 5003vta.).

Con relación a los críticas realizadas por su defensa respecto de la prueba testimonial existente, el sentenciante apuntó que la parte omitió considerar en qué condiciones le fueron impuestos los tormentos a los detenidos y que pese a su restricción en la percepción visual, no es posible refutar sin mayores argumentos sus puntuales señalamientos (cfr. fs. cit.).

Por lo expuesto, el tribunal consideró acreditados los resultados lesivos impuestos en perjuicio de las víctimas como también que Carlos Alberto Pombo debía responder en calidad de autor de crímenes de lesa humanidad por los hechos y calificaciones que a continuación detalló, a lo que remito por razones de brevedad (cfr. fs. 5004).

XII.c.3. A la luz de las consideraciones apuntadas, considero que los agravios delineados por la recurrente no pueden prosperar.

Por un lado, con relación a la arbitraria selección de la prueba que el tribunal habría efectuado a efectos de determinar la responsabilidad de Pombo, cabe señalar que un cuestionamiento de similar tenor fue planteado por su defensa en oportunidad de formular su alegato.

Así, conforme de la sentencia recurrida, la asistencia técnica de Pombo sostuvo que no se había probado la participación de su asistido en los hechos objeto de proceso, para lo cual citó –entre otros- los mismos testimonios que en su escrito recursivo, esto es, los dichos de Franzen, Lima, Baez, Martofleac y Barrios (cfr. fs. 4994vta. y ss.).

Sin embargo, conforme a lo expuesto en el punto anterior, el tribunal brindó los concretos motivos por los cuales desestimó el planteo de la defensa, sin que el recurrente logre soslayar el

razonamiento efectuado ni brinde concretos argumentos que permitan desvirtuar la conclusión a la cual se arribó.

Nótese en que el tribunal hizo hincapié en que si bien el imputado era un conocido jugador de fútbol no todas las víctimas que padecieron tormentos lo reconocieron sino aquellas que lo situaron por su voz como aquel que era identificado con dicho nombre por sus propios compañeros.

Es en tal sentido, que cabe tener presente lo expuesto en la sentencia al analizar algunos de los casos por los cuales Pombo resultó condenado.

Así, Epifanio Acevedo (caso nº 1) señaló que encontrándose detenido en el Departamento de Informaciones mientras era torturado uno de sus captores decía insistentemente al otro *“Dale más que ya va a hablar, dale más, dale Pombo”* (cfr. fs. 4874vta.); Ángel Dionisio Fleita (caso nº 22) indicó que en “Informaciones” todos utilizaban apodos pero una vez se les escapó el nombre de Pombo, que era un jugador de fútbol al que conocía porque él también jugaba (cfr. fs. 4893); José Aníbal López (caso nº 37) quien señaló que en el Departamento de Informaciones, al quitarle las vendas, reconoció a Pombo porque era jugador de fútbol (cfr. fs. 4907); y Amelia Esther Morgenstern (caso nº 41) quien en Informaciones escuchó muchas veces el nombre de Pombo (cfr. fs. 4911).

Por otra parte, en punto a la crítica que fuera efectuada por la parte en el término de oficina, de la lectura de la resolución recurrida surge con claridad que a Pombo se le atribuyó en calidad de autor la imposición de tormentos en los hechos por los cuales resultó condenado, por lo que no se advierte –ni la parte ha logrado demostrar– la falta de determinación de la conducta imputada a su defendido como tampoco de qué concretas defensas se vio privada

en el ejercicio de su ministerio.

Por lo hasta aquí expuesto, los cuestionamientos realizados deben ser rechazados.

XII.d.1. Por último, resta ingresar al análisis de las críticas realizadas por la defensa de Julio Argentino Amarilla quien sostuvo que no se demostró la existencia de una promesa anterior a la comisión de los delitos de tormentos atribuidos sino que ella fue posterior.

En ese sentido, consideró que su conducta debía ser encuadrada en el delito de encubrimiento (por el que no medio acusación), como tal atípica como delito de lesa humanidad y, por ende, prescripta.

Asimismo solicitó el rechazo de la pretensión recursiva de las acusadoras.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal cuestionó por arbitrario el grado de participación secundaria atribuida a Amarilla, cuyo aporte consideró indispensable y primario en orden a la consumación de los hechos imputados. Veamos.

XII.d.2. Previo a ingresar al tratamiento de los cuestionamientos formulados por las recurrentes, corresponde repasar el análisis que el tribunal efectuó respecto de la participación y responsabilidad que le fueron atribuidos a Amarilla en el resolutorio recurrido.

El sentenciante inició su examen señalando que las pruebas producidas en el debate junto con el análisis que se efectuó en punto a la participación de Herrero y Giménez –en los hechos objeto de proceso– determinan que Amarrilla no pueda ser considerado un partícipe primario pues no se brindaron razones atendibles que excedieran la mera afirmación de la imputación y, en cambio se acreditó con certeza sus aportes no esenciales a la producción de numerosos resultados lesivos (cfr. fs. 4970).

El tribunal recordó que *“…la instrumentación de las actuaciones sumariales conocidas como expediente 75 bis/85 representaron un modo de*

conferirle cierta pátina de legalidad al ataque sistemático. Al describirse los casos individuales se reparó en el hecho de que las 'declaraciones' de las víctimas consistían en verdad en 'confesiones' autoincriminatorias arrancadas después de crueles sesiones de tortura. De modo que constituían un modo de extender la acción represiva y disciplinante del ataque…" (cfr. fs. 4970/vta.).

Indicó que en dicho contexto debe ser analizado el aporte de Amarilla como Secretario de Actuaciones en la instrucción del mencionado sumario y, en particular, si el mismo representó un auxilio o cooperación sin los cuales la imposición de tormentos a los detenidos no podría haberse ejecutado, extremo que consideró como no acreditado (cfr. fs. 4970vta.).

Sostuvo que "[d]*el tenor de las declaraciones que han sido examinadas puntillosamente, surge que fueron producidas y –en su caso– firmadas con posterioridad a los hechos de tortura. De otro modo no se explicaría su contenido. La validación actuarial de las declaraciones por parte de Amarrilla se erigen entonces en un aporte funcional a la legalización de las confesiones, pero no previo ni concomitante a las torturas, sino forzosamente posterior, en función al rol que había asumido como Secretario en el sumario (ver fs. 2 del expediente 75 bis/85.*

De la premisa anterior, resulta como consecuencia que su participación respecto a los hechos por lo que fuera acusado fue secundaria y no esencial a la ejecución. Así lo confirma el hecho de que los datos que luego se plasmaban en las actuaciones eran obtenidos en algunos de los centros clandestinos, pero que la confección de las actas se realizaba en la sede del Departamento de Informaciones" (cfr. fs. cit.).

Agregó que conforme a la participación

delimitada se desestimaron aquellas acusaciones relativas a declaraciones en que no se acreditó su participación como Secretario (Ávalos, Báez, Franzen –ambos casos–, González, Lima, Velázquez y Verón), por las cuales debía ser absuelto (cfr. fs. 4971).

Luego apuntó que debido a la accesoriedad de la participación, no podía sostenerse su acusación en aquellos casos en que no medió imputación por el hecho del autor mediato o ejecutor al que aportó, por lo en que en estos (Acevedo, Dominiko, Mongerstern, Peczak, Piñeyro, Sobol, Solís y Stryluk) sería también absuelto (cfr. fs. cit/vta.).

Por otra parte, al examinar la responsabilidad del imputado el tribunal recordó que *"…su defensa nuclear, tardíamente expuesta, fue que ignoraba el contenido de las declaraciones obrantes en el expediente 75 bis/85 que les fueron dadas a firmar, una vez concluidas por un militar llamado Castex Laprida"* (cfr. fs.5001vta.).

Señaló que si bien Amarilla no está obligado a decir la verdad, no puede soslayarse las contradicciones existentes con la etapa instructoria, ofreciendo como prueba una pericia caligráfica para luego negarse a realizar el cuerpo de escritura imprescindible para su producción, lo que además se contrapone con la nueva versión que aportó en juicio (cfr. fs. cit.).

En este sentido sostuvo que, aun teniendo por ciertos sus dichos, los trazos de sus firmas lucen (a simple vista) prolijos y no permiten presumir que fueron realizados en las circunstancias por él referidas (cfr. fs. cit.).

A continuación el tribunal señaló que si bien existen escasas pruebas testimoniales sobre su participación en los hechos de imposición de tormentos atribuidos, ello no desbarata el cuadro probatorio de los documentos que obran con su firma pues *"…no puede perderse de vista las condiciones en que… fuer*[o]*n recibidas las 'declaraciones' a las víctimas,*

generalmente vendados y tras sesiones de tortura” (cfr. fs. 5002).

Aclaró que las contradictorias argumentaciones defensivas no son las que dan soporte a la acusación sino las constancias documentales que no han sido apropiadamente refutadas, ya que la imputación no fue admitida en aquellos supuestos en que no consta su firma (cfr. fs. cit.).

Con relación al argumento de su defensa en punto al cumplimiento de la normativa de facto que confería facultades de investigación a las fuerzas policiales, el sentenciante reiteró que *“…ninguna de esa normas autorizaba a la imposición de tormentos a quienes eran sindicados como partícipes del accionar represivo”*, *“*[n]*o es el expediente 75 bis/85 el que se reputa como intrínsecamente ilícito, sino conforme a la deconstrucción que del legajo se formulara los actos antijurídicos que subyacen a su elaboración”* (cfr. fs. cit./vta.).

Por lo expuesto, el tribunal consideró que se había comprobado la participación de Julio Argentino Amarilla en calidad de partícipe secundario por los hechos y calificaciones que a continuación detalló, a lo que me remito por razones de brevedad (cfr. fs. 5002vta./5003).

XII.d.3. Con el objeto de realizar un adecuado análisis de las críticas efectuadas por las partes cabe recordar que Amarilla fue condenado en autos en calidad de partícipe secundario en orden al delito de tormentos.

Su defensa consideró que, en los términos en que el tribunal determinó su responsabilidad, su actuación sería subsumible en el delito de encubrimiento; en tanto que, la acusación pública consideró que se encontraban reunidos los extremos necesarios para calificar su conducta como primaria.

Es útil recordar que *“…es cómplice quien*

dolosamente haya prestado ayuda a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico” (Günter Stratenwerth, *Derecho Penal Parte General I, El hecho punible*, Hammurabi, 2000, página 427).

En tanto que, cómplice secundario será quien preste una cooperación al autor de un injusto penal que no sea necesaria para la comisión del hecho o quien preste una ayuda posterior cumpliendo una promesa anterior al mismo. La ley exige que la promesa se cumpla con posterioridad a la ejecución para que exista complicidad.

A ese marco ceñido, considero que el cuestionamiento realizado por la defensa de Amarilla no puede prosperar.

En efecto, su asistencia técnica arguye que habiéndose encuadrado la conducta de su asistido en el segundo supuesto de complicidad secundaria, esto es, quien presta una ayuda posterior en virtud de una promesa anterior al hecho, no habiendo acreditado el tribunal la existencia de la misma su conducta debe ser considerada como encubrimiento.

Sin embargo, la defensa parte de una valoración parcial y descontextualizada del plexo probatorio existente, circunstancia que desvirtúa su reclamo.

En efecto, corresponde recordar una vez más que los hechos objeto de proceso fueron cometidos en el marco del plan sistemático implementado, cuyo objetivo –entre otros– era no solo la detención de aquel quien era considerado “subversivo” sino también la obtención de información mediante tormentos, lo que permitía la reproducción del aparato represivo. Información que en algunos casos –como el de autos– era volcada en “declaraciones” obrantes en actuaciones sumariales.

Es por ello que el tribunal sostuvo que no es el expediente nº 75 *bis*/85 lo que se reputa como intrínsecamente ilícito sino los actos antijurídicos que subyacen a su elaboración y, que si bien son pocas

las declaraciones sobre la participación de Amarilla en la imposición de tormentos, deben tenerse presentes las condiciones en que las “declaraciones” fueron obtenidas.

De esta forma, conforme señaló el tribunal, la actuación de Amarilla se erige en un aporte funcional a la legalización de las confesiones logradas bajo tortura, circunstancia que permite excluir la existencia del delito de encubrimiento y esto, más allá, de que este último delito pueda ser o no calificado como delito de lesa humanidad y por ende, imprescriptible.

Por otra parte, el reclamo efectuado por la acusación fiscal tampoco habrá de tener favorable recepción.

La parte no logra rebatir los argumentos expuestos por el tribunal para sustentar la participación secundaria atribuida a Amarilla ni tampoco brinda elementos suficientes que permitan construir la participación necesaria que reclama pues del examen de la prueba enumerada cabe precisar que los testigos Franzen e Hidalgo hacen mención a su nombre (cfr. fs. 4672vta. y 4730vta.) mientras que Solís y Gauto lo identifican al firmar (cfr. fs. 4718 y 4719vta.).

En tanto que Rodrígues, si bien en un principio lo identifica como quien allanó su casa, lo detuvo y le tomó declaración en la “Casita del piso de parquet” luego se corrigió y dijo que era Giménez (cfr. fs. 4701vta.).

Lo hasta aquí expuesto, permite el rechazo de los cuestionamientos analizados.

XIII. Sobre la absolución de Mendoza

XIII.a. La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y el Ministerio Público Fiscal se agraviaron en sus escritos recursivos de la

absolución de Guillermo Roque Mendoza.

En lo sustancial las recurrentes centraron sus agravios en torno a una arbitraria valoración de la prueba existente para determinar la responsabilidad del imputado en orden a los delitos de tormentos agravados que le fueran atribuidos.

En este sentido, criticaron el razonamiento del tribunal en cuanto a la asimetría existente entre la participación "genérica" que tuvo Mendoza y la cantidad de los hechos por los cuales resultó imputado, la falta de determinación de la conducta atribuida y la indispensabilidad de su aporte.

Adelanto que asiste razón a los recurrentes.

XIII.b. Alcance de la revisión en esta instancia

Antes de examinar la procedencia sustancial de los reclamos, realizaré –como he tenido oportunidad de hacer en otras ocasiones– algunas consideraciones previas que posibilitarán luego dicho análisis.

XIII.b.1. Ya he tenido la oportunidad de expedirme acerca de la posibilidad de revisar ampliamente la evaluación sobre los hechos y la prueba en sede casacional, tanto en caso de sentencias condenatorias como respecto de aquellas que deciden la absolución, en la causa nº 11.545 "Mansilla", luego en la causa "Olivera Róvere" –ya citada– y más recientemente en la causa nº 647/2013, "Luera, José Ricardo y otros s/recurso de casación", registro nº 325.15.4, rta. el 12/03/15.

Allí sostuve que la posibilidad de extender al fallo absolutorio la misma amplitud de control que se venía aplicando sin controversias al fallo de condena surgía de la propia doctrina de la C.S.J.N. en el caso "Casal" (Fallos 328:3399), a través del examen del conjunto de los argumentos que utilizó el Alto Tribunal para concluir en su doctrina del máximo rendimiento en la revisión. Veamos.

XIII.b.1. Evaluación de hecho y prueba:

La posibilidad de revisar en sede casacional

las sentencias condenatorias es ampliamente reconocida por la doctrina y jurisprudencia argentina. No existe el mismo consenso, en cambio, en torno a la posibilidad de aplicar idéntica extensión de revisión en esta sede respecto de sentencias absolutorias. Por ello, a fin de sentar las pautas que se aplicarán al caso traído a estudio, he de avocarme al análisis de la cuestión.

Liminarmente, me referiré a los lineamientos establecidos por la Corte Suprema en el ya citado fallo “Casal” (Fallos: 328:3399), respecto del examen que corresponde efectuar en sede casacional de la sentencia pronunciada por el Tribunal de grado.

Repetidamente, gran parte de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país limita la aplicación de la línea hermenéutica dispuesta en el citado fallo –que impone la revisión amplia en sede casacional– a los casos de condena. Esta línea argumental funda su posición en que la Corte Suprema habría basado su doctrina sólo en el derecho del imputado a someter el fallo condenatorio a un Tribunal Superior con una revisión amplia y eficaz en caso de condena, conforme a las exigencias de tratados sobre derechos humanos de jerarquía constitucional (artículo 8.2 de la C.A.D.H.). De allí concluye que, puesto que tal derecho no existiría en casos de absolución, la revisión amplia debe aplicarse sólo en los casos de condena.

Sin embargo, esta línea argumental parte de una interpretación parcial del fallo del máximo tribunal, puesto que el derecho a recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior no fue el único fundamento que utilizó la Corte para sentar su doctrina de amplia revisión en sede casacional. Su decisión se basó también en una interpretación exegética del texto del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, y en la imposibilidad de

distinguir entre cuestiones de derecho y de hecho.

Esta multiplicidad de fundamentos que cimentaron la decisión citada fue expresamente reconocida por el máximo tribunal. En sus palabras:

"Dicho entendimiento se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (d) ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (en realidad, puede interpretarse que la razón d forma parte de la c).

Pasemos ahora a analizar los prácticamente olvidados fundamentos del fallo a los que aludí con anterioridad. En relación con la interpretación exegética de la norma, el máximo tribunal entendió que *"'la inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad' abarca las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404, C.P.P.N. establece que es nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El art. 398, C.P.P.N. establece que las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica; una sentencia que no valorase las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, `no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal*

para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta interpretación fue correcta´" (considerando 22).

Esta interpretación del texto de la ley no queda supeditada a quién sea el recurrente –el condenado o el acusador–, pues el mismo y único artículo rige la extensión del recurso de casación para ambas partes. Pretender interpretar literalmente el artículo 456 del código procesal de determinada forma para el condenado y de una distinta para el acusador es un sin-sentido, puesto que el método de interpretación en cuestión desatiende cualquier consideración externa al texto de la ley, lo que impide que se condicione su interpretación a consideraciones no establecidas en el texto, como ser quién es el recurrente.

Por otra parte, la Corte postuló que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho es problemática ya que, si bien clara en teoría, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante. Sostuvo que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal –como puede ser el beneficio de la duda– puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que si el tribunal de casación apela a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, queda facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional. (En un sentido similar, ver Héctor M. Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel, *Código de Procedimiento Penal de la Provincia*

de Buenos Aires, Tomo II, 2º edición, La Ley: Buenos Aires, 2005, pág. 507; con cita de Jorge Nieva Fenolli, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Bosch: Barcelona, 2000, pág. 121 y 141).

Así, incluso si el fundamento basado en el derecho al recurso de la sentencia de condena se aplicara sólo a los condenados, los restantes fundamentos plasmados en el fallo de la Corte, anteriormente citados, se aplican también a los acusadores. Puesto que tales fundamentos son autosuficientes, en el sentido de que cada uno de ellos no es una condición necesaria para obtener la conclusión alcanzada, sino que es suficiente, la aplicación de la doctrina de "Casal" al supuesto de la revisión en caso de absolución aparece como evidente.

Es que aun cuando el acusador no se encontrara amparado por la norma con rango constitucional, ello no obsta a que el legislador le conceda igual derecho.

Finalizó la Corte Suprema el fallo "Casal" diciendo *"[q]ue en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas"*.

También es oportuno destacar que la posibilidad de aplicar la doctrina del fallo "Casal" al recurso intentado por la parte acusadora fue tácita e implícitamente admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Raffaelli" (R. 497. XLIII, sentencia del 16/11/2009). En tal oportunidad, remitiéndose al dictamen del Procurador General de la Nación, el máximo tribunal rechazó la objeción relativa a la supuesta aplicación, en perjuicio del

inculpado, del derecho de recurrir ante un tribunal superior, puesto que el tribunal de juicio no había fundado la concesión del recurso de casación de la parte querellante en el artículo 8.2.h de la C.A.D.H., sino en ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N. Agregó que *"… si bien al momento de referirse a la causal prevista en el inciso segundo el tribunal aludió al pronunciamiento de V.E. publicado en Fallos: 328:3399 [CASAL], lo hizo para sostener –de conformidad con lo expresado en aquella oportunidad– que "… no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta (inciso 22º de voto mayoritario), y concluir que una interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y prueba, no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la letra expresa de la propia ley procesal…"* (el agregado entre corchetes y el resaltado me pertenecen).

El esquema ha quedado trazado: resulta descalificable una sentencia (tanto de condena como de absolución) –aun parcialmente– si contiene juicios de valor no debidamente fundados de todas las cuestiones sobre las que decida.

Con tal inteligencia, se impone el control de todas aquéllas pruebas cuyo análisis no se vea imposibilitado en función de los límites propios de su naturaleza (aquéllas cuyo conocimiento provenga exclusivamente de la inmediación propia del debate).

Ahora bien. Una vez reconocida la amplitud de revisión de la sentencia absolutoria en esta sede, la

que se extiende a las cuestiones de hecho y prueba, resta analizar cuáles pueden ser sus consecuencias. ¿Está facultado este tribunal para casar la sentencia y dictar una condena sobre la base de la valoración de la prueba que él mismo efectuó?

XIII.b.3. La facultad de la C.F.C.P. de dictar una sentencia de condena

Tradicionalmente se ha entendido que la C.F.C.P. carece de facultades de dictar una sentencia de condena en esta instancia. Sin embargo, ya en la causa nº 12.260 “Deutsch” (registro nº 14.842.4, rta. el 03/05/2011) expliqué por qué entiendo que este tribunal casatorio tiene la facultad de dictar una sentencia de condena.

En lo que sigue explicaré por qué considero que el derecho de defensa en juicio y la garantía a la tutela judicial efectiva de la víctima exigen que esta alzada tenga la facultad de dictar una sentencia de condena, y que esta exigencia no resulta contradictoria con el derecho del acusado a recurrir el fallo ante un tribunal superior, por lo que debe superarse el tácito criterio restrictivo en cuanto a la facultad de la C.F.C.P. de condenar, allanando el camino de obstáculos meramente formales y garantizando los derechos en juego.

XIII.b.3.i. Una lectura exegética del Código Procesal Penal de la Nación nos permite arribar a esa conclusión.

La facultad de este Tribunal de dictar una sentencia de condena en esta instancia emerge como lógica consecuencia de una lectura exegética del Código Procesal Penal de la Nación, especialmente del capítulo relativo al recurso de casación.

Los artículos 458 y 460 del C.P.P.N otorgan al Ministerio Público Fiscal y a la parte querellante la facultad de recurrir la sentencia absolutoria dictada por el tribunal oral.

Los artículos 470 y 471 del citado cuerpo legal nos indican cómo deben esos recursos ser

resueltos por el tribunal casatorio. El artículo 471 dispone que *“[s]i hubiera inobservancia de las normas procesales, la cámara anulará lo actuado y remitirá el proceso al tribunal que corresponda, para su sustanciación”*. Repárese en que la citada disposición legal ordena el juicio de reenvío sólo en casos de “nulidad de lo actuado”, por lo que pareciera que su ámbito de aplicación se circunscribe –en principio– a aquellos casos en los que se hayan inobservado las formas sustanciales del juicio (acusación, defensa, prueba y sentencia; cfr. Fallos 321:2831, entre muchos otros). Es que sólo en esos casos será necesaria –y tendrá sentido– la realización de un nuevo juicio.

En cambio, es otra la solución legal “[s]*i la resolución impugnada no hubiere observado o hubiere aplicado erróneamente la ley sustantiva*”. Este parece ser el caso en situaciones como la aquí examinada, en la que la pretensión de la acusación no reside en alguna circunstancia que habilitaría un juicio de reenvío –pues no refiere, como vimos, a la inobservancia de alguna de las formas esenciales del juicio–, sino en una alegada inobservancia o errónea aplicación de la ley. El artículo 470 del código procesal prevé que en tales casos *“el tribunal la casará y resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare”*. La resolución de un caso puede adoptar dos formas alternativas: la absolución o la condena. Por ello, según el artículo 470 del código de forma, si la Cámara de Casación debe casar la sentencia y resolver el caso con arreglo a la ley y a la doctrina correspondiente, ello implica que se encuentra facultada para casar una sentencia absolutoria y para, si correspondiera de acuerdo a la ley y a la doctrina correspondiente, dictar una sentencia de condena (pues recuérdese que debe “resolver el caso”).

A la luz de los principios expuestos, la

posibilidad de este tribunal de corregir el error del *a quo* dictando la respectiva condena resulta indudable, desde que, de lo contrario, resultaría inocua la revisión mandada por el artículo 470 del C.P.P.N. (que no efectúa distinción alguna en cuanto al recurso de casación del imputado o del acusador), si se le quitara a esta Cámara la posibilidad de resolver en consecuencia.

XIII.b.3.ii. El derecho a recurrir la sentencia absolutoria, legalmente previsto, integra el derecho de defensa previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Ya en los años 50, la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica postuló que –si bien el derecho a acceder a una segunda instancia no integraba un derecho constitucional– cuando las apelaciones están previstas en la ley, el gobierno no puede discriminar o crear barreras que las limiten (cfr. "Griffin v. Illinois", 351 U.S. 12-1956-; el caso trataba sobre la posibilidad de indigentes de ejercitar el derecho de apelación).

La misma dirección adoptó, unos años después, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien expresamente sostuvo que "*si bien el acceso del apelante a la segunda instancia no es requerido por la Constitución, integra la garantía de defensa cuando la ley lo ha instituido…*" (Fallos 303:1929).

Como acabamos de ver en el apartado anterior, los acusadores cuentan con el derecho legal expreso de recurrir la sentencia absolutoria. La cuestión no se centra –en este punto– en determinar si existe un derecho constitucional a recurrir determinada decisión, sino en establecer que si la legislación ha otorgado ese derecho de apelación, cualquier acto gubernamental –por ejemplo, una sentencia judicial– que lo limite, violenta ese reconocimiento del derecho de la parte. En lo que sigue se verá por qué si no se otorgara la facultad de condenar a la C.F.C.P., se limitaría el derecho de los acusadores de recurrir la

sentencia absolutoria.

XIII.b.3.iii. Los nuevos parámetros constitucionales emergentes de la incorporación a nuestro derecho de los tratados internacionales con jerarquía constitucional nos obligan a sostener la facultad de condenar de la C.F.C.P.

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de la víctima, si bien ha adoptado gran protagonismo sólo recientemente, fue reconocido hace ya mucho tiempo por la Corte Suprema en el conocido caso “Otto Wald”, donde sostuvo que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266).

Esa prerrogativa se ha visto reafirmada con el fuerte impacto en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino producido por la reforma constitucional de 1994, al otorgarle jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos enunciados en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional (cfr. mi voto en el fallo Plenario nº 11, Acuerdo 1/06, “Zichy Thyssen, Federico; Ivanissevich, Alejandro s/recurso de inaplicabilidad de ley”), reforma que determinó un rumbo concreto en materia de la administración de justicia al postular un compromiso igualitario entre las partes del proceso, en cuanto al acceso a esa administración se refiere.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 7, que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. El artículo 10 del mismo cuerpo legal prevé que *“[t]oda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por*

un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones…”. En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 “Garantías Judiciales” establece el derecho a ser oído por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial para la determinación de sus derechos. La esencia de la garantía se repite en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 14– y con carácter de especificidad en la “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, que importa el ejercicio de un derecho individual e independiente contra funcionarios públicos –art. 13–.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha interpretado ampliamente esta garantía, al resguardar el derecho de la víctima a recurrir el fallo liberatorio con fundamento en los artículos 8, ap. 1º y 25 de la C.A.D.H. (cfr. “Juri”, J. 26. XLI, del 27/12/2006, Fallos: 329:5994).

Los tribunales internacionales han enfatizado la importancia de la garantía al acceso a la justicia, que requiere un recurso efectivo ante la justicia (cfr. C.I.D.H. “Hilaire” del 21/06/2002; “Comunidad Mayagna” del 31/08/2001, “Caso del Tribunal Constitucional” del 31/01/2001, “Cantos” del 28/11/2002; OC- 16/99; T.E.D.H. “Keenan v. The UK, 3/04/2001; “Golder v. The UK” del 21/02/1975; entre muchos otros). No es suficiente un recurso formal ante la justicia, sino que se requiere uno efectivo, es decir, que debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier medida que lo dificulte constituye una violación a la garantía de acceso a la justicia. Nuestro máximo tribunal también ha dejado claro “que la garantía de los derechos no puede ser efectiva si no se asegura un acceso real a la justicia” (cfr. Fallos: 324:1111 del 3/04/2001).

¿Por qué sostengo que el derecho a la tutela

judicial efectiva de la víctima podría verse afectado si la Cámara de Casación no tuviera la facultad de dictar una sentencia de condena? En primer lugar, porque –como acabamos de ver– ese derecho otorga a la víctima la posibilidad real de interponer un recurso ante la sentencia absolutoria (C.S.J.N. causa “Jury”) y demanda que, además, ese recurso sea efectivo y rápido.

Si la Cámara de Casación no tuviera la facultad de dictar una sentencia de condena, el único efecto posible de la interposición de un recurso de la parte acusadora contra la absolución sería su anulación y remisión para la realización de un nuevo juicio (el que carecería de sentido en casos como el de examen). Ese trámite podría tomar un lapso de tiempo importante y con ello desnaturalizar el derecho a la tutela judicial efectiva y rápida.

En segundo lugar, el juicio de reenvío podría –en algunos casos–, según la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, entrar en conflicto con los principios de progresividad y preclusión. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que tales principios obstan a la posibilidad de retrogradación del proceso en la medida en que la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado (Fallos: 321:2831). El máximo tribunal también postuló que el juicio de reenvío puede derivar, en ciertos supuestos, en una violación al *ne bis in ídem* (Fallos: 321:2831). La posibilidad de que este conflicto entre la realización de un nuevo juicio en casos de reenvío y la garantía constitucional del *ne bis in ídem* exista fue advertida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Kang”, (sentencia del 15/05/2007), aunque el fondo del conflicto fue resuelto luego por la misma Corte en razón de otras cuestiones (fundamentalmente por la insuficiencia del recurso fiscal), en la sentencia del

27/12/2011.

Entonces, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, el respeto por los principios de progresividad y preclusión, y por la garantía del *ne bis in ídem* podría llegar a impedir la realización del nuevo juicio que eventualmente ordenara esta Cámara de Casación en caso de entender incorrecta una sentencia absolutoria dictada por un tribunal oral, volviendo inoperante, entonces, el derecho de la víctima a obtener una tutela judicial efectiva (cfr. voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi en “Sandoval”, Fallos: 333:1687).

No son las garantías del imputado (progresividad, preclusión, *ne bis in ídem*) las que imponen la facultad de condenar en sede casacional, sino el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva (el que se tornaría inoperante si se ordenara un juicio de reenvío que, además de insumir un tiempo prolongado, en ciertas ocasiones no tendría efecto alguno porque podría ser violatorio de las garantías del imputado).

XIII.b.3.iv. Esta facultad de la Cámara de Casación ha sido ya considerada por un integrante de nuestro alto tribunal.

No es esta una interpretación aislada del derecho argentino, sino que el Señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. Raúl Zaffaroni, en la causa “Argul” (C.S.J.N., A. 984. XLI, del 18/12/2007; Fallos: 330:5212), ha tácitamente admitido esta facultad al apreciar que el máximo tribunal puede avocarse excepcionalmente a actuar como tribunal revisor de una sentencia de condena emanada de la Cámara de Casación.

XIII.b.4. Esta facultad no viola el derecho al recurso

XIII.b.4.i. El derecho convencional al recurso

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en su artículo 14.5– y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en su artículo 8.2–

prevén el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior con una revisión amplia y eficaz.

La contundencia en la salvaguarda de este derecho convencional, me ha llevado incluso a propugnar pretéritamente la admisibilidad de la revisión casatoria del auto de procesamiento dispuesto por la Cámara de Apelaciones –en ocasión de revocar el sobreseimiento o la falta de mérito dictada por el magistrado instructor–, sobre la base del derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior (causa nº 10.436, "Melián Añon, Eduardo José s/ recurso de casación", registro nº 13.005.4, del 26/02/2010). Teniendo en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, concluí que –en este supuesto– el auto de procesamiento es un "auto procesal importante" y, por ende, alcanzado por el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior. Por ello, tengo una fuerte trayectoria como ferviente defensor de este derecho, garantizándolo desde los tratados de derechos humanos, de la manera que mejor salvaguarde las prerrogativas de las partes.

Sin embargo, no es esta una defensa irrestricta y caprichosa de un derecho convencional en particular –el derecho al recurso–, sino el reconocimiento de la autoridad y operatividad de los derechos convencionales incorporados a nuestra Constitución Nacional mediante su artículo 75, inciso 22. Por ello, puesto que el derecho al recurso y el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima gozan de idéntica jerarquía, es preciso armonizarlos a los efectos salvaguardarlos a ambos.

XIII.b.4.ii. Por qué una posible condena de

la Cámara de Casación no viola el derecho al recurso

Un crítico de la posición que vengo sosteniendo podría pensar que el derecho del acusado de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior excluye la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal para condenar en esta instancia, puesto que no existe en la actualidad un tribunal que pueda revisar un fallo de esa índole. Sin embargo, esta crítica resulta fácilmente rebatible.

En efecto, si la legislación doméstica brinda a los acusadores la posibilidad de recurrir una sentencia de primera instancia absolutoria (como vimos que sucede en el derecho argentino), la implicancia de los artículos 14.5 del P.I.D.C. y P. y el 8.2.h de la C.A.D.H. –que prevén un recurso contra la condena– es que, en tal supuesto, revocada la absolución, el acusado tenga la posibilidad de recurrir la sentencia de condena y no que no pueda concederse el derecho a recurrir a las otras partes del proceso (cfr. Luis M. García, “El derecho a recurrir contra la sentencia en la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH habla sobre su alcance pero se queda a mitad de camino”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2005, fasc. 9, pág. 585 y ss.). Es que incluso cuando se entendiera que el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior corresponde sólo al condenado –extremo que se encuentra discutido en la doctrina–, ello no lleva a concluir que –entendidos los derechos convencionales como garantías mínimas– no pueda concederse por vía doméstica el derecho a los acusadores de recurrir el fallo absolutorio.

Tal como postuló Eugenio Raúl Zaffaroni en la causa “Argul” (citada), la revisión impuesta por el derecho al recurso –en su debida extensión– podría ser efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese precedente, el miembro del máximo tribunal especialista en derecho penal adujo que la Corte Suprema puede avocarse excepcionalmente a actuar como tribunal revisor a fin de no conculcar la

garantía contemplada en el artículo 8.2.h de la C.A.D.H. que goza de jerarquía constitucional.

El debido equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima y el derecho al recurso –ambos con jerarquía constitucional– genera la necesidad de arbitrar los medios necesarios –en este caso, el derecho de recurrir la sentencia condenatoria dictada por la Cámara de Casación– para que ambos encuentren debida salvaguarda.

Como he sostenido en el plenario "Zichy Thyssen" (ya citado), la resolución de conflictos de creciente complejidad en sus aspectos sociales, económicos y políticos, dimensionados a partir de un enfoque dinámico de las relaciones humanas, requiere una respuesta refleja en el orden legal, que tome en cuenta sus alcances de manera armónica y creativa. Para ello, debe fortalecerse la tesis que adjudica el concepto de ley vigente en materia de procedimiento penal a un plexo normativo que no reconoce sus límites en las disposiciones adjetivas de orden interno, sino que abarca a la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, que protegen y vigorizan el derecho de acceso a la justicia de todas las partes de un proceso criminal.

Puesto que los Pactos Internacionales requieren, por un lado, que se permita a este tribunal condenar en esta instancia (para salvaguardar el acceso a la tutela judicial efectiva de la víctima) y también exigen que se otorgue al acusado el derecho a recurrir ampliamente la sentencia de condena (a fin de respetar su derecho al recurso), entiendo que ellos habilitan al reconocimiento expreso de un recurso amplio ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ese recurso, si bien no expresamente regulado mediante la legislación de derecho interno, reconoce su existencia –como dije– en la interpretación armónica

de las normas convencionales en juego.

El recurso al que me refiero no consiste en el recurso extraordinario federal (el que tiene un alcance limitado –Fallos: 318:513–, Acordada 4/2007, C.S.J.N.), sino en un recurso amplio que permita satisfacer los estándares fijados por el Máximo Tribunal en la causa “Casal”, (Fallos: 328:3399).

En esta dirección se han venido encaminando los últimos dictámenes de la Sra. Procuradora General de la Nación en causas “D., Felicia s/ recurso de casación" S.E. D. 29, L. XLVIIL; “C., Nicolás Guillermo y otros s/homicidio –causa nº 242/2009”, S.C.C. 416, L.XLVIII; ambos del 04/10/2013; y causa “C., Omar Emir y otros s/causa n° 11684”, C. 32 L.XLIX, del 29/11/2013, en línea con lo decidido finalmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dichas causas el 5 de agosto de 2014.

En efecto, frente a condenas dictadas en la instancia casatoria, la Procuración General de la Nación ha considerado que, en el marco de lo decidido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha interpretado que el derecho a obtener la revisión del fallo condenatorio en términos amplios y por jueces distintos a los que lo dictaron debe ser garantizado, por imperio del artículo 8.2.h de la Convención Americana, aun cuando la legislación procesal aplicable no prevea específicamente un recurso ordinario contra él (cf. sentencia en el caso "Mohamed v. Argentina", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 23 noviembre de 2012, Serie C, nº 255); corresponde que esa revisión sea efectuada también por la Cámara Federal de Casación Penal, con intervención de una sala distinta de aquella que dictó la condena impugnada.

Luego, nuestro Alto tribunal ha precisado que *“el derecho reconocido que prioriza la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8.2.h. es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aún con la primer sentencia adversa, pues*

la propia Corte Interamericana excepciona la intervención de un tribunal superior –cuando no existe otro en el organigrama de competencias– aunque exige como único requisito que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia (cfr. parágrafo 90 del caso –de competencia originaria local– "Barreto Leiva vs. Venezuela" Corte Interamericana de Derechos Humanos)”; y en el entendimiento de que el escaso margen revisor que tiene la Corte mediante el recurso extraordinario federal dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del máximo tribunal constitucional, el nuevo examen del caso –primera condena mediante– en la mecánica de funcionamiento de la Cámara de Casación –máxime luego de la adecuación al recurso a partir del precedente "Casal"– no haría mella en su cotidianeidad desde lo eminentemente práctico (cfr. C.S.J.N. causa D. 429. XLVIII, “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”, del 05/08/2014).

No es el reconocimiento de la facultad de condenar por este tribunal lo que podría traer aparejada la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la violación a los tratados internacionales de los que forma parte, sino que es justamente su negación la que podría ocasionarla. Recuérdese que el artículo 2 del Pacto de San José de Costa Rica dispone que *“Si en el ejercicio de los derechos y libertades… no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”* y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

señalado expresamente el deber de los jueces de acudir a disposiciones que permitan morigerar aquellos efectos dañosos que representen un obstáculo al acceso a la justicia (caso “Cantos v. Argentina”, cit.).

En razón de todo lo expuesto, queda despejado el panorama en el cual pueden ser abordados los reclamos de las acusaciones en particular.

XIII.c. Con el objeto de realizar un adecuado examen de los cuestionamientos impetrados por las recurrentes corresponde repasar los argumentos del tribunal a efectos de adoptar la resolución ahora recurrida.

En cuanto a la participación de Mendoza, el sentenciante inició su análisis indicando que los acusadores coincidieron en describir la conducta de Mendoza como parte del ataque sistemático contra la población civil, elemento esencial del tipo objetivo de los crímenes de lesa humanidad.

Luego, realizó un somero repaso de sus alegatos y señaló que “[l]*a reseña precedente, demuestra que existe una notable asimetría entre la descripción genérica de la participación que le cupo a Mendoza en la implementación del ataque sistemático y la limitación del número de víctimas de los resultados lesivos: dos o tres según los acusadores. En efecto, de las pruebas producidas en el debate surge que más de cuarenta personas fueron sometidas a torturas una de las cuales consistía en la aplicación de descargas eléctricas sobre el cuerpo de las víctimas”* (cfr. fs. 4962vta./4963).

Agregó que “[e]*n tales condiciones, es preciso explicar por qué una práctica que debió ser generalizada (el control de los signos vitales de los torturados) se acotó a dos o tres de las víctimas”* (cfr. fs. 4963).

A título de ejemplo citó el caso de Berent y Acevedo quienes, en la lógica probatoria apuntada, fueron atendidos médicamente para proseguir con la tortura, sin que sus padecimientos integren la

acusación (cfr. fs. cit.).

Concluyó, que "[l]*a razón de la asimetría a la que nos hemos referido remite a las respectivas valoraciones de las pruebas que omisso medio descartan la dimensión que –como petición de principios– se asigna a la intervención de Mendoza, como presupuesto de su participación en el curso de acción que caracterizó al ataque sistemático" (*cfr. fs. cit.).

A continuación el tribunal analizó en particular los casos de Escobar, Salinas y Franzen.

En primer lugar, en relación con el caso de Ricardo Adolfo Escobar, el sentenciante indicó que Mendoza no tuvo una participación jurídicamente relevante en la imposición de tormentos.

Recordó que durante el debate el testigo ubicó a Mendoza en el quirófano mientras era intervenido por otros profesionales médicos, conducta que –aún en su rol de policía– no puede ser considerada como un aporte causal al delito, esto es, …*"determinar si la tortura podía continuar o interrumpirse" (cfr. fs. 4963vta.).*

Precisó que al retornar al D.I.P. el testigo fue víctima de torturas y amenazas pero en dicha ocasión fue asistido médicamente por el Dr. Herrera, a quien reconoció.

De tal forma, concluyó que la conducta atribuida no se encuentra respaldada por prueba alguna, extremo que resulta conteste con el pedido de absolución del Ministerio Público Fiscal y la abstención de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, ya que en el caso solo la Subsecretaría de Derechos Humanos de Misiones sostuvo la acusación (cfr. fs. cfs. 4963/vta.).

En segundo término, respecto del caso de Hugo Rubén Salinas el sentenciante inició su análisis por la acusación formulada por la Secretaría de Derechos

Humanos de la Nación que acusó a Mendoza como partícipe necesario de la privación ilegal de libertad de la víctima.

Recordó que la víctima relató en la audiencia de debate que fue capturado por efectivos de la Policía Federal Argentina, dependencia en la que permaneció durante una semana en la que fue torturado pero que nada indica que Mendoza formó parte del grupo. Con posterioridad, Salinas fue trasladado al D.I.P. donde estuvo entre 5 ó 6 días (cfr. fs. 4964).

Señaló que de las acusaciones del Ministerio Público Fiscal, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones surge que los coimputados (Herrero) y Giménez (Jefe del Departamento de Informaciones) fueron quienes decidieron la prolongación del cautiverio de Salinas.

Precisó que en ese contexto, no se advierte en qué consistió el aporte esencial de Mendoza en la captura y prolongación de la libertad de Salinas. En otras palabras, *"…si las órdenes impartidas por Herrero y ejecutadas por Giménez no podían llevarse a cabo sin un aporte indispensable de Mendoza (que no se ha aclarado cual fue) se pondría en entredicho el alcance de las atribuciones que detentaban"* (cfr. fs. 4964/vta.).

Finalmente señaló que *"…no resulta sencillo de aceptar que sólo en los casos de las víctimas (Salinas y Franzen) la privación de sus libertades requiriera del concurso del aporte indispensable de Mendoza y no así en los casos de los demás damnificados"* (cfr. fs. 4964vta.).

Por otra parte, con relación a la participación del imputado en el delito de tormentos, tuvo presente que *"de la declaración del testigo surge que identificó a Mendoza (por su chaquetilla y por su voz gruesa) como la persona que indicaba quién podía seguir siendo torturado o no, pero no afirmó que él mismo fuese revisado –siquiera mínimamente- para*

comprobar su estado con vistas que siguieran torturándolo” (cfr. fs. 4964vta.).

Indicó que en su declaración en etapa instructoria, el testigo narró que cuando era “picaneado” en la Policía Federal Argentina sufrió un paro cardíaco, por los que sus torturadores –con golpes de puño– lograron reanimarlo, dato relativiza la indispensabilidad de la intervención de un médico para imponer torturas (cfr. fs. 4964vta.).

Por último, el tribunal examinó los dichos de Juan Carlos Gualpa, profesional médico –ofrecido por la defensa– quien *“…afirmó que a poco de retornada la democracia, Mendoza le confesó –por así decirlo– que los oficiales le obligaban a decir hasta cuando aguantaban los detenidos la tortura, y que en algunas oportunidades seguían desatendiendo sus indicaciones”* (cfr. fs. cit./4965).

Señaló que esta genérica referencia no puede ser vinculada con los padecimientos sufridos por las tres víctimas –ya que no se requirió al testigo precisión alguna sobre su afirmación incriminatoria– y que derivar de ello un aporte indispensable a los resultados lesivos implicaría una imputación a título de responsabilidad objetiva (cfr. fs. 4965).

En tercer lugar, en relación con el caso de María Graciela Franzen, precisó que respecto de la privación ilegal de la libertad, por razones similares a las analizadas en el caso Salinas, no puede sostenerse su intervención en el hecho.

Luego recordó que al analizar los resultados lesivos probados respecto de Franzen se consideró que fue sometida a torturas y atentados a su libertad sexual desde el momento de su detención, cuando ingresó al Departamento de Informaciones. Ámbito en que fue nuevamente torturada y alcanzó a oír la voz de un médico que indicó si podían continuar o no con los padecimientos que le infringían (cfr. f.s 4905vta.).

Señaló que –en audiencia de debate– la testigo aludió a tres momentos en los cuales tuvo contacto con Mendoza (los que describió), circunstancia que fue negada por el imputado en igual oportunidad procesal (cfr. fs. 4965vta.).

En tal contexto, el sentenciante consideró que las circunstancias en que la víctima identificó al imputado resultan confusas pues "[m]*edian insalvables diferencias ente: a) el hecho de que fuera Ríos quien se lo mostrara, b) la circunstancia de que reconociera su voz cuando fue atendida por la afección pulmonar y c) que lo viera cuando se estaba desangrando y le quitaron las vendas (cfr. acta de debate)"* (cfr. fs. 4966).

Agregó que de la imprecisión apuntada no puede inferirse que la testigo mintió a sabiendas pues su relato es consiste en cuanto a la presencia de un médico durante las torturas y los numerosos comentarios de víctimas que afirman que Mendoza cumplía un rol participativo en las mismas, dato este último que pudo concurrir para reconfigurar el hecho en sí (cfr. fs. cit.).

Por último, si bien el tribunal consideró que lo expuesto bastaría para afirmar que no se acreditó la participación de Mendoza en los casos de Escobar, Salinas y Franzen, analizó el concepto de "confirmación negada" al que aludió una de las defensas (cfr. fs. cit.).

Indicó que desde su declaración en audiencia de debate Mendoza ensayó una eximente de responsabilidad, esto es, que las detenidas políticas tenían un trato especial y eran atendidas por los doctores Pons y Herrera, defensa que debió ser replicada por las acusadoras pues no solo se sustentó en sus dichos sino también en los testimonios de las víctimas que citó (cfr. fs. 4966vta./4968).

Precisó que si bien Herrera no declaró siquiera en la instrucción pues falleció, lo cierto es que en la acusación su presunta participación en los

resultados lesivos fue omitida, circunstancia que si bien centra la imputación en Mendoza, cierne razonables dudas sobre la identidad del médico en cuestión (cfr. fs.4968/vta.).

Añadió que teniendo en cuenta la participación necesaria imputada a Mendoza como también que en audiencia de debate declararon numerosas víctimas a las que se le impusieron tormentos, habiéndose comprobado la existencia de un ataque "sistemático" por parte de un aparato organizado de poder *"…no se ha explicado las razones que determinaron que el aporte indispensable de Mendoza haya sido tal sólo en relación a dos o tres víctimas (según las distintas acusaciones) y –en todo caso– cuál fue el criterio de selección que explicaba la necesariedad de su participación. Dicho de otra manera, si la participación de Mendoza era esporádica (en 2 o 3 casos) ello pone en crisis o bien la indispensabilidad de su aporte (del que se prescindió en los demás casos), o el carácter planificado del ataque sistemático, elemento configurador de los delitos de lesa humanidad"* (cfr. fs. 4968vta.).

XIII.d.1. No comparto el criterio expuesto por el tribunal.

La testigo Franzen declaró en audiencia de debate que luego de ser aprehendida y torturada, la trasladaron nuevamente al centro (Departamento de Informaciones) donde continuaron torturándola *"…le decían que cuando quisiera hablar abriera las manos, escuchaba muchas voces, escuchaba la voz de un médico que indicaba si podían seguir o debían parar de torturarla…"* (cfr. fs. 4675).

Relató –entre otras cosas– que la tortura continuó hasta el otro día, que llamaron a un médico y la llevaron a una piecita sucia *"…allí estuvo una semana… Ríos… le dijo que vendría un médico, se burlaba y le decía cosas. En un momento… Ríos me saca*

la venda y me muestra que estaba el médico que me iba a atender…” (cfr. fs. 4675).

Más adelante en su relato, la testigo señaló que ya en la Alcaldía de Mujeres, la pusieron en un pabellón común, y que *“…Sonia Olmos y Mónica Bustos le dijeron que fueron atendidas por el Dr. MENDOZA durante las sesiones de torturas, allí estuvo un mes, había mucha humedad, se enfermó, tuvo pulmonía cuando el médico la vio le dijo ‘ahora estás acá’, era el Dr. MENDOZA”* (cfr. fs. 4675).

La testigo precisó que estuvo en el Departamento de Informaciones y luego en la Alcaldía, que *“…la salita donde la atendió el médico estaba en la Alcaldía, afuera en la entrada…”* y aclaró *“…que vio al Dr. MENDOZA, que si bien primero lo identificó por la voz y cuando se estaba desangrando le sacaron la venda y ahí pudo ver al Dr. MENDOZA”* (cfr. fs. 4675vta.)

Indicó que *“…para controlar su corazón, le ponían el aparato que usan los médicos para escuchar los latidos; no sabía que remedios le daban, que la burla del médico era decirle que estaba con la menstruación y que no se estaba desangrando. Identifica en la Sala al Dr. MENDOZA, lo mira y sostiene que él fue el médico que la atendió durante su detención”* (cfr. fs. 4677/vta.).

Por su parte, Hugo Rubén Salinas en audiencia de debate relató el derrotero sufrido desde su aprehensión.

Señaló que durante su paso por el Departamento de Informaciones de la Policía Provincial, fue alojado por un par de días en un tubo de hormigón junto con otras personas y luego en una celda (cfr. fs. 4706vta.)

Precio que *“…en Informaciones había muchas personas que estaban en la misma condición que el deponente, alrededor de 20 ó 30, no recuerda los nombres de los que estuvieron con él allí”* (cfr. fs. cit.).

Que *"…recuerda a un tal MENDOZA, era como 3 ó 4 los que estaban en la tortura".* Que a un sujeto que le hacía preguntas y lo castigaba lo reconoció porque lo conocía y a *"…a Mendoza lo pudo ver por debajo de la venda, era un médico o alguien que decía 'a este sí o este no' o 'basta', la única vez que lo pudo ver camino entre los detenidos. Era la persona que decía a quien se le iba torturar en ese momento que estaban allí. Solamente escuchó esos dos apellidos, porque se llamaban entre sí"* (cfr. fs. 4706vta./4707).

A preguntas realizadas, indicó que *"…en el momento en que pudo ver que caminaba entre los detenidos, MENDOZA tenía una chaquetita blanca, en ese momento no lo asoció, pero en la cárcel luego de hablar con los demás, pudo indicarlo"* (cfr. fs. 4707).

Añadió que *"…escuchó el apellido MENDOZA, la noche en que fue torturado, tenía una voz gruesa, por esa voz se dio cuenta de quién era la persona que siempre estaba hablando en ese momento, y que estaba vestido con chaqueta blanca"* (cfr. fs. cit.).

Era *"…una voz gruesa, diferente a las demás, no sabe si era forzada o era su voz normal. Que en el momento que lo vio que –fue cuando se le aflojó la venda–, no pudo tener buena percepción, pero lo fue asociando por cómo lo llamaban y por la chaqueta blanca, pero en principio era un policía más"* (cfr. fs. cit.).

Que *"…a ese policía lo escuchó hablar en diferentes oportunidades. Que lo vio de costado, cuando el policía caminaba entre los presos, cuando el deponente estaba apoyado contra la pared. Lo puedo ver solamente una vez, después lo pudo escuchar cuando lo llamaban o cuando era preguntado por alguien que estaba siendo torturado"* (cfr. fs. 4707/vta.).

Por último, Ricardo Alfredo Escobar expuso –también en audiencia de debate– su militancia política

y las circunstancias previas a su detención ocasión en que fue herido de bala. También relató cómo lo hallaron lastimado y lo trasladaron a cara descubierta al Departamento de Informaciones (cfr. fs. 4714vta./4715).

Señaló que una vez allí lo *"…deja*[n] *tirado sobre un banco, podía observar que había un gran movimiento de personas. Luego deciden que lo llevarían al Hospital Madariaga…"* donde lo operan dos médicos –que menciona– *"…y de la policía estaba el Dr. Mendoza. Como no fue con anestesia total, pudo observar que había muchas personas armadas con armas largas. Estuvo allí unos 20 días con aislamiento total"* (cfr. fs. 4715).

El testigo continúo su relato con su traslado a la Jefatura de la Policía (aclaró que hasta ese momento no había sido ni vendado ni encapuchado), los gritos de tortura que escuchó en horas de la tarde, como lo encapucharon y lo llevaron a Informaciones, donde fue torturado (sopapos, aislamiento y gritos de personas) encontrándose *"…muy disminuido, ya que pesaba 47 kilos"* (–cfr. fs. 4715/vta.–).

A preguntas que le fueron formuladas, señaló que *"…siempre quienes lo atendieron en el hospital, fueron miembros de la policía de la provincia de Misiones…"* e hizo mención a quienes pudo identificar (cfr. fs. 4715vta.).

Sostuvo que *"…Mendoza cumplía una doble función, como médico y policía. Expresa que un médico que avala la tortura es un torturador. Que eso le consta de oídas por dichos de compañeros"* y "[r]*efiere que acá hay dos médicos que estaban comprometidos…".* Uno falleció, el otro es Mendoza (cfr. fs. 4716vta.).

Aclaró que *"…la tortura empezó luego de ser operado, hasta ese momento se debatía entre la vida y la muerte"* (cfr. fs. 4717).

Lo hasta aquí expuesto, permite afirmar conforme sostienen las recurrentes la participación que le cupo a Mendoza en los tormentos padecidos por

las víctimas.

En efecto, contrario a lo sostenido por el sentenciante, la testigo Franzen identificó sin hesitación alguna a Mendoza como aquel galeno que intervino durante las torturas a las que fue sometida.

Por un lado, luego de ser torturada, encontrándose en una salita ubicada a la entrada de la Alcaldía, primero reconoció a Mendoza por la voz y luego pudo verlo mientras que la atendía.

De otro, la testigo también hizo alusión a otro episodio en que Mendoza la reconoció al atenderla por su cuadro de pulmonía.

Por su parte, el testigo Salinas brindó los concretos motivos que le permitieron sindicar a Mendoza como uno de los sujetos que participó en su tortura, a quien individualizó por su particular tono de voz.

En tanto que, Escobar aludió a su presencia mientras era sometido a una intervención quirúrgica –con anestesia local– producto de la herida reciba al tiempo de su detención.

Las circunstancias anteriormente descriptas valoradas en su conjunto permiten sostener, de adverso a lo sostenido por el tribunal, la responsabilidad de Mendoza en el delito de tormentos agravados que le fue enrostrado.

En efecto, la asimetría apuntada por el tribunal respecto a la genérica participación que se atribuyó a Mendoza en el plan sistemático implementado y los hechos por los cuales resultó finalmente acusado, no obsta a dicha conclusión.

La “generalidad” o “sistematicidad” no integran las características que debe reunir una conducta ilícita en particular para constituir un crimen contra la humanidad sino que hacen a la caracterización de este último delito (aspecto sobre el cual me expediré más adelante).

Cabe recordar una vez más que en el marco del plan sistemático implementado, que tenía por objeto la aprehensión de quien era considerado enemigo, la obtención de información mediante tortura era de vital importancia pues permitía la reproducción del aparato represivo, circunstancia esta que permite a su vez inferir la necesidad de “preservar” la fuente de información y esto, más allá del destino final o no que se diera a las víctimas.

En efecto, del relato efectuado por numerosos testigos en audiencia de debate –conforme sostiene el propio tribunal– ha quedado establecida la presencia médica en el transcurso de las sesiones de tormentos que padecían indicando –auscultación mediante o no– quien podía ser sometido a tormentos o hasta cuando se podía continuar con los mismos.

En este sentido, el hecho de que solo haya mediado acusación con relación al imputado Mendoza por los sucesos mencionados, no resta fuerza al cuadro de convicción existente sino que –por el contrario– denota que la acusación se ciñó aquellos casos que sindicaron al nombrado como partícipe en los tormentos padecidos. Tampoco lo hace, la circunstancia fortuita por la cual Salinas relató que se recuperó de las torturas padecidas en dependencias de la Policía Federal.

Cabe señalar que en este tipo de causas en que se investigan hechos ocurridos en el marco de la última dictadura militar, esto es ocurridos hace más de 30 años, la prueba testimonial adquiere singular importancia pues es mayormente a través de ella, que se ha logrado realizar una reconstrucción histórica de lo ocurrido. De esta forma, no menos relevante es también la circunstancia de que los crímenes fueron cometidos por integrantes del Estado bajo su cobertura y amparo, y que se trató de ocultar toda huella que permita probar la existencia de los mismos (en igual sentido: Fallos 309-I- 319 y C.F.C.P., Sala IV, causa nº 13.546 “Garbi, Miguel Tomás y otros s/recurso de

casación", registro nº 520/13, rta. el 22/04/13).

En dicho contexto la imputación que versa sobre Guillermo Roque Mendoza, quien al momento de los hechos era médico de Sanidad Policial, cobra virtualidad, y como tal su participación necesaria en las torturas que padecieron María Graciela Franzen, Hugo Rubén Salinas y Ricardo Escobar.

XIII.d.2.i. Así las cosas, sobre la "generalidad" y "sistemacidad" de las conductas individuales para ser consideradas como crimen de lesa humanidad cabe señalar que en el precedente "Derecho" (Fallos: 330:3074), la Corte Suprema precisó que "[los] *crímenes contra la humanidad, al igual que los delitos contra las personas, implican la lesión de derechos fundamentales de los seres humanos. La diferencia es que los primeros no lesionan sólo a la víctima que ve cercenados sus derechos básicos por el delito, sino que también constituyen una lesión a toda la humanidad en su conjunto*".

En este sentido, en mi voto en la causa "Molina" (causa nº 12.821, registro nº 162/12, rta. el 17/02/12), entre otras, ya he tenido oportunidad de interpretar que los elementos generalidad y sistematicidad no integran las características que debe reunir una conducta ilícita en particular para constituir un crimen contra la humanidad, sino que dichos elementos son requisitos que debe cumplir el ataque contra una población civil, del cual las conductas deben formar parte.

Dicha conclusión, mostré, surge directamente de la definición de los delitos contra la humanidad que establecen los principios inderogables del derecho internacional —*jus cogens*— que se encontraban vigentes al menos a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial (1945), y cuya expresión formal puede hallarse en los Estatutos de los Tribunales Penales establecidos por el Consejo de Seguridad de

las Naciones Unidas para juzgar los crímenes cometidos en la Ex Yugoslavia (1993) y en Ruanda (1994), y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998); a cuyo análisis me remito –por razones de brevedad– a lo oportunamente expuesto en las causas “Molina” y “Liendo Roca” –ya citadas–.

Sostuve que, independientemente de los matices que poseen cada una de las expresiones de la normativa consuetudinaria reseñadas, el elemento común a todas ellas es que las conductas que identifican como pasibles de ser consideradas crímenes contra la humanidad deben *ser parte* de un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil”, sin que pueda interpretarse razonablemente que la exigencia de generalidad o sistematicidad se extienda a las conductas particulares consideradas en sí mismas.

Indiqué que existe consenso en la jurisprudencia y doctrina internacionales respecto de que el así llamado “Elemento de contexto” que caracteriza a los crímenes contra la humanidad puede describirse del siguiente modo: (i) Debe existir un ataque; (ii) el ataque debe ser generalizado *o* sistemático (no siendo necesario que ambos requisitos se den conjuntamente); (iii) el ataque debe estar dirigido, al menos, contra una porción de la población; (iv) la porción de la población objeto del ataque no debe haber sido seleccionada de modo aleatorio (Sobre los elementos en particular, hice mías algunas precisiones formuladas por el Tribunal penal para la Ex-Yugoslavia, en el precedente “Prosecutor v. Tadic”, IT-94-“Prosecutor v. Tadic”, IT-94-T, del 7 de mayo de 1997, párr. 644 y ss. T, del 7/5/97, párr. 644 y ss.).

En este sentido –a riesgo de resultar reiterativo– no puede pasarse por alto al menos durante el período comprendido entre los años 1976 y 1983, la última dictadura que gobernó el país puso en marcha una serie de disposiciones que, aprovechando y reforzando el accionar de estructuras organizadas

preexistentes, tenían como objeto la erradicación de los así llamados “elementos subversivos”, y que llegó a incluir la desaparición física de aquellos que resultaban —por diversos motivos— sindicados dentro de dicho grupo.

Para la consecución de tales fines, ha quedado acreditado en la causa nro. 13/84 del registro de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal —donde fueron juzgados y condenados los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas— que las fuerzas represivas surgieron directamente de los virtualmente ilimitados recursos del aparato organizado de poder estatal, lo que no puede sino entenderse como un caso paradigmático de ataque contra la población civil (Ac. C.F.C.P. nº 1/12, Regla Cuarta).

Concretamente tuve presente que la C.S.J.N. en el marco de la causa de referencia, tuvo por probado que el plan represivo, incluyó ente otras, las siguientes conductas: *“…a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia;* ***c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas****; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar del alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado*

físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto” (cfr. Fallos: 309:1, el destaco me pertenece).

Asimismo, no resulta ocioso recordar que nuestro más Alto Tribunal completó la descripción del plan sistemático de represión afirmando que dentro de éste *“…se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno.”* (loc. cit.).

En esta inteligencia, se hace patente que la exigencia de que los hechos atribuidos a Mendoza deban ser, individualmente considerados, *generalizados* o *sistemáticos* para ser considerados crímenes contra la humanidad, no forma parte de ninguna interpretación que de las normas relevantes se ha efectuado. Antes bien, dichos caracteres son sólo propios y característicos del elemento “ataque contra la población civil” que recoge la definición típica de los crímenes contra la humanidad y que, como he mostrado, se encuentra acreditada —con el grado de conocimiento exigible en esta oportunidad— en la plataforma fáctica que es objeto de este proceso (en sustento de mi postura cite TPIY caso “Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, et al.”, IT-96-23-1, del 12 de junio de 2002 y TPIR, “Prosecutor v. Kayishema”, ICTR-95-I-T, del 21/5/99, párr. 135).

Por lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que la circunstancia de que los hechos investigados hayan sido realizados, o no, “a gran escala”, “de modo generalizado o sistemático”, “con habitualidad”, o cualquier otra expresión equivalente, no constituye obstáculo alguno para su calificación como crímenes

contra la humanidad, puesto que la norma relevante no exige la concurrencia de dichos elementos sino en lo que respecta al “ataque (generalizado y sistemático)” del cual, eso sí, estas conductas individuales deben formar parte.

XIII.d.2.ii. Ahora bien, descartada la posibilidad de que sea la generalidad o sistematicidad aquello que torna a una conducta individualmente considerada como un crimen contra la humanidad, corresponde señalar cuáles son los parámetros ajustados a derecho que corresponde exigir a un hecho para que éste pueda ser calificado como un crimen contra la humanidad.

La cuestión se ciñe en determinar cómo una conducta específica forma parte o no del ataque, condición base para la calificación de un hecho como contra la humanidad.

Propuse como criterio que la conducta debe satisfacer las siguientes condiciones:

(i) La conducta formaba parte de aquellas conductas que, al momento de comisión de los hechos, estaban reconocidas por la comunidad internacional como pasibles de integrar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

(ii) La conducta ocurrió espacio-temporalmente en forma concomitante al ataque respecto del cual se evalúa su pertenencia.

(iii) El agente integró o contó con la aquiescencia del aparato organizado de poder al que se le atribuye colectivamente la responsabilidad por la perpetración del ataque.

(iv) El agente llevó adelante la conducta, entre otras cosas, motivado por el manto de impunidad que el hecho de formar parte (o contar con la aquiescencia) del aparato de poder responsable del ataque le garantizaba. Inversamente, podría decirse: no es razonable suponer que el agente hubiera actuado

como lo hizo de no haber sido por aquel “manto de impunidad” con el que contaba.

(v) La víctima (o víctimas) de la conducta endilgada integraba el conjunto de víctimas frente a las cuales el ataque estuvo dirigido (conjunto cuya definición debe ser sensible a la discrecionalidad con la que contaba el agente para seleccionar a las víctimas: a mayor discrecionalidad, más difícil será objetar que una víctima determinada no formaba parte de aquel conjunto).

XIII.e. De esta forma, esbozado el marco teórico dentro del cual deben valorarse los hechos endilgados a Guillermo Roque Mendoza como partícipe necesario del delito de tormentos agravados; corresponde establecer si ellos pueden o no considerarse como crímenes de lesa humanidad.

El primer y segundo elemento del criterio propuesto no ofrece dificultad pues las conductas endilgadas al nombrado que tuvieron por víctimas a Franzen, Salinas y Escobar ocurrieron en circunstancias en que las víctimas se encontraban privadas de su libertad, en dependencias pertenecientes a la fuerza policial provincial (Departamento de Informaciones y Alcaldía), entre los meses de mayo y septiembre del año 1976 (aproximadamente), ocasión en que padecieron diversas clases de tormentos.

Por otra parte, las conductas imputadas ocurrieron objetivamente dentro de los márgenes espacio-temporales del ataque generalizado y sistemático que tuvo lugar contra la población civil entre marzo de 1976 y diciembre de 1983.

Las condiciones 3 y 4 el criterio propuesto tampoco ofrecen dificultades de aplicación en el presente caso.

En efecto, conforme lo expuesto en el punto XIII.d.1. del presente voto, se encuentra acreditada la participación necesaria de Mendoza en las conductas por las cuales resultó acusado, como también que el

nombrado formaba parte integral del aparato de poder organizado que llevó adelante el ataque sistemático y generalizado, ya que se desempeñó como Oficial de la División Sanidad de la Policía de la Provincia de Misiones.

Finalmente, el quinto elemento, esto es, la calidad de las víctimas como perteneciente al conjunto de víctimas del ataque generalizado y sistemático, surge sin dificultad de la constatación de que Franzen, Salinas y Escobar fueron secuestrados y recluidos en centros de detención por los motivos por los cuales, en forma general, los perpetradores del ataque secuestraban a sus víctimas (en este sentido me remito a lo expuesto en el punto X del presente voto).

Por lo hasta aquí expuesto, entiendo que corresponde afirmar la calidad de “lesa humanidad” de las conductas endilgadas a Mendoza, circunstancia que se encuentra clara y suficientemente acreditada.

En definitiva propicio al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y el Ministerio Público Fiscal; casar parcialmente la sentencia recurrida, revocar parcialmente el punto dispositivo VII) y condenar a Guillermo Roque Mendoza como partícipe necesario del delito de tormentos agravados de los que resultaron víctimas María Graciela Franzen, Hugo Rubén Salinas y Ricardo Adolfo Escobar, todos ellos en concurso real (artículos 45, 55, 144 *ter* primer y segundo párrafo del C.P. –texto conforme ley n° 14.616–).

XIV. Sobre el concurso de delitos

En el término de oficina, la defensa oficial de los imputados Herrero, Giménez y Amarrilla sostuvo que la sentencia recurrida resultó arbitraria por auto-contradictoria toda vez que el tribunal consideró

que los delitos juzgados son de lesa humanidad y a su vez aplicó las reglas del concurso real.

Explicó que si el delito de lesa humanidad lleva implícita la idea de una unidad inquebrantable entre los hechos que la componen (ataque sistemático) sólo permitiría aplicar las reglas del concurso ideal por tratarse de una unidad de acción, esto es, un plan determinado para un fin determinado.

El cuestionamiento realizado no puede prosperar.

Ello así por cuanto si bien la "sistematicidad" da cuenta de la existencia de un patrón o plan metódico, alude a un elemento que junto con otras características –ya apuntadas a la largo del presente voto– permiten la tipificación de los hechos objeto de proceso como crímenes de lesa humanidad, independientemente de que luego se determine la existencia o no de un vínculo entre la conducta particular y el "elemento contextual" (sobre el tema me remito al criterio desarrollado en los precedentes "Molina" y "Liendo Roca" –ya citados–).

En otras palabras la conjunción de dichas características, permite la subsunción de las conductas investigadas en la categoría aludida (elemento de contexto), independientemente de la subsunción legal de los actos individuales que puedan cometerse como parte del ataque que –conforme ya expliqué– no deben revestir la calidad de "generalizados" o "sistemáticos".

En definitiva, corresponde el rechazo de la crítica analizada.

XV. Sobre las penas

XV.a.1. La defensa de Carlos Omar Herrero criticó –en su escrito recursivo– la pena de prisión perpetua impuesta a una persona octogenaria, circunstancia que atenta contra la función rehabilitadora de la misma.

En este sentido, en el término de oficina, hizo alusión al régimen de progresividad e indicó que

en los términos del artículo 41.2 del C.P. habiendo aceptado la sentencia recurrida que no se pudo determinar la amplitud y dirección de la orden realizada, dicho extremo debió ser ponderado en favor de su asistido, lo que solicitó.

XV.a.2. Por su parte, la defensa de Felipe Nicolás Giménez formuló consideraciones de igual tenor en torno al fin resocializador de la pena impuesta y, en el término de oficina, consideró que la valoración que se efectuó en punto a la naturaleza de las acciones, el cargo que ostentó y los medios utilizados infringió la prohibición de doble juzgamiento.

En atención a lo expuesto como también la crítica efectuada en torno a las reglas concursales aplicadas solicitó que se adecue la sanción.

XV.a.3. La defensa de Carlos Alberto Pombo –en el término de oficina– indicó que los cuestionamientos realizados por el Ministerio Público Fiscal y la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones fueron declarados inadmisibles, por lo que la facultad revisora de esta Cámara se encuentra limitada al sentido propuesta por dicha defensa.

En este orden de ideas, adujo que la pena individualizada debía ser disminuida debido a la falta de tratamiento del caso “Mongestern” y que, en caso de prosperar los recursos interpuestos por las acusadoras con relación al caso “Martofleac”, debía existir una compensación adecuada (ingreso y egreso de un suceso en el acervo punitivo).

XV.a.4. La defensa de Julio Argentino Amarilla criticó por excesivo el monto de pena impuesta a su asistido atento a la escala penal prevista para el delito que le fue atribuido teniendo presente la carencia de antecedentes penales como también su contexto personal y solicitó que se reduzca la pena de inhabilitación absoluta y perpetua conforme

a parámetros lógicos.

Asimismo, en el término de oficina la parte reiteró su agravio en punto al *quantum* punitivo, solicitó que se pondere su actitud posterior que –junto con las circunstancias ya apuntadas– neutraliza la necesidad de imponer una pena de efectivo cumplimiento.

Añadió que de conformidad con el cuestionamiento formulado en punto a la aplicación de las reglas concursales, recalificada la conducta de su asistido debía también reducirse su pena, lo que solicitó.

XV.b.1. Por su parte, la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones cuestionó –en su escrito recursivo– los montos de pena impuestos a Amarilla y Pombo (artículos 40, 41 y 58 del C.P.) por inadecuados atento a la gravedad de los hechos juzgados, ya que se los condenó por debajo de la mitad solicitada por dicha parte.

XV.b.2. En tanto que, el Ministerio Público Fiscal sostuvo que a efectos de determinar la pena impuesta a Amarilla y Pombo el tribunal se apartó de lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del C.P., teniendo presente la gravedad de los delitos por los cuales ambos resultaron condenados como también lo solicitado en punto a la aplicación del agravante prevista en el artículo 143 *ter* segundo párrafo (texto conforme ley 14.616).

XV.c. A ese marco ceñido, previo a ingresar al análisis de los planteos formulados, cabe realizar una breve consideración en punto a la observación efectuada por la defensa de Pombo en orden a la competencia revisora de esta Cámara.

La parte adujo que se encuentra limitada por cuanto el recurso de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones como el presentado por el Ministerio Público Fiscal fueron declarados inadmisibles en punto al monto de pena impuesta a su asistido por falta de fundamentación.

Sin embargo, frente a las resoluciones que declararon la inadmisibilidad de los recursos en este aspecto, ambas partes interpusieron recursos de queja, que esta Sala hizo lugar (cfr. 5162/5175, 5404/5405vta. y 5643/5648vta. como también fs. 5217/5227, 5650/5665 y 5708/5713, respectivamente), por lo que corresponde el rechazo del planteo efectuado.

XV.d. La asistencia técnica de los imputados Herrero y Giménez cuestionó –en el término de oficina– que la pena privativa de la libertad impuesta a sus asistidos cumpla con el fin resocializador, considerando sus edades actuales, circunstancia que afecta el derecho al régimen de progresividad y configura un trato cruel, inhumano y degradante.

Sobre la cuestión traída a estudio de esta Sala habré de remitirme a las consideraciones oportunamente efectuadas en mi voto en la causa n° 614 “Rojas, César Almilcar s/recurso de inconstitucionalidad” (registro n° 1623.4, rta. el 30/11/98) y causa n° 3927, “Velaztiqui, Juan de Dios s/recurso de casación e inconstitucionalidad” (registro n° 5477.4, rta. el 17/2/04), que fueran reiteradas en lo sustancial en mi voto en el precedente “Bussi” ya citado –entre otros–, las que considero en un todo aplicables al caso si bien en los precedentes citados se cuestionó la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

Sostuve que, en primer lugar, es del caso señalar la significación jurídica de los términos “inhumano” y “degradante”. En este sentido el Tribunal Constitucional Español ha establecido que “trato inhumano” se define como aquel que “acarree sufrimientos de una especial intensidad” y “degradante” es aquel que “provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que puede llevar

aparejada la simple imposición de la condena".

En similar sentido afirma Binder que "[u]*na pena cruel, es aquella que impone un sufrimiento que no tiene ninguna relación con el hecho o le da una intensidad a ese sufrimiento que implica una autorización inadmisible, planteando un problema similar al de la pena de muerte. Es infamante una pena que impone una deshonra que, al igual que la crueldad, no tiene relación con el hecho que ha provocado la reacción estatal y busca otra finalidad. Las penas crueles e infamantes buscan destruir a la persona como si se tratara de la muerte y, por ende* [...] *son formas de destrucción humana*" (cfr. Binder, Alberto "Introducción al Derecho Penal", pág. 301/302, Ed. Ad Hoc, primera edición, Bs. As., 2004).

En concordancia con el marco dogmático reseñado, consideré que la pena de prisión perpetua en nuestro país, pese a su severidad, no puede ser encuadrada en la definición citada.

En efecto, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, N° 24.660, consagra normas que aseguran al interno asistencia espiritual y médica integral, derecho a comunicarse con su familia y allegados, así como también normas que garanticen el ejercicio del derecho a aprender; estableciendo en su artículo 9 expresamente que *"la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles inhumanos y degradantes"*, previendo además para quien ordene, realice o tolere tales excesos sanciones establecidas en el Código Penal.

Por otra parte, señalé que la cuestión se encuentra íntimamente relacionada con el principio de racionalidad de la pena, que exige que ésta sea proporcional a la magnitud del injusto y de la culpabilidad y que, en definitiva, reclama un examen de adecuación de la respuesta punitiva al caso concreto que, itero, no ha podido ser conmovido por la recurrente en el *sub examine*.

Asimismo, cabe agregar que en el citado

precedente “Rojas”, se sostuvo que “[d]*el análisis de los Tratados Internacionales incorporados a nuestra normativa constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la C.N., no surge expresamente, ni tampoco puede inferirse, que sus previsiones resulten inconciliables con la aplicación de la pena de prisión perpetua, siempre que se respete –al igual que en el caso de aquellas temporalmente determinadas– la integridad de la persona condenada (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, art. 5, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 26, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 7, 10, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, arts. 11 y 16, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37)*”.

Que “[d]*el estudio global y armónico de la Constitución Nacional y los tratados a ella incorporados, surge que la única restricción admitida por nuestro Estado en torno a la aplicación de la pena de prisión perpetua es la que emana del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prohíbe la imposición a los menores de dicha pena ‘sin posibilidad de excarcelación´. Con más razón entiendo no pugna con la normativa constitucional que ella se vea conminada para el delincuente mayor cuando, como dije, no sólo no existe norma alguna en el plexo constitucional que lo prohíba, sino que tampoco surge implícita su contra-dicción con los derechos humanos que aquél tutela*”.

Concluí que “[m]*ás allá de las autorizadas críticas que se le efectúan a la pena de prisión perpetua desde el punto de vista criminológico en orden a su conveniencia o eficacia -ámbito que, reitero, hace a la exclusiva competencia del Legislador y no a la de los jueces-, ella es uno de*

los tantos instrumentos elegidos por aquel órgano para lograr el cumplimiento de las máximas constitucionales que limitan los derechos de cada hombre por los de los demás, por la seguridad de todos y por el bienestar general (en ese sentido ver art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 32 del Pacto de San José de Costa Rica)".

También en el caso citado se dio respuesta al planteo de que la pena de prisión perpetua incumple la finalidad establecida por las normas internacionales, la reforma y readaptación social del condenado (específicamente artículo 5, inciso 6°, del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 10, inciso 3°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En este sentido, se ha señalado que esas normas indican *"…la finalidad ´esencial' que debe perseguir el Estado en el legítimo ejercicio del 'ius punendi', cual es la 'reforma y readaptación social' de los condenados; y si bien, de tal suerte, marcan una clara preferencia en torno a aquel objetivo llamado de prevención especial –del que no resultan excluidos los condenados a prisión perpetua– evidentemente no obstaculizan otros fines que el legislador adopte, y que no se enfrenten a la interdicción también prevista en nuestra Constitución Nacional de que las cárceles sean para castigo* (en este sentido: Carlos E. Colautti, "Derechos Humanos", pág. 64, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995)".

Lo hasta aquí expuesto, permite el rechazo de la crítica efectuada.

XV.e. Sentado ello, corresponde analizar los concretos cuestionamientos realizados por las partes (defensa y acusación) en torno a las penas impuestas a los imputados Herrero, Giménez, Amarilla y Pombo.

XV.e.1. En relación a Carlos Omar Herrero su defensa sostuvo –en el término de oficina– que al evaluar el criterio establecido en el artículo 41.2 del C.P. el tribunal aceptó que no pudo identificar con certeza cuál fue la amplitud y dirección de la

orden de realizar los hechos objeto de proceso, circunstancia que debió ser ponderada a su favor.

Sin embargo, la recurrente parte de una lectura parcial de los argumentos expuestos por el sentenciante.

En efecto el tribunal señaló que: *“g) Cuando el artículo 41.2 alude a ‘la participación que hayan tomado en el hecho’, obviamente no se refiere a las reglas jurídicas de la participación criminal (artículo 45/49 del Código Penal), pues se erigiría en una absurda lex geminae, sino al contenido material de su intervención en los ilícitos. Desde este punto de vista, no se ha acreditado si la orden de implementar el ataque sistemático encontró correspondencia en su extensión o intensidad”* (cfr. fs. 5016).

En otras palabras, el supuesto en examen *“participación que haya tomado en el hecho”* trata de otro claro indicador del grado o magnitud del injusto, esto es, la contribución concreta al conflicto analizado y, en este sentido, que el tribunal indicó que existió una orden en punto a la implementación del ataque sistemático aunque no se pudo determinar su equivalencia respecto a la “extensión” o la “intensidad” adoptada.

En definitiva, corresponde el rechazo de la crítica analizada.

XV.e.2. Respecto de Felipe Nicolás Giménez su asistencia letrada sostuvo que la ponderación que se efectuó en punto a la naturaleza de las acciones, el cargo que ostentó su asistido y los medios utilizados, infringió la prohibición de doble juzgamiento.

Precisó que si estos elementos fueron valorados para la tipificación del delito como constitutivo de lesa humanidad y, en consecuencia, imprescriptible, los extremos apuntados no pueden ser nuevamente ponderados bajo un “ropaje jurídico” diferente a modo de agravante de la pena.

La pretensión de la defensa no puede progresar.

Sobre la cuestión traída a estudio de esta Sala he sostenido con anterioridad que la categorización de los sucesos juzgados como crímenes de lesa humanidad no constituye una circunstancia que el legislador consideró (o pudo considerar) para establecer, por ejemplo, la escala del delito de tormentos (cfr. en extenso mi voto en la causa "Tommasi" –ya citada–).

Ello así por cuanto esa categoría es la que coloca los hechos en juzgamiento entre los actos ilícitos que la comunidad internacional considera más graves.

En dicha oportunidad señalé que *"…tanto desde el punto de vista de la naturaleza de los hechos, como desde la óptica de la culpabilidad de los intervinientes en el caso (en el sentido de que estos hechos ocurren y se desarrollan en el contexto de un plan dirigido a eliminar al opositor mediante mecanismos ilegales de represión y con la dirección y la aquiescencia del aparato estatal), no solo es pertinente sino que resulta elocuente su relevancia a los efectos de determinar la sanción penal"*.

Sostuve que la circunstancia de que los sucesos *"…merezcan la tipificación en el marco del derecho internacional como crímenes de lesa humanidad y que consecuencia, tal categorización haya posibilitado la prosecución de la causa nada tiene que ver con la instancia de evaluación de la gravedad de los hechos en particular"*.

De esta forma, cabe concluir que no existe infracción alguna a la regla que prohíbe la doble valoración.

Por lo demás, valen aquí también las consideraciones apuntadas con relación al imputado Herrero, en punto a la ponderación que el tribunal efectuó de su contribución con el conflicto analizado.

Resta señalar que con relación a las reglas

concursales aplicadas, el planteo de la defensa ha sido rechazado, por lo que no corresponde formular consideración alguna (cfr. punto XIV del presente voto).

Lo hasta aquí expuesto, permite el rechazo del agravio analizado.

XV.e.3.i. Con relación al imputado Carlos Alberto Pombo los planteos efectuados por su defensa no pueden prosperar.

Por un lado, el planteo de las acusadoras con relación al caso “Martofleac” fue recibido en forma favorable y, de otro, el agravio de la parte en torno a la falta de tratamiento del caso “Morgenstern” fue rechazado (cfr. puntos VIII y IX del presente voto).

De esta forma, la “compensación” solicitada carece de fundamentación alguna.

XV.e.3.ii. Ahora bien, tanto la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones como el Ministerio Público Fiscal se agraviaron en sus escritos recursivos del monto de pena impuesta a Pombo.

La querella adujo que no resultó adecuado atento a la gravedad de los sucesos y que fue por debajo de la mitad solicitada. En tanto que, la acusación pública reiteró el planteo de la naturaleza de los hechos investigados y tuvo presente lo solicitado en punto a la agravante prevista para el delito de tormentos (perseguido político).

Así las cosas, corresponde señalar en primer término que en ocasión de formular su alegato la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones solicitó con relación a Pombo la pena de 15 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas como coautor del delito de tormentos agravados (artículo 144 *ter*, primero y segundo párrafo) en perjuicio de 10 víctimas (cfr. fs. 4783 –acta de debate– y fs. 4793vta. –sentencia–).

En la sentencia recurrida se condenó a Carlos Alberto Pombo a la pena de 7 años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua como autor de crímenes de lesa humanidad en 9 casos que concurren en forma real por el delito de tormentos a detenidos (punto XII –cfr. fs. 4817vta./4818 –dispositiva– como también fs. 5017/vta. y 5036vta./5037 –sentencia–).

Para arribar al monto de pena impuesto, el tribunal indicó que "[e]*n cuanto a las penas que corresponde imponer a este inculpado, debe computarse como factor mitigante la jerarquía que ostentaba en la institución policial (agente de policía), con fundamento en la misma norma de derecho internacional citada en el tratamiento precedente* [artículo 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg]" (cfr. fs. 5017).

Agregó que siendo una "patota" la que integraba el grupo de tortura –conforme la versión de varios damnificados– *"…las dificultades probatorias que han sido consideradas para adjudicarle responsabilidad no pueden soslayar el dato de que no se ha establecido con certeza la entidad de los tormentos –que personalmente– impuso a los detenidos"*, circunstancia que *"…impide conocer con certeza el grado de participación en el sentido del artículo 41.1 del Código Penal, que le cupo en la producción de los resultados lesivos"* (cfr. fs. cit./vta.).

Por último, corresponde tener presente que si bien el imputado fue sobreseído por declararse extinguida la acción penal por prescripción en el caso "Martofleac", dicho extremo fue motivo de agravio por la acusación, cuestión que fue resuelta en forma favorable a su pretensión. También se hizo ha lugar el pedido efectuado en punto a la aplicación de la agravante de "perseguido político" en orden al delito de tormentos por los cuales Pombo resultó condenado (cfr. punto IX y X del presente voto).

A ese marco ceñido, entiendo que los reclamos efectuados deben prosperar.

Ambas partes han señalado en sus escritos recursivos que en el examen efectuado en punto a la determinación de la pena el sentenciante omitió ponderar diversos parámetros establecidos en los artículos 40 y 41 del C.P.

En tal sentido, las partes –en lo sustancial– coincidieron en que no se tuvo presente que el imputado integró en forma voluntaria el aparato represivo que implementó un plan generalizado y sistemático de ataque contra una parte de la población civil, a cuyo fin se utilizaron los medios y la fuerza del Estado para cometer delitos de suma gravedad y, a su vez, conforme sostuvo la acusadora pública, procurar su impunidad.

En sustento de su postura señalaron que en el legajo personal del imputado obra una "felicitación" del Jefe de la Policía por su participación en el "desbaratamiento de la OPM Montoneros" como también su calidad de funcionario público –policía– a la fecha de comisión de los hechos objeto de proceso.

En definitiva, la ausencia de los parámetros sintetizados tuvo su correlato en la exigua cuantificación realizada por el sentenciante a la luz de la escala penal prevista para los delitos atribuidos.

Al respecto, he sostenido con anterioridad que el deber de motivación de toda sentencia (art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación) se extiende sin dudas a la estimación de la sanción, porque *"la motivación de la decisión judicial que impone una pena debe permitir conocer de manera concreta cuáles son las razones por las que el tribunal ha escogido la sanción que aplica y no otra. Ese conocimiento no debe ser logrado mediante un esfuerzo de intuición, sino que ha de quedar claramente a disposición de quien lea el fallo, de manera que no sólo se advierta el marco legal aplicable, sino el uso particular que se ha*

hecho de él” (Abel Fleming-Pablo López Viñals, *Las Penas*, Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2009 p. 440).

En este sentido se ha expresado desde esta Cámara Federal de Casación Penal, que *“Los jueces tienen el deber de motivar las sentencias y ello se realiza cuando se expresan las cuestiones de hecho y de derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de un determinado modo. Se cumple así un principio que hace al sistema republicano, que se trasunta en la posibilidad de que los justiciables, al ser absueltos o condenados, y aquí agrego, a qué tipo y monto de pena, “puedan comprender claramente porqué lo ha sido”* (Sala III, causa “Ruiz, Karina Valentina s/recurso de casación”, registro nº 120.97.3, del 4/4/1997; y en similar sentido, Sala IV, causa “Villafañe, Julio César s/recurso de casación”, registro nº 5356.4, del 24/11/2003, entre otros).

En esta misma dirección se ha precisado que *“… la propia existencia del art. 41 sólo cobra sentido en tanto la decisión que individualiza la pena no sea ‘discrecional’, en el sentido de sujeta sólo al criterio del tribunal, sino que haya de realizarse siguiendo ciertas reglas que implican un deber de fundamentación explícita que permita el control crítico-racional del proceso de decisión”* (cfr. Ziffer, Patricia, en *Código Penal y normas complementarias*, Dir. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., Hammurabi: Buenos Aires, 2007, p. 73).

La determinación de la pena, pues, no está librada a la discrecionalidad del juez, sino que su decisión debe estar fundamentada en los parámetros proporcionados por el ordenamiento jurídico, concentrados en los arts. 40 y 41 de nuestro Código Penal.

El primero de ellos establece que *“En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso…”*, en tanto que el art. 41

establece, en forma no taxativa, los parámetros individualizadores que se tendrán en *cuenta* "[a] *los efectos del artículo anterior*".

Por lo hasta aquí expuesto, los agravios analizados deben ser atendidos.

XV.e.4.i. La defensa del imputado Julio Argentino Amarilla solicitó que se readecue el monto de pena impuesta a su asistido en función de los factores que habrían sido omitidos (escala penal, reglas de concurso, historia personal, ausencia de antecedentes y actitud posterior al hecho).

La crítica efectuada no puede prosperar.

El tribunal indicó que la pena a imponer al imputado admitía la reducción prevista por el artículo 46 del C.P.

Recordó que *"…en tramos tempranos de esta exposición* [señaló] *que su jerarquía (agente de policía) era un factor gravitante en orden a determinar la extensión de la reprochabilidad por sus actos"* (cfr. fs. 5016vta.).

Agregó que, en esta clase de delitos, la obediencia a órdenes de superiores no puede ser considerada como una eximente de responsabilidad aunque merece ser tenida en cuenta como factor mitigante (en este sentido, citó el artículo 8 del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg) y consideró adecuado imponer a Amarilla la pena de 7 años prisión e inhabilitación absoluta perpetua (cfr. fs. 5016vta.).

Al respecto, debo señalar que la extrema gravedad de los delitos por los cuales Amarilla resultó condenado denotan una absoluta falta de consideración y reconocimiento de la dignidad humana, circunstancia que como agravante, torna muy dificultosa la procedencia del reclamo efectuado, no sólo en punto a la disminución de la pena sino también con relación a su modalidad de cumplimiento.

Por lo demás, el pedido efectuado por la parte con relación a las reglas concursales fue rechazado y lo solicitado en punto a la reducción de la pena de inhabilitación impuesta carece de un mínimo desarrollo argumentativo.

XV.e.4.ii. De otra parte, cobran virtualidad en este punto las críticas efectuadas por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y el Ministerio Público Fiscal que cuestionaron por exiguo el monto de pena impuesto con similares argumentos a los analizados en el caso Pombo.

Por ello, atento al marco dogmático expuesto en dicha oportunidad, considero que el razonamiento efectuado resulta plenamente aplicable al presente caso y, por ende, los cuestionamientos formulados deben ser recibidos favorablemente.

XVI. Sobre la fijación de los montos de las penas

Sobre la base de todo lo explicado particularmente en el punto XIII.b.4. (según el criterio que vengo sosteniendo reiteradamente en consonancia con el pronunciamiento de la C.S.J.N. en causa D. 429. XLVIII, “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”, del 05/08/2014) y con arreglo a los fundamentos expuestos a lo largo de este voto, considero que este tribunal debe determinar las penas correspondientes de Herrero y Giménez, en razón de la propuesta efectuada respecto del delito de violación agravada.

También corresponde a esta Sala adecuar los montos sancionatorios, de acuerdo a los fundamentos arriba expuestos, con referencia a los acusados Pombo y Amarilla en virtud de la procedencia del reclamo efectuado por la acusación en orden al delito de tormentos agravados como también en punto a la exigüidad de las penas impuestas que, en el caso de Pombo debe incluir la revocatoria de su sobreseimiento por prescripción de la acción penal con relación al

caso “Martofleac”.

Por último, debe determinar la pena correspondiente a Mendoza, en razón de la propuesta revocatoria que formulé en punto a su absolución.

No obstante mi posición sobre esta cuestión, habiendo conocido el sentido de los votos de mis colegas, resulta innecesario y dispendioso avanzar en dicho terreno, debiendo reenviar las presentes actuaciones al *a quo* para que –previa sustanciación– se determine el monto punitivo que en definitiva corresponde imponer a los imputados Herrero, Giménez, Pombo, Amarrilla y Mendoza.

XVII. En definitiva, propicio al acuerdo:

I) Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Carlos Omar Herrero, de Felipe Nicolás Giménez, de Julio Argentino Amarilla y de Carlos Alberto Pombo. Sin costas, por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (arts. 8.2.h, C.A.D.H., y arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal, por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones, hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y, por consiguiente:

a. Casar parcialmente el punto dispositivo I de la sentencia impugnada y, en consecuencia condenar a Carlos Omar Herrero en calidad de autor mediato por tres (3) hechos de violación agravada cometidos en perjuicio de M.S.C., N.C.F. y S.H.B., que concurren en forma ideal con los delitos de tormentos y de privación ilegítima de la libertad por los que fue condenado (arts. 45, 54 y 122 en función del art. 119, inc. 3°, del C.P.).

b. Casar parcialmente el punto dispositivo IV

de la sentencia impugnada y, en consecuencia condenar a Felipe Nicolás Giménez en calidad de coautor por cuatro (4) hechos de violación agravada cometidos en perjuicio de M.G.F., M.S.C., N.C.F. y S.H.B., que concurren en forma ideal con los delitos de tormentos y de privación ilegítima de la libertad por los que fue condenado (arts. 45, 54 y 122 en función del art. 119, inc. 3°, del C.P.).

c. Casar parcialmente el punto dispositivo VII de la sentencia impugnada y condenar a Guillermo Roque Mendoza por considerarlo partícipe necesario del delito de tormentos agravados de los que resultaron víctimas María Graciela Franzen, Hugo Rubén Salinas y Ricardo Adolfo Escobar, en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter primer y segundo párrafo del C.P. –texto según ley n° 14.616–).

d. Casar parcialmente los puntos dispositivos IX, XII y XIV de la sentencia impugnada y, en consecuencia condenar a Carlos Alberto Pombo como autor del delito de tormentos agravados por la condición de perseguidos políticos de las víctimas reiterado en diez (10) oportunidades (incluyendo el caso “Martofleac”, calificándolo como crimen de lesa humanidad, atento a lo resuelto en el punto IX del presente voto); y a Julio Argentino Amarilla como partícipe secundario del delito de tormentos agravados por la condición de perseguidos políticos de las víctimas reiterado en treinta y siete (37) oportunidades (arts. 45, 55, 144 ter, primer y segundo párrafo, del C.P. –texto según ley 14.616–)

III) Reenviar las presentes actuaciones al *a quo* para la determinación –previa sustanciación– de las penas que corresponde imponer a Julio Argentino Amarilla, a Carlos Alberto Pombo, a Guillermo Roque Mendoza, a Carlos Omar Herrero y a Felipe Nicolás Giménez, de conformidad con lo expuesto. Sin costas (arts. 530 y ss. del C.P.P.N.).

IV) Tener presente las reservas del caso federal efectuadas por las partes.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

I. Que en orden al análisis de admisibilidad formal de los recursos sometidos a consideración, lleva razón el colega que lidera el presente acuerdo, doctor Hornos, en cuanto que los mismos satisfacen las exigencias legales adjetivas, tanto las de carácter objetivas como subjetivas, conforme lo prevén los arts. 456 -ambos incisos-, 458, 459, 460 y 463, todos del Código Procesal Penal de la Nación.

Sin embargo, en relación a las cuestiones alegadas por las defensas de los imputados Herrero y Giménez, que fueron invocadas en la oportunidad prevista en los arts. 465 (cuarto párrafo) y 466 del C.P.P.N. -término de oficina-, habré de realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, he de precisar que, según entiendo, este tribunal de alzada debe limitarse al estudio de los motivos casatorios expuestos *ab initio* en ocasión de interponerse el recurso de que se trate, salvo, claro está, que el asunto propuesto a revisión una vez expirada esa oportunidad procesal, sea susceptible de acarrear cuestión federal dirimente o se cuestione la validez de algún acto del proceso factible de fulminárselo con nulidad absoluta; circunstancias que, en parte, no observan los agravios expuestos en aquella oportunidad procesal.

Es que la inserción de los verbos desarrollar y ampliar contenidos en el art. 466 ídem es cabal muestra que lo que persiguió el legislador con su dictado, no era otra cosa que dar a la parte recurrente una oportunidad para que se extiendan o profundicen los motivos que fueron introducidos en la oportunidad del art. 463 del C.P.P.N., es decir, que pueda completarlos o perfeccionarlos, más no incorporar o adicionar otros no volcados en el recurso de que se trate.

Similar inteligencia le otorga a la norma

examinada, la palabra autorizada del jurista Francisco J. D´Albora al aducir que: *"*[…] *ni en la oportunidad* [prevista por el art. 466 del C.P.P.N.] *ni durante la audiencia establecida por el art. 468 las partes se encuentran facultadas para introducir nuevos motivos de casación; éstos quedan fijados a través del escrito de interposición y sólo pueden ser ampliados o desarrollados luego* […]. *Salvo que se trate de nulidades insubsanables, pues pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso"* (confr. *"Código Procesal Penal de la Nación"*, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, pág. 1026).

Haciendo foco en esa exégesis, y retomando la cuestión que nos ocupa, adelanto que los planteos de referencia serán analizados a lo largo de la presente ponencia.

II. Ahora bien, atento a la multiplicidad de motivos casatorios interpuestos por los recurrentes, y a la diversidad de respuestas y argumentos brindados por mi distinguido colega doctor Hornos, los que, atento a su claridad y extensión expositiva y armonía con las constancias obrantes en autos y con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causas similares, habré de compartir en lo sustancial; sin embargo, encuentro inevitable realizar puntuales consideraciones respecto de algunos de los agravios planteados.

En efecto, y a fin de no resultar repetitivo ni sobreabundante de cuestiones sólidamente analizadas, en especial, aquéllas de carácter dogmático, sólo me abocaré a realizar ciertas consideraciones que me distancian argumentativamente de mi colega preopinante -e, incluso, respecto de algunos agravios, también de la solución por él propuesta- o que entiendo que ayudarán a consolidar, más aún, el presente acuerdo. Para ello seguiré el orden de exposición de las cuestiones bajo examen realizado en el voto que antecede.

III. Sobre la capacidad del querellante de alegar en forma autónoma (caso “Capli”)

En cuanto a la actuación en soledad de la querella, en el caso, la Subsecretaría de Derechos Humanos de Misiones, en el proceso penal, puntualmente, en la oportunidad de exponer los alegatos finales, cabe recordar que, conforme lo vengo sosteniendo en innumerables precedentes (entre ellos, causa nro. 1595/2013, caratulada “Moreno, Mario Guillermo s/recurso de casación”, rta. el 24/06/14, Reg. Nro. 1276/14.4; causa nro. FCR 4543/2014/CFC1, caratulada “Marchese, Marta s/recurso de casación”, rta. el 27/03/15, Reg. Nro. 471/2015.4), el artículo 82 del C.P.P.N. le otorgó derecho o legitimación para querellar a “Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública…”, y es en virtud de dicho carácter que se la facultó para impulsar la acción, aportar elementos de convicción como así también para interponer recursos en los términos y alcances fijados por el Código de rito (cfr. arts. 84, 90, 174, 180, 311, 337, 3b 39, 340, 346, 347, 348, 352, 354, 355, 357, 358, 359, 374, 376, 389, 393, 460 del C.P.P.N.).

Asimismo, el otorgamiento de dichas atribuciones concuerdan con el derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el artículo 18 de la C.N., cuyo alcance tiene por finalidad la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional con el objetivo de que procure justicia y la obtención de una sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617, 305:2150, entre otros).

Incluso, si de acuerdo con la jurisprudencia sentada por el Máximo Tribunal en el caso “Santillán” -ya citada y desarrollada por el colega preopinante- el acusador particular puede proseguirse en soledad con el avance del proceso a la etapa del juicio con la

formulación del correspondiente y oportuno requerimiento de elevación a juicio, ello con ausencia de requisitoria Fiscal, con mayor razón resulta viable la actuación del querellante en esos términos en la etapa de los alegatos finales.

En razón de lo expuesto, habré de compartir la solución propuesta al respecto por el doctor Hornos.

IV. Sobre la calificación del caso "Martofleac" como delito de lesa humanidad

Respecto de esta cuestión, por la que se agraviaron el titular de la *vindicta* pública y la Subsecretaría de Derechos Humanos de Misiones, habré de disentir con la solución brindada por el magistrado preopinante.

Cabe recordar que el tema traído a examen a este tribunal de alzada, reviste dos aristas determinantes a los fines de la pretensión de los acusadores *supra* mencionados: 1) si los hechos que damnificaron a Claudio Damián Martofleac pueden ser caracterizados como delitos de lesa humanidad y, en consecuencia, la acción iniciada para su investigación se encuentra aún vigente; y, 2) si esos hechos pueden serles reprochados a Carlos Alberto Pombo.

Respecto de la primera cuestión, comparto la opinión del doctor Hornos en cuanto a que los hechos de los cuales fue víctima Martofleac, esto es, su secuestro y torturas padecidas desde la fecha de su detención acaecida el 27 de diciembre de 1978, se llevaron a cabo en el marco del ataque generalizado y sistemático a una parte de la población civil instaurado por el gobierno militar a partir del golpe institucional del 24 de marzo de 1976.

En efecto, estos hechos que tuvieron lugar en el ámbito de la Zona 2, a cargo del Segundo Cuerpo del Ejército, Subzona 23, Área 232 con jurisdicción en Misiones -conforme lo explicó el colega que lidera el acuerdo-, quedan comprendidos en la expresión de sentido común, junto al resto de las privaciones ilegales de libertad y tormentos agravados padecidos

por el resto de las víctimas; y la inescindibilidad entre los mismos desde la evaluación de su significado social, los coloca para su valoración también entonces en el lugar de crímenes contra la humanidad .

Todos los hechos en cuestión, aunque aquéllos se encuentren fuera del plazo temporal objeto de investigación en autos -abril de 1976 a marzo de 1978-, expresan porciones de la ejecución del plan, y por ello, todos resultan merecedores de la calificación de delitos de lesa humanidad. Todos ellos por igual, conforman, además de la grave afectación de los preciosísimos bienes personales libertad e integridad física en juego, expresiones parciales de un integral y sistemático plan de aniquilamiento por motivaciones de persecución política (cuestión correctamente analizada por el doctor Hornos en su voto, al señalar la militancia de Martofleac en el Partido Comunista).

Calificados entonces los hechos como constitutivos de delitos de lesa humanidad, se desprende, sin más, su imprescriptibilidad y, por ende, la acción penal seguida para su investigación se encuentra a la fecha vigente.

Sin embargo, habré de distanciarme con el primer votante en cuanto sostuvo que Pombo resultaba responsable de los tormentos agravados padecidos por dicha víctima (recuérdese que, como se explicó en el primer voto, ni el titular de la acción penal pública ni la Subsecretaría de Derechos Humanos de Misiones requirieron por el delito de privación ilegal de la libertad).

Veamos las razones que me llevan a apartarme de los argumentos brindados por mi colega preopinante. Téngase presente que en su declaración prestada en el debate Martofleac sostuvo que fue detenido el 27 de diciembre de 1978 a la salida de su trabajo -Vialidad Nacional-, por el propio Insaurralde y/o por personal

policial a su cargo (ello no surge con claridad de su relato), trasladado al Departamento de Informaciones, luego al Destacamento Policial de Santa Inés (donde denunció que fue torturado todos los días durante su estadía), a los trece días fue nuevamente trasladado al Departamento de Informaciones donde permaneció un mes y finalmente fue llevado a la Alcaldía hasta ser puesto en libertad aproximadamente dos meses después de su permanencia allí.

Respecto del imputado, en oportunidad de describir su estadía en el Destacamento Policial de Santa Inés, mencionó que entre las voces que escuchó allí, pudo reconocer la de Pombo, a quien conocía de su trabajo -Vialidad Nacional-. Seguidamente, a preguntas del fiscal, dijo *"después de que estuvo en Santa Inés, lo trajeron nuevamente a Informaciones, allí estuvo alrededor de un mes, fue hasta que se estabilizara un poco, luego de eso fue llevado a la Alcaldía, como no tenía venda en ese lugar, fue conociendo a todos, pero al único que pudo conocer como que estaba ahí era Pombo…"* (confr. fs. 4757).

Continuó relatando que *"la primera noche que estuvo en Santa Inés, Gabriel Barrios que era el Jefe de la Policía, lo torturó, él tenía un maletín donde tenía el aparato de tortura…no recuerda quien era el Jefe en ese momento, se sabe que estaba Barrios, por eso siempre pasaba por la vereda de Informaciones* [cuando ya estaba en libertad] *para conocer a los que estaban en la vereda. Responde al Dr. Martínez que a él le decían 80, no lo llamaban por el nombre, sobre todo Tomás Hermosa, Candía y Flores. Hermosa era uno de los policías que lo cuidaba como agente. Con él pudo hablar dos o tres veces…"* (confr. fs. 4757).

En primer lugar, fácilmente se advierte que el damnificado adjudica su detención y torturas a personas distintas al imputado.

Segundo, si bien menciona haber reconocido a Pombo, de oídas en el Destacamento Policial de Santa Inés y visualmente en la Alcaldía, no lo sitúa con

habitualidad en dichos lugares ni como quien lo privó de libertad o lo torturó, (o estuvo presente mientras otros lo hacían), ni siquiera sugiere que el imputado hubiera estado cerca suyo, es decir, que lo hubiera podido ver o advertir la situación que estaba padeciendo.

Ello, sin mencionar que, según lo expresó la defensa y conforme surge de su legajo personal, a la fecha en que Martofleac dijo haber estado en Santa Inés y en la Alcaldía, Pombo se encontraba trabajando en la ciudad de "El Dorado". Si bien no escapa al suscripto que las características que distinguieron a la última dictadura cívico militar que azotó a nuestra Nación, esto es, la clandestinidad y el "acuerdo" de impunidad, permitieron la existencia de funciones y destinos paralelos a los cargos que formalmente figuraban en los legajos de los distintos funcionarios de las fuerzas de seguridad que formaron parte de esa temible maquinaria de aniquilamiento, lo cierto que es no obra en el expediente ninguna otra prueba que lo ubique en el lugar de los hechos denunciados por Martofleac, y ni siquiera su testimonio permite tener por acreditada, con la certeza apodíctica requerida en esta etapa procesal para arribar a un temperamento condenatorio, que Pombo hubiera estado efectivamente en ambos lugares y que hubiera participado de alguna manera en los hechos que lo tuvieron por víctima.

En efecto, habré de señalar que, conforme lo vengo sosteniendo en varios precedentes de esta Sala, si bien es cierto que el contexto que caracterizó el funcionamiento de la maquinaria estatal de *represión y aniquilamiento de los elementos subversivos* durante el último golpe institucional en nuestro país, dificulta o impide contar, en la mayoría de las investigaciones, con el "elemento del delito" o con un plexo probatorio completo y acabado, sin que ello implique la imposibilidad de investigar, imputar y condenar por el

o los delitos que correspondiere, lo cierto es que dicho obstáculo material no habilita a prescindir de un análisis probatorio que brinde **certeza** acerca, en el caso, de que Pombo conocía la situación que estaba viviendo Martofleac y, de alguna manera, participó en ella.

Ello, toda vez que los principios rectores del Estado de Derecho y del Derecho Penal Liberal, requieren que todo reproche jurídico – penal que se emita contra una persona se delimite en tiempo, modo y lugar determinados, a fin de garantizar al imputado el pleno ejercicio de su derecho de defensa en juicio (confr. arts. 83, 188, 347, 381 y 393, todos del Código Procesal Penal de la Nación).

Es decir, resulta necesario que el titular de la acción penal, sea ésta pública o privada, describa el hecho que se atribuye circunscripto en tiempo y espacio concretos, pues lo contrario implica que el encausado deba defenderse de una imputación cuya plataforma fáctica se encuentra indeterminada, o sea, de hechos que no sabe bien cuáles son, ni dónde y cuándo habrían sucedido o su grado de participación.

En atención a lo expuesto, resulta, asimismo, necesario que la decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso debe encontrar sustento en acabada prueba producida durante el debate, la que debe ser razonablemente analizada por el tribunal de juicio y sólo cuando ella acarree una certeza positiva acerca de la existencia del hecho objeto de investigación y de la responsabilidad del imputado en los mismos, podrá arribarse a un temperamento condenatorio.

En este aspecto, entonces, propongo al acuerdo el rechazo de los recursos de casación interpuestos por el acusador público y la Subsecretaría de Derechos Humanos de Misiones.

V. Sobre la agravante prevista en el art. 144 *ter* del C.P. *Ne bis in ídem*

Respecto al agravio fiscal por no haber agravado el tribunal *a quo* los tormentos impuestos por

Amarilla y Pombo a las víctimas por las que resultaron condenados, esto es, por su calidad de perseguidos político, atento a que se acreditó en autos que todos los damnificados eran militantes políticos al tiempo de los hechos, habré de compartir las consideraciones efectuadas por mi colega preopinante, a las cuales me remito en honor a la brevedad.

Sin embargo, las conclusiones a las que arribé en el punto anterior -**IV.**-, lógicamente me alejan de su propuesta de aplicar dicha agravante al caso Martofleac.

VI. Sobre la calificación de los hechos cometidos en perjuicio de M.G.F., N.C.F., S.H.B. y M.S.C. como violación

1) En primer lugar, y previo a esgrimir las razones que me imponen apartarme de las conclusiones arribadas al respecto por el doctor Hornos, entiendo necesario realizar la siguiente aclaración, conforme también lo hiciera el colega que lidera el acuerdo.

Atento a lo que surge de sus legajos personales, y como tuvo por probado el tribunal *a quo*, Felipe Nicolás Giménez en su condición de Comisario Inspector asumió la jefatura del Departamento de Informaciones de la Policía de Misiones desde el 5 de diciembre de 1974 al 27 de julio de 1977. Por su parte, Carlos Omar Herrero, en calidad de Teniente Coronel del Ejército, ocupó el cargo de Jefe de la Policía de Misiones desde el 15 de junio de 1976 al 15 de diciembre del mismo año.

Asimismo, recordemos que los hechos que damnificaron a M.S.C., N.C.F. y S.H.B. tuvieron lugar en octubre de 1976; sin embargo, la privación ilegítima de la libertad de M.G.F., y el consecuente raid de tormentos y violaciones que padeció, comenzó el 19 de mayo de 1976.

Téngase presente que ésta última en las oportunidades que declaró, fue conteste en señalar que

luego de su secuestro en su lugar de trabajo fue trasladada a la zona céntrica (donde, al parecer, sus captores recogieron elementos metálicos) para finalmente ser conducida hasta un descampado donde fue torturada mientras se le preguntaba sobre el paradero de sus compañeros de militancia. En ese lamentable estado de salud, fue llevada nuevamente hasta el centro donde siguieron torturándola (bajo la presencia de un médico que en ese momento no pudo identificar) y ante su negativa de firmar unos papeles en blanco, trajeron a su padre y lo golpearon fuertemente delante de ella. Luego regresaron, la arrojaron sobre un escritorio donde fue violada -en reiteradas oportunidades-, por cinco o seis personas, humillándola y causándole fuertes dolores. Continuaron torturándola hasta el otro día, cuando fue finalmente alojada en una piecita sucia sin darle agua. Allí estuvo una semana.

Su relato continúa pero me detendré aquí, ya que es la parte de su testimonio que resulta relevante a la cuestión ahora analizada.

De una simple lectura de su declaración se advierte que los atentados sufridos contra su integridad sexual tuvieron lugar dentro de los dos o tres días, aproximadamente, desde su detención ilegal. Ello permite descartar, por no coincidir temporalmente los hechos descriptos con el período de actuación de Herrero como Jefe de la Policía de Misiones, la imputación que al respecto pese sobre el nombrado.

2) Ahora bien, adentrándome al estudio de las restantes imputaciones contra Giménez y Herrero por las violaciones agravadas sufridas por M.S.C., N.C.F. y S.H.B., en calidad de coautor y autor mediato, respectivamente, cabe señalar que las mismas recién fueron alegadas al final del debate por todas las partes acusadoras. Es decir, fue en dicha oportunidad procesal en la que, por primera vez, los legitimados activos sostuvieron el encuadre de los hechos investigados en dicha calificación penal autónoma (y

no como actos que formaron parte de los tormentos padecidos por las víctimas).

Al respecto, si bien el tribunal *a quo* tuvo por acreditados los hechos *supra* mencionados e, incluso, entendió que eran subsumibles en el tipo objetivo del delito en cuestión, no hizo lugar a la pretensión de los titulares de la acción, tanto pública como privada, ya que consideró que el cambio de calificación resultó tardíamente introducido.

En apoyo a su postura, citó abundante doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional.

Asimismo, sostuvo que llamaba la atención la omisión incurrida por los acusadores al dejar afuera de su alegato los hechos padecidos por A.E.M., J.H. y L.M.L contra su libertad sexual, los que también encuadrarían bajo la misma figura penal.

Finalmente, los sentenciantes brindaron las razones por las cuales entendían inaplicable al caso la doctrina de los fallos “Molina” y “Menéndez”.

Si bien tengo dicho que el principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio descansan sobre la identidad fáctica y no sobre la calificación que se le otorgue al hecho, lo cierto es que, en el caso, habré de compartir las consideraciones efectuadas por el tribunal de juicio. En efecto, los acusadores no alegaron prueba o hechos nuevos a fin de proponer el cambio de calificación, ni tampoco la descripción del hecho imputado a lo largo del proceso a Herrero y Giménez, en lo que a este aspecto concierne, permitió a la defensa suponer y, en su caso, defenderse, de un posible reproche penal autónomo por el delito de violación agravado.

Es decir, el suscripto entiende que tanto el fiscal como las querellas particulares realizaron una tardía reflexión de los hechos investigados y del abundante plexo probatorio obrante en autos. Sumado a

ello, el titular de la acción penal pública no logró rebatir, en su presentación recursiva (pues respecto de esta cuestión sólo el fiscal se quejó), la contundente argumentación del tribunal *a quo*; todo lo cual me convence en proponer al acuerdo el rechazo del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, respecto del agravio analizado.

VII. Sobre la autoría y la participación

1) Liminarmente, formalizaré algunas precisiones que habrán de modificar, en orden a los argumentos que fundamentarán las mismas, la *razón* del título de imputación fundante de la responsabilidad de los condenados -con excepción de Julio Argentino Amarilla, respecto de quien habré de compartir las consideraciones expuestas por el magistrado que lidera el acuerdo, en cuanto propuso mantener su calidad de partícipe secundario en los hechos por los cuales resultó condenado-, principalmente, respecto de Herrero a quien se lo consideró autor mediato.

En tren de rescatar coincidencias, a fin de respetar la claridad que toda sentencia habrá de poseer como condición constituyente, y por ello para no desandar el recto camino desarrollado en tributo a la misma por el voto que lidera el acuerdo, debo expresar mi coincidencia también en relación al grado del título de imputación de los hechos a los encartados: se trata, en todos los casos, de prestaciones que resultan merecedoras de la imputación penal plena, esto es, de la asociación de los hechos a los responsables en calidad de autores.

Empero, de una parte esa autoría no conforma autoría mediata; y por la otra, la misma no puede fundarse meramente en el factual co-dominio funcional de los hechos; y ello así, conforme las razones que a continuación expondré.

En primer lugar y según mi parecer, corresponde descartar de manera general y definitiva la autoría mediata para toda hipótesis en la que los

ejecutores materiales de las órdenes resulten plenamente responsables por esa ejecución, justamente esa circunstancia se presenta para todo caso de utilización de un aparato organizado de poder, y es lo que en estos autos se ha verificado.

Así, la consecuente responsabilidad del ejecutor material de la orden, y la valoración de la libertad que está implícita en esa asignación de responsabilidad –circunstancia que el arsenal de cualquier sistema imputativo estipulará como condición–, imponen descartar la valoración de su aporte al hecho, como mero "engranaje fungible" del plan de ejecución global.

Ello así, aún cuando efectivamente la ejecución de la orden haya resultado posible merced a la sustitución del ejecutor que se negara a proceder, toda vez que la responsabilidad del hombre de atrás no puede fundarse a costa de la libertad del hombre de adelante.

En palabras de Herzberg: *"En tanto, personas que actúan autónomamente, los receptores de la orden también pueden quebrar incluso la decisión más firme, seguir su conciencia, fallar el objetivo trazado por torpeza, permanecer inactivos por pereza o dejarse sobornar"* (Herzberg, Rolf D.: *"La sentencia-Fujimori: Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder"* en "La autoría mediata", Editores Ara, 2.010, pág. 133).

Pero por lo demás, fundar la autoría en la certeza para el autor del acaecimiento del resultado –para el caso en la existencia de un aparato organizado de poder con ejecutores fungibles– supone una argumentación que trasladada a la generalidad de casos, no resulta explicable, y rompe por ello la ineludible sistemática que debe exhibir todo sistema de imputación. Recurriendo a la siempre esclarecedora ejemplificación, impondría afirmar, que la autoría se

funda –en una hipótesis de la denominada autoría directa– en la precisión de las previsiones del autor sobre el curso planificado, por ejemplo en la calidad del arma elegida para matar, en la sofisticación del medio ardidoso, en la verosimilitud de la apariencia de la falsificación, etc.

Con evidencia se trata de circunstancias que podrían resultar relevantes para la evaluación de la idoneidad de la conducta en relación a su virtualidad para ingresar al ámbito del riesgo prohibido, pero no pertinentes para afirmar la autoría.

Pese a ello, y de manera además explícita para su original diseñador Claus Roxin, la existencia de una organización en la que, en atención a la fungibilidad de sus subalternos garantiza la ejecución de la orden, no configura sino una específica expresión de la idea del dominio, y ésta última, si bien ha sido una idea fundante históricamente de la autoría, no milita en sus pretensiones en soledad (cfr. originalmente sobre la idea de dominio como fundamento para la autoría mediata: Hegler, Mittelbare Tätherschaft bei nichtsrechtswidrigem Handeln der Mittelperson, en Festgabe für Richard Schmidt, Leipzig, 1.932; y últimamente sobre el dominio como fundamento de la autoría, Hass, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, Duncker & Humblot, Berlín, 2.008).

Es que, aún cuando, como ya expresara, efectivamente pueda constatarse que la fungibilidad del instrumento ha constituido la razón concreta del cumplimiento de la orden, a esta circunstancia todavía le falta la razón jurídica de la imputación. El actuar del instrumento *per sé*, no puede fundar la imputación al instrumentador, sino que además de esa circunstancia factual, corresponde analizar la responsabilidad del ejecutor, quien en virtud de su *calidad de responsable* se anula como fundamento de la imputación al emisor de la orden.

No estoy afirmando que la intervención del

ejecutor obstruya la responsabilidad de quien da la orden con fundamento en la interrupción del "nexo causal" que originalmente se le asignara a la prohibición de regreso en los desarrollos de Mayer, o aún con mayor precisión en la propuesta de Frank con fundamento en los factores subjetivos de imputación (Mayer, Der Kausalzusammenhang zwischen Handllung und Erfolg im Strafrecht. Eine Rechtsphilosophische Untersuchung, Freiburg im Brisgau, 1.899- Nuedruck Frankfurt a. M., 1.967; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 7. Aufl. 1.908). Ello así, toda vez que para relacionar, o en su caso, desligar el aporte del emisor, y el del ejecutor de la orden, no resulta pertinente ni necesario recurrir a la relación "causal", ni de "dominio seguro", ni a la evaluación "subjetiva" recíproca de los mismos, sino en todo caso con recurso a la interpretación del sentido objetivo del aporte, en orden a lo cual corresponde verificar si quien ha emitido la orden ha configurado de manera preponderante el hecho, haciendo suyo mediante esa configuración, el hecho en su integridad; esto es, determinando con su expresión, que el hecho le pertenece también, e íntegramente.

"Si el ejecutor emplea el modelo ya formado previamente, entonces el hecho porta –tanto en las obras buenas como en las malas– no sólo su *«sello» sino también el de los productores del modelo"* (Jakobs, Günther: *"Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori"*, en "La autoría mediata", Ara Editores, 2.010, pág. 109).

El sentido objetivo del aporte del hombre de atrás tiene la virtualidad de expresar que puede ser continuado por otras prestaciones *delictivas*, y esa circunstancia es la que resulta relevante para la imputación de su intervención en la calidad de autor. Asimismo, su hecho resultará conjuntamente valorado al

del hombre de adelante, los que en conjunto explicitan que, según distintos *ámbitos de organización*, ambas conforman diversas porciones de una misma infracción normativa.

En el contexto de actuación, la conducta de quien diseña o configura ordenando, se comporta emprendiendo *"…una conducta cuya continuación en una realización del tipo no ha de entenderse como puro arbitrio del sujeto que ejecuta, sino como inherente al comportamiento anterior, dicho de otro modo, su ejecución debe significar que no sólo ese comportamiento inicial, sino también el comportamiento de continuación realizado por el ulterior actuante, son asunto del autor y, en ese sentido, deben serle atribuídos"* (Jakobs, Günther: *"El ocaso del dominio del hecho"*, manuscrito, pág. 7).

Se trata de una "empresa" abordada mediante un trabajo repartido, en el que la vinculación entre los aportes de diseñadores y ejecutores deviene, para los primeros, en su influencia en la configuración del hecho, y para los segundos, en que su ejecución constituye efectivamente el cumplimiento con el plan previamente configurado; y con ello ambos expresan que el hecho en su conjunto les pertenece a ambos.

"El suceso que acontece positivamente es dominado por los ejecutores exactamente en aquella medida en la que lo configuren, y no lo dominan en la medida en que esté previamente configurado por parte de los demás intervinientes" (Jakobs, Günther: *"El ocaso del dominio del hecho"*, pág. 12); pero todos habrán de responder, y con fundamento en que sus prestaciones expresan la una pertenecer a la otra, y todas, en el mismo contexto, conforman expresión conjunta de la infracción normativa.

Así entonces, las prestaciones de Carlos Omar **Herrero**, en su carácter de Teniente Coronel del Ejército y Jefe de la Policía de Misiones, de retransmitir las órdenes tendientes a la realización de las actividades ilícitas llevadas a cabo por el

personal bajo su mando y haber oficiado de nexo entre la institución que presidía y los directivos del Área Militar 232, deben ser reputados actos merecedores de la máxima imputación, esto es, actos de autoría.

De igual manera, los hechos que se han acreditado perpetrados por Felipe Nicolás **Giménez**, en su condición de Comisario Inspector y Jefe del departamento de Informaciones, de ejecutar las órdenes retransmitidas por Herrero, esto es, haber privado ilegítimamente de la libertad e impuesto tormentos a las personas sindicadas como subversivas, conforman expresiones de autoría.

Por último, las actividades del Agente de la Policía de Misiones con funciones en el DIP, Carlos Alberto **Pombo**, de "*golpear a los detenidos con vistas a doblegarlos hasta obtener su confesión*", merecen igualmente ser consideradas prestaciones de autoría.

En razón de lo expuesto, entiendo que todos los condenados en autos -reitero, con excepción de Amarilla- resultan penalmente responsables en calidad de autores respecto de los delitos y hechos correcta e integralmente analizados por el doctor Hornos en su voto, con excepción a las disidencias y consideraciones efectuadas por el suscripto.

2) Pero, además, habré de recordar que no puede soslayarse la calidad funcionarial de los implicados en los hechos, y la especial trascendencia que esa condición imprime a los hechos en los que se ha acreditado su intervención.

Efectivamente, las condiciones de Teniente Coronel del Ejército y Jefe de la Policía de Misiones; Comisario Inspector y Jefe del Departamento de Informaciones; Agente de la Policía de Misiones con funciones en el Departamento de Informaciones; y Agente de la Policía de Misiones con funciones en el Departamento de Informaciones, de Carlos Omar Herrero, Felipe Nicolás Giménez, Julio Argentino Amarilla y

Carlos Alberto Pombo, respectivamente, imponen mudar el fundamento de la imputación del dominio por organización, hacia el quiebre de la especial obligación institucional que la función les confiere a los responsables. Se trata entonces de hechos en los que resulta prioritariamente dominante a los efectos de la imputación, la calidad funcionarial del implicado, la que gobierna y absorbe la defectuosa organización personal que expresa de manera subyacente su acreditada intervención en los hechos (Jakobs, Günther: *"Derecho Penal"*, págs.1/7 – págs. 11, 7/57 – págs. 259, 7/68 – págs. 265, 7/70 – págs. 266, 21/2 – págs. 718, 21/16 – págs. 730, 21/116 – págs. 791, 29/29 – págs. 972, 29/57 – págs. 993; etc.).

La significación jurídica de la institución que socialmente se expresa en su condición funcionarial, se encuentra en un grado supremo de consideración, en relación a la libertad de organización fundante de los ilícitos de dominio; toda vez que las instituciones que esas funciones expresan son *condiciones elementales* de la organización social, para garantizar la vigencia de la institución fundante de la imputación por dominio: la libertad personal (Sánchez Vera-Gómez Trelles, Javier: *"Delito de infracción de deber y participación delictiva"*, Ed. Marcial Pons, pág. 145).

En términos coloquiales, a todos nos es impuesto como corolario del institucionalmente reconocido ejercicio de libertad, responder de ese ejercicio toda vez que nuestra organización, por defectuosa, comprometa lesionando derechos de terceros; pero cuando esa organización pertenece al ámbito institucional de quien tiene asignada la obligación de seguridad exterior e interior, es la infracción a esa obligación central la fundante de imputación de los defectos organizativos.

El estatus jurídico que ostentaban los implicados en los hechos, les confiere por sobre la obligación del ejercicio de libertad inocuo para

terceros, esto es, de la general obligación ciudadana de organizarse sin lesionar, la condición de custodios de la legalidad en el ámbito de sus funciones, y la gravísima infracción a esa obligación exhibida en su intervención en los hechos verificados, transmuta la razón de su obligación de responder por los mismos. Se trata, como se ha dicho, de injustos de infracción al deber, de infracción institucional.

Así, la calidad de funcionario público de los autores no cualifica especialmente un hecho que hubiere podido ser cometido por un particular, transformándolo en una especie de los denominados "*delicta propia*"; sino que directamente el hecho merece ser considerado –y valorado para su imputación– como hecho funcionarial, esto es, no como hecho que reclama la intervención de un funcionario, sino como hecho de infracción a la *institución funcionarial*.

Ello así, toda vez que, como se ha expresado antes, y por sobre las obligaciones del respeto a la libertad y a la integridad física, se encuentran las instituciones que, justamente, contribuyen al sostenimiento y garantía de esa libertad, esto es, aquellas que expresan la organización institucional del Estado.

VIII. Sobre la absolución de Mendoza

1) En cuanto a la posibilidad de este tribunal de alzada de revisar un temperamento absolutorio, habré de recordar que el derecho de toda persona de recurrir una condena que recaiga en su contra, se encuentra normativizado en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 14 inc. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disposiciones internacionales que han adquirido jerarquía constitucional a raíz de la última reforma constituyente del año 1994, por la que se tuvo por

agregados a la Carta Magna los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Sin embargo, el alcance de este derecho debió ser precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, más enfáticamente a partir del precedente “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, en el que el máximo tribunal regional señaló que *“*[e]*l artículo 8.2.h. de la Convención Americana dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, “de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”.*

158. La Corte considera que el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir el fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

160. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que […u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos" (sentencia del 2 de julio de 2004).

Este precedente sirvió de base y fundamento para que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretara y reconociera un carácter amplio al recurso de casación -única herramienta procesal viable para la revisión de una sentencia definitiva-, así explicó, en oportunidad de resolver el fallo "Casal", que no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación un análisis completo de la decisión que se critica. Es decir, "el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que se pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable", y que "lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación".

En definitiva, el Alto Tribunal concluyó que “el art. 456 CPPN debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”.

De todo ello se colige que la C.S.J.N., en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional y de normas de menor jerarquía, entendió que no resultaba necesario ninguna modificación legislativa del ordenamiento procesal vigente a fin de cumplir con los estándares internacionales, sino sólo un cambio interpretativo de tales dispocisiones.

De esta manera, el Máximo Tribunal, al resignificar la competencia revisora de esta Excma. Cámara Federal de Casación Penal, ha multiplicado las posibilidades que, ante la invocación por parte del recurrente de un vicio material, es decir, que los sentenciantes hayan inobservado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, este tribunal de alzada case la decisión impugnada y resuelva el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare (confr. art. 470 del C.P.P.N.).

A ello debe adunarse que, atento a que nuestro código de rito reconoce facultad recursiva tanto al titular de la *vindicta* pública como a la querella, aunque con alcance limitado -confr. arts. 458 y 460 del C.P.P.N.-, también se multiplican las posibilidades que esta Cámara de revisión dicte condena e, incluso, imponga pena, previa realización de la correspondiente audiencia de *visu* del imputado, prevista en el art. 41 del Código Penal (confr. C.S.J.N. “NIZ, Rosa Andrea y otros s/ recurso de casación”, rta. el 15/06/2010).

Ahora bien, si se analiza más detalladamente el sentido y alcance que buscó darle la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en el precedente de mención al derecho de la doble instancia judicial, se advierten, principalmente, dos conclusiones: a) que el único beneficiario de la garantía del “doble conforme” es el imputado; y b) que ese derecho de recurrir el fallo exige una revisión amplia y completa del mismo.

En efecto, abundante doctrina tiene dicho que “en el proceso penal la garantía del derecho al recurso está exclusivamente reservada para el imputado contra quien se ha dictado una sentencia condenatoria o bien, a pesar de ser absuelto, se lo ha obligado a cumplir con una medida de seguridad o corrección. Desde la vigencia de tales convenciones internacionales [C.A.D.H. y P.I.D.C.yP.] se produjo un cambio relevante en relación al anterior principio de bilateralidad en las facultades recursivas del enjuiciamiento penal. Así, actualmente, el Estado por medio de sus órganos judiciales carece de toda posibilidad de intentar un recurso cualquiera contra la sentencia absolutoria pretendiendo rever la misma a fin de continuar la persecución penal en procura de una nueva resolución que, mutando la absolución ya obtenida por el justiciable, pueda agravar su situación mediante una condena. La garantía de recurrir ante un tribunal superior que otorgan tanto la CADH como el PIDCP está establecida sólo a favor del imputado condenado, quedando vedado todo recurso acusatorio para los órganos estatales como también para los particulares que en su carácter de querellantes hayan tenido intervención en el proceso.

[…] El derecho del imputado a recurrir la sentencia que lo perjudica obedece al principio de doble conforme según el cual, para que el Estado pueda ejecutar legítimamente una pena contra una persona, si ésta la impugna, es menester la doble conformidad judicial como significativa de que mediante la instancia de revisión, un tribunal superior,

coincidiendo o discrepando con la condena impuesta, le otorgue mayor legitimidad a la misma como acto jurisdiccional del Estado y al mismo tiempo una mayor *seguridad y tutela mediante la doble verificación para la persona enjuiciada”* (JAUCHEN, Eduardo M.: *“Derechos del imputado”*, Editorial Rubinzal – Culzoni, 1ra. Edición, Santa Fe, Argentina, 2007, págs. 451/452).

Asimismo, el profesor Maier enseña que *“esta garantía procesal, bien explicada, debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una persona, se necesita una* doble conformidad judicial*, si el condenado la requiere. Esta condición procesal, impuesta a la aplicación de una pena estatal -con otras palabras: el desarrollo del poder penal del Estado-, ha sido perfectamente descripta, por analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática, como la exigencia del principio de* «la doble conforme»*. El derecho al recurso se transformaría, así, en la facultad del condenado de poner en marcha, con su voluntad, la instancia de revisión -el procedimiento para verificar la doble conformidad- que, en caso de coincidir total o parcialmente con el tribunal de juicio, daría fundamento regular a la condena -dos veces el mismo resultado = gran probabilidad de acierto en la solución- y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria”* (MAIER, Julio B. J.: *“Derecho Procesal Penal”*, tomo I. Fundamentos, Editores del Puerto, 2da. Edición, Buenos Aires, 2004, pág. 713).

Entonces, en este entendimiento, resulta fácil advertir que el ordenamiento procesal penal argentino no satisface la plena realización y goce de esta garantía de rango constitucional pues, al facultar a los acusadores, público y privado, a recurrir una sentencia absolutoria -incluso, en ciertos casos, también de condena-, sumado al carácter amplio de dicha revisión reconocido por la C.S.J.N., habilita a este tribunal de alzada a revocar tales absoluciones y dictar las consiguientes condenas o, en

su caso, a cambiar calificaciones o penas en sentido más perjudicial para el imputado.

Ello es, lamentablemente, una consecuencia lógica y esperada de una utópica pretensión de convivencia armónica entre dos sistemas penales -inquisitivo y acusatorio- que no tienen en común siquiera sus fines. Este es uno de los costos que le toca pagar al sistema penal por una mixtura procesal de imposible aplicación práctica.

Así las cosas, desde la dogmática y la jurisprudencia se fueron ensayando varias respuestas discursivas a ese "bache legal" a fin de conciliar los estándares internacionales con la normativa interna, es decir, armonizar las competencias propias de esta Excma. Cámara Federal de Casación Penal, las facultades recursivas de los acusadores y la garantía del "doble conforme".

Sin embargo, esta dicotomía quedó, en principio, superada a raíz del fallo "Duarte" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (D. 429. XLVIII), rto. el 5 de agosto de 2014, en el que nuestro Máximo Tribunal habilitó la designación de otra Sala de la Cámara Federal de Casación Penal ante una eventual primera condena en esta instancia.

Sin perjuicio que el estárdar fijado por la C.I.D.H., a mi criterio, difícilmente quede satisfecho con la doctrina sentada en aquel precedente, máxime cuando el alto tribunal omitió fijar las formas bajo las cuales habría de llevarse a cabo dicha revisión por los otros colegas de esta Excma. Cámara, lo cierto es que la cuestión recibió una solución que, de todas las posibles, es una de las que más respeta y hace efectiva la garantía al "doble conforme".

En síntesis, y en virtud de los argumentos *supra* desarrollados, corresponde afirmar la competencia de esta Cámara para dictar condena, sin que ello conlleve una violación a la garantía de

mención.

2) Sentado cuanto precede, corresponde abocarme al estudio de los agravios planteados por los acusadores, tanto público como privados, en torno a la absolución dictada a favor de Guillermo Roque Mendoza.
En primer lugar, entiendo pertinente recordar que en oportunidad de exponer sus alegatos finales, el representante del Ministerio Público Fiscal bregó por la absolución del imputado respecto de los hechos que habrían damnificado a Ricardo Adolfo Escobar, y lo acusó como partícipe necesario del delito de imposición de tormentos agravada en perjuicio de María Graciela Franzen y Hugo Rubén Salinas.

A su turno, el representante legal de la Subsecretaría de Derechos Humanos de Misiones -doctor Martínez- acusó a Mendoza como partícipe necesario del delito de imposición de tormentos agravada en perjuicio de María Graciela Franzen, Hugo Rubén Salinas y Ricardo Adolfo Escobar.

Finalmente, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, representada por el doctor Pereyra Pigerl, acusó al encausado como partícipe necesario del delito de privación ilegítima de la libertad agravada por mediar violencia o amenazas, reiteradas, e imposición de tormentos reiterados, por los hechos que afectaran a María Graciela Franzen y Hugo Rubén Salinas.

Respecto del escrito recursivo de esta última querellante, habré de dejar a salvo que, conforme lo señalara el doctor Hornos en su voto, la parte sólo hizo mención acerca de la imputación contra Mendoza por el delito de privación ilegítima de la libertad agravada por mediar violencia o amenazas en perjuicio de María Graciela Franzen y Hugo Rubén Salinas, es decir, no realizó ninguna valoración probatoria ni brindó fundamentos a favor de su pretensión; por el contrario, su escrito recursivo se centró en las críticas concernientes a la absolución de Mendoza por el delito de imposición de tormentos contra los arriba

nombrados. En razón de lo expuesto, y en atención a las previsiones formales establecidas en el art. 463 del código de rito, es que su queja se atenderá sólo respecto a la última de las figuras penales referenciadas.

3) Ahora bien, en cuanto a los hechos que damnificaron a María Graciela Franzen y a Hugo Rubén Salinas, atento a la claridad expositiva del colega que lidera el presente acuerdo y, en honor a la brevedad, habré de adherir a la solución por él propuesta. Ello pues, más allá de los sólidos testimonios expuestos por estas víctimas, debe adunarse la restante prueba recabada en autos, en particular, las declaraciones de otros damnificados, como el caso de Segundo Báez (quien señaló al *"médico Mendoza, afirmando que entraba al calabozo, le preguntaba si le dolía algo y les entregaba calmantes a los otros detenidos"*), Haydee Susana Benedetti (quien precisó que *"en la Alcaidía había otro médico de apellido Mendoza"*), Amelia Esther Morgenstern (quien explicó que *"En relación al Dr. Mendoza, luego de las varias vejaciones que sufrió, la atendió y le pregunto cuándo fue la fecha de la última menstruación y le hizo un control de tacto para saber si estaba o no embarazada"*), entre muchos otros.

En efecto, este acabado plexo probatorio no sólo debe ser analizado a la luz de la sana crítica racional, sino también, atendiendo al especial contexto en el que tuvieron lugar los hechos aquí investigados e imputados al doctor Mendoza, todo lo cual permite afirmar que la conducta reprochada al imputado formó parte del plan sistemático de aniquilamiento a una parte de la población civil, caracterizada de subversiva.

Sin embargo, a diferencia del colega que me precede en el orden de votación, entiendo improcedente la imputación y consecuente condena de Mendoza

respecto de los tormentos que padeció Ricardo Adolfo Escobar.

Recordemos que el nombrado declaró que, a raíz del disparo que recibió a fin de ser capturado (pues al momento de ser detenido ilegalmente junto con su amigo Ricardo Coutouné, ambos decidieron huir), fue trasladado por una comisión policial comandada por Ríos hasta el Departamento de Informaciones, donde permaneció tirado en un banco hasta ser llevado al Hospital Madariaga. Allí fue intervenido quirúrgicamente. En el quirófano, y durante su operación, advirtió que estuvo presente el doctor Mendoza.

Así las cosas, toda vez que, atendiendo, no sólo a la literalidad de los dichos de la víctima sino también a la expresión de sentido de los mismos, la conducta reprochada en razón de lo expuesto se circunscribe a haber supervisado, en su rol de médico, la operación quirúrgica realizada a Escobar, o, incluso, haber intervenido en ella -lo que no surge con claridad de las declaraciones del nombrado- en un establecimiento público sanitario -Hospital Madariaga-, la misma no constituye sino una prestación socialmente ubicua, esto es, una asistencia que interpretada desde el sentido que la misma representa según las normas sociales, bajo ningún punto de vista puede ser relacionada ya objetivamente con una colaboración en un injusto, esto es, la imposición de tormentos padecidos por aquél. Se trata de aquellas hipótesis expresamente excluidas del universo de aportes de participación, en virtud de la exclusión de la accesoriedad con el aporte principal, en base al principio de la auto-responsabilidad (cfr. Schumann Heribert "Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen", pág. 6 y especialmente 44); o por su inclusión en el universo de las conductas socialmente adecuadas (Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán - Parte General - 3ra. edición castellana, pág. 83); o por razón de la prohibición de

regreso de la imputación al hecho principal (Jakobs, Günther - Derecho Penal - Parte General, 24/13; Caro John, José Antonio "Das erlaubte Kausieren verbotener Taten - Regressverbot", pág. 51); o en virtud del principio de confianza (Niedermair, Harald, "Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?" ZStW, 1995, 507 y sig.); o por la ausencia del sentido delictivo de la creación de un riesgo típicamente desaprobado (Frisch, Wolfgang "Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges", pág. 284 y sig.).

Difícilmente exista en otro universo de casos de la dogmática contemporánea una prácticamente unánime valoración excluyente de responsabilidad, como la que efectivamente -según se documenta- existe en relación a la que corresponde darle a las prestaciones socialmente ubicuas, y asimismo paradójicamente un tan profuso y mutuamente distante arsenal de argumentos para fundamentar las razones de esa exclusión.

En razón de lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la Subsecretaría de Derechos Humanos de Misiones, en lo que respecta a su pretensión de condenar a Guillermo Roque Mendoza por los hechos que damnificaron a Ricardo Adolfo Escobar.

IX. Sobre las penas

Al momento de analizar los montos punitivos impuestos a Carlos Omar Herrero, Felipe Nicolás Giménez, Julio Argentino Amarilla y Carlos Alberto Pombo, habré de compartir la solución brindada por mi colega que me antecede en el orden de votación del presente acuerdo, en cuanto propuso el rechazo de los recursos de las respectivas defensas que pretendían una disminución de la sanción privativa de libertad por la que llegaron a esta instancia condenados, atento al correcto análisis efectuado por el tribunal *a quo* conforme a las pautas mensurativas contempladas en los arts. 40 y 41 del digesto sustantivo y las

especiales características de los hechos ventilados en autos.

Sin embargo, deberán adecuarse las penas impuestas a Amarillo y Pombo, atento a lo resuelto en el punto **V.** del presente voto, para lo cual deberán remitirse las presentes actuaciones al tribunal de origen.

Por otro lado, en cuanto propuse, contrariamente a lo sostenido por el doctor Hornos, en el punto **VI.,** el rechazo del recurso fiscal en lo atinente a la pretensión acusatoria contra los imputados Giménez y Herrero por el delito de violación agravado en perjuicio de M.G.F., M.S.C., N.C.F. y S.H.B., no habré de compartir su propuesta de una nueva mensuración de pena respecto de los nombrados.

Finalmente, si bien adherí a la solución brindada por mi colega preopinante respecto de la responsabilidad de Mendoza por los tormentos padecidos por María Graciela Franzen y Hugo Rubén Salinas, toda vez que me aparté de su decisión respecto de Ricardo Adolfo Escobar -confr. punto **VIII.** del presente voto-, entiendo que el tribunal *a quo* deberá determinar la pena que le cabe al nombrado, pero atendiendo al alcance establecido en el punto de mención.

X. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: **I. RECHAZAR** los recursos de casación interpuestos por las defensas de Carlos Omar Herrero, Felipe Nicolás Giménez, Carlos Alberto Pombo (fs. 5231/5237vta., 5244/5232 y 5919/5927, respectivamente), Julio Argentino Amarilla (fs. 5098/5103), sin costas. **II. HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal, la Subsecretaría de Derechos Humanos de Misiones y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación (fs. 5191/5216, 5142/5160 y 5110/5132, respectivamente) en atención a los términos y alcances establecidos en el presente voto, y **RECHAZARLOS** respecto de los restantes agravios. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 -en función del art. 22

inc. d) de la ley 27.149- del C.P.P.N.). **III. TENER PRESENTE** las reservas del caso federal.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

I. Violación al principio de legalidad (prescripción) y amnistía (agravio planteado por las defensas de Herrero, Giménez, Amarilla y Pombo).

Que en el voto que lidera el presente acuerdo, el doctor Gustavo M. Hornos ha analizado, a mi juicio correctamente todos y cada uno de los agravios planteados en este sentido por las defensas de los imputados Carlos Omar Herrero, Felipe Nicolás Giménez, Julio Argentino Amarilla y Carlos Alberto Pombo, motivo por el cual habré de adherir a la solución que propone. Ello, sin perjuicio de señalar que varios de los agravios formulados por los recurrentes aludidos han sido analizados con anterioridad por esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en precedentes que resultan de aplicación, en lo pertinente, para resolver las cuestiones traídas a estudio en esta instancia.

Tal es el caso del planteo de las defensas de Herrero, Giménez y Pombo referido a la presunta violación del principio de legalidad que deriva de la categorización de los hechos materia de juzgamiento como delitos de lesa humanidad y los pedidos de sobreseimiento por extinción de la acción penal por amnistía, que no habrán de tener acogida favorable en esta instancia.

En efecto, dichos agravios resultan sustancialmente análogos, *mutatis mutandi,* a los tratados y resueltos por el suscripto al fallar en distintos casos como juez de la Cámara Federal de Casación Penal de la Sala IV: causas Nº 15.016, “Zeolitti, Roberto Carlos y otros s/ recurso de casación” (reg. 1004.14, rta. 29/5/2014); Nº 225/13, “Estrella, Luis Fernando y otros s/ recurso de

casación” (reg. 2138/13, rta. 5/11/2013); Nº 14.537, “Cabanillas, Eduardo Rodolfo y otros s/ recurso de casación” (reg. 1928/13, rta. 7/10/2013); Nº 14.116 “Bettolli, José Tadeo Luis y otros s/ recurso de casación” (reg. 1649/13, rta. 10/9/2013); Nº 15.710, “Tommasi, Julio Alberto y otros s/ recurso de casación” (reg. 1567/13, rta. 29/8/2013); Nº 13.546, “Garbi, Miguel Tomás y otros s/ recurso de casación” (reg. 520/13, rta. 22/4/2013); Nº 15425, “Muiña, Luis, Bignone, Reynaldo Benito Antonio, Mariani, Hipólito Rafael s/recurso de casación” (reg. 2266/12, rta. 28/11/2012); Nº 15.314, “Migno Pipaon, Dardo y otros s/ recurso de casación” (reg. 2042/12, rta. 31/10/2012); Nº 12.161, “Cejas, César Armando y otros s/recurso de casación” (reg. 1946/12, rta. 22/10/2012); Nº 13.667, “Greppi, Néstor Omar y otros s/ recurso de casación” (reg. 1404/12, rta. 23/8/2012); Nº 12.038, “Olivera Rovere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación” (reg. 939/12, rta. 13/6/2012); Nº 14075, “Arrillaga, Alfredo Manuel y otros s/rec. de casación” (reg. 743/12, rta. 14/5/2012); N° 12821, “Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación” (reg. 162/12, rta. 17/2/2012) y N° 10.609, “Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación” (reg. 137/12, rta. 13/2/2012); y causas de otras Salas de esta misma Alzada con la intervención del suscripto: causa N° 14.571 “Videla, Jorge Rafael s/rec. de casación” (C.F.C.P., Sala I, reg. 19.679, rta. 22/6/12); causa “Riveros, Santiago Omar y otros s/ recurso de casación” (C.F.C.P., Sala II, reg. 20.904, rta. 7/12/12,) y causas N° 552/2013, “Muñoz, Jorge y otros s/ recurso de casación” (C.F.C.P., Sala III, Reg. 1241/2014, rta. 2/7/2014) y Nº 13.085/13.049, “Albornoz, Roberto y otros s/ rec. de casación” (C.F.C.P., Sala III, Reg. 1586/12, rta. 8/11/12) por lo que corresponde remitirme en mérito a la brevedad a lo allí establecido, cuyos fundamentos se tienen por reproducidos en la presente, en el sentido de rechazar los planteos defensistas.

En dichos precedentes se descartó la posible vulneración del principio constitucional invocado con sustento en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Priebke” (Fallos: 318:2148), “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312), “Simón” (Fallos: 328:2056) y “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), en los que se estableció que las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (leyes 24.584, B.O 29/11/1995 y 25.778, B.O 3/9/2003), sin que ello importe una merma del principio de legalidad. Todo lo cual obsta a la procedencia del agravio en trato.

Por otra parte, con relación al pedido de extinción de la acción penal por amnistía, cabe señalar que la ley 25.779 declaró insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521, denominadas ley de punto final y obediencia debida, respectivamente, cuya constitucionalidad fue afirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Simón” (Fallos: 328:2056).

Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo la invalidez del indulto en el fallo “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-” (Fallos: 330:3248). En dicho precedente, el Máximo Tribunal señaló que *“Tratándose de la investigación de delitos de lesa humanidad, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y*

sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes”.

A ello cabe añadir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en aquel precedente que *“…el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”* (considerando 36º, último párrafo del voto de la mayoría). Si bien lo decidido por nuestro Máximo Tribunal sólo genera la carga legal de su acatamiento en el mismo caso donde se pronunció, desde antaño se ha considerado apropiado y razonable ampliar esta obligación a los supuestos en los cuales se discuten situaciones equivalentes a las tratadas por el Alto Tribunal, en tanto el deber de acatamiento de los fallos de la Corte, radica en la presunción de verdad y justicia que revisten sus pronunciamientos.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la doctrina del “leal acatamiento” que ha aplicado ininterrumpidamente, diciendo: *“Que tan incuestionable como la libertad del juicio de los jueces en ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (art. 100, Constitución Nacional, art. 14, ley 48). Que ello impone ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia –susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales– sino el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida. Que apartarse de esa jurisprudencia mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos... importa desconocimiento deliberado*

de dicha autoridad” (Fallos: 212:51 del 6/10/1948).

Por ello, toda vez que las defensas no han presentado nuevos argumentos que logren apartarse de lo establecido sobre el particular por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde rechazar los planteos de prescripción y amnistía articulados por las defensas de Herrero, Giménez, Amarilla y Pombo.

II. Vulneración del principio acusatorio. Caso Capli (agravio planteado por la defensa de Giménez).

Por otra parte, la defensa de Giménez solicitó la nulidad parcial de la sentencia recurrida, por entender que el “a quo” condenó a su asistido por el hecho que damnificó a Julio César Capli sin que exista acusación fiscal.

Al respecto cabe señalar que si bien en la audiencia de debate, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó la absolución de Giménez por los hechos cometidos en perjuicio de Julio César Capli, la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones –en su calidad de parte querellante– acusó al nombrado por dicho hecho y requirió su condena (cfr. fs. 4782 vta.).

En dichas circunstancias, corresponde recordar el rol que le ha asignado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al acusador privado *in re* “Santillán” (Fallos 321:2021), en cuanto a que *“la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito (…) contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (Fallos: 143:5). (…) Si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, todo aquel a*

quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma.” (considerandos 10 y 11 del fallo citado).

De esta manera, toda vez que en autos se verifica la acusación formulada por parte de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones contra Giménez por el hecho que perjudicó a Julio César Capli (cfr. fs. 4782 vta.), no se configura la afectación del principio acusatorio ni del de congruencia invocado por la defensa de Giménez. Por el contrario, la acusación formulada por la parte querellante en autos (Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones) satisface el principio de bilateralidad del proceso. Por ello, adhiero a la solución propiciada por el doctor Gustavo M. Hornos al respecto –que cuenta con la adhesión del doctor Juan Carlos Gemignani–, en cuanto a que corresponde el rechazo del presente agravio.

III. Errónea declaración de prescripción de la acción penal en el caso Martofleac respecto del imputado Pombo (agravio planteado por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y por el representante del Ministerio Público Fiscal).

En sus presentaciones recursivas, los recurrentes se agraviaron del sobreseimiento por prescripción de la acción penal dictado respecto de Pombo, por el hecho que damnificó a Claudio Damián Martofleac, en cuanto el “a quo” no lo consideró como parte del plan sistemático instaurado. Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal, solicitó la condena del nombrado por dicho hecho.

Al respecto, cabe señalar que el hecho cometido en perjuicio de Claudio Damián Martofleac reviste las condiciones que caracterizan a los delitos de lesa humanidad, toda vez que la privación ilegítima

de la libertad y los tormentos a los que fue sometido (picana eléctrica, inmersión en el agua, golpes) se verificaron a partir de su detención el 27 de diciembre de 1976, con motivo de su militancia en el Partido Comunista (cfr. fs. 4929 vta.), hecho que fue llevado a cabo y guarda relación con el plan sistemático y generalizado de ataque a una parte de la población civil por parte del Estado, 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.

En efecto, para que una conducta pueda ser calificada como crimen contra la humanidad, se requiere que forme parte de un *"ataque generalizado o sistemático a la población civil"* (art. 7, apartado 2 del Estatuto de Roma). Sobre este aspecto, conforme lo afirmó el doctor Hornos en su voto (acápite IX), este Tribunal tuvo oportunidad de señalar que para que un hecho configure un crimen de lesa humanidad, resulta necesaria la concurrencia de los elementos que pueden sistematizarse del siguiente modo: (i) Debe existir un ataque; (ii) el ataque debe ser generalizado o sistemático (no siendo necesario que ambos requisitos se den conjuntamente); (iii) el ataque debe estar dirigido, al menos, contra una porción de la población; (iv) la porción de la población objeto del ataque no debe haber sido seleccionada de modo aleatorio (C.F.C.P., Sala IV, causa N° 15.438 "González, José María s/recurso de casación", Reg. N° 2245/2013, rta. 18/11/2013, causa N° 12.821 "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", Reg. N° 162/12, rta. 17/2/2012, causa N° 14.536 "Liendo Roca, Arturo y Olmedo de Arzuga, Santiago D. s/recurso de casación", Reg. N° 1242/2012, rta. 1/8/2012, y causa N° 14.116 "Bettoli, José Tadeo Luis y otros s/recurso de casación", Reg. N° 1649/2013, rta. 10/9/2013).

Para determinar la relación entre el acto

individual –como conducta humana– y el ataque contra la población civil, cabe recordar que el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia puntualizó que dicho vínculo puede identificarse sobre la base de los siguientes parámetros: *"(i) la comisión del acto, por su naturaleza o consecuencias, resulta objetivamente parte del ataque; junto con (ii) el conocimiento por parte del acusado de que existe un ataque contra la población civil y que su acto es parte de aquél"* (cfr. TPIY, "Prosecutor v. Kunarac" párr.. 99; en igual sentido, TPIR "Prosecutor v. Semanza", ICTR-9720-T, del 15 de mayo de 2003, párr. 326), extremos que se verifican en el caso bajo examen.

En el *sub lite*, el análisis amplio de la prueba producida en la causa (al respecto, me remito al voto del doctor Hornos -acápite IX de su voto-, por razones de brevedad) revela que se ha acreditado, con la certeza exigida en esta etapa procesal, que Carlos Alberto Pombo cometió los hechos ilícitos en perjuicio de Claudio Damián Martofleac que se le atribuyen en autos. Se probó que dichos sucesos se incluyen entre aquellos que tuvieron lugar en el marco del plan sistemático y criminal instaurado durante la última dictadura militar y que resultan imputables a Pombo en orden al delito de tormentos agravados por la condición de perseguido político de la víctima, en calidad de autor (art. 144 ter, segundo párrafo, del C.P. –texto según ley 14.616).

En efecto, el "a quo" tuvo por acreditado en autos que Claudio Damián Martofleac fue secuestrado el 27 de diciembre de 1978 y fue torturado (mediante picana eléctrica, inmersión en el agua, golpes varios). Concretamente, el tribunal de juicio señaló que *"Los hechos lesivos a su integridad personal se produjeron en el Destacamento Policial de Santa Inés y –de acuerdo a los interrogatorios a los que fue sometido– estaban relacionados con su militancia en el Partido Comunista".* Añadió que efectivamente Claudio

Damián Martofleac reconoció la presencia de Pombo en el Destacamento Policial (cfr. fs. 4929 vta.).

El contexto –comprobado en autos– en el que se enmarcó la privación ilegítima de la libertad y los tormentos a los que fue sometido Martofleac el 27 de diciembre de 1976 permite concluir, sin duda alguna, que dichos hechos constituyen delitos de lesa humanidad. Ello es así, en atención a la metodología de los hechos descripta, que revela que dicho suceso, ocurrido en el mes de diciembre 1976, constituyó parte del plan sistemático instaurado por la dictadura militar.

Por lo expuesto, no resultan aplicables las reglas de derecho interno sobre prescripción de la acción penal, sino la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", por lo que el sobreseimiento dictado respecto de Pombo por extinción de la acción penal por prescripción en el caso bajo análisis resulta improcedente.

Consecuentemente, corresponde hacer lugar al agravio planteado por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y por el representante del Ministerio Público Fiscal, en atención a que resulta improcedente el sobreseimiento por prescripción dictado por el "a quo" respecto de Pombo.

IV. Errónea calificación legal de los hechos de violación imputados a Herrero –autor mediato– y a Giménez –coautor– por la alegada violación al principio de congruencia (agravio planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal).

Con relación al planteo del Ministerio Público Fiscal en orden a que los hechos objeto de imputación en autos deben ser subsumidos en el tipo penal de violación agravada por el empleo de fuerza e intimidación (art. 119, inc. 3°, del C.P.) respecto de

Herrero (como autor mediato) y de Giménez (como coautor), no se advierte que dicha pretensión fiscal comporte la vulneración al principio de congruencia, derivado del derecho de defensa de los imputados, invocado por el “a quo” en la sentencia impugnada.

Del cotejo del requerimiento de elevación a juicio formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal, (fs. 2733/2785) y la acusación de dicha parte en el alegato en el juicio oral y público respecto de los hechos cuya calificación legal aquí se cuestiona (fs. 4789/4793), se advierte que la plataforma fáctica atribuida a Herrero y a Giménez ha permanecido esencialmente inalterada (acceso carnal de las víctimas, mediante el empleo de fuerza e intimidación), sin que alcance para conmover tal afirmación la circunstancia invocada por el tribunal “a quo” de que la calificación (nomen iuris) del delito de violación agravado, previsto en el art. 119, inc. 3°, del C.P. no fue expresamente individualizada en el requerimiento de elevación a juicio fiscal. Cabe recordar que el cambio de encuadre jurídico, cuando se produce sin alterar la plataforma fáctica, puede darse en cualquier momento del proceso hasta el dictado de la sentencia condenatoria por imperio del principio *iura novit curia* (“Migno Pipaon, Dardo y otros s/recurso de casación”, causa Nº 15.314, Reg. 2042/2012, rta. el 31/10/2012).

Los hechos descriptos en el requerimiento de elevación a juicio aludido (cfr. fs. 2743 vta., 2747 y 2747 vta., 2750 y 2751 vta.) y en la oportunidad de formular su alegato en el juicio oral y público –art. 393 del C.P.P.N.– (cfr. fs. 4790 vta./4792), incluyen el sustrato material de los requisitos típicos de la figura legal del art. 119, inc. 3°, del C.P., motivo por el cual la defensa contó con la posibilidad cierta de ejercer su defensa y de apuntar la prueba que contrarrestaba dicha imputación.

Al momento de requerir la elevación de la causa a juicio, el Fiscal señaló que H.S.B. relató en

su declaración en instrucción que tras haber sido trasladada al Departamento de Informaciones, *"la vuelven a someter a picana eléctrica, lo que le produce fallas cardíacas, por lo que ésta se interrumpe para darle intervención a un médico de apellido Olmo Herrera. Luego de ser atendida se le aproxima una persona que le dice que se quedara tranquila porque 'estaba cubierta', luego de lo cual la somete sexualmente; A esta persona S.B. identifica como Juan Carlos Ríos a quien sus subalternos denominaban 'Comandante Canosa'."* (cfr. fs. 2743 vta.).

Con relación a M.S.C., el Fiscal recordó que en el mes de octubre del año 1976 *"En una oportunidad, mientras caminaba por la Av. Uruguay advierte que la seguía un grupo de tareas en un Ford Falcon, uno de cuyos ocupantes era Juan Carlos Ríos, quienes la secuestran y la llevan al Departamento de Informaciones. Allí los atiende una persona al que apodaban 'Caballo', de apellido Giménez, a la postre el jefe del departamento (…) Luego la llevan en dirección a unas celdas que eran de reciente construcción, le vendan los ojos, le quitan la ropa y le atan las manos detrás del cuerpo. En estas circunstancias le aplican picana eléctrica en los pechos, la cara, la boca, los genitales. En el medio de las torturas se produce un forcejeo y logra deshacer de la picana a su torturador, quien resultó nuevamente ser Ríos, quien abusa de ella entre los forcejeos y vivas de los demás ocupantes de la sala"* (cfr. fs. 2747 vta.).

Además, al formular requerimiento de elevación a juicio, el Fiscal señaló que M.G.F. *"es sometida a la tortura mediante la picana eléctrica y violada en reiteradas oportunidades por cinco hombres o más, pudiendo reconocer como autores de aquellos abusos al entonces oficial Juan Carlos Ríos y al*

suboficial Miguel Ángel Silvero (…) Alcanza a individualizar como torturadores al oficial Giménez, entre otros que sindica” (cfr. fs. 2750 vta.). También indicó que en octubre de 1976, en el Departamento de Informaciones, N.C.F. *“sufre torturas mediante la utilización de picana eléctrica en la cabeza, manos y pies con el objeto de que ‘de nombres’. Luego de esas sesiones de tortura es llevada a un baño donde es abusada sexualmente por una persona al que podría reconocer, pues alcanzó a verla”* (cfr. fs. 2752).

De esta manera, la imputación de los hechos de violación mediante empleo de fuerza e intimidación de las víctimas M.G.F., N.C.F., S.H.B. y M.S.C. a Herrero (como autor mediato) y a Giménez (como coautor) en el alegato del juicio oral y público no constituyó una imputación sorpresiva, pues dicha conducta se encontraba suficientemente descripta en el requerimiento de elevación a juicio del fiscal y en el correspondiente alegato, existiendo coincidencia esencial entre los hechos descriptos en una y otra oportunidad procesal.

La vulneración del principio de congruencia supone la afectación de la correlación entre la acusación y la sentencia, lo que se constata cuando en esta última se amplía o restringe el supuesto de hecho presentado por el acusador (cfr. C.F.C.P., Sala IV, “Méndez, Mariano s/recurso de casación”, causa Nº 15.129, reg. Nº 233/13, rta. el 12/3/2013; Sala III, ““Acosta, Jorge E. y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, rta. el 14/5/2014, reg. n° 753/2014); extremo que no se corrobora en el caso de autos.

En el *sub lite* el imputado contó a lo largo de todo el proceso y durante la audiencia de debate con la posibilidad de ejercer su defensa material y técnica respecto de las imputaciones que pesaban en su contra, pues la base fáctica de los distintos actos procesales integrantes de la acusación (requerimiento de elevación a juicio, alegato, impugnaciones

casatorias) ha sido siempre, sustancialmente, la misma.

En su alegato en el juicio oral y público, el representante del Ministerio Público Fiscal calificó los hechos imputados a Herrero como constitutivos del delito de violación agravada por el uso de fuerza e intimidación reiterado en cuatro (4) oportunidades, privación ilegítima de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos a los detenidos, delitos que concurren en forma real (arts. 45, 55, 122 en función del 119, inc. 3°, 144 bis, inc. 1°, en función del 142, inc. 1°, art. 144 ter, primer y segundo párrafo, del C.P.), como autor mediato, y a Giménez como coautor del delito de violación agravada por el uso de fuerza e intimidación reiterado en cuatro (4) oportunidades, privación ilegítima de la libertad múltiplemente agravada e imposición de tormentos a los detenidos, delitos que concurren en forma real (arts. 45, 55, 122 en función del 119, inc. 3°, 144 bis, inc. 1°, en función del 142, inc. 1°, art. 144 ter, primer y segundo párrafo, del C.P.).

Al dictar sentencia, el tribunal de juicio tuvo por acreditados los hechos de violencia sexual con acceso carnal que padecieron las nombradas y los incluyó como parte de los tormentos que sufrieron las víctimas (arts. 144 bis, inc. 1°, en función del 142, inc. 1°, art. 144 ter, primer y segundo párrafo, del C.P.).

Al respecto, el tribunal de grado tuvo por acreditado que M.G.F. fue privada de su libertad el 19 de mayo de 1976 en su lugar de trabajo y que fue arrojada *“sobre un escritorio donde fue violada –en reiteradas oportunidades– por cinco o seis personas, humillándola y causándole fuertes dolores. Continuaron torturándola hasta el otro día y llamaron al médico. Luego, la alojaron en una piecita sucia sin darle agua. Allí estuvo una semana”* (cfr. fs. 4894 vta.,

hoja 122 de la sentencia); y que N.C.F. fue privada de su libertad en octubre de 1976 y fue torturada: *"Constantemente querían que diera nombres. Después de la picana, pedía agua porque estaba muy deshidratada entonces la llevaron a un baño en donde fue violada. También al día siguiente le obligaron a firmar una declaración manuscrita donde relataba más o menos quienes eran sus compañeros, la obligaron a hacerla a punta de pistola"* (cfr. fs. 4896, hoja 125 de la sentencia). El "a quo" también tuvo por probado que S.H.B. fue detenida el 26 de octubre de 1976, y que fue torturada *"poniéndola sobre una parrilla con descargas de electricidad, (…) Fue conducida a la Comisaría Segunda y luego a la Cárcel, a un pequeño recinto para alojar a numerosas detenidas. Allí, ella y otras compañeras, fueron violadas…"* (cfr. fs. 4880 vta., hoja 94 de la sentencia) y que M.S.C. fue privada de su libertad en octubre de 1976, fue llevada a *"Informaciones donde estaba un comisario al que llamaban 'Caballo' Giménez"* y fue violada *"para el bárbaro regocijo de los demás"* (cfr. fa. 4888, hoja 109).

De lo expuesto se advierte que los abusos sexuales que padecieron las víctimas N.C.F., S.H.B. y M.S.C. no constituyeron hechos aislados, sino que conformaban una práctica habitual que se exteriorizaba, indistintamente, a través de diversas conductas que lesionaban el marco de protección a la integridad sexual previsto por el ordenamiento legal. Por ello, se concluye que los referidos hechos de violación constituyeron parte del ataque generalizado de represión ilegal orquestado por la última dictadura militar, pues se encontraron dentro del marco de discrecionalidad otorgado por los comandantes a los cuadros inferiores, y constituyeron una manifestación del sometimiento y del dominio absoluto que los agentes de la represión ilegal tuvieron sobre las personas secuestradas (cfr. lo expuesto, en lo pertinente y aplicable, en la causa nro. 12.821

"Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", Reg. 162/2012, rta. 17/2/2012, Sala IV, C.F.C.P.).

Sin perjuicio de lo expuesto, es pertinente señalar que no se acreditó en autos la imputación de la violación de M.G.F. formulada contra Herrero, conforme lo manifestado por los distinguidos colegas preopinantes. Ello, pues a la fecha en que M.G.F. fue detenida (19 de mayo de 1976), Herrero no ostentaba el cargo de Jefe de la Policía de Misiones, cargo que le fue otorgado con fecha 15 de junio de 1976 (cfr. fs. 38 de su legajo personal y conforme lo expuesto por el "a quo").

Por otra parte, atento a que el representante del Ministerio Público Fiscal le atribuyó a Herrero los hechos de violación agravada como autor mediato por la intervención de un aparato organizado de poder, cabe recordar que dicho esquema fue esbozado por Claus Roxin como una de las tres formas que reviste el dominio del hecho (dominio del hecho por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional). El dominio por voluntad –que es el que adquiere relevancia en este contexto- puede darse en tres modalidades; se puede coaccionar a quien actúa, se lo puede engañar, o puede tratarse de un sujeto que puede intercambiarse libremente. Se alude así, al dominio de voluntad por coacción, por error o en virtud de aparatos organizados de poder.

Esta última también denominada por Roxin "dominio por organización" consiste en *"el modo de funcionamiento específico del aparato… que está a disposición del hombre de atrás"*, esquema que funciona sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente automático (cfr. Kai Ambos, "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", Una valoración crítica y ulteriores aportaciones, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 5 nº

9-A Ad Hoc, Bs. As., 1999, págs. 367/401).

Dicha teoría se encuentra reconocida por la doctrina nacional, sin que se verifique obstáculo para su aplicación en nuestra legislación. Con relación a este tema, ya me he expedido al votar como juez de la Sala IV *in re* “Musa Azar” (reg. 1175/2015, rta. el 22/6/2015), “Greppi” (reg. 1404/2012, rta. el 23/8/2012) y “Zeolitti” (reg. 1004/2014, rta. el 29/5/2014), en la Sala III, en la causa “Acosta” (reg. 753/2014, rta. el 14/5/2014), entre muchos otros precedentes, oportunidades en las que expresé que, tal como lo explica Zaffaroni en su obra, el Código Penal argentino, además del concepto de autor que surge de cada uno de los tipos penales y del que se obtiene por aplicación del dominio del hecho (como dominio de la propia acción), el artículo 45 del Código Penal también se extiende a los casos de dominio funcional del hecho, en la forma de reparto de tareas (coautoría por reparto funcional de la empresa criminal) y de dominio de la voluntad (autoría mediata).

La autoría mediata a través de aparatos o estructuras de poder organizadas explica con claridad la voluntad de dominio del hecho en casos como los que se encuentran acreditados en el *sub lite*, en los cuales los hechos que configuran delitos fueron llevados a cabo por los imputados en su carácter de integrantes de un aparato organizado de poder.

Por ello, al encontrarse acreditado en esta causa que los hechos bajo estudio se enmarcan en una práctica sistemática y generalizada orquestada, al margen de la legalidad, desde las máximas autoridades del país y, concretamente, de la provincia de Misiones, el caso se ajusta a los presupuestos que deben estar presentes en la teoría de Roxin para aplicar la autoría mediata por aparatos de poder organizados. Dichos presupuestos son: a) dominio de organización; b) margen de ilegalidad; c) fungibilidad del ejecutor.

El dominio por organización se explica a

partir del posicionamiento del agente sobre el funcionamiento del aparato de poder, en el que el sujeto de atrás –también llamado de escritorio- es el que mayor dominio ejerce sobre la vida misma de la organización, emitiendo o transmitiendo órdenes que atraviesan distintos eslabones de la cadena de mando que caracteriza la vertical estructura de poder, confiando su cumplimiento con independencia del conocimiento que se tenga sobre el agente que, en definitiva, la ejecutará.

El modelo de Roxin, a su vez, requiere que el aparato de poder funcione al margen de la legalidad, fuera del orden jurídico, pues de otra forma, la mera orden de llevar a cabo una acción ilegal, no explica el dominio sobre el acontecer delictivo que se requiere. Ello es así, en tanto, como lo explica Roxin, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina o instruye a sus subordinados a cometer acciones antijurídicas, ello ha de ser valorado siempre como “inducción” pues todo el aparato se mueve aquí bajo los cauces del Derecho. Es decir, una instrucción antijurídica en un Estado de Derecho no pone en marcha el aparato o la organización en movimiento, pues no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una iniciativa particular que no actúa con el aparato sino contra él.

Finalmente, se exige la fungibilidad de quien materializa o ejecuta la orden. El sujeto, que puede resultar desconocido por el autor mediato y sustituible por cualquier otro integrante de la organización, actúa libre y responsablemente. De modo que, si bien ejerce el dominio del hecho al concretar la acción típica, antijurídica y culpable, se presenta como un engranaje sustituible –penalmente responsable- de la maquinaria de poder a la que pertenece (cfr. ”Greppi” antes cit.).

En autos se encuentra acreditado que en la

cadena orgánica de mandos, Herrero pertenecía dentro de este engranaje al grupo de personas posicionadas en las escalas intermedias, con poder de decisión y mando sobre sus inferiores y en particular, en el ámbito del Departamento de Informaciones Policiales de Misiones, lugar en el ocurrieron las violaciones. De esta manera, la posición funcional que ejerció Herrero permite colegir que el nombrado ejercía el dominio sobre todos los sucesos acontecidos en el ámbito del Departamento de Informaciones Policiales de Misiones, facilitando un clima propicio de clandestinidad, sometimiento, aislamiento y garantía de impunidad, en el cual, producto de la discrecionalidad otorgada al personal bajo su dependencia, se llevaron a cabo los hechos de sometimiento sexual aludidos (cfr. criterio sustentado en la causa “Musa Azar” citada).

Consecuentemente y en atención al alcance de la pretensión punitiva del Señor Fiscal General ante esta C.F.C.P., doctor Javier A. De Luca (postuló concurso ideal entre los delitos de privación ilegal de la libertad y tortura con el delito de violación), corresponde hacer lugar parcialmente a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal en la impugnación casatoria, con el alcance de lo aquí expresado.

V. Arbitrariedad de la sentencia: ausencia de prueba respecto de los aportes de Pombo, Herrero, Amarilla y Giménez (agravio planteado por las defensas de dichos imputados)- Caso Morgerstern (agravio planteado por la defensa de Pombo).

Por otra parte, corresponde ingresar en el tratamiento de los agravios que han presentado las defensas de Herrero, Giménez, Amarilla y Pombo contra la sentencia condenatoria. Las defensas han alegado arbitrariedad, por ausencia de pruebas que acrediten su “aporte” y participación en los hechos atribuidos en la presente causa.

En tales condiciones, en atención al preciso y pormenorizado análisis que llevó adelante el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor

Gustavo M. Hornos, en el acápite XII de su ponencia, el que comparto y al que adhiero, me exime de mayores agregados, por cuanto el mismo resulta suficiente para rechazar los recursos de las defensas que se alzan contra la responsabilidad penal de los imputados definida en la sentencia. Los hechos que tuvo por acreditado el tribunal de juicio con relación a los imputados Herrero, Giménez, Amarilla y Pombo constituyen una conclusión lógica y razonada del examen integral del extenso cuadro probatorio con el que cuenta la causa, que fue debidamente analizado por los jueces de juicio a la luz del principio de la sana crítica racional que rige la apreciación de la prueba (art. 398 del C.P.P.N).

En consecuencia, se verifica en el *sub iudice* un examen crítico e integral de la prueba reunida en autos por parte del tribunal "a quo", que no deja dudas sobre la correcta reconstrucción histórica de los hechos acreditados en la sentencia, su vinculación con el sistema represivo estatal instaurado en el país durante la última dictadura militar y sobre el aporte de los imputados Herrero, Giménez, Amarilla y Pombo en los mismos. La sentencia, en definitiva, cuenta con suficiente fundamentación y constituye una derivación razonada de derecho vigente con particular aplicación a las concretas constancias de la causa. Por ello, cabe rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Herrero, Giménez, Amarilla y Pombo contra la sentencia condenatoria impugnada.

En ese orden de ideas, habré de detenerme en el agravio postulado por la defensa de Pombo, con relación a la alegada ausencia de tratamiento en la sentencia recurrida del hecho atribuido al nombrado que tuvo por víctima a Morgerstern. Sobre el particular, se advierte que el "a quo" dio debida consideración a dicho suceso, motivo por el cual

corresponde el rechazo de dicho agravio.

En efecto, el “a quo” se refirió indistintamente a la víctima como “Amelia Esther Morgenstern” o “María Ester Mongestern”, y recordó que la nombrada no tenía militancia política cuando fue secuestrada (cfr. fs. 4866 vta., hoja 66 de la sentencia). Señaló que fue detenida en su casa con fecha 27 de octubre de 1976, y que la ingresaron a un auto con gente de civil, y la condujeron al Departamento de Informaciones, y que de allí la trasladaron a la Alcaldía por pasillos internos, siempre con sus manos y pies vendados (fs. 4910 vta./4912, hojas 156/159 de la sentencia). El “a quo” destacó que en el Departamento de Informaciones, la víctima fue torturada y sometida a malos tratos y que en ese contexto escuchó muchas veces el nombre de Pombo y el de “Caballo”, pero que no puede identificarlos porque estaba vendada (cfr. declaración en el debate de Amelia Ester Morgenstern, fs. 4718/4719).

El tribunal de juicio refirió que en el Departamento de Informaciones “Amelia Esther Morgenstern” o “María Ester Mongestern” recibió golpes, torturas con picana eléctrica y que Mendoza la revisó con posterioridad, a fin de determinar si la víctima se encontraba embarazada, oportunidad en la que Mendoza le preguntó cuándo había tenido el último periodo menstrual (cfr. fs. 4961 vta., hoja 258 de la sentencia).

Además, con relación al hecho que damnificó a Amelia Ester Morgenstern, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas destacó *“el hecho admitido por la damnificada de que –por pedido de una amiga accedió a ocultar en su casa un cofre que le entregara el hermano de su amiga, aunque ella no tenía militancia política. Resultó que el cofre contenía armas, como luego le informó su padre (cfr. denuncia de fs. 2.443/2.444 del legajo principal, radicada el 29 de septiembre de 2009). (…) Excepcionalmente, en*

este caso, la confesión era menos significativa y la intensificación de las torturas podía complicar el cuadro resultante de las vejaciones que había sufrido. Por ello, no debe desatenderse –como criterio de valoración conglobada de las pruebas– la singular existencia de un interrogatorio policial". Así, el tribunal de grado entendió que *"La declaración prestada en la audiencia de debate y la denuncia formulada en la etapa instructoria, constituyen una base probatoria consistente que permite tener por acreditados los resultados lesivos que perjudicaron sus derechos humanos fundamentales".* (cfr. fs. 4912, hoja 159).

De esta manera, se advierte que el "a quo" trató en forma suficientemente fundada el hecho que tuvo por víctima a María Ester Mongestern y que fue atribuido a Pombo como autor del delito de tormentos padecido por la nombrada, durante su detención (cfr. considerandos -fs. 5004, hoja 343- y punto resolutivo XII -fs. 5037, hoja 411-, de la sentencia impugnada). Por ello, cabe rechazar dicho agravio.

VI. Cuestionamiento al grado de participación de Amarilla en los hechos por los que fue condenado por el "a quo" (agravio planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal).

El representante del Ministerio Público Fiscal plantea la participación primaria de Amarilla en los hechos por los que viene condenado, en atención al desempeño del nombrado como Secretario de Actuaciones en el Departamento de Informaciones de la Provincia de Misiones, a través de la validación actuarial de las confesiones de las víctimas que eran obtenidas mediante torturas. Al respecto, se advierte que dicha parte no ha logrado rebatir los argumentos expuestos por el tribunal "a quo" para sustentar la participación secundaria atribuida a Amarilla y tampoco ha brindado elementos suficientes que permitan

construir la participación necesaria que reclama. Por ello, corresponde rechazar el presente agravio.

VII. Errónea exclusión de la agravante por la condición de perseguido político de la víctima –art. 144 ter del C.P. (según ley 14.616)– (agravio planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal).

En otro orden de ideas, adhiero a lo expuesto por el doctor Hornos en su voto, en cuanto a que corresponde la aplicación de la agravante prevista en el segundo párrafo del art. 144 ter del C.P. (según ley 14.616) a Amarilla y a Pombo, conforme lo solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal. Ello, pues a partir del juicio oral y público llevado a cabo en el *sub lite* ha quedado debidamente acreditado que las torturas comprobadas en autos respondieron a la vinculación de las víctimas con determinados grupos políticos (al Partido Auténtico, a las Ligas Agrarias, al Partido Peronista en sus diversas variantes, al Partido Comunista o a la Unión de Estudiantes Secundarios).

Cabe destacar que conforme lo reseñó el "a quo" a fs. 4805/4867, *"la casi totalidad de las víctimas del ataque sistemático nombradas (…) pertenecían o tenían militancia en organizaciones sociales, gremiales, estudiantiles, religiosas o políticas que los incluía en la tipología de 'personas vinculadas', de quienes se afirmaba eran funcionales o favorecían la subversión"*.

En ese sentido, el "a quo" añadió que *"se ha acreditado con certeza la implementación de un ataque sistemático, basado en la* ***persecución*** *por razones políticas de una parte de la población civil de la Provincia de Misiones, por parte de miembros de un aparato organizado de poder, enmarcado en un contexto nacional diseñado por la Junta Militar"* –el resaltado obra en el original– (cfr. fs. 4873 vta., hoja 80 de la sentencia).

En efecto, fue precisamente en razón de la

filiación política de las víctimas que fueron elegidas como blancos de los ataques sistemáticos estatales, persiguiéndolos a través de las detenciones ilegales y las torturas perpetradas por el aparato estatal. No existe duda de que la voluntad de los ejecutores fue implementar desde el Estado una persecución por causas políticas, esa era precisamente la motivación de la imposición de los tormentos. En dichas circunstancias, resulta indudable que las víctimas identificadas en el *sub lite* revestían la cualidad de perseguidos políticos en los extremos que pretende la norma del artículo 144 ter, segundo párrafo del C.P., según ley 14.616.

Cabe añadir que la aplicación de la agravante por la condición de perseguido político de la víctima (art. 144 ter, segundo párrafo, del C.P.) no vulnera el principio *non bis in idem,* como afirmó el tribunal de juicio. Ello, toda vez que dicha circunstancia no resulta suficiente ni determinante para la calificación de los hechos investigados en el *sub lite* como delitos de lesa humanidad.

Recuérdese que, como fue expuesto, para que se configure un crimen de lesa humanidad debe existir un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una porción de la población, que no haya sido seleccionada de forma aleatoria (C.F.C.P., Sala IV, causa N° 15.438 “González, José María s/recurso de casación”, Reg. N° 2245/2013, rta. 18/11/2013, causa N° 12.821 “Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación”, Reg. N° 162/12, rta. 17/2/2012, causa N° 14.536 “Liendo Roca, Arturo y Olmedo de Arzuga, Santiago D. s/recurso de casación”, Reg. N° 1242/2012, rta. 1/8/2012, y causa N° 14.116 “Bettoli, José Tadeo Luis y otros s/recurso de casación”, Reg. N° 1649/2013, rta. 10/9/2013). La verificación de la conjunción de tales extremos determinó la calificación de los hechos bajo estudio como delitos de lesa

humanidad y no la condición de perseguidos políticos de las víctimas.

Por lo demás, no existe óbice para valorar la condición de las víctimas como perseguidos políticos a los fines de categorizar a los hechos cometidos en su contra como delitos de lesa humanidad (clase de delito), y, en una segunda instancia de análisis, a los fines de determinar qué calificación legal dentro del derecho interno corresponde asignarle a dichos hechos (tipo penal).

En consecuencia, corresponde hacer lugar al agravio fiscal aquí en trato.

VIII. Absolución de Mendoza (agravio planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal, por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones).

Las partes acusadoras (Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones y representante del Ministerio Público Fiscal) se agraviaron por la absolución dictada respecto de Mendoza en la sentencia impugnada, por considerarla arbitraria e inmotivada. Concretamente, las partes recurrentes sostuvieron que ha quedado debidamente comprobada la participación necesaria de Mendoza en los hechos de torturas cometidas sobre las víctimas Hugo Rubén Salinas, María Graciela Franzen y Ricardo Adolfo Escobar (respecto de este último caso, Mendoza sólo fue acusado por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones), pues el rol de Mendoza consistía en atender a las mencionadas víctimas cuando eran torturadas, anunciando si estaban, o no, en condiciones médicas de seguir con la imposición de tormentos.

Al respecto, adhiero en lo sustancial a las consideraciones expuestas por el distinguido colega, doctor Gustavo M. Hornos en el acápite XIII de su voto, en cuanto a que asiste razón a los recurrentes con relación a la responsabilidad penal de Mendoza,

como partícipe necesario de los hechos que damnificaron a Ricardo Adolfo Escobar, Hugo Rubén Salinas y a María Graciela Franzen.

Cabe recordar que Mendoza se desempeñó como Oficial Principal en la División Sanidad de la Policía de la Provincia de Misiones, desde el 1 de diciembre de 1974 al 7 de septiembre de 1989 (cfr. fs. 4 vta. del legajo personal del nombrado) prestando funciones en su carácter de médico. De la prueba producida en el juicio oral y público surge que Mendoza cumplió un rol esencial en los tormentos aplicados a Hugo Rubén Salinas, Ricardo Adolfo Escobar y a María Graciela Franzen en el marco del plan sistemático instaurado. Ello, toda vez que, en su rol de médico, participó analizando y controlando los cuerpos de los nombrados mientras eran torturados y con posterioridad a ello, a fin de determinar hasta cuándo se podía continuar con la imposición de los tormentos, sin causarles la muerte.

María Graciela Franzen declaró en el debate que Mendoza intervino mientras ella era torturada, *“cuando se estaba desangrando le sacaron la venda y ahí pudo ver al Dr. Mendoza”* (cfr. fs. 4675 vta.). La víctima recordó que *“la burla del médico era decirle que estaba con la menstruación y que no se estaba desangrando”*, identificó al doctor Mendoza, presente en la audiencia de debate, lo miró y señaló que él fue el médico que la atendió durante su detención (cfr. fs. 4676/4676 vta.).

Por su parte, al prestar declaración en el juicio oral y público, Hugo Rubén Salinas refirió que *“recuerda a un tal MENDOZA, eran como 3 ó 4 los que estaban en la tortura (…) a Mendoza lo pudo ver por debajo de la venda, era un médico o alguien que decía ‘a este sí o este no’ o ‘basta’, la única vez que lo pudo ver caminó entre los detenidos. Era la persona que decía a quien se le iba a torturar en ese momento*

que estaban allí” (cfr. fs. 4706 vta./4707). Manifestó que escuchó el apellido Mendoza la noche en que fue torturado y recordó que tenía una voz gruesa y que estaba vestido con chaqueta blanca.

Además, en el debate, Ricardo Alfredo Escobar expuso que fue atendido por dos médicos en el Hospital Madariaga, como consecuencia de la herida de bala que recibió, y que uno de ellos era el Dr. Mendoza, quien cumplía una doble función, como médico y como policía. Agregó que con posterioridad a ello fue trasladado al Departamento de Informaciones, donde fue torturado (cfr. fs. 4775 vta./4716).

Contrariamente a lo sostenido por el tribunal “a quo”, de la prueba reunida en el debate, se desprende que se ha acreditado en autos que Mendoza participó de las torturas de las víctimas Hugo Rubén Salinas y María Graciela Franzen examinándolos mientras eran torturados y con posterioridad a ello, para indicar el límite hasta el cual sus cuerpos soportarían las vejaciones. Además, con relación a Ricardo Adolfo Escobar, Mendoza participó de la operación que permitió la posterior tortura del nombrado, por lo que el aporte de Mendoza contribuyó a la imposición de tormentos a Escobar.

De esta manera, se advierte que el tribunal de juicio realizó una valoración fragmentada y parcializada de la prueba obrante en autos, pues omitió valorar prueba dirimente con relación a la responsabilidad penal de Mendoza en los hechos de torturas cometidos en perjuicio de Hugo Rubén Salinas, Ricardo Adolfo Escobar y María Graciela Franzen. Por ello, la sentencia impugnada no luce ajustada a derecho ni a las constancias comprobadas de la causa con relación a esta cuestión.

Así, la prueba reseñada permite afirmar que Mendoza intervino, como partícipe necesario, en los hechos de torturas que las partes acusadoras le atribuyen haber cometido en perjuicio de Ricardo Adolfo Escobar, Hugo Rubén Salinas y María Graciela

Franzen, en concurso real (arts. 45, 55 y 144 ter, segundo párrafo, del C.P.).

Con el alcance de lo manifestado en el presente acápite, corresponde hacer lugar parcialmente a la cuestión aquí examinada que fuera planteada por los recurrentes.

IX. Cuestionamiento a la forma concursal resuelta por el "a quo": concurso real de los delitos calificados como de lesa humanidad (agravio planteado por las defensas de Herrero y de Giménez).

El planteo formulado por las defensas de Herrero y Giménez respecto a la invocada errónea aplicación de las reglas concursales al *sub lite* tampoco habrá de prosperar.

En efecto, la circunstancia de que los delitos atribuidos a los nombrados constituyan delitos de lesa humanidad –y por ello, un ataque sistemático– no obsta a la independencia fáctica entre cada uno de los hechos de detenciones ilegales, imposición de tormentos y violaciones cometidas en perjuicio de cada una de las víctimas y la consecuente aplicación de las reglas de concurso real de delitos (art. 55 del C.P.). Los sucesos que el "a quo" tuvo por debidamente acreditados en la sentencia impugnada constituyen hechos independientes entre sí, con autonomía fáctica, por lo que, como correctamente concluyó el tribunal de juicio, se verifica un concurso real de delitos (art. 55 del C.P.).

X. Por otra parte, adhiero a las consideraciones expuestas por el distinguido doctor Hornos en el acápite XV de su voto, en cuanto a que corresponde el rechazo de los agravios planteados por las defensas de Herrero, Giménez, Amarilla y Pombo con relación a las penas impuestas a los nombrados, y en cuanto a que asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal y a la representante de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de

Misiones respecto de las penas a las que fueron condenados Pombo y Amarilla. Por ello adhiero a la solución propuesta.

XI. En atención a las particulares circunstancias del caso y de conformidad con el concreto alcance de las presentaciones recursivas de los impugnantes en orden a sus pretensiones punitivas referidas a los hechos y a las calificaciones legales tenidas por acreditadas en esta ponencia (cfr. en lo pertinente y aplicable, mi voto compartido *in re*: "Riveros, Santiago Omar y otros s/recurso de casación", rta. el 7/12/12, Reg. nº 20.904 de la Sala II de esta C.F.C.P., -considerando XXXIV-), corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal, por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación -querellante- y por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones -querellante- y, consecuentemente, anular parcialmente la sentencia impugnada en cuanto dispuso la absolución de Guillermo Roque Mendoza (punto dispositivo VII), el sobreseimiento de Carlos Alberto Pombo por prescripción de la acción penal en el caso Martofleac (punto dispositivo XIV) y, con respecto a los puntos dispositivos I, IV, IX y XII, exclusivamente en cuanto a la significación jurídica de los hechos por los cuales Herrero, Giménez, Amarilla y Pombo fueron condenados y la pena impuesta a cada uno de los nombrados; debiendo reenviar las presentes actuaciones al "a quo" para su sustanciación.

Asimismo, corresponde el rechazo de los recursos de casación interpuestos por las defensas de Carlos Omar Herrero, de Felipe Nicolás Giménez, de Julio Argentino Amarilla y de Carlos Alberto Pombo, debiendo tener presente las reservas del caso federal formuladas por las partes.

No obstante lo expuesto, habiendo conocido el

resultado de la deliberación realizada a tenor de lo normado en el art. 469 del C.P.P.N., en función de lo previsto en el art. 396 del mismo ordenamiento legal, y a los fines de conformar mayoría, adhiero a la solución propuesta por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Gustavo M. Hornos, en el acápite XVII de su voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

I. RECHAZAR los recursos de casación interpuestos por las defensas de Carlos Omar Herrero, de Felipe Nicolás Giménez, de Julio Argentino Amarilla y de Carlos Alberto Pombo. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y ss. del C.P.P.N.).

II. HACER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal, por la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones –querellante–, **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación –querellante– y, por consiguiente:

a. CASAR PARCIALMENTE el punto dispositivo I de la sentencia impugnada y, en consecuencia **CONDENAR** –por mayoría– a **Carlos Omar Herrero** por considerarlo autor mediato penalmente responsable de tres (3) hechos de violación agravada cometidos en perjuicio de M.S.C., N.C.F. y S.H.B., que concurren en forma ideal con los delitos de tormentos y de privación ilegítima de la libertad por los que fue condenado (arts. 45, 54 y 122 en función del art. 119, inc. 3°, del C.P.).

b. CASAR PARCIALMENTE el punto dispositivo IV de la sentencia impugnada y, en consecuencia **CONDENAR** –por mayoría– a **Felipe Nicolás Giménez** por considerarlo coautor penalmente responsable de cuatro (4) hechos de violación agravada cometidos en perjuicio de M.G.F., M.S.C., N.C.F. y S.H.B., que concurren en forma ideal con los delitos de tormentos

y de privación ilegítima de la libertad por los que fue condenado (arts. 45, 54 y 122 en función del art. 119, inc. 3°, del C.P.).

c. CASAR PARCIALMENTE el punto dispositivo VII de la sentencia impugnada y **CONDENAR** a **Guillermo Roque Mendoza** por considerarlo partícipe necesario del delito de tormentos agravados de los que resultaron víctimas María Graciela Franzen, Hugo Rubén Salinas y –por mayoría– Ricardo Adolfo Escobar– en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter primer y segundo párrafo del C.P. –texto según ley n° 14.616–).

d. CASAR PARCIALMENTE los puntos dispositivos IX, XII y XIV de la sentencia impugnada y, en consecuencia **CONDENAR** a **Carlos Alberto Pombo** como autor penalmente responsable del delito de tormentos agravados por la condición de perseguidos políticos de las víctimas reiterado en diez (10) oportunidades (por mayoría, incluyendo el caso "Martofleac", calificándolo como crimen de lesa humanidad) y a **Julio Argentino Amarilla** como partícipe secundario del delito de tormentos agravados por la condición de perseguidos políticos de las víctimas reiterado en treinta y siete (37) oportunidades (arts. 45, 55, 144 ter, primer y segundo párrafo, del C.P. –texto según ley 14.616–).

III. REENVIAR las presentes actuaciones al *a quo* para la determinación –previa sustanciación– de las penas que corresponde imponer a Julio Argentino Amarilla, a Carlos Alberto Pombo y a Guillermo Roque Mendoza, y –por mayoría– a Carlos Omar Herrero y a Felipe Nicolás Giménez, de acuerdo a lo expuesto. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y ss. del C.P.P.N.).

IV. TENER PRESENTE las reservas del caso federal formuladas por las partes.

Regístrese, líbrese oficio al *a quo* con copia de la presente, a los efectos que estime corresponder y con el fin de que notifique a las partes de la presente sentencia y personalmente a los imputados.

Oportunamente comuníquese (Acordada CSJN 15/13 –Lex 100–) y remítase la presente al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas, Provincia de Misiones, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI **GUSTAVO M. HORNOS**

Ante mí:

JESICA YAEL SIRCOVICH
Prosecretaria de Cámara

Fecha de firma: 17/07/2015
Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACIÓN
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION
Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN
Firmado(ante mi) por: JESICA Y. SIRCOVICH, PROSECRETARIO DE CAMARA