



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1
"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso
de casación"

Registro nro.: 1191/16

//la ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes de septiembre de 2016, se reúne la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Eduardo Rafael Riggi como Presidente y los doctores Liliana E. Catucci y Juan Carlos Gemignani como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° FTU 401304/2007/TO1/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada "D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación". Representa al Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal General, doctor Ricardo Gustavo Wechsler e interviene el doctor Miguel Ángel Torres por la defensa de Jorge Alberto D'Amico.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: Juan Carlos Gemignani, Liliana E. Catucci y Eduardo Rafael Riggi.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

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

PRIMERO:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán resolvió:

"I) NO HACER LUGAR a las nulidades planteadas por la defensa de **JORGE ALBERTO D'AMICO** respecto de los requerimientos de elevación a juicio y de los alegatos de la querrela y del Ministerio Público Fiscal...

II) NO HACER LUGAR al planteo de la defensa respecto a la **INCONSTITUCIONALIDAD del ARTÍCULO 80 del CÓDIGO PENAL**...

III) NO HACER LUGAR a la solicitud de falso testimonio de María Cristina Rodríguez Román de Fiad, conforme se considera. **PONER A DISPOSICIÓN** de las partes el acta y la versión audiovisual del presente debate, a los efectos que fuere pertinente.

IV) DECLARAR que los hechos de que fue víctima Germán Francisco Cantos constituyen **DELITOS DE LESA HUMANIDAD**...

V) CONDENAR a **JORGE ALBERTO D'AMICO**, de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de **PRISIÓN PERPETUA, INHABILITACIÓN ABSOLUTA Y PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS,**

por ser **coautor** del delito de **i) Privación ilegítima de la libertad** (artículo 144 bis, inc. 1° -Ley 14.616- en función del art. 142 inc. 1° y 5° -Ley 20.642- del Código Penal), y **partícipe necesario** de los delitos de **ii) Tormento agravado** (artículo 144 ter primer y segundo párrafo, Ley 14.616, del Código Penal) y **III) Homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y por el fin de lograr impunidad** (art. 80 inc. 2, 6 y 7 del Código Penal según ley 21.338) en perjuicio de Germán Francisco Cantos; todo en **concurso real** (arts. 45, 55, 12, 19, 29 inciso 3° del Código Penal; arts. 530, 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal de la Nación), conforme se considera" (cfr. fs. 426/426 vta.).

2°) Contra dicha decisión, la defensa pública oficial interpuso recurso de casación, el que fue concedido y debidamente mantenido en esta instancia (cfr. fs. 540/564 vta., 565/566 y 571, respectivamente).

3°) La asistencia técnica de Jorge Alberto D'Amico fundamentó el recurso de casación interpuesto en los incisos 1° y 2° del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

En primer término la defensa oficial refirió que se condenó a Jorge Alberto D'Amico por el delito de homicidio agravado, sin que haya sido procesado por dicho hecho. Alegó que con dicho proceder el a quo vulneró el derecho de defensa en juicio (el principio de congruencia) y avanzó arbitrariamente hacia una condena por un hecho que excedió el objeto de debate.

Destacó los argumentos dados por el magistrado disidente y que la querrela no puede introducir válidamente un hecho que no está contenido en el auto de procesamiento, por lo que tampoco puede atribuírseles efectos jurídicos a la inclusión de la acusación privada por homicidio calificado como así tampoco a la presentación efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 44/44vta. Bajo el título "ampliación de requerimiento de elevación a juicio".

Aseveró que la falta de mérito y la ausencia de procesamiento se presentan como impedimentos infranqueables para habilitar un pronunciamiento definitivo en relación a la



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

existencia del hecho calificado como homicidio agravado y a la culpabilidad de su defendido.

Por las razones reseñadas, postuló la nulidad de la sentencia recurrida.

Por otra parte, la defensa sostuvo que el a quo rechazó arbitrariamente el planteo de nulidad del requerimiento fiscal de elevación a juicio.

Indicó que sus agravios no se circunscribieron a la falta de cumplimiento de los requisitos del artículo 347 del código de forma, cuando los cuestionamientos se referían a la violación al principio de congruencia y a la no finalización de la investigación, por cuanto se introdujo intempestiva y sorpresivamente un hecho -calificado como homicidio agravado- dentro de la plataforma fáctica atribuida a Jorge Alberto D'Amico por el cual no se le dictó auto de procesamiento.

Manifestó que la referida irregularidad de la pieza acusatoria configuró una alteración del debido proceso legal y de la estricta jurisdiccionalidad (acusación, prueba, defensa y sentencia).

En base a ello, solicitó se declare la nulidad del requerimiento fiscal de elevación a juicio.

Con similares críticas solicitó la nulidad de los alegatos de la querrela y del fiscal de juicio. En tal sentido, la defensa expuso que *"sin perjuicio de que durante el debate los acusadores no hicieron uso de las facultades del art. 381 del CPPN y sin que en ningún momento se haya advertido a nuestro defendido, que debía defenderse de la acusación de homicidio agravado a pesar del dictado del auto de falta de mérito... arremetieron contra el debido proceso legal y contra el derecho de defensa, agregando el hecho del homicidio agravado, cuando ya se había cerrado el debate y nuestro defendido no tenía posibilidad alguna de defenderse"*.

Asimismo, la defensa cuestionó el rechazo del pedido de extracción de testimonios para que se investigue por el delito de falso testimonio a la testigo María Cristina Rodríguez Román de Fiad y requirió que su declaración no sea considerada como prueba

de cargo, atento las contradicciones, inconsistencias y falsedades que señaló en el recurso de casación interpuesto.

Concretamente, afirmó que la consideración de dicha declaración por parte del tribunal de juicio es una muestra de la arbitrariedad de la resolución impugnada.

Al referirse a la prueba testimonial producida durante el debate, la defensa solicitó la exclusión probatoria de la declaración de Luis Guillermo Garay y de Rafael Guido Garnica.

Argumentó que la declaración de Luis Guillermo Garay estuvo viciada de parcialidad desde el inicio, por estar comprendido en las generales de la ley.

Explicó que Luis Guillermo Garay es Director del Instituto Espacio de la Memoria (organismo creado por ley con el objeto de ahondar las investigaciones de lo sucedido durante la década del 70) y que fue ofrecido y citado al debate como testigo víctima y no en virtud del referido cargo.

Sostuvo que en clara afectación de lo dispuesto en el artículo 8.2.c) de la CADH ("concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa") la defensa asistió al debate sin tener conocimiento que el testigo sería interrogado y expondría sobre cuestiones que llegaron a su conocimiento en virtud del referido cargo público.

Indicó que a través de la declaración de Luis Guillermo Garay y por información que adquirió en el ejercicio del cargo de Director del Instituto Espacio de la Memoria ingresó al debate el "testigo nuevo" Rafael Guido Garnica, afectándose así de manera evidente el contradictorio.

Por lo expuesto, calificó de infundada a la resolución del *a quo* que no hizo lugar al pedido de exclusión probatoria.

Con relación al pronunciamiento condenatorio, manifestó que el tribunal de juicio ha forzado la interpretación y análisis de la prueba de la causa -testimoniales, legajo militar, prueba documental- para arribar a una arbitraria conclusión que no tiene respaldo en ningún elemento probatorio.

Adujo que no se pudo determinar si la supuesta aprehensión de Germán Francisco Cantos se produjo en el batallón



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

de Ingenieros o en sus inmediaciones y que ello modifica de manera radical la forma en la que habrían sucedido los hechos y da cuenta del escaso sustento probatorio de la condena.

Precisó que ninguno de los extremos que el tribunal de juicio tuvo como ciertos para fundar el fallo condenatorio pudieron ser probados en el debate.

En dicho sentido, consideró que no se probó que Germán Francisco Cantos hubiera estado bajo la supervisión de Jorge Alberto D'Amico durante su permanencia en el Batallón de Ingenieros, evaluando que la prueba de cargo (declaración de los hermanos de la víctima) resulta insuficiente para acreditar dicha circunstancia.

De igual modo, afirmó que la incorporación tardía de Germán Francisco Cantos no constituyó un hecho que pueda calificarse como extraño o sospechoso, por cuanto de la prueba documental surge que ingresó junto a un numeroso grupo de jóvenes y no de manera individual y extemporánea.

En lo atinente a la retención de la víctima en el Batallón de Ingenieros de Combate 141, la defensa cuestionó el valor probatorio otorgado a la declaración de Ramón José Eladio Iglesias, atento su imprecisión respecto a la época de su encuentro con Germán Francisco Cantos.

Idéntica crítica dirigió a la declaración de Rafael Guido Garnica, destacando que durante su declaración afirmó en tres oportunidades que vio a la víctima durante el año 1977 (no en 1976), después de mitad de año.

Sin perjuicio de ello, puntualizó que de la declaración del testigo surge evidente que Rafael Guido Garnica vio a Germán Francisco Cantos en otra circunstancia a la señalada por la sentencia, cuando concurría a una revisión médica, posiblemente para su ingreso.

Por otra parte, sostuvo que se formó sumario por la desertión de Germán Francisco Cantos y que en los archivos de la policía consta el pedido requerimiento de búsqueda de Germán Francisco Cantos por Infracción al Servicio Militar. Destacó que de acuerdo a la reglamentación militar correspondía al Jefe de

Batallón (Correa Aldana) el inicio de actuaciones y que el oficial designado debía ser, en lo posible, de una compañía distinta a la del desertor. Concluyó que su defendido "*nunca hubiera podido iniciar las actuaciones por deserción*".

Aun dando por cierto que Jorge Alberto D'Amico hubiese estado a cargo de la sección a la que pertenecía Germán Francisco Cantos, sólo se encontraba obligado a poner en conocimiento de su superior (Correa Aldana) la ausencia de un soldado, aspecto que fue cumplido, conforme a la documental (archivos policiales) mencionada anteriormente, por lo que de acuerdo a los parámetros limitadores de la imputación objetiva, resultaba imposible atribuir responsabilidad a su defendido.

Refirió que en la sentencia recurrida se atribuyó responsabilidad penal a Jorge Alberto D'Amico con un criterio puramente objetivo, sin respetar el principio de culpabilidad y, por ende, conculcando su derecho de defensa en juicio.

También cuestionó que los magistrados hayan condenado a Jorge Alberto D'Amico al atribuirle el incumplimiento de un "deber de cuidado" que no le fue imputado al momento de ser indagado y que en la hipótesis más desfavorable podría representar un incumplimiento de deberes como figura autónoma pero nunca los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de homicidio. Sin perjuicio de ello, alegó que el tribunal de juicio equiparó el resultado de una acción comisiva (homicidio) a una conducta omisiva (incumplimiento de deberes), en violación al principio de legalidad, al introducir la figura de los delitos de comisión por omisión que no se encuentra prevista en nuestra legislación penal.

Por otra parte, expuso que los jueces desconocieron la prueba producida para colocar a Jorge Alberto D'Amico como el primer y último responsable de cualquier acción ocurrida dentro o fuera del Batallón de Ingenieros y afirmar su presencia en la Compañía de Arsenales.

Detalló que los jueces no valoraron las declaraciones de Jorge Alberto D'Amico en ejercicio de su derecho de defensa material, los argumentos expuestos por la defensa técnica al



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

momento de alegar y tampoco hicieron referencia a la reglamentación militar en materia de deserción ni a la prueba documental que da cuenta de la existencia de un sumario militar.

Por el contrario tomaron como concluyentes declaraciones testimoniales de oídas y se soslayó que Jorge Alberto D'Amico era Teniente y no estaba al mando del Batallón de Ingenieros (había un Jefe y un Segundo Jefe con capacidad de mando superior), sólo era Jefe de una de las Compañías de ese Batallón.

Por último, indicó que el tribunal valoró la prueba producida en el debate contrariando el principio *pro homine* y los principios de *favor rei* e *in dubio pro reo*, violentándose los derechos fundamentales que integran el debido proceso: defensa en juicio, carga de la prueba, presunción de inocencia e igualdad ante la ley de acuerdo a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

En base a las consideraciones expuestas, solicitó se declare la nulidad de la resolución impugnada y se disponga la absolución de Jorge Alberto D'Amico.

Subsidiariamente, planteo la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en el artículo 80 del Código Penal, por considerar que al suprimir el elemento culpabilidad como estamento fundamental dentro del análisis estratificado al que conduce la teoría del delito, torna imposible contar con un arco temporal de pena que permita adecuar la cantidad de pena a los niveles de culpabilidad.

Hizo reserva del caso federal.

4°) Que, durante el plazo previsto por los artículos 465 y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, el señor Defensor Público Oficial ad hoc, doctor Fernando A. Rey, fundamentó la nulidad de la condena por homicidio calificado dictada por el *quo* en la doctrina que surge del plenario "Blanc" de ésta Cámara.

Asimismo, con relación a los hechos atribuidos a Jorge Alberto D'Amico, sostuvo que el *a quo* basó la sentencia condenatoria en especulaciones, suposiciones e hipótesis que no

fueron corroboradas mediante un examen mesurado de la prueba producida.

Con relación a la pena impuesta, indicó que en función de la edad de Jorge Alberto D'Amico y por razones biológicas la pena perdurará hasta la muerte, por lo que la sanción discernida por el *a quo* se erige como un trato inhumano, cruel y degradante. Peticionó que se declare la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua fijada en el artículo 80 del Código Penal, por vulnerar derechos fundamentales del condenado y, por quien corresponda, se fije una nueva adecuada a los fines constitucionales de la pena y que garantice el derecho a transitar el régimen de la progresividad penitenciaria, eje central del fin constitucional de la pena.

Por ello y por las restantes razones expuestas a fs. 573/585 vta., solicitó que se haga lugar al recurso de casación y se absuelva a Jorge Alberto D'Amico.

5°) Que en la oportunidad prevista por el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, el defensor particular de Jorge Alberto D'Amico y el Fiscal General, doctor Ricardo G. Wechsler, acompañaron breves notas (cfr. fs. 696/736).

SEGUNDO:

1°) Liminarmente, y en orden al análisis de admisibilidad formal del recurso sometido a consideración, entiendo que satisface las exigencias adjetivas por haber sido interpuesto contra una sentencia definitiva (art. 457 C.P.P.N.), por la parte legitimada al efecto (art. 459 del C.P.P.N.), planteando el recurrente proposiciones subsumibles en los incisos 1° y 2° del art. 456 del C.P.P.N, habiéndoselo deducido de manera tempestiva y fundada (art. 463 C.P.P.N.), por lo que se impone avocarse a su tratamiento.

2°) Nulidades

Para principiar, habré de analizar los planteos de nulidad de los requerimientos de elevación a juicio y de los alegatos de la querrela y del Ministerio Público Fiscal efectuados por la defensa, atento a las consecuencias que



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

acarrearía su eventual recepción favorable sobre los actos realizados en el proceso.

Los planteos de la defensa remiten a un fundamento único, la ausencia de procesamiento de su defendido en orden al delito de homicidio agravado que habilite el pronunciamiento condenatorio impugnado.

A fin de abordar los agravios planteados por la defensa con mayor claridad, he de recordar las resoluciones jurisdiccionales y las presentaciones efectuadas por el Ministerio Público Fiscal en la etapa instructoria.

De acuerdo al requerimiento fiscal de instrucción "a *Jorge Alberto D'Amico se le atribuyó haber participado en la desaparición de Germán Francisco Cantos en septiembre de 1976. El damnificado fue incorporado al Batallón de Ingenieros de Combate 141 con asiento en la Provincia de Santiago del Estero en los primeros días del mes de agosto de 1976, a fin de cumplir con el servicio militar obligatorio. Fue visitado por su padres y hermanos en la dependencia militar los fines de semana, específicamente los días 21, 22, 28 y 29 de agosto de 1976.*

Germán Francisco Cantos, que pertenecía a una compañía de combate, al saludar a su amigo Ramón José Eladio Iglesias le dijo que estaban próximos a salir de franco y que ante ello sentía cierto temor, por lo que quería que algún conocido suyo tomara conocimiento de su situación. Que este temor, infiere Iglesias, era porque Cantos estaba públicamente identificado con un grupo de izquierda.

El domingo 5 de septiembre, cuando la familia acude a visitarlo, en la guardia les comunicaron que el soldado Germán Cantos había salido con permiso de franco el viernes 3 de septiembre de 1976; que salió acompañado hasta la guardia por un sargento a las 18:20 hs., más tarde que sus compañeros, por haber sido demorado, ya que su cédula militar no estaba firmada por su Jefe de Compañía, que era el Capitán D'Amico. Les informaron que el joven figuraba en el libro de guardia como ausente sin causa. La familia intentó hablar con el Jefe del Batallón Correa Aldana, pero se encontraba en comisión (en la comitiva que recibiría al

entonces presidente Videla, que arribaba a Santiago del Estero), de manera que se dirigieron al domicilio de D'Amico para pedir información sobre el hecho, quien manifestó desconocer la situación...

A pesar de las innumerables gestiones oficiales realizadas, la familia Cantos nunca pudo obtener respuestas sobre el paradero de Germán Francisco Cantos. No obstante, en reiteradas oportunidades recibió noticias de éste por interpósitas personas...

Noticias indirectas mantienen a la familia expectante acerca de la posible liberación del joven. Asimismo, reciben de parte del sacerdote Serafín Spedinger una visita, donde les manifiesta que una persona desconocida le transmite un mensaje de Germán, que se encuentra bien. Con fecha 15 de julio de 1977, un señor llamado Héctor Justo les manifiesta haber sido recientemente liberado y que en el lugar que estuvo (que no pudo identificar) había estado con Germán, con su primo Luis Antonio Cantos y también con su prima Anabel Cantos de Caldera. Todos permanecen desaparecidos".

El Ministerio Público Fiscal atribuyó responsabilidad por el secuestro y desaparición de Germán Francisco Cantos a Jorge Alberto D'Amico, en los términos de los arts. 144 bis incisos 1° y 2°; 144 ter; y 80 incisos 2° y 7° del Código Penal.

El juez de instrucción dispuso el procesamiento de Jorge Alberto D'Amico en los términos de los artículos 144 incisos 1° y 2° del Código Penal, en orden a su responsabilidad como presunto autor en la privación ilegal de la libertad de Germán Francisco Cantos y **dictó la falta de mérito respecto de los restantes hechos imputados.**

En lo que aquí interesa, el Tribunal Oral Federal de Santiago del Estero -actuando como Cámara Federal de Apelaciones-, con fecha 19 de mayo de 2009 dispuso **"...IX) NO HACER LUGAR al recurso de apelación incoado por el Ministerio Público Fiscal en contra del auto de falta de mérito dispuesta** a favor de: ...Jorge Alberto D'Amico en el Caso N° 11 (Germán Francisco Cantos) en cuanto a la pretensión de que se lo procese **por homicidio**



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

calificado... **XV) HACER LUGAR** al recurso de apelación incoado por el Ministerio Público Fiscal, en contra del auto de fs. 784/834 vta. en cuanto dispone la falta de mérito de los imputados:... **JORGE ALBERTO D'AMICO, DISPONIÉNDOSE su PROCESAMIENTO** como autor material del delito de torturas en perjuicio de Germán Francisco Cantos (Caso n° 11)... (cfr. fs. 161/239 vta.).

Al fundamentar la decisión por la que confirmó la falta de mérito dictada en favor de Jorge Alberto D'Amico con relación al delito de homicidio, el tribunal revisor sostuvo que "el procesamiento no puede surgir del sólo hecho de pertenecer a una de las instituciones que estaban al servicio del plan criminal urdido desde las estructuras de poder, sin que se acredite además una probable participación concreta o funcional en el hecho imputado. Lo considerado y requerido como esencial, se acentúa aún más cuando se repara que en el presente caso existen fuertes indicios de que la víctima ha sido con vida en un CCD de la Provincia de Tucumán...

Por otra parte, Germán Francisco Cantos se encuentra incluido en la lista de secuestrados en el CCD que funcionó en el Arsenal Miguel de Azcuénaga de la Provincia de Tucumán, y que fuera proporcionada por el testigo Juan Martín (fs. 141), lo que habría motivado el pedido concreto del Sr. Juez Federal N° 1 de Tucumán a su par en la jurisdicción de la Provincia de Santiago del Estero respecto a que se decline la competencia en estos autos, que cuenta con dictamen fiscal favorable a la competencia de la justicia federal tucumana y que se encuentra pendiente de resolución, por lo menos al momento en que se realizó la audiencia de apelación en estos autos.

Lo dicho en modo alguno supone negar la posibilidad que el imputado haya tenido algún tipo de participación en el presunto homicidio de la víctima, pero resulta necesario que se profundice la investigación a fin de deslindar responsabilidades. En particular, examinando la circunstancia de que la muerte de la víctima probablemente ocurrió en la Provincia de Tucumán, cabría igualmente profundizar la investigación a fin de determinar quiénes tuvieron allí participación en ese hecho.

Por último, y más allá de que en el presente caso no puede pronosticarse todavía ni siquiera con la precisión requerida en esta instancia, donde se produjo el homicidio de la víctima, no debe perderse de vista lo sostenido por este tribunal en cuanto a la eventual responsabilidad penal que le puede caber a D'Amico en base a la jerarquía que detentaba en el aparato delictivo referido. Así, al pronunciarse ésta Cámara en los autos: '**Secretaría de Derechos Humanos de la Nación s/Denuncia c/Musa Azar y otros -Grupo I- (Desapariciones forzadas de personas anteriores al 24 de marzo de 1976) (Ref. Expte. N° 17/2007)**' al resolver el caso N° 10 y en relación a éste imputado se entendió_ '...lo que no puede decirse hasta el momento es que el entonces Teniente D'Amico tuviera el ámbito funcional para decidir finalmente la suerte de la vida del detenido, pues en el marco estructural de la cadena de mandos ello aparece como poco probable, en tanto resulta lógico suponer que las ejecuciones de quienes pertenecían [permanecían] en cautiverio respondían a una decisión que partía de quienes revestían roles jerárquicos en cadena de mandos'.

Aplicados tales razonamientos al contexto probatorio de este caso concreto, tenemos como conclusión lógica que sería a toda luces aventurado pronosticar una responsabilidad penal del imputado Jorge Alberto D'Amico en el delito de homicidio perpetrado en perjuicio de Germán Francisco Cantos" (cfr. fs. 210/211).

Conforme a lo actuado, considero que el hecho atribuido a Jorge Alberto D'Amico, calificado *prima facie* como homicidio agravado en el auto decisorio de fs. 96/153 vta. que dispuso la falta de mérito para procesar o sobreseer al imputado -resolución que fue confirmada por el Tribunal Oral Federal de Santiago del Estero, actuando como Cámara Federal de Apelaciones, cfr. fs. 161/239 vta.-, debió excluirse de la materia objeto de debate por ausencia de auto de procesamiento a su respecto, requisito exigido por el artículo 346 del Código Procesal Penal de la Nación para impulsar las actuaciones a la etapa de juicio.

Cabe destacar que la cuestión debatida no se encuentra



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1
"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso
de casación"

relacionada con la facultad del tribunal de dar al hecho objeto de debate una calificación jurídica distinta, sino en la imposibilidad de introducir al juicio un hecho sobre el que no se ha dictado auto de procesamiento que habilite su introducción al debate oral.

Si bien el requerimiento de elevación a juicio fija el modo, tiempo y lugar de los hechos materia de debate, conforme a lo normado en el artículo 346 del código de forma su contenido debe guardar coincidencia fáctica con el de los actos de indagatoria y procesamiento, sobre los que se estructura.

Aun cuando el caso en estudio no se encuentra regido por el artículo 215 del código de forma, cabe recordar la doctrina que emerge del fallo Plenario n° 14 de esta Cámara (Acuerdo 1/09), dictado en la causa "Blanc, Virginia María s/recurso de inaplicabilidad de ley", resuelta el 11/06/2009, por cuanto las razones que fundaron dicha resolución resultan coincidentes con el criterio expuesto y aplicables a la situación traída a conocimiento del tribunal.

En dicha oportunidad, se sostuvo que *"la prestación de la declaración indagatoria requiere la resolución de la situación procesal del imputado -arts. 294, 306 y 307 del C.P.P.N.- y, a su vez, el artículo 346 del código citado dispone categóricamente que el requerimiento de elevación a juicio sólo podrá concretarse cuando el juez hubiera dispuesto previamente el procesamiento del encartado"* (cfr. voto de la doctora Liliana E. Catucci).

En el voto citado también se dejó sentado que dicho criterio encuentra aval en prestigiosa doctrina (Clariá Olmedo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, 1960, Ediar, T. IV, p. 351 y ss.; Guillermo Navarro y Roberto Raúl Daray, "Código Procesal Penal de la Nación", Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 2, p. 839 y ss.; Miguel A. Almeyra, en su artículo ¿Elevación de la causa a juicio sin procesamiento? Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, 2004/12/30, p. 24, a cuyas citas me remito por razones de brevedad), destacándose que *"la elevación a juicio sin el dictado del pertinente auto de mérito se afilia en una corriente jurisprudencial minoritaria, que*

acudiendo a una interpretación literal del art. 215, prescinde en el proceso del auto cautelar reseñado, ello en franca violación al art. 346 del mismo que regula, como presupuesto indispensable para acceder a las instancias del contradictorio, la existencia de un auto de procesamiento firme” (Julio C. Báez, “No se olviden... del auto de procesamiento”, LL. 2005, V.2005-E).

En lo atinente a la afectación a la garantía de defensa en juicio que supone la omisión del dictado del auto de procesamiento, Miguel A. Almeyra sostiene que *“la posibilidad de acudir a un órgano de contralor resistiendo la persecución penal durante el curso de la instrucción mediante el arbitrio que otorga el art. 311 ibídem discutiendo en segunda instancia el mérito del cargo no parece ser un argumento menor, a la vez que la lesión al derecho de defensa no puede pasar desapercibida si no se olvida que el derecho a la doble instancia no sólo ampara la sentencia penal condenatoria sino a todo auto importante que agravie al imputado”* (Miguel A. Almeyra, en su artículo *¿Elevación de la causa a juicio sin procesamiento? Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, 2004/12/30, p. 24).*

Por lo expuesto y conforme a las consideraciones efectuadas al emitir mi voto en la causa FSA 76000073/2011/TO1/18/CFC14, “Vargas y otros”, resuelta el 21 de marzo de 2016, registro n° 255/16 de esta Sala, considero que en el caso se afectó la posibilidad de que el aquí condenado pudiese ejercer su defensa de forma plena, oportuna y eficaz; por lo que en definitiva, en este punto, corresponde hacer lugar a los planteos de nulidad efectuados por la defensa y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto condena a Jorge Alberto D’Amico por ser partícipe necesario del delito de homicidio agravado, y la pena impuesta (arts. 167, inc. 3° y 172 del C.P.P.N.).

TERCERO:

Previo a considerar los agravios vinculados a la señalada arbitrariedad de la resolución cuestionada, corresponde dar respuesta a los planteos efectuados por la defensa oficial respecto a la exclusión del acervo probatorio de las



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

declaraciones testimoniales de Luis Emilio Garay y Rafael Guido Garnica.

Al respecto cabe señalar que el desempeño de Luis Emilio Garay como Director del Instituto Espacio de la Memoria - instituto creado con el objeto de ahondar las investigaciones de lo sucedido "durante la década del 70"-, no resulta un elemento que de por sí lo inhabilite para declarar como testigo.

En dicho sentido, no se advierte que Luis Emilio Garay tenga un interés personal en el resultado del proceso, no integra la relación procesal -esto es, no es parte- y tampoco se observa que sus dichos se encuentren encaminados a perjudicar indebidamente a Jorge Alberto D'Amico.

Sin perjuicio de ello, corresponde desatacar que conforme a las normas procesales que rigen la materia, por testigo debe entenderse toda persona física que por haber tenido conocimiento de algún suceso relacionado con el proceso, es llamada a declarar por la autoridad correspondiente (fiscal, juez, tribunal) con fines probatorios.

Por ello, en el caso y en lo atinente a la validez del testimonio, no corresponde hacer distinciones en función de si lo declarado por Luis Emilio Garay llegó a su conocimiento a través de sus vivencias en un penal de la provincia de Santiago del Estero o en virtud de su actividad en el mencionado instituto o de un encuentro casual con un amigo personal, por cuanto el contenido de su declaración no se apartó de las circunstancias que se procuraban verificar conforme al ofrecimiento de prueba practicada por el Ministerio Público Fiscal.

En consecuencia, fácil es concluir que la declaración impugnada en modo alguno impidió el desarrollo de una efectiva defensa técnica y material.

Asimismo, cabe agregar que la información traída a conocimiento del tribunal y de las partes por Luis Guillermo Garay se relacionó con el hecho materia de investigación y dio lugar a que Rafael Guido Garnica sea citado al debate a declarar como testigo.

La defensa técnica y el imputado presenciaron y

controlaron dicho acto (cfr. acta de debate, fs. 415 vta./418), conforme a lo normado por los artículos 8, apartado 2. f) de la C.A.D.H. y 14, ap. 3. e) del P.I.D.C. y P., por lo que corresponde descartar la afectación del derecho de defensa en juicio alegado por la defensa oficial.

Por ello, la pretensión de la defensa de invalidar las declaraciones testimoniales de Luis Emilio Garay y Rafael Guido Garnica, no tendrá favorable acogida.

CUARTO:

I. En este acápite habré de recordar cuál fue la plataforma fáctica que fue tenida por acreditada por los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, para luego adentrarme en los planteos introducidos por la defensa respecto a la valoración probatoria efectuada por el a quo.

Los jueces de la instancia anterior afirmaron que se encontraba demostrado que *"Germán Francisco Cantos fue secuestrado en los primeros días de septiembre de 1976, en circunstancias en que se encontraba cumpliendo el servicio militar obligatorio en el Batallón de Ingenieros de Combate 141 sito en la ciudad de Santiago del Estero. Su aprehensión se produjo en ese establecimiento o en sus inmediaciones. De allí fue conducido a la Provincia de Tucumán, donde permaneció cautivo en el "Arsenal", centro clandestino de detención que funcionó en la Compañía V de Arsenales Miguel de Azcuénaga...*

A la fecha de los hechos... Jorge Alberto D'Amico se desempeñaba en el Ejército Argentino con el cargo de Teniente de Ingenieros en el Batallón Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero. En dicho establecimiento había comenzado a prestar servicios el 15/12/75 y el 27/01/76 es asignado a la función de Jefe de la Compañía Ingenieros de Combate "A". En dicha situación de revista se mantiene hasta el 20/12/76, fecha en la que, siempre en el Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero, es promovido al cargo superior y pasa a desempeñarse como Oficial de Inteligencia (S2). Durante su desempeño en el Batallón Ingenieros de Combate 141 realizó viajes en comisión a



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

la Zona de Operaciones del Operativo Independencia, San Miguel de Tucumán, el 26/12/75 -regresando de allí el 27/01/76-, el 10/03/76 -regresando de allí el 10/05/76- y el 01/08/77 -regresando de allí el 02/09/77-...

Con relación al secuestro, cabe precisar que Jorge Alberto D'Amico como jefe inmediato y responsable del conscripto Germán Francisco Cantos dispuso su privación ilegítima de libertad dentro del Batallón de Ingenieros de Combate 141 o en sus inmediaciones. En efecto, D'Amico se desempeñaba como Jefe de la Compañía "A" de la citada unidad militar y actuando en conjunto -dado que por la magnitud del operativo de privar de su libertad a una persona no pudo actuar en solitario- secuestró a Cantos, dentro del Batallón o en sus inmediaciones, antes de que la víctima pudiera llegar a un bar cercano, siendo que actuó de propia mano, o dejó que terceros lo hicieran, con pleno conocimiento, poniendo a Cantos en la situación de peligro concretada con su secuestro. La coautoría, con distribución de roles y funciones resulta evidente, y aunque no puede determinarse el rol cumplido por el acusado, es evidente que actuó en todos o en algunos de los tramos de la privación de la libertad de Cantos, delito de carácter permanente que convierte en autores a todos los que exteriorizaron un rol determinante en el delito...

En cuanto a los tormentos y al homicidio agravado de la víctima, Jorge Alberto D'Amico actuó como partícipe necesario de tales injustos en tanto posibilitó que fuera conducido a un centro clandestino de detención y exterminio localizado en la Provincia de Tucumán y, mediante tal conducta, puso una condición necesaria para el resultado de los tormentos y muerte. Sobre esta última circunstancia, no puede dejar de advertirse que el sometimiento de la víctima a tormentos físicos y psicológicos y su muerte constituyó un resultado que el condenado no podía ignorar ni dejar de representarse, tanto por la naturaleza del centro clandestino de detención y exterminio que revestía el paraje en la estructura montada por el aparato organizado de poder, como por su toma de contacto directo con la Provincia de

Tucumán en razón de las reiteradas oportunidades en las que viajó allí en comisión por espacio de varias semanas, conforme resulta de su legajo personal..." (cfr. fs. 463 vta./471).

II. La defensa oficial sostuvo que el tribunal de juicio apreció la prueba de manera arbitraria, con vulneración de las reglas de la sana crítica, en clara afectación del principio de contradicción y del derecho de defensa en juicio.

Concretamente, la defensa refirió que el tribunal a quo para fundar el fallo condenatorio tuvo por acreditados ciertos extremos que no pudieron ser probados en el debate, no valoró el descargo del imputado Jorge Alberto D'Amico ni los argumentos expuestos en el alegato de la defensa y tomaron como concluyentes "testimoniales de oídas", que relataban hechos referidos por terceros.

Corresponde señalar que para dictar el pronunciamiento puesto en crisis, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán tuvo en cuenta las declaraciones de los hermanos de la víctima, Roberto Cantos y María de los Ángeles Petra Cantos, de su padre, Francisco Cantos, de Ramón José Eladio Iglesias, Rafael Guido Garnica, María Cristina Rodríguez Román de Fiad, Osvaldo Humberto Pérez, Héctor Oscar Justo y Juan Martín Martín, sobre los cuales construyó adecuadamente la plataforma fáctica que se reseñó en el punto anterior.

En tal sentido, el tribunal de juicio valoró que Ramón José Eladio Iglesias, que al momento del hecho era soldado conscripto de la Compañía de Comandos y Servicios del Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero, sostuvo que un día feriado o víspera de fin de semana se encontró con Germán Francisco Cantos, quien "no supo explicar" las razones por las que había sido retenido en el batallón, "que no había razón alguna para ello" cuando ya todos sus compañeros habían sido autorizados a salir. Además, precisó que la víctima tenía miedo y en razón de ello acordaron encontrarse en una pizzería cercana al batallón para volver juntos a sus hogares. Luego de ello, no volvió a verlo.

También ponderó la declaración de Rafael Guido Garnica,



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

quien de manera coincidente a Ramón José Eladio Iglesias, recordó que mientras cumplía guardia un día domingo en el referido batallón se le acercó la víctima y le indicó que no fue autorizado a retirarse, pese a que sus compañeros habían salido de franco.

En punto a la acreditación de la privación ilegítima de la libertad de Germán Francisco Cantos, los jueces destacaron *"especialmente los testimonios de Ramón José Eladio Iglesias y Rafael Guido Garnica en cuanto dan cuenta de que la víctima fue separada del grupo de sus compañeros conscriptos que salían de franco en un proceder que razonablemente se infiere que obedeció al propósito de facilitar su secuestro en la dependencia militar en la que se encontraba o en sus inmediaciones"*.

Dicho razonamiento fue correctamente relacionado con las restantes declaraciones y prueba documental producida en el debate, que dan cuenta de los motivos que guiaron la privación de libertad de la víctima, de su posterior traslado a un centro clandestino de detención en la provincia de Tucumán ("Arsenal") y de la presencia de Jorge Alberto D'Amico en el Batallón de Ingenieros de Combate 141, Provincia de Santiago del Estero, en forma contemporánea al hecho, desempeñándose como Teniente, como Jefe de la Compañía de Ingenieros de Combate "A" y posteriormente como Oficial de Inteligencia (S2), siendo a su vez comisionado en varias oportunidades a la Zona de Operaciones del Operativo Independencia, en San Miguel de Tucumán.

En dicho sentido, de la lectura de la sentencia impugnada surge que conforme al relato brindado por los hermanos del damnificado (Roberto Cantos y María de los Ángeles Petra Cantos), los jueces vincularon los hechos objeto de investigación con la actividad política de Germán Francisco Cantos.

Asimismo, evaluaron que María Cristina Rodríguez Román de Fiad y Osvaldo Humberto Pérez también consideraron a la víctima como un perseguido político -por su relación con la juventud guevarista- y que la simple incorporación de Germán Francisco Cantos al servicio militar generó inquietud en su familia, que ya había sufrido el deceso de Daniel Cantos -primo

de Germán Francisco Cantos- en 1975, en el marco del Operativo Independencia.

El tribunal de juicio resaltó que *"... a la familia también le causó temor que su hermano hubiera sido incorporado al servicio militar a pesar de haber obtenido en el sorteo un número bajo"* y que inclusive el padre de la víctima se entrevistó con Carlos Jensen -interventor de la provincia de Santiago del Estero- para interiorizarlo de su preocupación por la seguridad de su hijo dentro del Ejército.

Con posterioridad a la desaparición de la víctima del Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero, sus familiares se contactaron con Jorge Alberto D'Amico, quien de acuerdo a lo dicho por María de los Ángeles Petra Cantos se mostró nervioso y no les dio ninguna respuesta.

Con relación al planteo efectuado por la defensa oficial, respecto a la falta de elementos de prueba idóneos que acrediten que Germán Francisco Cantos perteneciera a la Compañía que tenía a su cargo Jorge Alberto D'Amico, cabe señalar que además de lo declarado por Iglesias y Garnica, el tribunal tuvo por probada la presencia de Germán Francisco Cantos en el Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero con la lista de personal de ex soldados conscriptos que cumplieron con el servicio militar obligatorio durante el año 1976 en dicho establecimiento, confeccionada por la Dirección de Personal Militar del Ejército Argentino.

Dicha prueba fue valorada por los magistrados junto con el legajo personal de Jorge Alberto D'Amico, que da cuenta de su desempeño en el Ejército Argentino con el cargo de Teniente de Ingenieros en el Batallón Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero. En dicho establecimiento prestó servicios desde el 15 de diciembre de 1975 y el 27 de enero de 1976 fue asignado a la función de Jefe de la Compañía de Ingenieros de Combate "A". A partir del 20 de diciembre de 1976 pasó a desempeñarse como Oficial de Inteligencia (S2). Además, durante su desempeño en el mencionado Batallón realizó viajes en comisión a la Zona de Operaciones del Operativo Independencia, San Miguel de Tucumán,



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

puntualmente el 26/12/75 -regresando el 27/01/76-, el 10/03/76 -regresando el 10/05/76- y el 01/08/77 -regresando el 02/09/77-.

Contrariamente a la versión de los oficiales militares, que sostuvieron la ausencia voluntaria del soldado conscripto Germán Francisco Cantos en el Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero desde los primeros días de septiembre de 1976, numerosos elementos de prueba indican que el damnificado se encontraba secuestrado junto a otros detenidos en el centro clandestino de detención que funcionaba en el predio de la Compañía de Arsenales Miguel de Azcuénaga.

En esa línea probatoria se inscriben las declaraciones de María Cristina Rodríguez Román de Fiad, Osvaldo Humberto Pérez, Héctor Oscar Justo y Juan Martín Martín.

María Cristina Rodríguez Román de Fiad dijo que en ocasión de estar privada de libertad en el mencionado centro clandestino de detención tomó contacto con Germán Francisco Cantos, quien relacionó a Jorge Alberto D'Amico con su secuestro. Aclaró que con anterioridad a ser detenida se enteró por medio de un familiar de unos vecinos (jóvenes estudiantes) de la existencia de la víctima y de su condición de desaparecido a manos de Jorge Alberto D'Amico.

En este punto cabe referir que las críticas que dirige la defensa a la declaración de María Cristina Rodríguez Román de Fiad -a la que califica de falsa y mal intencionada- no tendrán favorable acogida.

Tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como el tribunal de juicio no advirtieron las contradicciones alegadas por la defensa y entendieron que la testigo aclaró con suficiencia las razones por las que al declarar en la denominada megacausa "Arsenales" no se explayó con mayores detalles respecto a Germán Francisco Cantos.

Durante el debate la testigo sostuvo que a su entender en la causa referida fue convocada a declarar con relación a los casos de Enrique Sánchez y Enrique Díaz y que al requerírsele que mencione a otras personas detenidas junto a ella, creyó haber nombrado a Germán Francisco Cantos.

Más allá de la confusión de María Cristina Rodríguez Román de Fiad respecto a los motivos por los que había sido ofrecida como testigo, en su anterior declaración en la causa "Arsenales", al ser consultada de manera genérica para que recuerde otras personas que hayan estado detenidas con ella, efectivamente mencionó a Germán Francisco Cantos.

Evidentemente, el tenor de la pregunta no sugirió a la testigo la necesidad de explayarse con mayores detalles respecto a la situación de Germán Francisco Cantos y se limitó a dar el nombre de varios compañeros de detención.

En ese contexto, las explicaciones dadas por la testigo resultan atendibles y toda vez que de su anterior declaración surge que mencionó a la víctima como una de las personas detenidas con ella en el predio conocido como "Arsenales", entiendo que las críticas que dirige la defensa sólo trasuntan una discrepancia de criterio respecto a la valoración de la prueba que en modo alguno acredita la arbitrariedad que invoca, por lo que su pretensión no merece ser acogida favorablemente. Ello con mayor razón aún, si se tiene en cuenta que se trata de hechos ocurridos hace cuarenta años en centros clandestinos de detención, en condiciones muy particulares y adversas que torna irrazonable la exigencia de estándares de precisión elevados.

Esta última consideración también deja sin sustento las críticas que dirige la defensa al valor otorgado a los testimonios de Ramón José Eladio Iglesias y Rafael Guido Garnica, atento sus imprecisiones respecto a la época de su encuentro con Germán Francisco Cantos en el batallón.

Sentado ello, cabe referir que el tribunal de juicio al rechazar el pedido de extracción de testimonios para que se investigue por falso testimonio a María Cristina Rodríguez Román de Fiad, dispuso "poner a disposición de las partes el acta y la versión audiovisual del presente debate, a los efectos que fuere pertinente". En función de ello, no se advierte que la referida decisión cause perjuicio alguno a la defensa, que cuenta con los medios necesarios para ejercer las acciones que considere pertinentes para satisfacer su pretensión.



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

Por otra parte, tampoco resulta procedente la exclusión de los denominados "testigos de oídas" o "indirectos", por no conocer los hechos en forma inmediata.

En oportunidad de expedirme en la causa FMP 33004447/2004/118/2/CFC18, caratulada "Mosqueda, Juan Eduardo y otros s/recurso de casación", rta. el 9/4/2015, registro n° 584 de la Sala IV de esta Cámara, mediante adhesión a los votos de mis colegas, suscribí que *"el art. 239 del C.P.P.N. indica que testigo es toda persona que conozca los hechos investigados cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad."*

Conforme ello, lo relevante es el aporte que dicho sujeto pueda realizar en pos del descubrimiento de la verdad real de los sucesos investigados, más allá del modo de adquisición del conocimiento que tuvo sobre ese hecho. En este sentido, puede tratarse de una persona que haya tenido un conocimiento directo como indirecto, es decir, que lo percibido haya sido en forma personal o a través de las referencias de terceras personas.

Esta última hipótesis, a contrario de lo que pretenden los recurrentes, no puede ser desechada, toda vez que en nuestro digesto adjetivo no hay limitación para la admisión de testimonios prestados por aquellas personas que no han tenido un conocimiento directo de aquello sobre lo cual declaran".

Siguiendo con el análisis de la prueba valorada por el tribunal de juicio, corresponde señalar que en lo atinente a los tormentos sufridos por Germán Francisco Cantos, los jueces apreciaron los dichos de Osvaldo Humberto Pérez, quien manifestó que el estado físico de la víctima era lamentable, "tenía signos evidentes de haber sido torturado -quemaduras, rastros de golpes, cortes-". El testigo también precisó que Germán Francisco Cantos no le relató pormenorizadamente las circunstancias de su secuestro, que sólo le dijo que mientras estaba haciendo el servicio militar en la provincia de Santiago del Estero había sido detenido y torturado para sacarle información, que en el hecho habían participado personas de la SIDE, de inteligencia de la Policía de Santiago del Estero y también del Ejército y que luego lo trasladaron al "Arsenal".

Al referirse al alcance y significación de la circunstancia de que la víctima haya sido vista por última vez en el centro clandestino de detención "Arsenal", los magistrados sostuvieron que *"resulta indispensable hacer remisión a la sentencia definitiva dictada por este Tribunal -aunque con distinta integración- en la megacausa 'Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A-36/12, J-18/12 y 145/09)' Expte. A. - 81/12. Ello por cuanto en la citada resolución, a partir de decenas de testimonios, se reconstruyó la existencia y funcionamiento del "Arsenal" y pudo determinarse su calidad de centro de exterminio"*.

De lo expuesto hasta aquí, se desprende que para arribar a la conclusión incriminatoria, el tribunal a quo tuvo en cuenta, especialmente, las declaraciones de los compañeros del servicio militar al que había sido asignado la víctima, las declaraciones de testigos presenciales de su cautiverio en el centro clandestino de detención "Arsenal", la prueba documental que acredita el desempeño de Jorge Alberto D'Amico como Jefe de la Compañía de Ingenieros de Combate "A" de Santiago del Estero y lo que surge de la sentencia dictada en la megacausa *"Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A-36/12, J-18/12 y 145/09)"* Expediente A. - 81/12, en torno a las condiciones y prácticas a las que eran sometidos los detenidos en el centro clandestino de detención referido.

Con buen criterio y ajuste a las reglas de la sana crítica, el tribunal valoró las pruebas reseñadas relacionándolas con el "marco histórico" en que se desarrollaron los hechos objeto de investigación, que se vinculan con el sistema represivo instaurado a nivel nacional y que a partir del 24 de marzo de 1976 se denominó Proceso de Reorganización Nacional.

De esa manera explicó debidamente el valor que asignó a cada una de las pruebas reunidas y que lo llevaron a concluir fundadamente que *"Jorge Alberto D'Amico como jefe inmediato y responsable del conscripto Germán Francisco Cantos dispuso su*



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

privación ilegítima de libertad dentro del Batallón de Ingenieros de Combate 141 o en sus inmediaciones, antes de que la víctima pudiera llegar a un bar cercano, siendo que actuó de propia mano, o dejó que terceros lo hicieren, con pleno conocimiento, poniendo a Cantos en la situación de peligro concretada con su secuestro. La coautoría, con distribución de roles y funciones resulta evidente, y aunque no puede determinarse el rol cumplido por el acusado, es evidente que actuó en todos o en alguno de los tramos de la privación de la libertad de Cantos, delito de carácter permanente que convierte en autores a todos los que exteriorizaron un rol determinante en el delito".

Con relación a los tormentos sufridos por la víctima, los jueces sostuvieron que Jorge Alberto D'Amico "actuó como partícipe necesario de tales injustos en tanto posibilitó que fuera conducido a un centro clandestino de detención y exterminio localizado en la Provincia de Tucumán y, mediante tal conducta, puso una condición necesaria para el resultado de los tormentos... Sobre esta última circunstancia, no puede dejar de advertirse que el sometimiento a la víctima a tormentos físicos y psicológicos... constituyó un resultado que el condenado no podía ignorar ni dejar de representarse, tanto por la naturaleza de centro clandestino de detención y exterminio que revestía ese paraje en la estructura montada por el aparato organizado de poder, como por su toma de contacto directo con la Provincia de Tucumán en razón de las reiteradas oportunidades en la que viajó allí en comisión por espacio de varias semanas, conforme resulta de su legajo personal".

Asimismo, en la sentencia impugnada también se valoró que Jorge Alberto D'Amico, por ser parte de una asociación ilícita, tal como fuera acreditado en la sentencia dictada en la causa "Aliandro, Juana Agustina y otros s/desaparición forzada de personas, violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, tormentos, etc. Imputados: Musa Azar y otros", expediente 960/11, tenía conocimiento del destino de las personas detenidas en la Provincia de Santiago del Estero.

Las conclusiones alcanzadas por el tribunal de juicio

con respaldo en las pruebas reseñadas, lejos se encuentran de ser desvirtuadas en base a la existencia de un sumario relativo a la "deserción" de Germán Francisco Cantos, con el que la defensa intenta sostener la falta de responsabilidad penal de su defendido respecto a la privación ilegítima de la libertad sufrida por German Francisco Cantos.

La existencia del sumario sólo revela el cumplimiento de un deber formal, dado que no guarda correlato con medidas mínimas y concretas tendientes a esclarecer la situación de Germán Francisco Cantos. Por ello, dicho elemento de prueba no logra rebatir el cuadro probatorio conformado por pruebas testimoniales y documentales que dan debida cuenta de la participación de Jorge Alberto D'Amico en la privación ilegítima de la libertad y tormentos sufridos por el damnificado.

De esta forma, en lo que atañe a estas actuaciones, examinada la sentencia de condena, se advierte que su razonamiento es ajustado a las constancias de la causa y no presenta vicios de logicidad ni violación a las pautas de la sana crítica.

Es por ello que, no se desprende arbitrariedad ni contradicción sino que la protesta de la defensa sólo traduce una disconformidad con la decisión adoptada, la cual se tomó a partir de la valoración y armonización de distintos elementos de prueba.

Igual rumbo debe adoptarse a mi entender en orden a la supuesta violación del principio de *in dubio pro reo*, ya que a criterio de la defensa ha sido implícitamente vulnerado en la medida que el Tribunal Oral carecía de certeza para emitir la condena en el sentido que lo hizo.

Cabe recordar que las probanzas de la causa no pueden ser consideradas aisladamente sino valoradas en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de confrontación, conforme con las reglas de la sana crítica. En el presente caso, el *a quo* valoró las pruebas colectadas y dio razones acerca de cómo con ellas se logra despejar el estado de duda para tener por demostrada la coautoría de Jorge Alberto



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

D'Amico en el delito de privación ilegítima de la libertad y su participación necesaria en el delito de tormentos.

Sobre este proceder del juez es útil memorar las palabras de Karl Joseph Anton Mittermaier respecto a que *"el talento investigador del magistrado debe saber hallar una mina fecunda para el descubrimiento de la verdad en el raciocinio, apoyando en la experiencia, y en los procedimientos que forma para el examen de los hechos y de las circunstancias que se encadenan y acompañan al delito"* y que *"todas estas circunstancias sirven de punto de partida al juez; la marcha ordinaria de los acontecimientos humanos le proporciona analogías, y por vía de inducción concluye de los hechos conocidos a otros necesariamente constitutivos de la acriminación"* (*"Tratado de la prueba en materia criminal"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 359).

Asimismo, en cuanto al método de valoración de prueba es dable recordar que *"en el sistema de la libre convicción, la declaración de certeza sobre la participación del imputado puede basarse no sólo en pruebas directas, sino también en elementos de convicción indirectos, entre los que se destacan los indicios. Pero, para que la prueba indiciaria conduzca a una conclusión cierta de participación, críticamente analizada, debe permitir al juzgador que, partiendo de la suma de indicios introducidos al debate, supere las meras presunciones que en ellos puedan fundarse y arribe a un juicio de certeza legitimado por el método crítico seguido"* (confr. Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal y Correccional, 27-VI-976, *"Manavella, René Miguel"*, publicada en SJ, Tomo XXVI, Comercio y Justicia editores, pág. LIV).

Así, cabe concluir que los elementos de cargo producidos en el debate deben ser ponderados en conjunto, desprendiéndose a todas luces que resultan confirmatorios de la hipótesis inicial, y ese es el justo valor que debe atribuirse a estos indicios que objetivamente echan completamente por tierra los agravios presentados por la defensa, y despejan cualquier estado de duda o incertidumbre que deba ser resuelto en favor del

imputado.

QUINTO:

La defensa oficial cuestionó la atribución de responsabilidad de su defendido, a quien se colocó *"como el primer y último responsable de cualquier acción ocurrida dentro o fuera del Batallón de Ingenieros"*. En dicho sentido, la asistencia técnica sostuvo que *"resulta ilógico que, existiendo al frente del Batallón un Jefe y un 2do. Jefe -y siendo superiores jerárquicamente a nuestro defendido, quien tenía el grado de teniente- se atribuya la responsabilidad por hechos que, de haber existido, escapaban a su posibilidad de acción, atento la baja jerarquía detentada [Jorge Alberto D'Amico] al momento de los hechos"*.

Al respecto no puede soslayarse la calidad funcional del implicado (Jorge Alberto D'Amico) en los hechos, y la especial trascendencia que esa condición imprime a los hechos en los que se ha acreditado su intervención.

Efectivamente, la condición de Teniente de Ingenieros en el Batallón Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero - desde el 15 de diciembre de 1975-, su asignación a la función de Jefe de la Compañía de Ingenieros de Combate "A" desde el 27 de enero de 1976 y su posterior desempeño a partir del 20 de diciembre de 1976, como Oficial de Inteligencia (S2), impone asentar el fundamento de la imputación en el quiebre de la especial obligación institucional que la función le confirió al responsable. Se trata entonces de hechos en los que resulta prioritariamente dominante a los efectos de la imputación, la calidad funcional del implicado, la que gobierna y absorbe la defectuosa organización personal que expresa de manera subyacente su acreditada intervención en los hechos (Jakobs, Günther: *"Derecho Penal"*, págs.1/7 - págs. 11, 7/57 - págs. 259, 7/68 - págs. 265, 7/70 - págs. 266, 21/2 - págs. 718, 21/16 - págs. 730, 21/116 - págs. 791, 29/29 - págs. 972, 29/57 - págs. 993; etc.).

La significación jurídica de la institución que socialmente se expresa en su condición funcional, se encuentra en un grado supremo de consideración, en relación a la libertad



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

de organización fundante de los ilícitos de dominio; toda vez que las instituciones que esas funciones expresan son *condiciones elementales* de la organización social, para garantizar la vigencia de la institución fundante de la imputación por dominio: la libertad personal (Sánchez Vera-Gómez Trelles, Javier: "*Delito de infracción de deber y participación delictiva*", Ed. Marcial Pons, pág. 145).

En términos coloquiales, a todos nos es impuesto como corolario del institucionalmente reconocido ejercicio de libertad, responder de ese ejercicio toda vez que nuestra organización, por defectuosa, comprometa lesionando derechos de terceros; pero cuando esa organización pertenece al ámbito institucional de quien tiene asignada la obligación de seguridad exterior e interior, es la infracción a esa obligación central la fundante de imputación de los defectos organizativos.

El estatus jurídico que ostentaban el implicado en el hecho, le confiere por sobre la obligación del ejercicio de libertad inocuo para terceros, esto es, de la general obligación ciudadana de organizarse sin lesionar, la condición de custodio de la legalidad en el ámbito de sus funciones, y la gravísima infracción a esa obligación exhibida en su intervención en los hechos verificados, transmuta la razón de su obligación de responder por los mismos. Se trata, como se ha dicho, de injustos de infracción al deber, de infracción institucional.

En este entendimiento, la calidad de funcionario público de los autores no cualifica especialmente un hecho que hubiere podido ser cometido por un particular, transformándolo en una especie de los denominados "*delicta propria*"; sino que directamente el hecho merece ser considerado -y valorado para su imputación- como hecho funcional, esto es, no como hecho que reclama la intervención de un funcionario, sino como hecho de infracción a la *institución funcional*.

Ello así, toda vez que, como se ha expresado antes, y por sobre las obligaciones del respeto a la libertad, se encuentran las instituciones que, justamente, contribuyen al sostenimiento y garantía de esa libertad, esto es, aquellas que

expresan la organización institucional del Estado.

SEXTO:

Atento el modo en que propicio resolver la nulidad peticionada por la defensa en punto a la condena dictada por el tribunal de juicio por el delito de homicidio agravado, he de proponer al acuerdo reenviar las presentes actuaciones al tribunal de origen, a fin de que se proceda a fijar un nuevo monto punitivo (art. 471 del C.P.P.N.), circunstancia que torna inoficioso el planteo de inconstitucionalidad de la pena prevista en el artículo 80 del Código Penal.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por los defensores oficiales, doctores Adolfo Bertini y Vanessa Lucero, a fs. 540/564 vta., **declarar la nulidad parcial** de los requerimientos de elevación a juicio y de los alegatos de la querrela y del Ministerio Público Fiscal, en cuanto se refieren al hecho calificado *prima facie* como homicidio agravado, cometido en perjuicio de Germán Francisco Cantos y, en consecuencia, **anular parcialmente** la sentencia traída a revisión, en cuanto condena a Jorge Alberto D'Amico como partícipe necesario del delito de homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y por el fin de lograr su impunidad y le impone la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua y, **reenviar** las actuaciones a la instancia anterior a fin de que proceda a fijar un nuevo monto punitivo de conformidad a lo decidido (art. 471 del C.P.P.N.).

2) Sin costas en la instancia (artículos 530 y 531 del C.P.P.N.).

3) Tener presente la reserva del caso federal.

Así lo voto.

La señora juez **doctora Liliana E. Catucci** dijo:

I. En relación a la nulidad planteada por la defensa por haber condenado a Jorge Alberto D'Amico como partícipe necesario del delito de homicidio agravado de Germán Francisco Cantos asiste razón a la defensa por varios motivos.



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

El primero de ellos resulta de haberse declarado la falta de mérito por ese homicidio, lo que revela la insatisfacción del principio de congruencia, y del debido proceso en lo que hace a esa imputación delictual.

El segundo y tan relevante como el anterior gira en torno a la posibilidad de que exista con referencia a esa muerte otro expediente en la justicia federal de Tucumán, lo que autoriza a entrever una excepción de litis pendencia en ciernes.

Por consiguiente de atender a que ese episodio delictual quedó excluido del objeto procesal a juzgar en autos, la condena por ese hecho dictada al justiciable avanza contra vitales garantías fundamentales de modo de conducir sin esfuerzo a una conclusión nulificante.

Argumentos éstos coincidentes con los expuestos por el Dr. Gemignani en su voto, por lo que comparto la propuesta de hacer lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa oficial, pero con la aclaración de que la nulidad debe ser de la sentencia y de todos los actos procesales previos que a él hicieran referencia.

Exclusión delictual que trae aparejada como consecuencia una nueva individualización de la pena, por parte del tribunal oral, sin costas.

II. Zanjada esa cuestión, se observa a través de la lectura de las actuaciones y de la sentencia recurrida, cuidadosamente analizada en la opinión del Magistrado preopinante que contiene una completa descripción de los hechos llevados a cabo por D'Amico, y una acabada valoración de los elementos de juicio.

Se tomaron como piezas de cargo los testimonios de los hermanos de la víctima, Roberto y María de los Ángeles Petra Cantos, y de su padre Francisco Cantos, quienes a través de su vívida memoria pusieron de manifiesto la preocupación que generaba en la familia la incorporación de Germán al servicio militar por su actividad política, que ocurrió pese a que había tenido un número de sorteo bajo. Esto motivó que su padre Francisco se entrevistara con el interventor de la provincia de

Santiago del Estero al momento de su incorporación manifestándole su preocupación al respecto.

Los hermanos del soldado que desapareciera, dieron cuenta de la sinuosa búsqueda de Germán; de la reacción evasiva que tuvo el teniente D'Amico cuando lo confrontaron, comentando asimismo la actividad política de Germán.

Se enlazan sin esfuerzo a esas pruebas los testimonios de los compañeros del servicio militar, Ramón José Eladio Iglesias y Rafael Guido Garnica, quienes coincidieron en afirmar que Cantos fue el único de los conscriptos a quien el teniente, sin motivo, le denegó el permiso para salir franco del batallón. Pusieron de manifiesto el temor de la víctima, y la presencia del soldado en el regimiento el día domingo.

Estas peculiaridades y diferencia de actitud entre los restantes conscriptos a quienes dejaron salir de franco, en oposición a lo ocurrido con Cantos, permitió al a quo acreditar que el nombrado fue separado de sus compañeros con el propósito de facilitar su secuestro en el regimiento o en sus adyacencias para su posterior traslado al centro clandestino de detención "Arsenal", en la provincia de Tucumán.

Ese cúmulo de probanzas directas desvirtúa el intento de los oficiales militares del Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero de hacer pasar a Cantos como un desertor.

Como contrapartida de lo que se dio por probado antes, otros detenidos en distintos centros clandestinos, contaron que Cantos estaba en Arsenal, que eran mantenidos en condiciones inhumanas y que allí se producían muchas ejecuciones, cuyos cadáveres quedaban en fosas comunes. Versiones contestes y verosímiles, que se acoplaron al resto del plexo probatorio.

Entre ellas, la declaración de María Cristina Rodríguez Román de Fiad, cuestionada de falaz por parte de la defensa del enjuiciado, que la testigo explicó que en su testimonio en la causa "Arsenales" no dijo que había visto a Germán Cantos mientras estuvo allí detenida, por no haber sido preguntada específicamente sobre él y aclaró la controversia.



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

En lo atinente a esa testigo la decisión de no extraer testimonios para que se la investigue por el delito de falso testimonio no es susceptible de impugnación alguna.

El motivo por el cual la defensa pretendió la exclusión de lo declarado por Luis Guillermo Garay, por haber sido Director del Espacio para la Memoria, que se creara para profundizar las investigaciones de lo sucedido durante la década del 70, carece de la consecuencia que se intenta conseguir, más aún cuando se limitó a contar vivencias en un penal de la provincia de Santiago del Estero y del encuentro casual con un amigo. Referencia de la cual no surge algún interés en el resultado del proceso ni de sus dichos se advierte una intención de perjudicar indebidamente a D'Amico.

Por otra parte es de señalar que su declaración fue útil en tanto posibilitó la cita al debate del testigo Garnica, cuya declaración fue controlada por el fiscal y la defensa, por lo que debe descartarse la afectación del derecho de defensa.

Bien acreditado quedó con su legajo personal que Jorge Alberto D'Amico era Teniente y Jefe de Compañía de Ingenieros de Combate "A" al momento de la desaparición de la víctima en 1976 que se encontraba bajo su mando; y que posteriormente desarrolló funciones como Oficial de Inteligencia (S2), y que durante su permanencia en el batallón fue comisionado en sendas ocasiones a la Zona de Operaciones del Operativo Independencia.

Ahora bien, el repaso de las probanzas recogidas en el debate y ya examinadas en el voto preopinante permite comprobar que el juicio de incriminación penal, salvo en lo atinente a la nulidad tratada en la primera parte de este voto en lo inherente al delito de homicidio agravado, fue realizado de conformidad a las reglas de la sana crítica establecidas en el artículo 398, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación.

De esa valoración surge la responsabilidad del enjuiciado sólo en lo que atañe a los delitos de privación ilegítima de la libertad (arts. 144 bis, inc. 1° en función del art. 142 inc. 1° y 5°, ley 20.642) en grado de coautoría; y partícipe necesario del delito de tormento agravado (art 144 ter,

primer y segundo párrafo, ley 14.616 del CP).

De esa forma los agravios dirigidos por la defensa han perdido contenido, manteniéndose incólume lo acreditado lo restante respecto de D'Amico.

III. Los hechos que han quedado debidamente probados responden a las figuras escogidas por el a quo, según se citó con precisión en el voto preopinante.

En lo concerniente al grado de participación del justiciable, la sentencia se sustentó en argumentos suficientes de acuerdo a las probanzas colectadas, por lo que en este aspecto no se advierten fisuras.

Por lo aquí expuesto adhiero a la solución propuesta por el colega que me precede en la votación.

Tal es mi voto.

El señor juez **doctor Eduadrdo Rafael Riggi** dijo:

Por compartir en lo sustancial los fundamentos y conclusiones vertidas de modo concordante por los distinguidos colegas preopinantes, a los que cabe remitirse a fin de evitar reiteraciones inútiles, adherimos a la solución propuesta y nos pronunciamos en idéntico sentido.

Tal es nuestro voto.

En virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por los defensores oficiales, doctores Adolfo Bertini y Vanessa Lucero, declarar la nulidad parcial de los requerimientos de elevación a juicio y de los alegatos de la querrela y del Ministerio Público Fiscal, en cuanto se refieren al hecho calificado *prima facie* como homicidio agravado, cometido en perjuicio de Germán Francisco Cantos y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia traída a revisión, en cuanto condena a Jorge Alberto D'Amico como partícipe necesario del delito de homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y por el fin de lograr su impunidad y le impone la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua y, reenviar las actuaciones a



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Sala III

Causa N° FTU 401304/2007/TO1/CFC1

"D'Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación"

la instancia anterior a fin de que previa audiencia *de visu* proceda a fijar un nuevo monto punitivo de conformidad a lo decidido (art. 471 del C.P.P.N.). Sin costas en la instancia (artículos 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese a la Defensa Pública Oficial ante esta instancia, hágase saber a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada de la CSJN n° 42/15) y remítase al Tribunal de procedencia.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

Ante mí: