

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Mendoza, 16 de febrero del 2011.-

Y VISTOS:

Los presentes autos N° B-5361, caratulados “Compulsa en procesamiento de Jorge Antonio Olivera, Osvaldo Benito Martel, Eduardo Daniel Cardozo, Daniel Rolando Gómez, Juan Francisco del Torchio, Gustavo Ramón de Marchi, Carlos Luis Malatto y Jorge Horacio Páez” Recurso de hábeas corpus a favor de Hugo Ricardo Bustos”, originarios del Juzgado Federal N° 2 de San Juan, venidos a este Tribunal a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Eduardo San Emeterio a fs. sub 602/617 vta., contra la resolución de fs sub 465/577,

Y CONSIDERANDO:

I.- Que las presentes actuaciones vienen a conocimiento y decisión del Tribunal, recibidas por esta Excma. Cámara Federal el día 20 de setiembre del 2010 (v. fs. sub 712 vta.), en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. sub. 602/617 vta. por el Dr. Eduardo San Emeterio, defensor de Jorge Antonio Olivera, Osvaldo Benito Martel, Carlos Luis Malatto, Eduardo Daniel Cardozo, Daniel Rolando Gómez, Juan Francisco Del Torchio y Gustavo Ramón De Marchi y a fs. sub. por la Dra. Lidia Andrea Román Barón, defensora de Jorge Horacio Paéz, en contra de la resolución de fs. sub. 465/577 en cuanto dispone: “IV) *Dictar el procesamiento y prisión preventiva contra **JORGE ANTONIO OLIVERA, OSVALDO BENITO MARTEL, JORGE HORACIO PAEZ, CARLOS LUIS MALATTO, EDUARDO DANIEL CARDOZO, DANIEL ROLANDO GOMEZ, JUAN FRANCISCO DEL TORCHIO Y GUSTAVO RAMON DE MARCHI**, todos de datos personales conocidos en autos, por la presunta comisión de los delitos de Asociación ilícita (Art. 210 C.P. – texto Ley 20.642), Violación de domicilio (Art. 151 C.P.), en perjuicio de Juan Luis Nefa, María Cristina Anglada, Fernando Mó, Guillermo, Flavio y Silvia Tersita Guilbert, Hugo Ricardo Bustos, Carlos Aliaga, Alfredo Ernesto Rossi, Adolfo Saturnino Andino, Edgardo Fábregas, Francisco Camacho y López, Jorge Frías, Juan Carlos Rodrigo, Carlos Enrique Yanzón, Daniel Illanes, Elías Justo Alvarez, José Carlos Alberto Tinto, Juan Carlos Salgado, Marcelo Eduardo Garay y Carlos Roberto Jiménez, Privación Ilegítima de la libertad agravada (Art. 144 bis inc. 1° y última parte en función del art. 142 inc 1° - texto Ley 14.616 – C.P.) en perjuicio de Flavio Guillbert, Silvia Teresita Guilbert, Fernando Mó, Enrique Faraldo y Adolfo Andino, Privación ilegítima de la libertad agravada (Art. 144 bis inc. 1° y última parte en función del ART. 142 inc. 5° -texto Ley 14.616 – C.P.) en perjuicio de María Cristina Anglada, privación ilegítima de la libertad agravada (Art. 144 bis inc. 1° y última parte en función del art. 142 inc 1° - texto Ley 14.616 – C.P.) en perjuicio de Luis*

USO OFICIAL

Rosaura Borkowsky Vidal, Francisco Camacho y López, Juan Luis Nefa, Carlos Enrique Yanzón y Belisario Albarracín Smith, tormentos agravados (Art. 144 ter 1° párrafo C.P. en perjuicio de Hugo Ricardo Bustos, Waldo Eloy Carrizo, Elías Justo Alvarez, Bibiano Manuel Quiroga, María Cristina Anglada, Luis Rosaura Borkowsky Vidal, Flavio Guilbert, Silvia Teresita Guilbert, Jorge Guillermo Guilbert, Adolfo Andino, Alfredo Rafael Avila, Marcelo Eduardo Garay, Fernando Mó, Enrique Faraldo, César Gioja, José Luis Gioja, Domingo Eleodoro Morales, José Alfredo Frías, Carlos Aliaga, José Nicanor Casas, Francisco Camacho y López, Daniel Illanes, Edgardo Ramón Fábregas, Alfredo Ernesto Rossi, José Carlos Alberto Tinto, Juan Carlos Salgado, Juan Luis Nefa, Carlos Roberto Giménez, Abel Soria Vega, Carlos Enrique Yanzón, Juan Carlos Rodrigo y Belisario Albarracín Smith, todos en concurso material (Art. 55 C.P)....”

II.- Elevado el expediente a esta Alzada, actualmente integrada conforme lo dispuesto en las Resoluciones Nros. 1590/10 y 1680/10 de la Cámara Nacional de Casación Penal, se dispone la realización de la audiencia para informar la que se celebra el día 22/12/2010. En ella se presenta el Dr. San Emeterio y produce el informe en forma escrita. Concorre a la audiencia el Sr. Fiscal General, Dr. Omar Palermo quien solicita se confirme el auto de procesamiento apelado remitiéndose a los argumentos esbozados por el Juez a quo, que pueden ser escuchados *in extenso* en el audio que en formato digital fue tomado por Secretaría de Cámara. (v. fs. sub 850).

III.- Para una mejor comprensión de lo que habrá de decidirse, entendemos necesario realizar una breve reseña del contexto histórico en que se dieron los hechos motivo de investigación e imputación. Ello, sin perjuicio de otras evaluaciones que sobre los mismos se formularán en los siguientes apartados.

Y es que a los efectos de analizar debidamente los supuestos fácticos aquí investigados, no debe perderse de vista el contexto histórico en el que se sucedieron. Esto es, la instauración por parte del gobierno de las Fuerzas Armadas de un plan sistemático de privación ilegítima de la libertad, tortura y desaparición forzosa de personas que no comulgaban con sus principios. Ello por cuanto, en casos como el que nos ocupa, el mismo resulta decisivo para comprender en su real dimensión lo sucedido y en especial para ser tenido en cuenta al momento de valorar la prueba producida.

En primer lugar el último gobierno constitucional, previo a la usurpación del poder por parte de las fuerzas armadas, en febrero de 1975 dicta el Dec. 261/75 por el cual encomienda al Comando General del Ejército ejecutar las

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

operaciones militares necesarias para neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos en la Provincia de Tucumán.

En este contexto, el 6 de octubre de 1975, se instituye por medio del Dec. 2770 el Consejo de Seguridad Interna, integrado por el Presidente de la Nación, los Ministros del Poder Ejecutivo y los Comandantes Generales de las fuerzas armadas, a fin de asesorar y promover al Poder Ejecutivo las medidas necesarias para la lucha contra la subversión y la planificación, conducción y coordinación con las diferentes autoridades nacionales para la ejecución de esa lucha. El mismo día también se dictan: el Dec. 2771, por medio del cual se faculta al Consejo de Seguridad Interna a suscribir convenios con las provincias, a fin de colocar bajo su control operacional al personal policial y penitenciario; y el Dec. 2772, extendiendo la acción de las Fuerzas Armadas a los efectos de la lucha antsubversiva a todo el territorio del país.

Por su parte, lo dispuesto en los decs. 2770, 2771 y 2772, fue reglamentado a través de la directiva 1/75 del Consejo de Defensa, que instrumentó el empleo de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, y demás organismos puestos a su disposición para la lucha antsubversiva, con la idea rectora de utilizar simultáneamente todos los medios disponibles, coordinando los niveles nacionales.

Las formas de ejecutar tal plan fueron minuciosamente detalladas en la causa 13 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal: a) la captura de quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) la privación ilegal de la libertad a través de la conducción de los detenidos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, someter a los detenidos a interrogatorios con agresión física y psíquica, a saber, aplicación de picana eléctrica, golpes de todo tipo, agresiones sexuales, insultos, intimidaciones, todo ello con el fin de obtener datos sobre otras personas o determinadas circunstancias - información operativamente útil-; d) someter a los prisioneros a condiciones de vida inhumana, destinándolos en lugares sucios, insalubres, oscuros, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) realizar todo lo descripto anteriormente en la clandestinidad, para lo cual los agentes encargados de ello ocultaban su identidad, ya sea realizando operativos en horas de la noche, incomunicando totalmente a las víctimas, dejándolos con los ojos vendados y negando su existencia a cualquiera que reclamase por el secuestrado, amén de los eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del detenido que podía ser liberado o ser eliminado físicamente; g) En caso de eliminación física, proceder a

desaparecer los cuerpos, o falsificar el destino de las víctimas, todo ello mediante distintas técnicas y métodos.

La desaparición forzada de personas fue el instrumento clave del Gobierno de las FFAA argentinas en la aplicación de la doctrina de seguridad colectiva, que de alguna manera resume la violación de todos los derechos y el ataque a todos los valores, a partir de la supremacía, o de la supuesta supremacía, de ese valor de la seguridad colectiva.

Ahora bien, a los efectos de coordinar el cumplimiento de los fines establecidos, el gobierno militar dividió al país en cinco zonas, que a su vez se dividían en subzonas, que se correspondían cada una con un Cuerpo de Ejército.

El Comando de Zona I, con sede en Capital Federal, dependía del Primer Cuerpo de Ejército, comprendiendo, las provincias de Buenos Aires, La Pampa y Capital Federal; el Comando de Zona II, dependía del Segundo Cuerpo de Ejército y se extendía por Santa Fe, Formosa, Chaco, Santa Fe, Misiones, Corrientes y Entre Ríos; el Comando de Zona III, con sede principal en Córdoba, dependía del Comando del Tercer Cuerpo de Ejército y abarcaba las provincias de Córdoba, Mendoza, Catamarca, San Luis, San Juan, Salta, La Rioja, Jujuy, Tucumán y Santiago del Estero; el Comando de Zona IV dependía del Comando de Institutos Militares y su radio de acción abarcó la guarnición militar de Campo de Mayo, junto con algunos partidos de la provincia de Buenos Aires; y, finalmente, el Comando de Zona V dependiente del Quinto Cuerpo de Ejército, abarcaba las provincias de Neuquén, Río Negro, Chubut y Santa Cruz y algunos partidos de la provincia de Buenos Aires.

La Provincia de San Juan no era una excepción a la realidad que atravesaba el país. Como se dijo, a partir de octubre de 1.975 el Ejército tuvo la responsabilidad primaria en la “*lucha antissubversiva*”, en virtud de lo dispuesto en la Directiva N° 1/75 del Consejo de Defensa.

Así las cosas, el 28 de octubre de ese año, fueron distribuidas veinticuatro copias de la Directiva del Comandante General del Ejército, N° 404/75 “*Lucha contra la Subversión*” –ya un año antes, el 6 de noviembre de 1.974, se implantaba por decreto el estado de sitio y eran detenidas muchas personas con y sin acusaciones concretas-. Esta medida fue derogada recién en Diciembre de 1.983, al asumir el gobierno democrático.

La “*Misión del Ejército*”, como así se la denominó, estaba establecida en el acápite 4 de la Directiva 404/75. La misma se materializaría mediante la división territorial del país en “Zonas”, “Sub-zonas” y “Áreas” antes mencionada.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

De acuerdo a toda la prueba documental y testimonial recopilada a la fecha del hecho que motiva la presente causa, la referida provincia, entre otras, integraba la denominada “Zona 3” que correspondía al Comando del III Cuerpo del Ejército con sede en Córdoba, que se encontraba a cargo del Gral. de Brigada Luciano Benjamín Menéndez. Este, a su vez, respondía jerárquicamente al Comandante en Jefe del Ejército e integrante de la Junta Militar, el entonces Tte. Gral. Jorge Rafael Videla. Tenía jurisdicción sobre toda la zona, la cual contaba con cuatro (4) “Sub-zonas” y veinticuatro (24) “Áreas”. Controlaba una población estable de 7.263.000 habitantes (según censo de 1.980).

La región cuyana se denominaba “Sub-zona 33”. La tarea de represión la habría llevado a cabo la VIII Brigada de Montaña con asiento en Mendoza (“Área 331”), abarcando también San Juan (“Área 332”) y San Luis (“Área 333”).

La jefatura del Area fue ejercida desde el RIM 22, desde donde se cumplían las órdenes emitidas por el Comando del Tercer Cuerpo de Ejército cargo del general Luciano Benjamín MENENDEZ. Bajo la dependencia operacional del RIM 22 se encontraban el resto de las fuerzas de seguridad.

La estructura de la Plana Mayor se completaba con las diferentes Compañías, específicamente aquí son de relevancia las Compañías de Infantería “A”, “B” y “C”, la Compañía Comando, la Compañía Servicio y la Banda de Música. Las órdenes a los jefes de Compañía eran transmitidas por el Oficial de Operaciones.

Los cargos de la Plana Mayor eran ocupados:

- Jefe del Regimiento: Cnel. Juan Bautista Menvielle
- 2º Jefe de Regimiento: Tte. Coronel Adolfo Díaz Quiroga.
- S1: Sección Personal: Tte. Carlos Luis Malatto
- S2: Sección Inteligencia: Tte. Jorge Antonio Olivera
- S3: Sección Operaciones: Mayor Arturo Rubén Ortega
- S4: Sección Logística: Capitán Claudio Antonio Sáenz
- S5: Sección Finanzas: Sgto. Alejandro V. Manuel Lazo

En la Plana Mayor:

-Compañía “A”: Carlos López Patterson, Eduardo Vic, Juan Francisco del Torchio y Ricardo C. Kaliciñsky,

-Compañía “B”: Enrique Armando Ciciari, Horacio A. Estrada y Marcelo E. López

-Compañía “C”: Daniel Rolando Gómez, Gustavo Ramón De Marchi, Miguel Angel Megías y Alfredo Medina.

-Compañía Comando: Jorge H. Páez

-Compañía de Servicio: Walter Amadeo Mello

-Compañía Arsenal: Eduardo Cardozo

-Banda de Música: Osvaldo Antonio Regis

Las fuerzas policiales también formaban parte del Area 332 y participaban activamente de los operativos antsubversivos. El comisario Hugo Horacio Nieto fue designado jefe de la Policía Federal y el mayor Arturo Rubén Ortega fue puesto al frente de la Policía de la provincia desde el 25 de marzo al 21 de junio de 1976, fecha en que es reemplazado por el capitán Juan Carlos Coronel, regresando Ortega al RIM 22.

La Policía provincial se dividía en sus departamentos: D1 Personal, D2 Inteligencia, D3 Operaciones, D4 Logística y D5 Judicial.

Cabe señalar que mediante varios decretos del Poder Ejecutivo Nacional, se creó el Consejo de Seguridad Interna para dirigir la lucha contra la subversión. Así se colocó bajo control operacional al personal policial y penitenciario de las provincias.

En razón de todo lo hasta aquí expuesto es que en el fallo *“Etchecolatz”* se sostuvo con gran razón que, *“estos hechos, lejos de ser aislados, conformaron los distintos eslabones que constituyen el plan sistemático de represión clandestino e ilegal que impuso el autodenominado ‘Proceso de Reorganización Nacional’. Es decir, son distintos fragmentos de la totalidad del plan instaurado”*.

Tal conclusión resulta a todas luces acertada ya que el plan operacional, que se viene desarrollando, fue homogéneo a lo largo y ancho del país. La sistematización del accionar, tanto de las Fuerzas Armadas como de los cuerpos de seguridad que de ellos dependían, como así también la notoria similitud de los movimientos y tránsito de los detenidos, permiten concluir que existió una organización estructuralmente perfecta para el cumplimiento de sus fines

IV.- Los delitos cometidos desde el aparato del Estado no fueron sólo violaciones de derechos humanos. Por su escala, volumen y gravedad constituyen, conforme a su naturaleza, “Crímenes contra la Humanidad o de Lesa Humanidad” en los términos del derecho internacional, nacional y de conformidad a los pronunciamientos del más Alto Tribunal (vgr. C.S.J.N. *“Simón, Julio y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. Causa N° 17.768”*, donde se decidiera: declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por delitos de lesa humanidad cometidos dentro del territorio de la Nación Argentina; criterio éste que siguiera este Cuerpo a partir del precedente de autos N° 81.134-F-19.801 “Compulsa en autos 044-F, rotulados: Fiscal c/MENENDEZ, L. y otros”).

Acorde a su contenido y naturaleza, es un crimen de derecho internacional, por lo cual las condiciones de su responsabilidad son establecidas por la normativa internacional, con independencia de lo que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados; los cuales, se encuentran en la obligación de juzgar y castigar a los responsables de tales aberrantes crímenes. Así, en el ámbito de la normativa internacional se considera que, entre otros actos, la tortura, las ejecuciones sumarias, extra judiciales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, constituyen la categoría de “*graves violaciones a los derechos humanos*”.

La obligación de todo Estado de juzgar y castigar los crímenes de lesa humanidad surge del derecho de gentes o ‘*ius cogens*’, el cual se integra por un conjunto de principios y normas que resultan esenciales en la vida organizada de la humanidad. Uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes desde la consolidación del derecho penal internacional, es el que instituye la criminalidad de ciertas conductas, que se consideran de gravedad para la humanidad, y cuyo juzgamiento no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron.

El derecho de gentes establece entonces que la responsabilidad penal individual puede surgir de normas imperativas para la comunidad internacional y que establecen obligaciones directas, no sólo para los Estados, sino también para los individuos, para evitar así la impunidad de esos hechos de extrema gravedad, a menudo realizados desde el poder estatal.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en reiteradas oportunidades, ha recordado que las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y la tortura constituyen graves violaciones a los derechos humanos. En esta misma línea la “*Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*” hace referencia desde el artículo primero a la desaparición forzada de personas.

La jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos es coincidente en esta materia. Sólo a guisa de ejemplo cabe recordar que en los casos “*Bleier Lewhoff y Valiño de Bleier c. Uruguay*”, “*Pedro Pablo Camargo c. Colombia*” ha reiteradamente calificado, entre otros actos, la

tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada como graves transgresiones de los derechos mas elementales del ser humano, también ratificado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas merced al documento elaborado en fecha 3 de agosto de 1.994 en Burundi. Asimismo, y en esta misma línea, se pronunció en el caso “*Barrios Altos*” la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Son numerosos los organismos internacionales que han velado por el respeto a los derechos del individuo, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) estableciendo que “*...todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana y es condenada como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, como una violación grave y manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*” constituyendo “*una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”.

La tutela a los derechos humanos fue comprometida internacionalmente por la Nación Argentina desde la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas -26 de junio de 1.945-, la Carta de Organización de los Estados Americanos -30 de abril de 1.948-, la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos -10 de diciembre de 1.948- y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -2 de mayo de 1.948-. Así, la República Argentina, desde la aplicación del derecho de gentes que prevé el art. 118 (ex-102) de la Constitución Nacional, y a través de su adhesión desde 1948, de la ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -19/12/1.966-; de la Convención Internacional contra la Tortura; y de todos los tratados y pactos que, desde la reforma de 1.994 integran nuestra Carta Magna –art. 72, inc. 22- ha dado jerarquía constitucional e integrado al orden jurídico interno, las normas de carácter internacional que reputan a la desaparición forzada de personas como delitos contra la humanidad.

Así, la Sala II de la Excma. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal explicó: “*...la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico en virtud de lo establecido por el art. 118 de la Constitución Nacional, y tal aplicación resulta obligatoria en función de lo*

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

dispuesto por el art. 21 de la ley 48” (CCCFed. Sala II, “Astiz, Alfredo sobre nulidad”. Causa N° 16.071, 4 de mayo de 2.000).

A la época de los acontecimientos investigados, el orden jurídico interno había incorporado normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas integraban el Derecho positivo argentino, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, ostentando el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*). Ello significa que aquellas normas penales internas, en cuyas descripciones típicas pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional –la condición de lesa humanidad–, con las consecuencias que ello implica.

Conviene recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar. En este aspecto, la calificación de los delitos contra la humanidad, no dependen de la voluntad de los Estados, sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional, los cuales forman parte del derecho interno argentino (Fallos: 43:321 y 176:218), motivo por el cual los tribunales nacionales deben aplicarlos junto con la Constitución y las leyes (Fallos: 7:282). Por otro lado, la aplicación del derecho de gentes viene ya consagrada desde el año 1.853, merced a la específica referencia que contiene el artículo 118 -ex 102- de la Constitución Nacional, que se orientó a asegurar el compromiso de los tribunales nacionales en la persecución de los crímenes de lesa humanidad.

Nuestra Corte Federal, en el conocido caso “*Priebke, Erich*” (Fallo 318, del 6 de noviembre de 1.995), estableció que la clasificación de los delitos contra la Humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición, sino de los principios del ‘*ius cogens*’. Asimismo, explicó que los crímenes de esta naturaleza se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta. Es decir, tienen a la víctima colectiva como característica común y por ello se los reputa delitos contra el derecho de gentes.

El Estado Argentino conforme lo establecido en los arts. 1°, 8° y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, tiene la obligación de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos ocurridas en su territorio; en virtud de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (aprobada por nuestro país por ley 23.338 del 30 de julio de

1.998) donde se ratifica la necesidad de la sanción penal de los responsables de la aplicación de torturas, de la inadmisibilidad de órdenes superiores como justificación de la tortura y de la existencia de circunstancias excepcionales como inestabilidad política interna (arts. 2° y 4°); por el art. 1° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (9 de junio de 1.994, incorporada a la Constitución Nacional por ley 24.556) se establece que es obligación del Estado, no permitir, no practicar, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales. Por el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1966 y ratificado por nuestro país mediante la ley 23.313 se establece que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentalmente reconocidos o vigentes en un estado. Por último, completando esta guisa de instrumentos del derecho internacional que sancionan los delitos de lesa humanidad, es dable mencionar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificada por la República Argentina mediante ley 23.952. En dicho instrumento se volvió a ratificar la obligación de los estados de prevenir y sancionar la tortura.

Como expresión reciente de la voluntad internacional, el artículo 7° de estatuto romano trata específicamente los delitos de “lesa humanidad”, estableciendo que se entenderá por tal a los que sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque. Así menciona –tipifica- a once (11) tipos de actos: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen del apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

A los efectos de precisar las conductas anteriormente descriptas: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

implique la comisión múltiple de actos mencionados contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

Luego de realizar una reseña histórica de esta clase de injusto y de su auge en la posguerra ante el juicio de Nüremberg, aclaró el señor fiscal que un delito, por más insidioso que sea en su metodología o comisión, no es por sí un crimen de aquella naturaleza. La gravedad metodológica del delito no es lo que lo transforma en un crimen imprescriptible, sino que sea llevado a cabo por aquellos que tienen por finalidad defender o garantizar la convivencia pacífica en sociedad.

Citando a numerosos catedráticos de todas partes del mundo, sostiene que la estructura estatal ha sido una creación ficticia para posibilitar concretamente esa coexistencia, y los riesgos de que dicha creación se vuelva en contra de quienes tiene que amparar, ha hecho nacer a este bien jurídico que pretenden tutelar las normas que sancionan dichas transgresiones. En forma específica señala a David Luban quien explicó en su obra que: *“El alto grado de depravación por sí mismo, no distingue a los crímenes lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control”*.

Dicho en otros términos, lo que transforma un crimen común en uno contra la humanidad, es que éstos sean cometidos por organismos del Estado a través de una política general y/o sistemática en la que se vulneren derechos de la sociedad civil o de un grupo determinado de este.

De la mencionada definición surgen entonces los elementos particulares de la descripción de crímenes contra la humanidad.

En primer lugar, se trata de actos atroces, comprendiendo, entre otras conductas, actos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, un núcleo de actos de extrema crueldad.

En segundo lugar, estos actos deben haber sido llevados a cabo como parte de un ataque generalizado, sistemático o a gran escala, sosteniendo Badar, con relación a este requisito, que la sistematicidad implica no sólo que exista una política, sino además una implementación altamente organizada y orquestada de ella conforme a un plan (Badar, Mohamed Elewa, “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes Against Humanity, en: San Diego International Law Journal”, Volumen 5, 2004, p. 73 y ss., p. 111).

En tercer lugar, ese ataque debe estar dirigido a una población civil o a una multiplicidad de víctimas.

En cuarto lugar, que ese ataque haya sido realizado de conformidad con una política de un estado o de una organización. En efecto, los hechos tienen que estar conectados con alguna forma de política, en el sentido del término que significa las “orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado”. No es necesario que esta política provenga de un gobierno central. Esencialmente, este requisito sirve también a la exclusión de la categoría de delitos de lesa humanidad de actos aislados o aleatorios (conf. Chesterman, Simon, “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity, en: Duke Journal of Comparative & International Law”, 308 1999-2000, p. 307 y ss., p. 316).

También la Carta Orgánica del Tribunal Militar de Nüremberg definió a los delitos de lesa humanidad como “...*el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación o la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos...*” (Zuppi, Alberto L., “La prohibición ‘ex post facto’ y los crímenes contra la humanidad”, ED 131-765).

Cabe adunar a todo cuanto ha quedado expuesto que ya para inicios del mes de septiembre del año 1.984 la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas había descripto “*los trágicos episodios en los que desaparecieron miles de personas*”, resumiendo en su informe final que la desaparición forzada de personas se generalizó a partir que las Fuerzas Armadas tomaron el control absoluto de los resortes del Estado. Tal accionar comenzaba con el secuestro de las víctimas, continuaba con el traslado de las personas hacia alguno de los 340 centros clandestinos de detención existentes en el país, en donde los detenidos eran alojados en condiciones inhumanas y sometidos a toda clase de tormentos y humillaciones, para luego ser – generalmente- exterminados con ocultamiento de su identidad; recalándose que tales atrocidades fueron práctica común y extendida, tratándose de los actos normales y corrientes efectuados a diario por la represión (conf. “Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas Nunca Más”, Eudeba, Buenos Aires, 1.996, 2da. Edic., 4ta. Reimp., ps. 479/48).

Con motivo de los hechos descriptos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe que data del 14 de Diciembre de 1979, arribó a las siguientes conclusiones:

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

“1. A la luz de los antecedentes y consideraciones expuestos en el presente informe, la Comisión ha llegado a la conclusión de que, por acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes, en la República Argentina se cometieron durante el período a que se contrae este informe –1975 a 1979—numerosas y graves violaciones de fundamentales derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En particular, la Comisión considera que esas violaciones han afectado:

a) al derecho a la vida, en razón de que personas pertenecientes o vinculadas a organismos de seguridad del Gobierno han dado muerte a numerosos hombres y mujeres después de su detención; preocupa especialmente a la Comisión la situación de los miles de detenidos desaparecidos, que por las razones expuestas en el Informe se puede presumir fundadamente que han muerto;

b) al derecho a la libertad personal, al haberse detenido y puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional a numerosas personas en forma indiscriminada y sin criterio de razonabilidad; y al haberse prolongado sine die el arresto de estas personas, lo que constituye una verdadera pena; esta situación se ha visto agravada al restringirse y limitarse severamente el derecho de opción previsto en el Artículo 23 de la Constitución, desvirtuando la verdadera finalidad de este derecho. Igualmente, la prolongada permanencia de los asilados configura un atentado a su libertad personal, lo que constituye una verdadera pena;

c) al derecho a la seguridad e integridad personal, mediante el empleo sistemático de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuya práctica ha revestido características alarmantes;

d) al derecho de justicia y proceso regular, en razón de las limitaciones que encuentra el Poder Judicial para el ejercicio de sus funciones; de la falta de debidas garantías en los procesos ante los tribunales militares; y de la ineficacia que, en la práctica y en general, ha demostrado tener en Argentina el recurso de Habeas Corpus, todo lo cual se ve agravado por las serias dificultades que encuentran, para ejercer su ministerio, los abogados defensores de los detenidos por razones de seguridad y orden público, algunos de los cuales han muerto, desaparecido o se encuentran encarcelados por haberse encargado de tales defensas.

2. Con respecto a otros derechos establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Comisión señala que si bien su falta de observancia no ha revestido la gravedad de los anteriores, las limitaciones a que se encuentran sujetos afectan también la plena vigencia de los derechos humanos

en la República Argentina. En relación a estos derechos la Comisión observa lo siguiente:

a) que el ejercicio pleno de la libertad de opinión, expresión e información se ha visto limitado, en diferentes formas, por la vigencia de ordenamientos legales de excepción que han contribuido a crear, incluso, un clima de incertidumbre y de temor entre los responsables de los medios de comunicación;

b) que los derechos laborales se han visto afectados por las normas dictadas al efecto y por la aplicación de las mismas, situación que ha incidido particularmente en el derecho de asociación sindical debido a actos de intervención militar y a la promulgación de estatutos legales que vulneran derechos de la clase trabajadora;

c) que los derechos políticos se encuentran suspendidos;

d) que, en general, no existen limitaciones a la libertad religiosa y de cultos; aunque la Comisión sí pudo comprobar que los Testigos de Jehová tienen graves restricciones para el ejercicio de sus actividades religiosas y que, si bien no existe una política oficial antisemita, en la práctica, en ciertos casos, ha habido un trato discriminatorio en contra de algunos judíos.

3. Asimismo, la Comisión considera que las entidades de defensa de los derechos humanos han encontrado y encuentran injustificados obstáculos para el cumplimiento de la labor que han venido desarrollando.

4. La Comisión observa que con posterioridad a su visita a la República Argentina, en el mes de septiembre de 1979, han disminuido las violaciones de los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad personal y al derecho de justicia y proceso regular y que, particularmente desde el mes de octubre de este año, no ha registrado denuncias por nuevos desaparecimientos de personas”.

En forma similar se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al confirmar el 30/12/1.986 la sentencia condenatoria recaída en la histórica “Causa 13”. En esa ocasión sostuvo que “...con fecha 24 de marzo de 1.976, algunos de los procesados en su calidad de comandantes en Jefe de sus respectivas Fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía 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 en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

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. 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... ”.

El Alto Tribunal consideró además acreditado que “...las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados” (conf. considerando 12 del voto del vocal José Severo Caballero, Fallos 309:1689; ver causa N° 13 citada p. 787).

Concordantemente, en 1.998 el Pleno de la sala Penal de la Audiencia Nacional de España se refirió a la persecución política implementada por las autoridades de facto que gobernaron Argentina entre 1.976 y 1.983, destacando que en tal acción se encuentra presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población, puesto que no fue ejecutada al azar o indiscriminadamente, sino con la voluntad de destruir a un determinado sector sumamente heterogéneo pero diferenciado, no persiguiendo un cambio de actitud del grupo, sino directamente su destrucción, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo y el amedrentamiento de sus miembros (citado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” Ad Hoc, Buenos Aires, año 1.999, N° 8 C, ps. 600/601).

Que habiéndose realizado el estudio de los delitos que comportan lesa humanidad y del conjunto de la prueba incorporada en autos -cuyo tratamiento in extenso se abordará en un acápite específico-, se advierte que se habrían configurado en el caso bajo análisis distintos hechos de tamaña gravedad, que atento su naturaleza, modalidad de comisión y por la calidad de sus supuestos autores, deben ser considerados atentatorios de la humanidad en su conjunto, crímenes mencionados primeramente por el art. 6°, inc. ‘c’ del Estatuto Internacional del Tribunal Internacional de Nüremberg y hoy tipificados para el futuro en el citado Estatuto de Roma en sus arts. 5 y 7.

Es decir que no se ha tratado de casos excepcionales, aislados, sino que habría sido el resultado de un plan sistemático, que por su gravedad constituyen parte del puñado de conductas que son consideradas criminales por los Organismos Internacionales y la Comunidad Internacional en su conjunto, por ser justamente lesivas de normas y valores fundamentales en orden a la humanidad.

V.- Las conductas que se les imputan a los encartados, fue presuntamente llevada a cabo por los mismos en virtud de autoría mediata -para algunos- y en forma directa -por otros-, no encontrándose acreditado en autos la existencia de una orden legal, es decir un mandato que cumpla con los requisitos exigidos por la ley, para la detención de la víctima.

Las órdenes emitidas a tal efecto por las autoridades militares y cumplidas, en algunos supuestos, por civiles y/o fuerzas policiales subordinadas, surgieron del ejercicio de un poder de facto, en alzamiento contra el orden constitucional y en cumplimiento de planes y directivas perfectamente delineadas, presentándose en tal condición como sustancialmente ilegítimas.

En virtud de las particularidades que presentan los delitos de lesa humanidad cometidos por el propio Estado, este Cuerpo estima aplicable al caso la teoría esbozada por Claus Roxin respecto de la temática de la autoría mediata a través de los ‘aparatos organizados de poder’.

Sabido es, que una de las formas de autoría en el derecho penal, es la mediata, que se estructura a partir del dominio del hecho y de un ‘autor detrás del autor’.

El punto de partida de la autoría mediata es la ampliamente aceptada teoría del “dominio del hecho”, que paternalizaría Welzel en 1939, y remitiera a Hegler en 1915. Conforme a ella es autor quien domina el hecho, quien decide la configuración central del acontecimiento (Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro: *“Derecho Penal Parte General”*, 2º edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 774). Esta teoría determina el concepto general de autor en los delitos dolosos de comisión y presenta a su vez tres manifestaciones (Roxin): el dominio de la acción (el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano), el dominio funcional del hecho (la fundamentación de la coautoría cuando se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva) y el dominio de la voluntad (que corresponde a la autoría mediata y “se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad en virtud del error, y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

organizadas” (Roxin, Claus: *“Autoría y dominio del hecho en derecho penal”*, 7º edición, Marcial Pons, Madrid, 2000. p.570).

Lo que aquí nos interesa es: la autoría mediata a través de los ‘aparatos organizados de poder’ - categoría que propone Roxin- ya que es la que fundamenta la responsabilidad como autores mediatos de los hombres de atrás (Hintermänner) en una organización delictiva, aún cuando el ejecutor sea castigado como plenamente responsable.-

Esta teoría la elaboró Roxin en 1963 en una conferencia en Hamburgo, publicada como artículo en la revista alemana ‘Goltdammer’s Archiv’, para luego ser plasmada en su monografía *“Täterschaft und Tatherrschaft”*. Estas teorizaciones surgen como consecuencia de la barbarie nazista, y en especial en base al juicio al que se lo sometió a Eichmann en el Tribunal de Jerusalén en 1961.-

La estructura dogmática de la autoría no estaba ideada y no podía ser usada frente al genocidio y a los delitos de lesa humanidad, era necesario adaptarse a estas terribles y nuevas formas de criminalidad. “Si bien el derecho penal está estructurado pensando en un autor individual frente a un hecho determinado, la teoría jurídica se ve desafiada por nuevas modalidades de organización social, que involucran en cada acto complejas relaciones, tanto respecto a los hechos como a la intervención de los autores, ejecutores directos, indirectos, inductores, partícipes, coautores” (Bruera, Matilde: *“Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder”*, en AAVV, ‘Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales’, Lerner, Córdoba, 2001). “Los crímenes de guerra, de Estado... no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual”, decía Roxin en 1963, pero agregaba que “ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual”(Roxin op. cit. p. 279).

El Tribunal Regional de Jerusalén que condenó a Eichmann dijo que “en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones, en los que han participado muchas personas en distintos puestos de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice”, es decir “excluye la aplicación de las categorías normales de la participación” (Roxin op. cit. p. 274).

Frente a la doctrina clásica de la autoría mediata, Roxin rastrea un nuevo fundamento para descubrir la autoría del hombre de atrás, pero frente a ejecutores responsables, y no el clásico ejemplo de la coacción o error del autor inmediato o material. En las formas clásicas de autoría mediata se usa instrumentalmente a una persona, forzando al agente o usándolo como factor causal ciego. En esta especie de

autoría mediata lo que se instrumentaliza es el aparato organizado de poder, y en lugar de lo defectuoso del accionar del autor inmediato se pone la ‘funcionalidad’ del aparato. Para ello se requiere a priori tres requisitos: a) el dominio de la organización en forma verticalizada (autores de escritorio), b) la fungibilidad del ejecutor, y c) la actuación de estos supuestos en organizaciones al margen de la legalidad. Es necesario que en este caso de ‘autor de escritorio’ se demuestre la fungibilidad (sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo) y anonimato del ejecutor, dado que el autor mediato no depende de un ejecutor concreto, como en el caso del inductor. Aquí el ejecutor –desde la óptica del autor mediato- es el aparato.

El funcionamiento peculiar de estos aparatos de poder, que están a disposición del sujeto de atrás, hacen necesarias este tipo de teorizaciones, ya que el aparato despliega “una vida independiente de la identidad variable de sus miembros” (Roxin op. cit. p. 272) es decir, funciona automáticamente. El autor mediato debe haber realizado una “contribución al hecho que bajo el empleo de determinadas condiciones marco organizativas haya provocado procedimientos reglados que desembocaron automáticamente, por así decir, en la realización del tipo”.

En una reciente conferencia en Sevilla (23 de marzo de 2006), Roxin da cuenta del “estado actual” de su razonamiento, y amplía a cuatro, las condiciones para el dominio de la organización como forma de autoría mediata. Se requiere un poder de mando, la desvinculación del aparato de poder del ordenamiento jurídico, la fungibilidad del ejecutor inmediato y la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.

En primer lugar se requiere que el supuesto autor mediato dentro de la organización rígidamente estructurada tenga autoridad para dar órdenes, y que ejerza dicha autoridad para causar realizaciones del tipo. Debe –además- tener el conocimiento y la voluntad del resultado típico como obra propia, en virtud de las condiciones marco organizativas y de la regularidad que ellas producen.-

Aquí no hablamos más del ejecutor como un instrumento coaccionado o equivocado, sino plenamente culpable, pero fungible y anónimo, en virtud de las condiciones marco organizativas del aparato.-

Roxin entrevistó que Eichmann se encontraba en la doble calidad de autor mediato y ejecutor en los diversos crímenes que se le imputaban. En algunos simplemente era el autor directo (plenamente culpable), y en otros respondía por su dominio de la situación fáctica como autor de escritorio. Lo que supone que pueden

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

existir cadenas de mando, de distintos niveles de jerarquía, de autores mediatos que dan órdenes en el seno de la organización.

La particular maquinaria de poder hace que se inviertan los sentidos lógicos de dominabilidad de la acción. “En lo ordinario cuando un sujeto se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, más se aleja del dominio del hecho, pero en estos casos se produce una inversión del planteo, pues cuanto más alejado está el ejecutor de las víctimas, más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, lo que lo proyecta al centro de los acontecimientos” (Zaffaroni - Alagia – Slokar: op. cit. p. 780) .

Estos ‘aparatos organizados de poder’, con una clara formación jerárquica vertical, que impide la retroalimentación de las órdenes impuestas por el superior, sólo puede darse al margen de la legalidad: en las organizaciones clandestinas de tipo mafiosas, o en organizaciones estatales donde se vulnere el Estado de Derecho. Stratenwerth indica que en el caso de la criminalidad organizada, la organización “debe tener a su disposición una reserva suficientemente grande de personas que pueda servirse; de otra manera el agente individual no sería reemplazable” (Stratenwerth, Günther: “Derecho Penal Parte General”, Madrid, 1982, p. 243).

Roxin enuncia como requisito sine qua non la existencia de esta ‘organización’ fuera del Estado de Derecho, pero afirma que “la desvinculación de la organización al derecho no debe ser total, bastando tan sólo que sea el hecho concreto el que se realice al margen del derecho” (op. cit. p. 277). Roxin remarcó que, la desvinculación del Derecho debe ser sólo en el marco de los tipos penales realizados por el aparato, y que esta desvinculación al derecho, no depende ya de la manera como lo juzgue el sistema político bajo cuyo amparo funcionó el aparato, sino de la actual valoración jurídica.

Como se dijo, el aparato debe funcionar fuera del orden jurídico. Se supone que allí donde éste impera, “una instrucción antijurídica no puede poner la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una iniciativa particular”. Quien quiere dar órdenes ilegales en un Estado de Derecho ya no puede confiar en que el aparato las cumpla, sino que tiene que reclutar al ejecutor material para el hecho concreto, lo que lo convierte en inductor.

Se debe destacar, conforme a los conceptos que se vienen analizando, el ejecutor, quien realiza personalmente las conductas típicas, es plenamente responsable, ya que no es engañado ni coaccionado. No queda exento de responsabilidad por el solo hecho de ser un engranaje cambiante de la maquinaria delictiva. Jakobs, considera

que la solución es atribuir la responsabilidad penal a título de coautoría, en el sentido de una coautoría por codominio funcional de los hechos.-

Los requisitos de la coautoría, según Jakobs a quien se sigue en este punto, son: 1º) la decisión común del hecho, y 2º) la intervención en la comisión a título de autor (JAKOBS, Günther, *“Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación”*, Ed. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 1997, págs. 745/760).

1º) La decisión común del hecho es entendida como el acuerdo expreso, concluyente o tácito sobre la distribución de las aportaciones singulares a un hecho: todo interviniente debe saber que otros cooperan dolosamente.

Cuando un delito se compone de segmentos aislables y separables en el tiempo y espacio de acciones ejecutivas, y cada uno de los segmentos fácticos los ejecutan distintas personas, los intervinientes responden por el “todo” en concepto de autor, por cuanto esa decisión común fundamenta la responsabilidad por “todo” lo ocurrido, siendo esa aportación singular como una parte del “todo”. Es decir, se trata del dominio de hecho, no dividido, sobre una parte, más el acuerdo de ajustar la parte en el “todo”, es igual a la coautoría por el “todo”. Desde esta perspectiva puede decidirse que el comportamiento fraccionado de los imputados no constituyen actos aislados sino que se integran al plan común en virtud de ese acuerdo y por el conocimiento que en ese todo se hace de su aporte.

Con mayor precisión aún, se ha considerado que en lugar de una decisión común del hecho -en el sentido de acuerdo siempre recíproco- hay que conformarse con una decisión de ajustarse, con la que el partícipe que no ejecuta directamente, pero sí coopera en la configuración del hecho, vincula su aportación con el hacer del ejecutor. Por eso, la responsabilidad es consecuencia de ese ajuste, siendo necesario que el dolo y esa decisión concurren al momento de realizar la propia aportación al hecho.

2º) La intervención en la comisión a título de autor: se refiere a la realización directa, de propia mano de parte de los intervinientes, aunque no exclusivamente. La configuración del hecho consiste en disponer el suceso que realiza el tipo en su desenvolvimiento en concreto, tal como se perfecciona desde la acción ejecutiva hasta la consumación. Las configuraciones son la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio. La disposición puede tener lugar en todo el estadio de preparación o de tentativa, hasta incluso la ejecución de la acción ejecutiva, puesto que el ejecutor lo único que hace es poner en marcha la “maquinaria delictiva”, -que en términos de Roxin se refiere al aparato organizado de poder- ya preparada y dispuesta.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Ahora, el número y la clase de aportaciones idóneas son tan ilimitadas como lo son las modalidades de la cooperación humana, y la aportación concreta ha de medirse, no por su fuerza, intensidad, sino por su influjo en la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo.

Es así que los procederes desplegados por los imputados encajan en la idea de coautoría en virtud del dominio funcional del hecho, mediante un reparto de tareas –división del trabajo- que hizo que cada uno de ellos ejecutara una parte del obrar previsto desde el tipo penal de la parte especial del Código Penal, pero que desde su visión de conformación de un plan unitario y sistemático a distintos hechos y personas, hace que cada uno responda por el todo.

Sentado ello, se entiende que, la compatibilidad del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas con el plexo normativo argentino queda incluida en el art. 45 in fine del código penal, dentro del instituto del ‘determinador’; al decir de Donna, el 45 es el “sustento dogmático de la autoría mediata”. Zaffaroni afirma que la teoría roxiniana es una construcción complicada, ya que “el dominio del hecho es una cuestión de hecho que debe precisarse en concreto en cada caso”, y también que “la fungibilidad de los ejecutores no indica que su aporte no haya sido necesario, e incluso se advierte sobre los riesgos de devaluar la intervención de los ejecutores directos y facilitar soluciones políticas poco deseables” (Donna, Edgardo Alberto “*El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder*”, en AAVV “*Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*”, Libro Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001). El mismo Zaffaroni señala la diferencia que cabría de distinguir al hombre de atrás como autor mediato o mero instigador: en el primer caso habría tentativa desde que comienza a dar la orden (conductas como firmar un documento o una llamada telefónica puedan considerarse como acciones que realizan homicidios), y en el segundo caso sólo cuando el ejecutor comience a realizar la conducta.

Ambos y Grammer han señalado que la teoría del dominio por organización es la más apta para el caso argentino. Indicaron que los tres miembros de la Junta Militar (Jorge Rafael Videla, Eduardo Massera, y Ramón Agosti) poseyeron dominio directo sobre la planificación y preparación del terrorismo de Estado (sistemática y organizada eliminación de seres humanos mediante desaparición forzada, torturas y ejecuciones sumarias), y en muchos casos además está probado el dominio sobre la ejecución y control de esos delitos de lesa humanidad. “Es inimaginable que una represión tan vasta haya podido ser ejecutada por partes descontroladas de las Fuerzas Armadas” (Ambos, Kai-Grammer, Christoph: “*Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducta militar argentina por la muerte de Elizabeth Käsemann*”,

dictamen del Max Planck Institut, p. 12. Versión en portugués en Ambos, Kai: “*Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*”, traducido por Pablo Alflen da Silva, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006. p. 113), afirman Ambos y Grammer. En el caso particular de Videla, por su condición de comandante en jefe, por sus declaraciones periodísticas donde se jactaba de haber eliminado los ‘elementos subversivos’, y por documentos firmados por él donde planificaba el Golpe de Estado y la lucha contra el ‘terrorismo’, está más allá de toda duda que “debió haber modificado el aparato de seguridad existente en aquél momento, influenciarlo y utilizarlo para que integrantes de ese aparato en lucha contra la subversión secuestraran y, en caso necesario, eliminaran personas. Para ello realizó una contribución al hecho, la cual bajo la utilización de las condiciones marcos descritas produjo concretamente la eliminación de elementos subversivos. Jorge Videla conocía la forma de funcionamiento del aparato represivo y quiso los crímenes ejecutados por sus integrantes como el producto de su propio comportamiento” (Ambos- Grammer op cit. p. 22 y 113).

Por todo lo expuesto, se considera que la teoría que se viene analizando es la más adecuada para analizar y atribuir responsabilidad a los imputados por delitos de lesa humanidad cometidos por el aparato represor del Estado durante la última dictadura militar.

VI.- Existe respecto de la valoración de la prueba parámetros rectores que deben alumbrar el razonamiento judicial. En relación a ellos y a los fines del estudio que acometeremos serán tenidos en cuenta los siguientes: a) que el análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica racional; b) que el grado de convicción exigido para el estadio que se transita es la mera probabilidad acerca de los extremos de la imputación o, en otras palabras, que no es necesaria la certidumbre apodíctica acerca de la comisión de un hecho ilícito ni de la participación de los procesados en su producción; c) que las decisiones a arribarse son meramente provisorias; d) que se trata de verificar si están dadas las condiciones para posibilitar el avance del proceso hacia el juicio; e) que es suficiente la verificación de los elementos mínimos que sostengan la sospecha inicial para posibilitar la apertura del debate (cfr. Martínez Vega, María Laura, “Estados mentales del juez frente a la prueba. A propósito del grado de convicción requerido en la confirmatoria del auto de procesamiento por el tribunal de alzada”, publicado en “LA LEY”, 2000-E, 335).”.-

Debe recordarse, tal como sostiene la doctrina que, el auto de procesamiento contiene un juicio de probabilidad acerca de la existencia del hecho delictuoso y de la responsabilidad que, como autor, partícipe o instigador, le corresponde al imputado. “El auto de procesamiento requiere la afirmación probable

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

de que alguien ha violado la ley penal. Afirmación de la autoría y la culpabilidad aunque sea probable y provisoria”. (Raúl Washington Ábalos, Código Procesal Penal de la Nación, Tomo II, pág. 707/708, Ediciones Jurídicas Cuyo).-

Se trata en verdad de la valoración de elementos probatorios suficientes para producir probabilidad, aún no definitivos ni confrontados, pero que sirven para orientar el proceso hacia la acusación, vale decir hacia la base del juicio (confr. Clariá Olmedo, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Lerner Córdoba, 1984, T. II, p. 612).-

Es que la ley ritual en este estadio requiere probabilidad, la que se considera presente cuando concurren motivos para negar y motivos para afirmar, mas éstos superan a los primeros aunque sin necesidad de que exista una certeza positiva, la que no se alcanza en virtud de la vigencia no superada de los motivos para negar (confr. Cafferata Nores, Jorge, Temas de derecho procesal penal, Depalma, Bs. As., 1988, p. 9).

Igualmente sostiene Vélez Mariconde que, cuando el juez ordena el procesamiento no emite más que un juicio de probabilidad, donde los elementos afirmativos deben ser francamente superiores a los negativos, de modo que ya no basta la simple posibilidad de que concurren los extremos de la imputación, pero tampoco es preciso que el juez haya adquirido la certeza de que el delito existe y de que el imputado es culpable (confr. autor citado, Derecho procesal penal, T. II, Lerner Córdoba, 1986, p. 439).

Por otra parte, es menester ponderar que reiteradamente esta Cámara Federal ha sostenido que el procesamiento se dicta contra el imputado cuando existe la exteriorización fáctica de un hecho conceptualizado normativamente como delito e indicios vehementes de culpabilidad en su comisión por parte de aquél. No es una sentencia condenatoria -la cual requiere certeza-, sino un auto justificado cuando de la prueba deriva un estado de sospecha fundado de que el encausado ha delinquirido, no requiriendo un análisis de la totalidad de la prueba del sumario ni que la investigación se encuentre agotada (Conf., entre otros, autos n° 43.521-F-8333; n° 42. 997-F-8231; n° 45.564-F-8988 y n° 48.944-F-10.107).

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos imprescindible realizar un escueto análisis respecto de la importancia y valoración de la prueba testimonial. En la presente causa, como en la mayoría en las que se tratan delitos de privación ilegal de libertad durante ese período de gobierno, las declaraciones de los testigos juegan un rol trascendental; corresponde traer como referencia las pautas señaladas por la Cámara Federal de la Capital en la comentada causa 13/84 donde se sostuvo que: “En este

proceso el valor de la prueba testimonial adquiere un valor singular; la naturaleza de los hechos investigados así lo determina...1º) La declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejan rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. En la especie la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañarse, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios” (Fallos: 309:319; Sentencia de fecha 9 de diciembre de 1.985, Tomo I, pág. 294, Imprenta del Congreso de la Nación, 1.987).

Las citas antes transliteradas resultan imprescindibles ante hechos que tuvieron como principal método operativo la privación ilegítima de la libertad, la eliminación física de las víctimas y de todas aquellas personas que quisieran conocer el destino de familiares y amigos.

Por consiguiente, los testimonios colectados son pruebas concretas y suficientes que crean la convicción necesaria para corroborar los hechos, con el grado de certeza que requiere esta etapa procesal, a lo que debe añadirse que al ser perfectamente reproducibles en el debate, vedan la posibilidad de perjuicio y alejan toda pretensión de descalificación.

Debemos finalmente concluir que coincidimos con el criterio fijado en el juicio seguido contra los comandantes militares, en cuanto se sostuviera que el concierto y cantidad de testigos que más adelante se citarán, no pueden ser el resultado de un concierto previo organizado o de una campaña tendiente a lograr probar lo inexistente, pues no se advierte la posibilidad de pensar -no existe prueba en contrario- al menos en forma verosímil o probable, que los hechos hayan podido transcurrir de una manera diferente a la aquí indicada.

Entonces, teniendo particularmente en cuenta cuál era el contexto de represión clandestina estatal -cuyo modo de implementación y ejecución fue someramente graficado párrafos atrás- en el que habrían ocurrido los hechos investigados, este Tribunal avalará el procesamiento de los imputados respecto de aquellas hipótesis delictivas que puedan probarse por los dichos de los testigos que hayan presenciado el procedimiento oficial en que se detuvo ilegítimamente a la víctima o bien el cautiverio de ésta en centros de detención.

VII.- Previo a desarrollar en concreto como y quienes fueron los artífices de la represión estatal en la Provincia de San Juan y a fin de lograr una lectura

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

más fluida del texto, a continuación se detalla un cuadro de referencias del origen de las pruebas que se citan. La similar modalidad en la que habría actuado parte del Ejército Argentino y las fuerzas de seguridad a su cargo en todos los operativos que dieron lugar a los delitos denunciados en las causas que tramitan ante esta Cámara, hace que sea imprescindible analizar las pruebas de manera integral. Ello conlleva a una mejor comprensión del contexto y personajes que en principio participaron de los cruentos crímenes.

- Autos N° 4.942 caratulados “*Recurso de Habeas Corpus a favor de Camus, Rosa Margarita*” (A).

- Autos N° 6.204 caratulados “*Denuncia por presunta desaparición de María Ana Erize*” (B).

- Autos N° 6.485 caratulados “*Recurso de Habeas Corpus a favor de Florentino Arias*” (C).

- Autos N° 4.459 caratulados “*Recurso de Habeas Corpus a favor de Hugo Ricardo Bustos*” (D).

- Autos N° 6.481 caratulados “*Amin de Carvajal, Sara y otros p/ Denuncia de Homicidio*” (E).

a) Como se señalara al inicio del presente pronunciamiento, el plan sistemático represivo instaurado por el último gobierno militar también fue desarrollado en la Provincia de San Juan. Dentro de la división del país trazada por las autoridades militares para controlar los diversos focos subversivos, ésta formaba parte de la Zona 3 a cargo del Gral. Luciano Benjamín Menéndez. Dentro de ella, pertenecía a la subzona 33, correspondiente a la región cuyana. San Juan era conocida como “Area 332”.

Así como en la Provincia de Mendoza la coordinación y aplicación efectiva del plan referido estaba a cargo de la VIIIa Brigada de Infantería de Montaña, en San Juan estuvo en el Regimiento de Infantería de Montaña 22 (RIM 22), quien a su vez recibía indicaciones de la Brigada Mendocina por ser el centro decisorio regional. Desde el 24-12-1975 hasta aproximadamente el 4-12-1977 el mismo estuvo a cargo de Juan Bautista Menvielle (v. fs. 221 en autos N° 4.942, caratulados “*Recurso Habeas Corpus en favor de CAMUS, ROSA MARGARITA*”). El Segundo Jefe habría sido Adolfo E. Quiroga Díaz (fs.1469).

b) Al igual que en el resto del país, el plan represivo era instrumentado por grupos de personas, ya sean militares o dependientes de las restantes fuerzas de seguridad dependientes de las FFAA. Estos organismos eran conocidos como “Grupos de Tareas” o “Patotas”. Se trata en general de los autores directos o materiales de los

delitos de lesa humanidad perpetrados durante esa época. A decir de Jackobs se trata de coautores. La calidad de autor corresponde a los mediatos, en general Jefes y subjefes con capacidad para tomar decisiones, incluso en la cadena intermedia de mando.

Conforme los dichos de los diversos testimonios de personas que vivieron en dicha época, sea como víctimas de los presuntos ilícitos investigados, sea como familiares de estos, sea como pertenecientes a las fuerzas de seguridad, etc. los hechos que se investigan eran perpetrados por dichos grupos.

VIII.- a) El recurso de apelación deducido por el Dr. Eduardo San Emeterio, defensor de los encartados, expresa que la sentencia recurrida es arbitraria por carecer de fundamentos, ya que el a quo no cita prueba en concreto, no especifica cual sería la supuesta conducta que se le reprocha a sus defendidos ni hace referencia a los elementos que configurarían los ilícitos que se le endilgan, lo que impide a su parte ejercer su derecho de defensa y se ha violentado el principio de inocencia, partiéndose de la culpabilidad de sus asistidos por el sólo hecho de ser parte de los oficiales del RIM 22.

Expresa que el a quo cita en su resolución una serie de supuestas declaraciones testimoniales, pese a que las mismas no han existido en autos, ya que se ha limitado a la lectura de actas correspondientes a supuestas declaraciones prestadas con anterioridad sin la intervención de las defensas de ninguno de los imputados.

Que no hay elementos de convicción suficientes para estimar que existen hechos delictuosos y que sus defendidos sean responsables como partícipes de éstos, no son autores ni coautores por acción o por omisión ni instigadores o partícipes ni autores mediatos de ningún hecho delictivo y que no podían asumir ninguna posición de garante porque eran unos simples subordinados, que no tenían subalternos a sus órdenes, que en modo alguno podían controlar los hechos presuntamente consumados en la Provincia de San Juan.

Continúa diciendo que igualmente si se ha actuado en un Estado de Sitio y en virtud de lo preceptuado por la Ley 20.840, resulta imposible imaginar que se hayan cometido delitos de violación de domicilio y privaciones ilegales de la libertad, habida cuenta que todas las acciones y medidas habrían tenido lugar en un ámbito de legalidad al amparo de la normativa vigente en ese momento. Que por otra parte, en los delitos denunciados la acción penal se encuentra prescripta, solicitando así se declare.

Por último, dice que la resolución recurrida también agravia a sus defensos, en cuanto se dicta su prisión preventiva en inobservancia de derechos,

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

principios y normas de raigambre constitucional, relativas al debido proceso y defensa en juicio y los principios de inocencia e “in dubio pro reo.” Solicita se revoque la resolución atacada y se conceda la excarcelación peticionada.

b) Ahora bien, frente al planteo ensayado por la defensa, alegando que los delitos que se le imputan a sus asistidos se encuentran prescriptos, debe señalarse que las conductas ilícitas en las que los nombrados habrían intervenido, como se dijera en el acápite anterior, llevan el sello característico de los crímenes contra la humanidad, pues se inserta en un ataque de naturaleza sistemática y en gran escala, en contra de la población civil, en todo o en parte.

La imprescriptibilidad de este tipo de crímenes, contenido, naturaleza y condiciones de responsabilidad, son establecidas por normas internacionales con independencia de los criterios que puedan discernirse en el derecho interno de los Estados. Éstos, a su vez, se encuentran obligados a juzgar y castigar a los responsables, siendo la norma que así lo establece es una norma imperativa del derecho internacional que pertenece al *ius cogens* o derecho de gentes.

En relación a lo expuesto, compartimos plenamente lo manifestado por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, que sostuvo que al tenor de la normativa internacional vigente al año 1973, resulta a todas luces evidente que el carácter imprescriptible de los delitos de derecho internacional, cualquiera sea la fecha en que éstos hayan sido cometidos, constituía una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

Nuestro país ratificó la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968) mediante ley 24.584 en el año 1995 y le otorgó jerarquía constitucional por ley 25.778 en el año 2003. En consonancia con lo hasta aquí manifestado, podemos concluir que la ratificación y otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención sobre Imprescriptibilidad, sólo significó la inclusión en forma codificada, de normas consuetudinarias del derecho internacional general que ya constituían una *obligatio erga omnes* insertas en nuestro ordenamiento jurídico por imperio del art. 102 in fine de la C.N. (Actual 118) (Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, “Vargas Aignasse Guillermo s/ Secuestro y Desaparición Acumulado”, Expte. 101/84, T. 444 , P. 07, 53406).

Al respecto es necesario señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar”, y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos “ningún

texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad” (conf. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C N° 4; luego reiterado en el caso Godinez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5; y recientemente en el caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas citados en CSJN, A. 533. XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros" causa n° 259, rta el 24/08/2004).

En punto al agravio que esgrime la defensa, que sostiene que aún cuando se le asigne el pretendido carácter de crímenes de lesa humanidad atroces o aberrantes, no corresponde su aplicación retroactiva, ya que hasta la sanción y entrada en vigencia de la constitución de 1994 no había delitos imprescriptibles, debe recordarse que el Máximo Tribunal ha dejado sentado que "la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad” (ver causa “Arancibia” ya citada).

Esto resulta congruente con el pensamiento que sostiene esta Alzada acerca de la imprescriptibilidad de este tipo de delitos. En este sentido, el escollo que constituye el artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto desconoce la validez de la aplicación de normas ex post facto, sólo puede ser salvado a través del reconocimiento de que esa regla no puede ser invocada en el ámbito del derecho penal internacional, en el que se enmarcaban esos acontecimientos. Ello, a su vez, se sustenta en la preeminencia del Derecho de Gentes establecida por el artículo 118 de la Constitución Nacional.

En esa misma línea y en citado fallo, la Corte Suprema sostuvo 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 —entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución—, pueden ser considerados crímenes contra la*

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional”.

A mayor abundamiento, cabe reflexionar que a pesar de que el Código Penal no contiene la categoría de crimen contra la humanidad, debe señalarse que “...la expresión desaparición forzada de personas no es más que un nomen iuris para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra” (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)” (dictamen del señor Procurador General en la causa M.960.XXXVII “Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación”, sentencia del 15 de abril de 2004).

En consecuencia, corresponde rechazar el planteo de prescripción ensayado por la defensa.

c) Conforme todo lo que se ha venido exponiendo, en relación a la apelación de la Defensa de los imputados Jorge Antonio Olivera, Osvaldo Benito Martel, Jorge Horacio Páez, Carlos Luis Malatto, Eduardo Daniel Cardozo, Daniel Rolando Gómez, Juan Francisco Del Torchio y Gustavo Ramón de Marchi, este Tribunal comparte las argumentaciones del A-quo por las cuales considera que la situación de los encartados queda atrapada, por el momento, en las previsiones del art. 306 del C.P.P.N. Es que, no obstante el esfuerzo realizado por aquella, existen elementos de convicción suficientes como para estimar que los nombrados resultan “prima facie” responsables de los delitos que se le han atribuido en los presentes obrados.

La causa tiene su origen en la investigación de hechos relacionados con detenciones posteriores al 24/03/1976 por motivaciones políticas, que surgen de expedientes acumulados y un acopio pruebas de esta causa como en otras causas por iguales motivos, entre ellas testimonios de las víctimas o denunciantes o declaraciones de testigos.

Los hechos relatados minuciosamente por el Sr. Juez aquo se obtienen fundamentalmente de los autos Nros. 4459 Rec. H.C. a favor de Hugo Ricardo Bustos; 4506 “(Reconstruido) “c/Bustos, Hugo Ricardo, Alvarez, Elías Justo, Carrilo Waldo Eloy, Quiroga, Bibiano Manuel p/presunta infracción a la Ley 20.840”; “Rec. Hábeas Corpus” presentado por Norma Teresita Sánchez de Bustos el 17/6/1976; 4465 “H.C. a

favor de María Cristina Anglada”; 4511 “H.C. a favor de Luis R. Borkowski Vidal”, 12.878 –Con motivo deGuilbert, Guillermo p/Denuncia privación ilegítima de la libertad y torturas”; 4532 -c/Guilbert, Guillermo Jorge p/presunta infracción a la Ley 20840 s/Actividad subversiva de la organización “Montoneros”; 4479 –c/Avila, Alfredo Rafael y Garay, Marcelo Edmundo p/presunta infracción a la Ley 20840 s/Actividad subversiva”; 16448- “Con motivo de la presunta comisión de Apremios ilegales y torturas en perjuicio de César Rioja, Fernando Mó y Enrique Faraldo”; 4717 –c/Gioja, César p/presunta infracción a la Ley 20.840 s/Actividad antisubversiva”; 16.450 “Con motivo de la presunta comisión de Apremios ilegales y torturas en perjuicio de José Luis Rioja, Jorge Frías y Domingo Morales”; 4478 c/Gioja, José Luis; Frías, Jorge Alfredo y Morales, Domingo Eleodoro p/presunta infracción a la ley 20840 s/actividad subversiva”; 17.272-4 “Con motivo de la presunta comisión de apremios ilegales y torturas en perjuicio de Ripoll, Juan Bautista y otros”; 16.451 “Con motivo de la presunta comisión de apremios ilegales y torturas en perjuicio de Carlos Aliaga”; 4211 c/Aliaga, Carlos Alberto p/presunta infracción a la Ley 20840”; 14.453 “Con motivo de la presunta comisión de Apremios ilegales y torturas en perjuicio de José Nicanor Casas”; As. “c/Casas, José N. p/presunta inf. Ley 20840 s/actividad antisubversiva”; 16454 “Con motivo de la presunta comisión de apremios ilegales y torturas en perjuicio de Daniel Illanes, Edgardo Fábregas y otro”; 4505 “c/Illanes, Daniel y Edgardo Ramón Fábregas p/presunta Inf. a la Ley 20840 s/Actividad subversiva – Organización Montoneros”; 4490 “C/Rossi Alfredo E, y Tinto José C. p/Inf. Ley 20840”; 16455 “Con motivo de la presunta comisión de apremios ilegales y torturas en perjuicio de Juan Carlos Salgado”; 4189 “c/Salgado, Juan Carlos p/presunta Inf. Ley 20840”; 16479 “Con motivo de la presunta comisión de apremios ilegales y torturas e perjuicio de Juan Luis Nefa”; 4157 “c/Nefa, Juan L. p/presunta inf. ley 20840 s/Actividad antisubversiva”; 16517 “Con motivo de la presunta comisión de Apremios ilegales y torturas en perjuicio de Jiménez, Carlos Roberto y Soria, José Abel”; 4464/76 c/Giménez, Juan Roberto y José Abel Soria p/presunta infracción a la Ley 20840”; 16990 “Con motivo de la presunta comisión de apremios ilegales y tortura en perjuicio de Carlos Enrique Yanzón y Juan Carlos Rodrigo”; 4448 “c/Albarracín Smith, Belisario, Rodrigo, Juan C, Santana, Marcial N., Conti, Juan, Velazco, Enrique E., Nacif Ahun, Víctor y Scading, Alberto W. –p/Pta. Inf. Ley Nac. De armas y explos. 20429 y 21268 – Av. Pta. Inf. Art. 189 bis C.P. y presunto Hurto”; 4448 bis “c/Rodrigo, Juan Carlos, Enrique Edgardo Velazco y otros –p/Inf. Arts. 189 bis 3° y 5° C.P.”, a los que nos remitimos en honor a la brevedad.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

A continuación se detallan los hechos que motivaron esta causa y que puede resumirse de la siguiente manera:

1) Hugo Ricardo Bustos: fue detenido el 26 de marzo de 1976 entre las 24 y las 02 horas, en un allanamiento practicado en su domicilio por efectivos militares del RIM 22 sin identificación ni explicaciones del mismo. Declara que luego de ser detenido lo llevaron primero a la Legislatura, luego al RIM junto con otros detenidos, que estuvo en todo momento vendado, que en el RIM lo torturaron, con simulacros de fusilamiento, submarino, picana, recibió golpes en los testículos y que la tortura duró aproximadamente una semana, siendo trasladado luego al Penal de Chimbas, donde estuvo detenido en calidad de desaparecido. Agrega que a quienes les aplicaban torturas los llamaban “ojos de vidrio”, que a uno de los torturadores lo llamaban “turro”. Que a Malatto lo vio en el penal, y a Cardozo y De Marchi los vio en el RIM 22. Permaneció detenido 17 meses. (v. fs. 32/34 vta.). La Sra. Norma T. Sánchez, esposa de Bustos, ratifica lo declarado en cuanto a la detención y agrega que también se llevaron de su casa dinero, una cartera y bibliografía y que cuando pudo visitar a su marido en el penal pudo observar las huellas de la tortura que había padecido. (v. fs. 94). De la declaración de Francisco Camacho y López surge que Bustos fue uno de los detenidos que padeció tormentos en los interrogatorios. (fs. 35/37 y vta.)

2) Elías Justo Alvarez: declara que fue detenido en la madrugada el 11 de abril de 1976 en su domicilio por fuerzas conjuntas del Ejército, Gendarmería y Policía de San Juan, se llevaron libros. Fue llevado a la Central de Policía y a la mañana siguiente al Penal de Chimbas. Que lo interrogaron dos o tres veces estando él vendado, encapuchado y con las manos atrás, que en el penal circulaba la versión de que quienes interrogaban pertenecían a la banda de música del ejército, como por ejemplo uno de apellido Martel. Nombró a Malatto como uno que intervino en los traslados. Estuvo detenido 14 meses. (v. fs. 61/62 y 3258)

3) Waldo Eloy Carrizo: declara el día 10 de mayo de 1976 se presentó junto con Bibiano Quiroga en horas de la mañana en el RIM 22. Que previo a su detención tuvo cuatro allanamientos en los distintos domicilios en los que vivió, que en el último no estaba pero su esposa le contó que fueron efectivos del Ejército. Que ni bien llegaron al RIM 22 fue trasladado al penal de Chimbas donde permaneció incomunicado, estado al frente de ese operativo el Tte. Malatto, que luego en varias oportunidades. Que el Ejército tenía a su cargo los interrogatorios, detenciones, los apremios y torturas. Que en su caso lo sometieron a dos interrogatorios y lo golpeaban a través de la capucha, que tenía conocimiento de las torturas que padecieron durante

su detención y la aplicación de picada a una persona apodada “Yacaroe” o “Yaca” al que llevaron encapuchado una noche a un interrogatorio, donde fue torturado con picana y cuyos gritos se escucharon en todo el penal quien al otro día les contó lo que le hicieron. Que cuando se levantó la incomunicación se entera por sus familiares y abogados que Olivera, De Marchi y Malatto eran los autores de las torturas y apremios. Que a Malatto lo conoció personalmente como responsable de detenidos políticos. Recupera su libertad el 29 de junio de 1977. (v. fs. 63/65 vta.)

4) María Cristina Anglada: fue detenida el 26 de marzo de 1976 por la policía de la provincia de San Juan y por personal del Ejército en su domicilio particular y llevada a la central de policía. Ese día la trasladan a la Alcaidía de Mujeres permanece en una celda atada y vendada. Relata que fue torturada, picaneada en los genitales, y violada por dos hombres (v. fs. 125/130 vta.). Dice que a Olivera, Gómez, Martel y a Alejandro Lazo los vio en reiteradas oportunidades en el penal, y que de ningún modo puede olvidar las caras de quienes se decía eran los autores de las torturas y vejámenes que sufrió, que al Tte. Gómez lo puede identificar bien, porque estando en libertad es quien le lleva los documentos a la casa de su hermana. Afirma que sabían que eran ellos, porque cuando llegaban, entre los detenidos se decían sus nombres a través de lenguaje de señas. Que el grado de un Gendarme Gómez que intentó violarla en el penal era de un suboficial (v. fs. 236). En su reconocimiento fotográfico, al requerírsele por la descripción de quienes estaría en condiciones de reconocer, manifestó que a quien más recuerda es a Olivera y Vic, porque son quienes la trasladan desde el penal a la Alcaidía de Mujeres, a fines de 1976, en una camioneta, iba a cara descubierta, por ello sabe que quien manejaba era Vic, al lado iba Olivera y ella sentada en el medio. Que los reconoció en esa ocasión a Olivera por la voz, que le quedó gravada de los interrogatorios, y de lo que se comunicaban por el lenguaje de señas con los presos comunes. Del legajo fotográfico, indicó diversas fotografías que corresponden a De Marchi, Pedro Jorge Gómez, Jorge Antonio Olivera, Eduardo Daniel Vic, Daniel Rolando Gómez, Juan Francisco Del Torchio, a quienes reconoce sin dudas. Autora Elizabeth Anglada, relata que encontró a su hermana, callada, marcada las piernas como pro puntos, rota la dentadura, y que Cristina, su hermana, le contó que había estado en una celda encapuchada y atada las manos, vestida con una gata, que fue golpeada y picaneada que en la celda le pegaban y pateaban y que en una conversación dejó entrever que había sido violada. (v. fs. 231/232 vta.) Fue liberada en diciembre de 1977.

5) Luis Rosauo Borkowski Vidal: fue detenido en su lugar de trabajo por unos policías de la provincia que lo llevan a la Central de Policía. Que luego fue

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

USO OFICIAL

trasladado al penal de chimbas. Que lo interrogaron dos veces, que él estaba encapuchado, vendado y maniatado, que sufría permanentes torturas psicológicas, por ejemplo frecuentes tiroteos en la noche, que quien lo interrogó era posiblemente un militar, que tenía acento porteño. Que a otros presos los torturaban con corriente eléctrica. Estuvo detenido hasta el 20 de febrero de 1977. (fs. 504/505 y 513/514). Domingo Eleodoro Morales en su declaración manifestó que recuerda en el penal de Chimbas a Borkowski (v. fs. 2238) y Francisco Camacho y López expresó que estando detenido en el penal de Chimbas recuerda que sufrieron torturas cuando los interrogaban, entre ellos Borkowski (fs. 2562). La Sra Ascensión M. Torresán de Borkowski relata que un día fueron unos militares a su casa con una nota de su esposo con una nota de su esposo donde decía que la dicente les entregara el auto, Ford Fairland la que en un primer momento se negó pero ante la llamada de su esposo accedió, luego se enteró que al auto lo chocaron y lo dejaron en el penal. (fs. 3183).

6) Guillermo Guilbert: fue detenido junto a sus hermanos Flavio Miguel y Silvia Teresita en su domicilio a las 2,30 hs. por personal del Ejército, al mando del Tte. Jorge H. Páez, y sometido a apremios ilegales en el RIM 22, habiéndosele aplicado golpes, picana eléctrica y sumergido la cabeza en el agua, allí mismo también firmó papeles, no conociendo el contenido de los mismos. Luego es llevado a la Legislatura de la Provincia, siendo trasladado posteriormente al Penal de Chimbas, donde nuevamente es torturado y golpeado. Denunció que fue objeto de un simulacro de fusilamiento, reconociendo la voz del Tte. Páez y que sus torturadores fueron el Tte. Malatto y otro de apellido Olivera. El 20 o 21 de diciembre fue trasladado a La Plata. Enrique Segundo Faraldo, detenido también en el penal de Chimbas con Guillermo Guilbert, da precisiones de las torturas a que fueron sometidos.(fs. 939/942). Igualmente Jorge Walter Moroy quien también estuvo detenido con Guilbert en la Unidad N° 9 de La Plata expresó que éste le dijo que lo habían torturado, pegado, puesto picana, cuando estuvo detenido en San Juan. (fs. 949/950)

7) Silvia Teresita Guilbert: declara que en el allanamiento en su domicilio, una vez dentro de la casa los uniformados revisaron todo, los muebles, los papeles, tiraban al piso las cosas, se llevaron todo lo que tenía valor y a ella Flavio y Guillermo, los pusieron al costado del camión, les ataron las manos en la espalda, los vendaron y los subieron arriba de otras personas. Que a los diez minutos el camión paró y bajaron a todos los que estaban arriba, los tiran al piso y los levantan del brazo y los llevan hacia adentro. Que a ella la llevaron adentro de una habitación, que un hombre alto, de pelo negro, grandote, trigueño entró en la habitación, le soltó las

manos y la empezó a toquetear, le tocaba los pechos y le quiso bajar el pantalón, ante lo que ella gritó. Luego la suben al camión, que a los cinco minutos paran y los tiran abajo y los meten a un lugar donde escucha voces de gente que está siendo interrogada. Que cuando la interrogan a ella, le pegan, le sacan una muela, le pegan con el puño y la culata, escuchó las voces de Flavio, Guillermo Jorge y José Luis Gioja. Que todo se lo hicieron firmar como tres veces. Al otro día tuvo otro interrogatorio donde no fue golpeada y luego liberada.

8) Flavio Miguel Guilbert: en su declaración relata el momento en que fue allanado su domicilio coincidiendo en las características dadas por sus hermanos Guillermo y Silvia en cuanto al traslado en el camión a los distintos lugares donde se escuchaban interrogatorios y gritos de personas, que una vez que es trasladado a uno de esos lugares que el cree que es una escuela porque se sentaron bancos de madera, lo trasladan a otro lugar, ahí empiezan a interrogarlo, a golpearlo en el pecho en el estómago, en la cabeza, que en un momento se le aflojó la venda y pudo ver a las personas que lo golpeaban, tenían uniforme de la policía de la provincia, le aplicaron picana en el pecho y en la punta de las piernas. Dice que vio detenido a su hermano que estaba muy golpeado y le habían golpeado mucho los oídos. Le hicieron firmar unos papeles que no sabía de que se trataba. Dice que mientras estuvo detenido escuchó que quienes estaban a cargo de todo eran Malatto, Olivera y Páez, estos nombres lo pasaron los gendarmes a los detenidos. Fue liberado el 8 de junio de 1976. (fs. 961/964).

9) Adolfo Saturnino Andino: fue detenido el 28 de marzo de 1976 en su domicilio por fuerzas militares del RIM 22 alrededor de las 0,00 hs. quienes luego de allanar el inmueble, sustraer algunas cosas de valor lo sacan atado de manos, encapuchado lo suben al camión del ejército a los golpes. Esa misma noche lo llevan a la Legislatura donde fue golpeado, maltratado verbal y físicamente, luego es trasladado al penal de Chimbas, donde es sometido a tormentos e interrogado estando atado de manos por la espalda, encapuchado y el último día de su detención, obligado a firmar un acta sin saber de que se trataba. Fue puesto en libertad el 14/4/1976. Hugo Ricardo Bustos y José Luis Gioja, quienes también estuvieron detenidos declararon que vieron a Andino, llamándole la atención al segundo su mal estado. (v., fs. 1251 y 1264). María Raquel Clara Andino, presente en el allanamiento practicado en su domicilio, a quien se le exhibió un legajo fotográfico indicó que no podía identificar con precisión pero señala una foto que cree que es la persona descripta y que vio en el operativo de detención de su padre y que extraída del folio corresponde a Daniel Rolando Gómez. (v. fs. 1429 y 3249). Ricardo O. Yacante quien prestó el servicio militar en el RIM 22

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

desde febrero a diciembre de 1976, formando parte de la Compañía “C” a cargo del Tte. De Marchi, sabe que Andino estuvo en la Legislatura. (fs. 1438/1439).

10) Alfredo Rafael Avila: fue detenido el 29 de marzo en su lugar de trabajo, por personal militar, siendo trasladado encapuchado y esposado al Estadio Parque de Mayo donde padeció tormentos, situación que continuó en el Penal de Chimbas a donde fue conducido y de allí fue trasladado a la U9 de La Plata. Fue puesto en libertad en agosto de 1977. Declara Avila que en el Estadio del Parque de mayo, el sitio de la tortura estaba arriba, subiendo por una escalera caracol y que los torturaban en un sillón de cuero con respaldo de metal, poniéndoles una toalla mojada en la boca y los picaneaban mientras lo interrogaban. Expresa que en el penal se decía que los que torturaban eran Olivera y Malatto y que había uno que se hacía el bueno pero después les daba con todo, que no sabe su nombre, es lo o sabe porque algunos de los detenidos pudieron verlos durante la tortura, el más nombrado como torturador era Malatto. Jorge Guibert afirma que estuvo detenido con Avila y que en una oportunidad le comentó que lo torturaron durante los interrogatorios y lo trasladaron al hospital porque estaba mal, agrega que una vez entró a la celda para entregar la comida lo vio que se encontraba en mal estado. (v. fs. 1580).

11) Marcelo Edmundo Garay: fue detenido el 10 de mayo de 1976 en su domicilio por fuerzas del ejército y de la Policía Provincial en un operativo que estuvo a cargo de una persona que se identificó como Teniente, revisaron su casa y luego, vendado, encapuchado y atado de mano lo trasladaron al penal de Chimbas donde fue interrogado bajo tormentos y el 24 de marzo de 1977 trasladado a la Unidad Penal N° 9 de La Plata. En su declaración Garay manifiesta que se le hizo firmar con los ojos vendados y encapuchado, sometido a vejámenes y torturas, fue amenazado de muerte con picana y golpeado con un elemento de goma, desconoce el acta de detención y allanamiento efectuado en su domicilio. (v. fs. 23/24). Dice haber estado detenido junto a Guilbert y Victo Hugo García y que algunos compañeros del penal le manifestaron que habían sido torturados (v. fs. 1878). Eduardo Segundo Rodríguez, quien estuvo detenido con Garay y fue llevado en avión a la Unidad 9 de La Plata junto a él y otros internos lo escuchó quejarse y éste le comentó que le habían pegado (v.fs. 1754). María del Carmen Reverendo e Inés Beatriz Barrios, esposa de Avila, declararon que Garay les había contado de los tormentos sufridos durante su detención como por ejemplo que cuando lo subieron a un avión y sobrevolando el Río de la Plata les decían que iban a abrir la puerta y los tirarían por el río, que los que lo habían detenido eran militares del ejército. (v. fs. 2010/2011 y 2014, respectivamente). Avila fue puesto en libertad el 4 de agosto de 1977.

12) Cesar Luis Gioja: declara que se presentó el 26 de marzo de 1976 en horas de la mañana en la Legislatura Provincial donde se encontraba detenido su padre, Ricardo César Rioja, indicándosele que regresara a la tarde. Al regresar fue detenido por personal militar y luego trasladado al penal de Chimbas donde fue sometido a tormentos. Fue transportado en un avión Hércules a la Ciudad de La Plata en marzo de 1977, siendo objeto de torturas durante su trayecto. Ratifica los hechos en los que a su persona respecta vertidos por Fernando Mó y Enrique Faraldo. Que su declaración ante la prevención, fue suscripta sin poderla leer ya que estaba con una capucha. Vinculó a su caso a Malatto y Olivera y especificó que los gendarmes que custodiaban el Penal dejaron traslucir los nombres de Carlos Luis Malatto, Daniel Rolando Gómez, Gustavo Ramón de Marchi, Jun Francisco del Torchio como responsables de los operativos antsubversivos. Al serle exhibido el legajo fotográfico reconoció a Jorge H. Páez, Carlos Luis Malito, Eduardo Daniel Cardozo y Osvaldo Benito Martel, como quiénes estuvieron en el Penal de Chimbas. Menciona como personas que tenían responsabilidades directas e indirectas por la comisión de éstos ilícitos a Juan Bautista Menvielle, Jorge Antonio Olivera quien lo invitó a cenar a su casa días antes del golpe militar, y a Carlos Luis Malatto, quien tuvo intervención en el momento de la detención. En cuanto a las personas que le aplicaron tormentos y/o vio concurrir al penal dijo que a Olivera lo conocía de antes y lo reconoció en sus interrogatorios inmediatamente por su voz. (fs. 2051.) Recuperó su libertad el 1 de julio de 1977.

13) Fernando Mó: fue detenido la noche del 26 de marzo de 1976 a las 2,00 hs. en su domicilio por personal militar que lo apuntaron con tres fusiles FAL uniformados a cargo del Tte. Gustavo Ramón de Marchi y fue llevado en un camión atado y vendado a la ex Legislatura donde fue sometido a tormentos junto a, entre otros César Luis Gioja. Al día siguiente lo interrogan en una oficina y después lo trasladan al Penal de Chimbas donde luego de un simulacro de fusilamiento y golpes, se alojó junto a Guillermo Guilbert y Enrique Faraldo. Este último le dijo que le habían aplicado picana eléctrica cuando estuvo en la Legislatura. Fue liberado a quinientos metros de la calle Benavides.

14) Enrique Segundo Faraldo: fue detenido en horas del mediodía en su lugar de trabajo el 26 de marzo de 1976 por personal del Ejército, fue trasladado en un camión a la Legislatura y luego al Penal de Chimbas, donde fue llevado al RIM 22, sufriendo en los tres lugares tomentos, le aplicaron picana eléctrica, estuvo detenido junto a Guillermo Guilbert y Fernando Mó. Que en el la Legislatura escuchó que alguien preguntó “Quien sos vos sinvergüenza” y una voz respondió “Soy el Dr. César

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Gioja”, a lo que recibió golpes. Lo obligaron a firmar una declaración que supuestamente él había efectuado, en ese momento pudo ver a quien luego identificó como Jorge Alberto Olivera. Fue liberado luego de 20 días de cautiverio.

15) José Luis Gioja: fue detenido el 21 de marzo de 1977 en su domicilio sin ninguna orden. Declara fs. 2205/2206 estuvo detenido e incomunicado aproximadamente cinco meses, primero en la Central de Policía, en donde habría estado vendado, atado y encapuchado. Continúa diciendo que *“presumiblemente posteriormente me trasladan al Estadio de Parque de Mayo y posteriormente al Penal de Chimbas... Mi detención se produce a unos cuatro días del golpe, el día lunes me presenté porque sabía que me buscaban, estuve detenido hasta el primer día hábil del mes de enero de 1977”*. Estuvo alojado en el Pabellón 5 y 6. En relación a los detenidos en el Pabellón N° 6 eran trasladados en horas de la noche y durante el día a declarar. Siempre lo hacían encapuchados, con venda y atados de manos, generalmente al RIM 22 y en otras oportunidades a la Biblioteca del Penal. Se le pregunta si fue maltratado durante su detención, a lo que responde: *“primero en el Estadio donde fue lo más duro, estuve como tres días, vendado, atados, ahí nos maltratan... En el penal fui torturado. Golpes y picana eléctrica. Estaba atado con las manos atrás, nos bajaban las medias y nos ponían corriente en los pies, al saltar nos machucábamos enteros, también golpes en la zona de los riñones, golpes de puño...”* *“Todos los detenidos iban atados con las manos atrás, vendados y encapuchados, venían dos o tres tipos que nos hacían poner contra la pared y nos vendaban y luego nos llevaban a los interrogatorios. En un principio estaba G. Nacional y después Ejército. Yo vi personas con signos de torturas. Después los interrogatorios nos juntábamos en el baño y era el comentario. De un caso lo traen entre dos y lo introducen en la celda porque no podía caminar, es el caso del señor Fábregas”*. Respecto de las personas que los torturaban y maltrataban, el dicente manifiesta que sabía que era personal del Ejército.

16) Jorge Alfredo Frías: fue detenido el 29 de marzo de 1976 en su domicilio por personal del Ejército, previa detención de su hermano Oscar. Fue trasladado de la ex Legislatura donde, por dichos de su hermano en este lugar fue torturado. De allí pasó al Penal de Chimbas, según surgen de declaraciones de otros detenidos, que describen las condiciones en que se encontraba. Estuvo detenido en el Penal de Chimbas hasta el 9 de junio de 1977. Silvia y Flavio M Guilbert dijeron que en los interrogatorios preguntaban donde se encontraba Jorge Frías. (v. fs. 2197/2200 y 2201/2204) y Héctor Raúl Cano relata que a Jorge Frías tuvo que afeitarle la cabeza porque la tenía infectada por las lastimaduras, como sus pies (fs. 2269/2272). Oscar

Adolfo Frías: fs. 2262/2265 declara que fue detenido por personal del Ejército luego del golpe militar, la misma noche que detuvieron a su hermano Jorge Alfredo. Las condiciones de detención de Oscar F. forman parte de la investigación en los autos N° 17272-4 “Con motivo de la presunta comisión de apremios ilegales y torturas e perjuicio de ripio, en perjuicio de Ripio, Juan B. y O.” donde declara que los “tiran” a un camión con otra gente y son trasladados a la Legislatura. Allí habrían sido bajados a los empujones y metidos en una pieza. Al cabo de un rato, relata, son sacados de a uno y llevados a una sala de torturas donde se escuchaban los gritos, tanto de mujeres como de hombres. En dicha oportunidad escucha a su hermano siendo torturado. A los cinco días los trasladan al Penal de Chimbas y los encierran en la misma celda, siempre encapuchados. Dice que los presos políticos como ellos estaban a cargo de personal del Ejército, que entraba y salía del Penal. Afirma que su hermano fue torturado en la ex legislatura con pican en la compañía B del regimiento según dichos de aquel. fs. 2262/2265. La madre de los sujetos privados de libertad ratifica los dichos de su hijo Oscar (fs. 3179/3180).

17) Domingo Eleodoro Morales: Conforme la declaración testimonial obrante a fs. 2238/2240, “... estuvo detenido desde el 2 de mayo de 1976 hasta la semana posterior a la festividad de reyes de 1977. Cuando lo detienen primero es llevado a la Central de Policía, es detenido por Policía de Civil, de quien no recuerda el nombre... a las 15.30hs. en el Colegio Nacional N° 1 de Rawson, quien le dijo me tiene que acompañar... lo sube a un auto particular y lo llevan a la Central de Policía, y lo alojan directamente en un calabozo, pasa una noche en ese lugar y al otro día lo llevan directamente al Penal de Chimbas, iba solo en un patrullero. Aclara que él ya sabía que podían detenerlo por sus actividades políticas y se andaba cuidando... ya dentro del Penal es alojado en el pabellón de abajo, N° 6, junto con todos los detenidos políticos, subversivos, recuerdo a José Luis y César Gioja, Cristina Anglada, Jorge Frías, a quien conoció por compartir la celda, Jorge Guilbert, los hermanos Tello, Rave, el Ing. Perlino, Salazar, Francisco, Beatriz Paris, la señora de Nívoli, Capella, cree que ha muerto, Oscar Gambetta, el turco Nacif, el Carozo Fábregas, José Gómez, Mario Lingua y Enrique Zarasúa, José Casas, el Negro Miranda, Borcoswsky, el Gorrión Carvajal, el Tuki Domínguez, el cordobés Salgado, José Mut, Raúl Avila, Dr. Abraham Videla (dentista), Carlos Aliaga, Raúl Cano, El Chango Illanes, Miguel Angel Neira, Juan Luis Nefa, Miguel Pallero, el Oscar el Negro Acosta”, María del Carmen Comes, Alfredo Rossi, Roberto Monfrinotti, Alberto Conca, Ochoa Ochi, Quiroga Bibiano, un tal Quiroga casado con una chica Camus, José Villa, Dr. D’Amico, Jorge Méndez y Ubaldo Montaña y dos presos

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

comunes...” Cuenta que en el Penal era trasladado vendado, encapuchado y esposado a la Biblioteca y allí lo interrogaban. Recibió golpes de puño e insultos. Si bien el traslado lo realizaba personal de Gendarmería, los interrogatorios los efectuaba el Ejército.

18) Carlos Alberto Aliaga (fs. 2307/2308 vta.): Declara que estuvo detenido entre el 26 de marzo de 1976 y el 24 de diciembre del mismo año. Luego de aprenderlo lo trasladan a “la Legislatura”, y al otro día al Penal de Chimbas. Allí estaría hasta recuperar la libertad. Sin perjuicio de ello, mientras estuvo en la Penitenciaria fue trasladado tres veces al RIM 22. Allí era interrogado y torturado. Luego de pasar algunas horas, siempre por un lapso no mayor a un día, los volvían a trasladar al Penal. En relación a su detención cuenta que lo detienen en su casa un grupo de soldados del Ejército bajo las órdenes de De Marchi. En la casa empezaron los malos tratos, autoritarios, bruscos, revolvieron la casa en busca de armas. Cuenta que lo suben a un camión y le atan las manos, le colocan una venda y encapuchan. Lo hacen acostar en el camión y se le sube arriba una persona que lo amenaza de muerte, lo insulta y le pone el cañón de la pistola en la nuca. La detención y algunos hechos relatados por la víctima son ratificados por el testimonio de Rafael Alfredo Girón (fs. 2335/2338 y 2358/2359), quien habría estado presente en el operativo. Cuando llega a la Legislatura es llevado a golpes y arrastrado de los pelos. Al día siguiente lo trasladan al RIM 22 en donde es interrogado bajo golpes. Dice que oía los gritos de las otras personas que eran interrogadas y torturadas en ese momento. En el interrogatorio le habrían hecho “el teléfono”, “picana eléctrica”, amenazas de fusilamiento, y presiones psicológicas de todo tipo. Esto se repitió las tres veces que lo llevaron al RIM.

19) José Nicanor Casas (fs. 2401/2403 y 2421/2424): Relata que fue detenido el 20 de abril de 1976, en calles Sarmiento y Córdoba y conducido a la Central de Policía y dos días después al Penal de Chimbas, donde estuvo aproximadamente ocho meses. Luego fue trasladado a la unidad N° 9 de La Plata, donde permaneció el 16 o 18 de diciembre del mismo año hasta el 11 de agosto de 1977 aproximadamente, fecha en que fue liberado. Continúa diciendo que mientras estuvo en San Juan fue golpeado, insultado, pero que no pasó por lo que pasaron otros detenidos. Señala en este sentido algunos métodos de tortura como “el submarino”, la “picana”, la “parrilla”, etc. Dice que no puede individualizar a los que le aplicaban los apremios por haber estado encapuchado y con los ojos vendados y las manos maniatadas. Señala como torturadores a Olivera, Gómez, Martell, De Marchi, Del Torchio, Malatto, Vic y Cardozo.

20) Bibiano Manuel Quiroga: fue sometido a tormentos durante su detención en la ex Legislatura, el RIM 22 y el Penal de Chimbas. Solicitó se lo exima de prestar declaración testimonial debido a su estado de salud, manifestado que en el año 2002 sufrió un accidente cerebro vascular que le ha dejado secuelas en su memoria, sensibilidad y locomoción. (v. fs. 52)

21) Daniel Illanes: fue detenido el día 9 de abril de 1976 en su domicilio particular, luego que el mismo fuera allanado sin orden judicial por efectivos del Ejército y de la Policía de la Provincia de San Juan, de allí es trasladado a la Sección de Investigaciones de la Policía y a la mañana siguiente es trasladado al penal de Chimbas, lugar donde es interrogado bajo torturas. Menciona como sus torturadores a De Marchi, Cardozo, Malatto y Olivera. El día 6 de diciembre de 1976 es trasladado a la Unidad 9 de La Plata, operativo que estuvo a cargo del teniente Malatto.-

22) Francisco Camacho y López: fue detenido el día 29 de marzo de 1976 en el lugar donde se desempeñaba como Director Administrativo de Industria y Comercio, por un grupo de aproximadamente 9 militares armados, de donde es trasladado a la vieja Legislatura, permaneciendo desde la mañana hasta alrededor de las 12:00 horas. Manifiesta que en ese lugar comienzan las torturas. Luego de lo cual, lo llevan directamente a Chimbas donde también fue torturado e interrogado. Afirma que Astudillo le proporciona los nombres de aquellos que los torturaban, mencionando a Malatto y Olivera. Asimismo señala que los gendarmes sabían de las torturas que padecían y de sus autores. Refiere que Cardozo, Olivera, Malatto y otros eran los llamados “ojos de vidrio” y reconoce de entre las fotos exhibidas a Eduardo Daniel Cardozo (ver fs. 2533/2535, 2561/2563 autos principales N° 16.454).-

23) Edgardo Ramón Fábregas: el día 28 de marzo de 1976 acompañado de sus familiares concurre a la Central de Policía -habiendo sido citado-, oportunidad en que le comunican que debía quedarse demorado para su identificación. Al cabo de aproximadamente 4 o 5 días lo sacan encapuchado y con las manos atadas a la espalda en una camioneta, recibiendo golpes durante todo el camino. En ese trayecto también fue sometido a dos simulacros de fusilamiento. Pasado otros cinco días recién se entera que se encontraba en el Penal de Chimbas. Allí fue sometido, como los demás detenidos políticos, a una serie de interrogatorios bajo torturas. Entre los autores de dichas prácticas menciona a Olivera, Malatto, Cardozo y De Marchi. (fs 2567/2569, 2574/2576 y 2680/2681 de los autos principales N° 16.454).-

24) Alfredo Ernesto Rossi: el día 26 de marzo de 1976 un grupo de efectivos del Ejército comandado por el entonces Teniente De Marchi, allana el domicilio de los padres de Alfredo Ernesto Rossi, lugar donde se encontraba el

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

nombrado y de donde es “sacado” y trasladado inmediatamente a la Legislatura. Un día y medio después Rossi es trasladado al RIM 22 y conducido al día siguiente al Penal de Chimbas, donde permanece privado de su libertad hasta el mes de diciembre de 1976. Dice que en los tres lugares –Legislatura, RIM22 y Chimbas- es sometido a interrogatorios bajo torturas. También Alfredo Rossi menciona a los ya identificados “ojos de vidrios” como los autores de las torturas y demás tratos crueles a los que fue sometido (2598/2601 y 2733/2734 autos principales N° 16.454).-

25) José Carlos Tinto: fue detenido el día 7 de mayo de 1976 en su domicilio particular, luego de un allanamiento, a las 12:00 horas por personal del Ejército. De allí es trasladado al Penal de Chimbas, donde queda privado de su libertad e incomunicado por cuatro meses. Conforme su testimonio, dentro del penal fue interrogado en varias oportunidades bajo la aplicación de diversos tipos de torturas. Al igual que otros detenidos señala como autores de las torturas padecidas a los oficiales y suboficiales del RIM22 conocidos bajo el nombre “ojos de vidrios”. Asimismo manifiesta que dentro del penal se encontraba un personaje llamado Malatto, a quien reconoce (ver autos principales N° 16.454 fs 2705/2709).-

De las pruebas colectadas en las diversas causas por violaciones a los derechos humanos en la provincia de San Juan, que hemos analizado en forma conjunta, surge que los llamados “ojos de vidrio” eran los imputados Olivera, Vic, Malatto, Martel y De Marchi. Al respecto María Cristina Leal, detenida política, alojada en el Penal de Chimbas, manifestó que ha escuchado durante el tiempo de su detención en el Penal de Chimbas de la provincia de San Juan, los nombres de Martel, Malatto, Vic, De Marchi, Olivera y Cardozo a quienes en el Penal llamaban “ojos de vidrio” como los autores de los hechos descriptos como violatorios de los derechos humanos. (fs. 1078/1081 vta. “A”) Apparently se los llamaba “*ojos de vidrio*” porque iban siempre de anteojos, sabían todo y vigilaban todo (v. fs. 1273 “A”).

26) Juan Carlos Salgado: fue detenido el 22 de agosto de 1975 por la Policía de San Juan, luego de allanar su domicilio en el que convivía con su esposa Graciela Emilia González Ranea. Fue liberado el 28 de agosto de 1975. Luego el 26 de marzo de 1976 efectivos del ejército allanan su domicilio en horas de la noche y es detenido y trasladado al penal de Chimbas, donde fue interrogado bajo tormentos, como golpes, puntapié, picana. Dijo que entre los autores estaba el Olivera, a quien había reconocido en una de esas “sesiones”. Recupera su libertad en diciembre de 1976. Hugo González Ranea, cuñado de Salgado expresa que vio en el penal al nombrado donde vio las huellas de los golpes y torturas recibidos, le costaba hablar, no se podía levantar, y que le costaba pararse. (v. fs. 2791/2792).

27) Juan Luis Nefa: estuvo detenido desde el 25 al 30 de julio de 1975 por presunta violación a la Ley 20840. El 24 de marzo de 1976, es nuevamente detenido en casa de sus padres por personal del Ejército hasta el 6 o 16 de agosto del mismo año en que recupera su libertad. Estuvo detenido en la ex Legislatura y el Penal de Chimbas, donde fue interrogado con tormentos. Dice que por la mirilla de la celda miraba a las personas que volvían de los interrogatorios, algunos venían arrastrándose, relata *“Eventualmente mirábamos por las mirillas de las celdas para ver a las personas que nos sacaban o andaban por ahí, yo recuerdo al teniente Olivera, Malatto y De Marchi”*. Identificó una voz en los interrogatorios como perteneciente a Jorge Antonio Olivera, al cual lo conocía de la Facultad de Ingeniería. Por los gendarmes fue informado de los nombres de Eduardo Daniel Cardozo, Gustavo Ramón De Marchi y Carlos Luis Malatto. (v. fs. 2869/2870 y 2900/2904). Efectuó un reconocimiento fotográfico de una persona que recuerda como que la ha visto en algún momento durante su período o detención o posteriormente durante las visitas a compañeros del penal, la que corresponde al Tte. Eduardo Daniel Vic. (fs. 2977/2978)

28) Carlos Roberto Giménez: el 28 de mayo de 1976 fue allanado su negocio por personal de la policía provincial vestidos de civil, fue detenido y conducido a la central de policía y liberado al día siguiente. Luego el 30 de mayo de 1976 fue detenido en su domicilio en horario de la tarde por personal de la policía provincial vestidos de civil, siendo trasladado al Penal de Chimbas donde fue alojado encapuchado y maniatado bajo tormentos. Declara que se rumoreaba con otros detenidos que los torturadores eran personal del ejército, como Olivera. (v. fs. 3020/3022). Fue liberado el 23 de junio de 1976.

29) José Abel Soria: fue detenido el 30 de mayo de 1976 en su estudio jurídico en horario de la mañana por personal de policía provincial, fue conducido a la central de policía, donde fue visto por su esposa en el D2, cuando fue trasladado a una celda. Fue trasladado al penal de Chimbas. Recibió malos tratos en la central de policía, declaró bajo amenazas con ojos vendados y maniatado a la espalda. Supo por comentarios de otros detenidos e información de sus defendidos, que los encargados de las detenciones y tormentos, eran oficiales y suboficiales del ejército, dependientes del RIM 22, muchos de ellos de la sección inteligencia entre los que se menciona a Jorge Antonio Olivera, Carlos Luis Malatto y Eduardo Daniel Cardozo, entre los detenidos era llamada “ojos de vidrio” (v. fs. 3033/3035 y 3146 y 3174 vta.) Fue liberado el 15 de julio de 1976.

30) Carlos Enrique Yanzón: fue detenido el 8 de abril de 1976 en su domicilio particular por personal uniformado del Ejército y policía de la provincia, a

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

USO OFICIAL

las 0,20 horas. Después del allanamiento, es llevado a la central de policía en donde fue atado y encapuchado, luego en horas de la tarde es conducido al instituto penal de Chimbas en donde fue sometido a interrogatorios con apremios ilegales durante dos horas aproximadamente, resultado de los mismos la fractura de dos costillas. Las personas que llevaban a cabo los interrogatorios, eran jóvenes, tenían acento porteño y frecuentemente utilizaban la palabra “turro”, no vio a los torturadores pero se hablaba de Jorge Antonio Olivera y Eduardo Cardozo. Fue liberado el 13 de junio de 1976.

31) Juan Carlos Rodrigo: fue detenido el 8 de abril de 1976 a las 0,00 horas en su domicilio particular por personal uniformado del Ejército, estando a cargo del operativo el Subteniente Juan Francisco Del Torchio. Después del allanamiento, es llevado junto a su amigo Enrique Velazco a las inmediaciones del Estadio en donde le vendan los ojos, luego es conducido al penal de Chimbas en donde fue sometido a interrogatorios con apremios ilegales en dos oportunidades, reconociendo en el segundo de dichos interrogatorios la voz del Subteniente Juan Francisco Del Torchio, permaneciendo en dicho lugar durante nueve meses. Fue liberado el 24 de diciembre de 1976.

32) Belisario Albarracín Smith: fue detenido cuatro o cinco días después del golpe militar del 24 de marzo de 1976 por personal del Ejército, quienes lo aprendieron camino a su domicilio. Le vendaron los ojos, lo encapucharon y lo maniataron, para ser trasladado en camión a un lugar que supone era una finca. Luego fue conducido a la ex Legislatura donde permaneció dos días donde sufrió dos intentos de interrogatorios y de picana eléctrica que no pudieron concretarse porque fue asistido por un suboficial de apellido Rovira. Supo que en ese lugar hubo torturas de todo tipo, ya que escuchó los gritos de los detenidos, que no sabía quienes habían sido los militares que estaban a cargo, pero supo después que en dichas instalaciones revistaban los Tenientes Carlos Luis Malatto y Gustavo Ramón De Marchi. Posteriormente fue trasladado al penal de Chimbas vendado, encapuchado y maniatado, expresó que solo tuvo un interrogatorio donde le pegaron patadas, trompadas y le pegaron con un palito en la cabeza, también sufrió simulacros de fusilamientos, que en total fueron dos.

Ahora bien, de los elementos de cargo incorporados a la causa, hay prueba suficiente para estimar la existencia de hechos constitutivos de las figuras típicas de: violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad agravada, y tormentos agravados todos en concurso material.

Asimismo existen indicios suficientes como para afirmar, en principio, que los encartados serían coautores (en los términos de Jakobs, analizados en el

acápite VI) penalmente responsable de los delitos aquí investigados, ya que se encuentra en principio acreditado que formaba parte del llamado “grupo de tareas” o “patota” que se encargaba de ejecutar materialmente el plan sistemático de eliminación de la “subversión” al que se ha hecho referencia precedentemente. En este sentido, este Tribunal remite al caudal probatorio minuciosamente detallado por el Sr. Juez a quo

La participación de los encartados en los hechos se desprende, no solamente de las denuncias de algunas de las víctimas, sino del contexto histórico y la función que este desempeñaba. Así las cosas, de las probanzas de las diversas causas tramitadas en el país por violaciones a los derechos humanos durante el último gobierno de facto, se desprende que la represión estatal fue materializada en el caso concreto por grupos de tareas. Estos operaban allanando ilegítimamente domicilios, deteniendo personas de “ideología subversiva”, torturándolos y eventualmente desapareciéndolos.

En efecto, el hecho que numerosos testimonios sindicuen a los encartados Jorge Antonio Olivera, Osvaldo Benito Martel, Jorge Horacio Páez, Carlos Luis Malatto, Eduardo Daniel Cardozo, Daniel Rolando Gómez, Juan Francisco Del Torchio y Gustavo Ramón De Marchi como miembros del Grupo de Tareas del RIM 22 durante los años 76/77, la modalidad de los delitos que se le atribuyen, el contexto histórico en el que se habrían perpetrado, y la comunidad ideológica de las víctimas, conlleva a este Tribunal a afirmar que existe mérito suficiente para confirmar el procesamiento dictado. Será, eventualmente, en el marco del debate ante Tribunal Oral, el lugar propicio para desplegar plenamente los argumentos defensivos concretos respecto de tal o cual declaración testimonial puntual. La intermediación propia de esa etapa permite un conocimiento acabado de los hechos investigados, de donde surgirá efectivamente la culpabilidad o inocencia de los encartados.

Así surge prima facie la presunta comisión de los delitos de:

-1) Violación de domicilio (Art. 151 C.P.), en perjuicio de Juan Luis Nefa, María Cristina Anglada, Fernando Mó, Guillermo, Flavio y Silvia Teresita Guilbert, Hugo Ricardo Bustos, Carlos Aliaga, Alfredo Ernesto Rossi, Adolfo Saturnino Andino, Edgardo Fábregas, Francisco Camacho y López, Jorge Frías, Juan Carlos Rodrigo, Carlos Enrique Yanzón, Daniel Illanes, Elías Justo Alvarez, José Carlos Alberto Tinto, Juan Carlos Salgado, Marcelo Eduardo Garay y Carlos Roberto Giménez.

-2) Privación Ilegítima de la libertad agravada (Art. 144 bis inc. 1° y última parte en función del art. 142 inc 1° - texto Ley 14.616 – C.P.) en perjuicio de

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Flavio Guillbert, Silvia Teresita Guilbert, Fernando Mó, Enrique Faraldo y Adolfo Andino

-3) Privación ilegítima de la libertad agravada (Art. 144 bis inc. 1° y última parte en función del Art. 142 inc. 5° -texto Ley 14.616 – C.P.) en perjuicio de María Cristina Anglada,

-4°) Privación ilegítima de la libertad agravada (Art. 144 bis inc. 1° y última parte en función del art. 142 inc 1° - texto Ley 14.616 – C.P.) en perjuicio de Luis Rosaura Borkowsky Vidal, Francisco Camacho y López, Juan Luis Nefa, Carlos Enrique Yanzón y Belisario Albarracín Smith,

-5) Tormentos agravados (Art. 144 ter 1° párrafo C.P. en perjuicio de Hugo Ricardo Bustos, Waldo Eloy Carrizo, Elías Justo Alvarez, Bibiano Manuel Quiroga, María Cristina Anglada, Luis Rosaura Borkowsky Vidal, Flavio Guillbert, Silvia Teresita Guilbert, Jorge Guillermo Guilbert, Adolfo Andino, Alfredo Rafael Avila, Marcelo Eduardo Garay, Fernando Mó, Enrique Faraldo, César Gioja, José Luis Gioja, Domingo Eleodoro Morales, Jorge Alfredo Frías, Carlos Aliaga, José Nicanor Casas, Francisco Camacho y López, Daniel Illanes, Edgardo Ramón Fábregas, Alfredo Ernesto Rossi, José Carlos Alberto Tinto, Juan Carlos Salgado, Juan Luis Nefa, Carlos Roberto Jiménez, Abel Soria Vega, Carlos Enrique Yanzón, Juan Carlos Rodrigo y Belisario Albarracín Smith, todos en concurso material (Art. 55 C.P.)....”

Cabe ponderar que el auto de procesamiento, como forma de sujeción del imputado al proceso, sólo contiene un juicio de probabilidad acerca de la existencia del hecho delictuoso y de la responsabilidad que a aquél le corresponde. Una reflexión que si bien ha de importar en el juez una vehemente presunción sobre la verdad de la imputación, anclada en los albores del proceso no puede sino sustentarse en elementos que por entonces resultan meramente indiciarios. No se ha acreditado en forma fehaciente que el imputado haya ejecutado cada uno de los hechos que se le atribuyen, en esto asiste razón a la de defensa, pero en esta etapa procesal no se exige certeza apodíctica, lo que se exige que resulte probable, como sucede en el caso de marras. El hecho de que numerosas personas lo sindicuen como miembro de la “patota” que habría perpetrado diversos delitos en esa época y la adecuada relación con los sucesos denunciados por las víctimas, permite obtener el grado de certeza propia de esta instancia procesal.

Así, se ha afirmado *"que cuando el Juez ordena el procesamiento no emite más que un juicio de probabilidad, donde los elementos afirmativos deben ser francamente superiores a los negativos, de modo que ya no basta la simple posibilidad de que concurran los extremos de la imputación, pero tampoco es preciso que el juez*

haya adquirido certeza de que el delito existe y de que el imputado es culpable. Basta entonces con la exigencia de elementos de convicción suficientes para juzgar, en ese momento y provisionalmente, que se ha cometido un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe del mismo...” (Conf. Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal, T. II, Lerner, Córdoba, 1986, p. 439).

Se entiende, que el temperamento adoptado por el Inferior en la resolución recurrida encuentra fundamento suficiente en la ponderación de los elementos de convicción que individualiza y que resultan bastantes como para considerar acreditado los referidos delitos, con la provisoriedad de la etapa procesal transitada.

“El auto de procesamiento requiere la afirmación probable de que alguien ha violado la ley penal. Afirmación de la autoría y la culpabilidad aunque sea probable y provisoria”. (Raúl Washington Ábalos, Código Procesal Penal de la Nación, Tomo II, pág. 707/708, Ediciones Jurídicas Cuyo).-

Cabe resaltar que, el procesamiento se dicta contra el imputado cuando existe la exteriorización fáctica de un hecho conceptualizado normativamente como delito e indicios vehementes de culpabilidad en su comisión por parte de aquél. No es una sentencia condenatoria -la cual requiere certeza-, sino un auto justificado cuando de la prueba deriva un estado de sospecha fundado de que el encausado ha delinquido, no requiriendo un análisis de la totalidad de la prueba del sumario ni que la investigación se encuentre agotada.

Se considera que, en el auto venido en crisis, el a-quo realiza un minucioso y acertado análisis de las supuestas maniobras delictivas que habrían llevado a cabo los imputados, ponderando todos los elementos de cargo colectados por la instrucción, llegando a la conclusión de que existen elementos de convicción suficientes para ordenar el procesamiento del apelante; posición que este Tribunal hace suya.

d) Por último, respecto al delito de asociación ilícita impuesta por el Juez a quo a los encartados Olivera, Martel, Páez, Malatto, Cardozo, Gómez, Del Torchio y De Marchi, adelantamos la opinión de que debe confirmarse la resolución recurrida, en virtud de las siguientes consideraciones:

Del contexto histórico, a que se ha hecho referencia más arriba, como así de la modalidad comisiva descrita precedentemente, surge la presunta existencia de una asociación ilícita conformada por los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad que llevaron a cabo la planificación, organización y ejecución del plan sistemático de aniquilamiento de todo “elemento subversivo”.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Es sobre el conjunto probatorio, que se ha analizado en la presente resolución a los fines de tener por acreditado -con el grado de convicción necesario para esta etapa procesal- el delito por el cual han sido procesados los encartados, que debe ponderarse la configuración del delito de asociación ilícita, puesto que a partir de lo acreditado ha surgido la probable existencia de un acuerdo criminal en los términos de la figura penal del art. 210 del C.P..-

Es que, en principio surge que, habrían participado en una organización -conocida como "La Patota" u "Ojos de vidrio"- destinada a detener ilegalmente a presuntos integrantes de un movimiento subversivo, los cuales eran alojados en centros clandestinos de detención, y sometidos a torturas a fin de obtener una declaración autoincriminante. Se estima que, la coordinación de tareas entre los imputados, la diferenciación de roles cumplidos por ellos, y la reiteración de hechos con el mismo "modus operandi", permitiría tener por configurado el delito previsto en el art. 210 del Código Penal.-

Al respecto, destacamos que en el tipo básico de la figura de asociación ilícita, tres son los requisitos que se exigen para su configuración: a) existencia de un grupo de personas, con un número mínimo de intervinientes, b) un propósito colectivo de cometer delitos indeterminados, y c) permanencia en el tiempo. A su vez, vale recordar que por lo común la existencia de una asociación ilícita se acredita por las modalidades de realización de los delitos que perpetran sus miembros, como así también ocurre en cuanto a la identificación de sus integrantes y a su condición de tales.

La pertenencia a dicho grupo puede estar disimulada mediante la participación en una asociación con fines lícitos y ciertamente podría darse enquistado en el seno de una persona jurídica de cualquier tipo, utilizando las prerrogativas que ella otorga; ello implica que pueda abarcar a funcionarios públicos. En este sentido lo ha entendido Ricardo Núñez (en su obra "Tratado de Derecho Penal", tomo V, pág. 185); es decir que la asociación ilícita podría cobijarse dentro de las filas de las fuerzas armadas o de seguridad, lo que no significa afirmar que tales instituciones sean en sí mismas "una asociación ilícita".

En abono a este razonamiento, en el fallo "Scagliuzi" (dictado por la C.C.C.Federal, Sala II, el 30-1-03) se ha dicho que "... la posibilidad de que se configure una asociación ilícita en el ámbito de una organización legítima (administrativa, estatal, entidades privadas o empresas particulares) tiene vasto reconocimiento doctrinario. Es perfectamente posible que exista un grupo ilícito vinculado al poder (de función administrativa, fuerzas armadas o de seguridad) que,

por distintas circunstancias, se reúnan para aprovecharse ya sea de la pantalla de su actividad lícita, como de la impunidad que puede provenir del ejercicio del poder público en sus diversas formas. (cf. Vera Barros, Oscar Tomás: "Asociación Ilícita (art. 210 CP) algunas consideraciones", en AA.VV. "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales – homenaje al Profesor Claus Roxin", Marcos Lerner Editora Córdoba – La Lectura Libros Jurídicos, Córdoba, Argentina, octubre de 2001). Las investigaciones sobre este tipo de criminalidad y su inserción en organizaciones lícitas se encuentra en pleno desarrollo, en particular por los problemas que presenta la responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos; la comisión de crímenes contra la humanidad y genocidios por miembros gubernamentales y las actividades realizadas por organizaciones criminales complejas, tales como las que se dedican al terrorismo, al narcotráfico o al blanqueo de capitales (al respecto: Silva Sánchez, Jesús María: "La regulación penal española en materia de criminalidad organizada", -inédito-; del Río Fernández, Lorenzo J.: "La autoría en organizaciones complejas", Cuadernos de Derecho Judicial n° IX (1999), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2000; entre otros). Se trata, precisamente, de afirmar la posibilidad de que se configure una asociación ilícita en ámbitos en los que se haya ejercido, o se ejerza, el poder. Como descripción de esta alternativa se ha dicho: "[...] Nadie pondría en duda que el Ejército, como cualquier institución legítima, podría ser el marco ideal para que una pequeña organización de cinco o diez personas se dedique a la comisión de delitos, por ejemplo, con fines de lucro; pero esta posibilidad no puede disminuir, sino justamente incrementarse, cuando el grupo comprometido con los fines ilícitos alcanza a la mayor parte de los miembros que conforman también la institución legítima, al menos en sus grados jerarquizados. [...] Por consiguiente, cuantos más miembros de una organización estatal legítima estén comprometidos con la comisión de delitos con cierto carácter permanente y obedeciendo a reglas ajenas al Estado de derecho, más claramente configurará una asociación criminal la organización subinstitucional." (Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante Marcelo: "El derecho penal en la protección de los derechos humanos", pág. 247 y sgtes., Hammurabi, Buenos Aires, 1999). ...”.-

La calificación de "asociación ilícita" es la que mejor describe en nuestro orden jurídico interno la conducta de quienes han realizado de manera deliberada y consciente un "ejercicio criminal de la soberanía estatal" en la perpetración de sus crímenes (Matarollo, Rodolfo "La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad", Revista Argentina de Derechos Humanos, n° 0, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001).-

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

El criterio expuesto no resulta novedoso, sino que ha sido aplicado por Nuestros Tribunales con anterioridad en otras causas donde se investigan hechos similares a los aquí investigados (C.C.C.Fed., Sala II, causa n° 18.062 "Espinoza Bravo, Pedro Octavio s/ procesamiento", rta. 18-12-01, reg. 19.338 y causa n° 18.400, "Incidente de apelación en autos – Astiz, Alfredo s/ delito de acción pública", rta. 28-12-01, reg. 19382, entre otras).-

Surge, en principio, de los elementos de cargo incorporados que existía coordinación de tareas para detener ilegalmente a quien fuera señalado de algún modo como incorporado al movimiento "subversivo" que se pretendía erradicar, llevándolo a un lugar clandestino de detención -o alguno de los lugares de detención que, aunque situados en organismos oficiales, estaban reservados para este tipo de presos- a fin de obtener bajo tortura datos sobre otros integrantes del mencionado grupo o adscriptos a la misma ideología que la de la víctima y así también obtener o una declaración autoincriminante o datos relevantes que permitieran llevar adelante la llamada lucha antsubversiva.-

Así de los hechos investigados en este proceso y en lo que atañe a los imputados Jorge Antonio Olivera, Eduardo Daniel Vic, Osvaldo Benito Martel, Jorge Horacio Páez, Carlos Luis Malatto, Eduardo Daniel Cardozo, Daniel Rolando Gómez, Juan Francisco Del Torchio y Gustavo Ramón De Marchi los que se han tenido, "prima facie" por acreditadas las violaciones de domicilio, privaciones ilegales de libertad y torturas cometidas contra los ciudadanos Hugo Ricardo Bustos, Waldo Eloy Carrizo, Elías Justo Alvarez, Bibiano Manuel Quiroga, María Cristina Anglada, Luis Rosauro Borkowsky Vidal, Flavio Guilbert, Silvia Teresita Guilbert, Jorge Guillermo Guilbert, Adolfo Andino, Alfredo Rafael Avila, Marcelo Eduardo Garay, Fernando Mó, Enrique Faraldo, César Gioja, José Luis Gioja, Domingo Eleodoro Morales, Jorge Alfredo Frías, Carlos Aliaga, José Nicanor Casas, Francisco Camacho y López, Daniel Illanes, Edgardo Ramón Fábregas, Alfredo Ernesto Rossi, José Carlos Alberto Tinto, Juan Carlos Salgado, Juan Luis Nefa, Carlos Roberto Giménez, Abel Soria Vega, Carlos Enrique Yanzón, Juan Carlos Rodrigo y Belisario Albarracín Smith, las que tienen como característica general que las víctimas fueron privadas de su libertad en forma violenta, sin orden de detención ni comunicación oportuna al juez por quienes en la mayoría de los casos no se identificaban, tratando de ocultar su identidad o vestidos de civiles; y trasladadas generalmente encapuchadas o vendados sus ojos y ocultas en vehículos (vgr. baúl o piso) a un centro clandestino de detención, sometidas a torturas físicas y/o psicológicas; y en algunos o mejor dicho varios casos obligadas a firmar una

declaración obtenida en ese contexto intimidante o a dar la información que de esta forma se les requiriera, para luego terminar con sus vidas o donde eventualmente -en algunos casos- “legalizar” su detención.-

En esas tareas -según la prueba reunida- intervinieron los encartados aplicando las torturas antes mencionadas, o permitiéndolas en el lugar bajo su custodia, o teniendo a su cargo la guarda clandestina de los detenidos, o los traslados de un lugar a otro.-

Los elementos de cargo reunidos en la causa, que fueron referidos también por el juez a quo, evidencian a criterio de este Tribunal, que los intervinientes en los hechos que se han tenido en principio por probados, y que son conocidos por los imputados en las audiencias indagatorias prestadas en la causa, conformarían una asociación ilícita, en razón de la coordinación de tareas que se advierte en cada uno de los hechos, la reiteración de conductas extendidas en el tiempo, con características similares, la diferenciación de tareas, el similar desarrollo comisivo y utilización de la infraestructura predispuesta para el fin ilícito señalado, siendo que la selección de la víctima resultaba de haber sido la misma indicada de algún modo como perteneciente a determinado grupo considerado subversivo, todo lo cual demuestra la existencia del acuerdo criminal atribuido y la indeterminación del propósito delictivo, aunque siempre comprendido dentro del mismo plan delictivo, unificado en el objetivo de luchar contra la subversión.

Además de la caracterización del ilícito antes referido, ha señalado la doctrina (Edgardo Donna, en Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-C, Edit. Rubinzal Culzoni, 2005, pág. 300 y ss) que el tipo penal de la asociación ilícita exige dos requisitos: la existencia de una estructura objetiva de lo que se entiende por asociación ilícita y la acción de tomar parte en una banda o asociación, dentro del cual se encuentra otro aspecto que la doctrina ha denominado como tercer requisito, que es el propósito de todos y cada uno de sus miembros para delinquir. Dentro de la estructura objetiva, uno de los requisitos es la organización, que debe tener carácter estable y ser duradera en el tiempo, de por lo menos tres personas, unidas en un orden, bajo la voluntad de los partícipes de cometer delitos en general, y la existencia de una relación de reciprocidad y uniformidad que es lo que hace al sentimiento de pertenencia de sus integrantes. Por ende -dice el autor mencionado- es desde la organización como tal que debe surgir la idea de realización de los delitos, y no como algo individual de cada uno de sus miembros. Esta idea de organización implica que cada partícipe debe tener un

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

rol, una función, un papel dentro de la misma, lo que exige, que deba haber una organización interna que lleva a una coordinación entre sus miembros.-

Señala Edgardo Donna, en la obra antes citada, pág. 302, que no se requiere que los asociados estén reunidos materialmente o que habiten en un mismo lugar, ni siquiera que se conozcan personalmente, porque lo que interesa es el acuerdo de voluntades con cierta permanencia, "...los integrantes de la "asociación" deben realizar las acciones de manera organizada y permanente, ya que de no existir un nexo funcional que denote, en los actos que lleva a cabo la sociedad criminal, una estructura delictiva estable, no se estará ante una asociación ilícita, sino ante un mero acuerdo para cometer un hecho delictivo..."

De los elementos probatorios que se reunieron en los procesos instruidos por la comisión de delitos de lesa humanidad durante el último gobierno de facto, surge ese nexo funcional existente entre cada hecho cometido, y la estabilidad de la estructura delictiva conformada, por ello es que se resuelve por lo que, en definitiva, es acertada la atribución delictiva efectuada por el juez a quo, debiendo confirmarse la resolución recurrida.

Este ha sido el criterio recientemente sustentado por las Cámaras Federales del país en los autos N° 65.989 "Botto, Guillermo Félix y Otros s/Apel. Auto de procesamiento y prisión preventiva; y NUÑEZ, Elso Antonio s/Apel. falta de mérito en acc. 04/07 "Inf. Delitos de Lesa Humanidad (ARMADAS ARGENTINA)" del 07/12/2010 Cámara Federal de Bahía Blanc, Sala Unica - Sec. 2 y en los autos Rolón, Juan Orlando del 03/08/2009 Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, en pleno.

IX.- Por último, corresponde declarar desierto el recurso de apelación deducido por la defensa de Jorge Horacio Páez obrante a fs. sub 620/645 por la Dra. Lidia Andrea Román Barón, atento que no concurrió ni presentó informe en la audiencia del día 22 de diciembre del 2010, notificada a fs. sub 796 y vta.,(Art. 454 segundo párrafo del C.P.P.N.).

X.- Dado el tiempo transcurrido desde la apelación aquí tratada, se recomienda al Sr. Juez A-quo, imprima trámite urgente a esta causa a fin de lograr la elevación a juicio a la brevedad.-

Ello con el objeto de dar cumplimiento a la Acordada N° 42/08 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la cual se recordó a los jueces su deber de extremar los recaudos para acelerar el trámite de las causas en las que se investigan los hechos cometidos durante el último gobierno militar. Asimismo se exhortó a los magistrados a que evalúen con urgencia las decisiones a tomar a efectos de que sean las más conducentes en cuanto al objetivo de celeridad del trámite.-

Siguiendo idéntico criterio, nuestro Máximo Tribunal en el Informe sobre evolución de las causas por delitos de lesa humanidad, del 16 de julio de 2010, señaló que *“es de vital importancia el compromiso de los magistrados y funcionarios que intervienen en las causas por crímenes de lesa humanidad... el inicio de los juicios orales y públicos”*

Por todo lo expuesto, este Tribunal **RESUELVE:** 1°) **NO HACER LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Jorge Antonio Olivera, Osvaldo Benito Martel, Carlos Luis Malatto, Eduardo Daniel Cardozo, Daniel Rolando Gómez, Juan Francisco Del Torchio y Gustavo De Marchi a fs. sub 602/617 vta. y en consecuencia confirmar la resolución recurrida en cuanto fue motivo de apelación. 2°) **TENER** por desistido el recurso de apelación deducido por la defensa de Jorge Horacio Páez a fs. sub 620/644 vta. 3°) **TENER PRESENTE** la recomendación efectuada al Juez A-quo en el considerando X.-

Cópiese. Regístrese. Notifíquese

jm