

Reg. n° 565/11

// la ciudad de Buenos Aires, a los 6 días del mes de mayo del año dos mil once, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por la doctora Liliana E. Catucci como Presidente y los doctores W. Gustavo Mitchell y Angela E. Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María de las Mercedes López Alduncin, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fojas 3425/3662 de la presente causa n° 12.625 del registro de esta Sala, caratulada: "COLOMBO, Juan Carlos s/recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé, los querellantes María Felicitas Giménez de Carrillo y la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos por el doctor Carlos Alberto Ojeda; el querellante Roberto Antenor Gauna por el doctor Williams Dardo Caraballo; los querellantes Estela Díaz, Olga Gauna y H. Parmetler por el doctor Juan E. Davis; el querellante Ismael Rojas por la doctora Roxana Silva y el doctor Pedro Velázquez Ibarra querellante por derecho propio. La defensa del imputado es ejercida por el defensor particular doctor Gerardo Casco.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: W. Gustavo Mitchell, Liliana Elena Catucci y Angela Ester Ledesma.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El señor juez **W. Gustavo Mitchell** dijo:

PRIMERO:

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la ciudad de Formosa, en la causa n° 2333 de su registro, resolvió, en lo que aquí atañe: "...III- Condenar a Juan Carlos Colombo, como coautor material penalmente responsable del delito de asociación ilícita (arts. 45 y 210 del CP); coautor mediato del delito de privación ilegítima de la libertad agravada por la aplicación de tormentos (arts. 54, 144 bis, inc. 1° y último párr. -Ley 14616-, en función del art. 142, incisos 1 y 5 del CP, texto según ley 20642, nueve hechos en concurso real) y coautor mediato del delito de tormentos seguido de muerte (arts. 54, 144 ter, 1° y 2° párr. del CP, ley 14.616 dos hechos en concurso real) todos los que a su vez concurren realmente entre sí (art. 54 del CP), a la pena de veinticinco años de prisión, inhabilitación absoluta, por igual lapso, accesorias legales y costas (arts. 19, 40, 41 del CP y arts. 530 y 531 del CPPN). IV- Declarar que los delitos por los que se condena a Juan Carlos Colombo son de lesa humanidad" -*vid* sentencia obrante a fs. 3425/3662-

Contra dicha decisión el doctor Carlos Ojeda, apoderado de los querellantes María F. Giménez de Carrillo y de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos; y el doctor Williams D. Caraballo representando al querellante Roberto A. Gauna interpusieron recurso de casación a fs. 3670/3675vta. el que, concedido por el a quo a fs. 3718/3722vta., fue mantenido oportunamente a fs. 3341.

A fs. 3678/3687 el querellante Pedro A. Velázquez Ibarra dedujo recurso de casación el que,

concedido a fs. 3718/3722 vta., fue mantenido en esta sede a fs. 3742.

Por su parte, el doctor Gerardo Alberto Casco, defensor particular de Juan Carlos Colombo interpuso recurso de casación a fs. 3688/3696 el que, concedido a fs. 3718/3722 vta., fue mantenido a fs. 3346/3350 vta.

Durante el término de oficina, las partes no efectuaron ninguna presentación.

Superada la etapa prevista por el art. 468 del CPPN, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

SEGUNDO:

A) Recurso de los querellantes Felicitas Carrillo, A.P.D.H. y Roberto Antenor Gauna. El libelo recursivo fue encauzado bajo los dos motivos previstos en el art. 456 del CPPN.

Los recurrentes advirtieron que impugnaban el punto I del fallo referido a la calificación legal, y el punto VII intitulado "genocidio" y asimismo la imposición de costas.

Criticaron el decisorio en cuanto se concluyó en base a las pruebas relevadas que Colombo no es jefe ni organizador de la asociación ilícita. A su entender es nítida la incongruencia del tribunal puesto que en párrafos anteriores había afirmado que se había acreditado de manera fehaciente que Colombo en su calidad de gobernador de la provincia había proporcionado recursos, dependencias policiales (La Escuelita) personal policial a su cargo, etc. para llevar adelante los aberrantes delitos de privación de la libertad agravada, tormentos gravados, desaparición de personas seguida de muerte. Coligieron los recurrentes que dichas

acciones, de adverso al criterio del tribunal, son suficientes elementos constitutivos del tipo penal que exige el art. 210 del CP.

En virtud de tal razonamiento, sostuvieron que debe casarse el fallo en este punto y adecuarse la calificación legal respecto de este delito como coautor en grado de jefe y organizador de la asociación ilícita que desarrolló en esa provincia.

En lo que atañe a la calificación escogida de tormento seguido de muerte, en lugar de desaparición forzada en función del delito de homicidio agravado, principiaron su análisis reeditando el tenor del art. II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Señalaron que entre los elementos del tipo que surgen de dicha definición se encuentran los siguientes: a) privación de la libertad de cualquier persona mediante una detención irregular; b) privación de la jurisdicción regular del Estado y de la identidad personal; c) sus autores: destacaron en este punto que esta figura requiere que se señale a la persona del autor o autoridades porque este delito sólo puede ser cometido por acción u omisión de las autoridades y funcionarios del Estado.

Hicieron hincapié en esa definición para hacer notar su disconformidad con el texto introducido en la símil disposición del Estatuto de Roma -art. 4 inciso 2.i)-, advirtiendo los impugnantes que en este último se toman los mismos elementos de la figura antes referidos, pero se agregan tres palabras -"una organización política" que, según afirmaron, alteran totalmente el sentido de la figura en cuestión, agravando la naturaleza jurídica de los derechos humanos toda vez que

el Estado es el primer garante de ellos y es el Único que puede violarlo.

Así sostuvieron que la primera cuestión a resolver consiste en establecer si para la época de los hechos investigados el delito de desaparición forzada de personas se hallaba tipificado en la legislación interna y si, para ese entonces, existía ya una norma internacional vinculante para el Estado argentino que atribuyera condición de crimen de lesa humanidad a ese comportamiento.

A su entender, la formulación adoptada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -incorporada a la CN por ley 24.556- no hizo más que receptar en esa medida la noción que con anterioridad era ya de comprensión general en el derecho internacional de los derechos humanos, del mismo modo que sucede con la caracterización contenida en el art. 7 inciso i del Estatuto de Roma.

De modo que, concluyeron sosteniendo que el delito en cuestión ya se encontraba tipificado en distintos artículos del CP argentino con remisión al art. 7 antes citado. En tal sentido refirieron que la privación ilegítima de la libertad contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también los casos específicos de desaparición forzada de personas.

En este aspecto, adujeron que la desaparición forzada de personas, al menos en lo concerniente a la privación de la libertad que conlleva, se encuentra prevista como un caso específico del delito más genérico de los arts. 141 y particularmente 142 y 144 bis del CP, que se le enrostra al imputado.

De seguido aclararon que no se trata de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal

internacional-que no prevé sanción alguna- con la pena prevista para otro delito en la legislación interna, sino de reconocer la relación de concurso aparente existente entre ambas figuras y el carácter de lesa humanidad que adquiere la privación ilegítima de la libertad cuando se realiza de tal modo que constituye una desaparición forzada.

En cuanto a la vigencia temporal, manifestaron que la evolución del derecho internacional después de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos ya condenaba la desaparición forzada de personas como un crimen contra la humanidad.

En tal inteligencia reseñaron los antecedentes históricos que, a su entender, demuestran el proceso de transformación de la conciencia jurídica universal que se materializó en la progresiva conformación de un corpus iuris de carácter imperativo con sustento primero, en el derecho consuetudinario internacional, y luego contractual.

Afirmaron que en ese contexto la ratificación de la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas por parte de nuestro país sólo ha sido la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal.

En lo concerniente a la calificación legal de tormentos señalaron que se trata de lo que en el derecho internacional se define como "torturas".

Destacaron que la "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes" adoptada por consenso por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984

aprobada por Argentina por ley 23338 del 30/7/98, si bien definió a la tortura en términos similares a los expresados en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes de 1975, no creó un crimen nuevo sino que reconoció que dichas prácticas ya están prohibidas bajo el derecho internacional, siendo el principal objetivo de la Convención fortalecer la prohibición existente de tales actos mediante una cantidad de medidas de apoyo (con cita de doctrina en aval de su postura).

En síntesis, afirmaron que para la época en que los hechos investigados tuvieron lugar, la prohibición de la tortura formaba parte ineludible del derecho imperativo dirigido tanto a los Estados como personalmente a los funcionarios estatales, de modo que la tortura como práctica oficial comprometía la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad individual de quienes la ejecutaban frente al derecho de gentes.

A lo expuesto adunaron que los tipos penales que lo contienen (art. 144 ter de la ley 14616) habían ya adquirido por entonces la condición de lesa humanidad, en virtud de la normativa internacional, vinculante para Argentina que los complementó.

En definitiva, los impugnantes manifestaron su disconformidad con la calificación legal escogida de tormentos seguidos de muerte -arts. 144 ter primer y segundo párrafo CP, según ley 14616- pues a su entender, las muertes de Carrillo e Insfran responden al tipo penal de homicidio triplemente agravado del art. 80 inc. 2, 6 y 7 del CP (homicidio agravado por alevosía, por haberse perpetrado con el concurso premeditado de dos o más

personas y para procurar su impunidad) calificación ésta que solicitaron a este tribunal que se aplique, casando en este punto la sentencia recurrida.

Bajo el acápite intitulado "genocidio" afirmaron que el tribunal de grado "...con argumentos rebuscados considera que estos crímenes no responden a los parámetros de los estándares señalados, sin advertir que ha sido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación quien confirmara dicha decisión", aclarando que dicho Tribunal "dejó firme la condena a reclusión perpetua por genocidio impuesta al represor Miguel Etchecolatz, el ex jefe de Investigaciones de la Policía Bonaerense -fs 3675-

En virtud de ello consideraron que resulta necesario que se case el fallo en lo que concierne a este tópico y se califique de genocidio el marco criminal donde fueron perpetrados los delitos antes mentados, siguiendo la coherencia del Máximo Tribunal.

Por último, postularon que se le impongan las costas no sólo al imputado, como lo hizo la sentencia, sino también al Estado Nacional en forma solidaria, sosteniendo que Colombo realizó las acciones delictivas en su condición de funcionario y delegado de dicho Estado que en ese momento usurpaba el poder político, en su carácter de primer responsable por el hecho de su dependiente.

Solicitaron que se case la sentencia impugnada en los puntos que constituyen materia de agravio y se condene a Juan Carlos Colombo a la pena de reclusión perpetua con más inhabilitación absoluta perpetua por los delitos de asociación ilícita en calidad de jefe y organizador; privación ilegítima de la libertad agravada y desaparición forzada de personas en función del delito

de homicidio agravado imponiendo las costas en forma solidaria también al Estado Nacional.

B) Recurso del querellante doctor Pedro Velázquez Ibarra.

La presentación recursiva se sustenta en la causal prevista en el inciso 1º del art. 456 del CPPN.

En primer lugar, señaló que las normas penales aplicables son las determinadas por la ley 21.338 de fecha 25 de junio de 1976, pues los hechos atribuidos a Colombo son posteriores comenzando todos ellos a partir del día 4 de agosto del referido año con la detención de Elsa Chagra.

Así manifestó que conforme la regla establecida en el art. 2 del CP no corresponde aplicar la ley 14616, como lo hacen los sentenciantes, que fuera derogada en las partes pertinentes al caso por la ley 21338. Destacó que tratándose de delitos que atentan contra el *ius cogens*, por ende de lesa humanidad y de carácter permanente y continuado (desaparición forzada de personas) sus responsables no gozan de eventuales beneficios de alguna legislación más benigna.

Como segundo agravio, señaló que los sentenciantes omiten tipificar la conducta de Colombo en la perpetración de homicidio calificado (dos hechos) conforme el art. 80 incisos 2, 6 y 7 de la ley aplicable 21338 que prevé la pena de reclusión perpetua o prisión perpetua, "incurriendo en el jurídicamente aberrante criterio de subsumir la conducta del imputado en la figura penal más benigna de tormentos seguido de muerte tipificada en el art. 144 ter, 1º y 2º párrafo del Código penal según la ley 146161" -fs. 3679 vta.-

Refirió que en el caso concreto del abogado Fausto Carrillo y de la señora Mirta Insfrán aparece acreditado fehacientemente por todas las testimoniales de quienes compartieron la detención, que si bien en un principio los tormentos podrían haber tenido como finalidad obtener información sobre sus actividades "subversivas", en un momento determinado el objetivo principal ya no era la tortura a dicho fin sino la eliminación física de los secuestrados-desaparecidos mediante sufrimientos de tal magnitud que ningún ser humano podría resistir." -cfr. fs. 3681-. Citó en aval de su postura jurisprudencia sobre la configuración del agravante de ensañamiento.

Según su criterio en el supuesto planteado en la sentencia que los considera muertos, la figura de homicidio de acuerdo a lo tipificado en el art. 80 incs. 2, 6 y 7 del CP (texto según ley 21338) se patentiza más allá de cualquier duda.

Sostuvo que en cuanto a considerar muertos al Dr. Fausto Carrillo y a la Sra. Mirta Insfran de Borgne, no obstante que sus cuerpos jamás aparecieron en base a lo dispuesto en el art. 108 del Código Civil, implica hacer prevalecer la ley interna por sobre la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por ley 24280) que obliga al Estado a imponer una pena que tenga en cuenta la extrema gravedad del delito el cual será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (art. 3º primer párr Convención cit.).

De seguido, el impugnante dejó sentado que no desconoce la respetable doctrina jurisprudencial que

considera muertas a las personas "desaparecidas" en determinadas circunstancias, pero tal criterio -aclaró- fue elaborado y es aceptable en tanto tenga por finalidad evitar la impunidad de los victimarios desaparecedores y no -enfaticó- para aplicar a la inconmensurable gravedad de su conducta una ley más benigna.

Adujo que la sola existencia de un secuestro, de una privación ilegal de la libertad de una persona que luego no aparezca viva o muerta, tipifica la figura penal como delito permanente o continuado.

En tal orden de ideas, manifestó que en esta causa se encuentra plenamente acreditada la responsabilidad del imputado en todos y cada uno de los delitos de lesa humanidad que se le atribuyen y en particular el secuestro y privación ilegal de la libertad con tormentos del doctor Carrillo y de Mirta Insfran en dependencias de la policía provincial sin que hasta la fecha aparecieran estas víctimas vivas o muertas. De ello coligió que la desaparición forzada de personas como ilícito penal continúa, permanece, sin interrupción alguna.

Sostuvo que en materia de desaparición forzada de personas la condena de sus responsables debe estar destinada a reforzar la conciencia jurídica moral, la fidelidad al derecho de los ciudadanos de modo que la pena basada en la correcta legislación aplicable pueda convertirse en la moral de las generaciones sucesivas contribuyendo a evitar la repetición.

Expresó que el fallo condenatorio de Colombo coincide con el Acta institucional dictada por la Junta Militar que declaró muertos a los desaparecidos sin indicar donde se encuentran los cuerpos, configurando

ello una ofensa a las víctimas, con la finalidad de desmontar institutos jurídicos consagrados en convenciones internacionales y uniforme jurisprudencia de tribunales nacionales y transnacionales que puede servir de playa de desembarco a la impunidad de los autores materiales, o cuanto menos limitar sus responsabilidades.

Por otra parte, alegó que los delitos de lesa humanidad probados en debate a Juan Carlos Colombo fueron perpetrados en el marco de un verdadero genocidio, solicitando el impugnante que así se lo declare al resolver la casación impetrada.

Bajo el acápite intitulado "Delito permanente y aplicación de la ley penal en el tiempo" partió de la consideración de que las figuras de retención y ocultamiento de una persona integra la categoría de los delitos permanentes en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse los mismos sino que perdura en el tiempo, de modo que, concluyó, todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación.

Indicó que en el caso del Dr. Carrillo y de la Sra. Mirta Insfran la situación del ocultamiento no ha cesado por lo que no se da la hipótesis del art. 2 del CP que plantea únicamente el supuesto de cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y el de la condena, o eventualmente el intermedio. A ello adunó que tampoco resulta aplicable el art. 9 de la CADH ni el art. 15.1 del PIDCyP pues en ellos se alude al "momento de comisión del delito" pero nada dicen si este momento se prolonga en el tiempo y rigen dos leyes distintas.

Señaló que esta situación no está contemplada en los textos legales que establecen el principio de la ley penal más benigna por lo que tal garantía no está en juego en la especie.

Refirió que estamos ante un delito continuo e indivisible jurídicamente y que durante su lapso de consumación rigieron diversas leyes todas vigentes en base al principio general del art. 3 del CC. (*Tempus regit actum*). Así remarcó que no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (art. 2 del CP) donde se debe aplicar la ley más benigna sino de un supuesto de coexistencia teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los delitos permanentes.

Sostuvo que habida cuenta de que es uno el delito cometido se debe aplicar una sola de estas leyes y verificándose un concurso aparente de tipos penales uno debe desplazar al otro y, en tal caso, debe primar la ley vigente en el último tramo de la conducta punible; ello así en base al principio *lex posterior derogat priori*.

En tal inteligencia trajo a colación el voto en disidencia del juez Pociello Argerich en el caso "Pyrih" quien expresa: "se ha sostenido que el principio de irretroactividad relativa de la ley penal quiere proteger al infractor respecto de las consecuencias más graves que éste pueda sufrir como resultado de las nuevas valoraciones legales que se proyecten sobre actos ocurridos antes de la vigencia formal de esas valoraciones pero no cuando la acción se sigue ejecutando luego de que ellas ya son obligatorias". Asimismo citó en aval de su postura el dictamen del Procurador General de la Nación en la causa "Cofre Teodora s/ denuncia" (Fallos: 327:3282).

Finalmente, planteó un cambio de calificación legal solicitando se condene a Colombo por el delito de genocidio con fundamento en las consideraciones vertidas en el precedente "Etchecolazt" en el que se admitió dicha

figura, habiendo sido dicho fallo confirmado por la Corte.

Manifestó que la Convención para la Prevención y sanción del delito de Genocidio sancionada en 1948 -debido a circunstancias políticas imperantes en la época- excluyó de la definición de la figura de genocidio tanto los grupos políticos como las motivaciones políticas, sin embargo, a su entender, por las razones brindadas "las decenas de miles de víctimas de aquel terrorismo de Estado" se encuentran incluidas en el concepto de "grupo nacional" al que alude la Convención".

Concluyó sosteniendo que de todo lo señalado -jurisprudencia internacional y nacional y obra de sociólogos argentinos que citó- surge irrefutable que no se trata de una mera sucesión de delitos sino de algo significativamente mayor que corresponde denominar "genocidio"; habiendo aclarado que ello no debe interpretarse como un menosprecio de las diferencias importantes entre lo sucedido en este país y los exterminios que tuvieron como víctimas, citando ejemplos notorios, al pueblo armenio (primer genocidio del siglo XX), el de los millones de víctimas del nazismo durante la segunda guerra mundial o la matanza en Rwanda de un millón de personas en 1994.

En definitiva, solicitó se haga lugar al recurso, casando la sentencia cuestionada y se aplique al imputado la pena de reclusión perpetua, declarando que los delitos fueron perpetrados en el marco de un genocidio.

Como último punto, peticionó se ordene que el condenado sea alojado en el Complejo Penitenciario Federal nº II de Marcos Paz hasta tanto quede firme la sentencia.

C) Recurso de la defensa técnica del imputado.

Bajo los dos motivos previstos en el art. 456 del CPPN la defensa encauzó la impugnación deducida.

Se agravió el recurrente de la falta de fundamentación y motivación suficiente de la sentencia al rechazar la nulidad planteada por esa parte y, asimismo, de la arbitraria valoración de prueba e incorporación de elementos extraños consistentes en copias simples que a la postre conformaron la plataforma fáctica de la acusación y sobre la cual el tribunal fundó su sentencia.

Después de una breve reseña de las actuaciones, señaló que en la denominada causa "Carrillo", se agregó en el cuerpo 23 a fs. 4475 fotocopia simple del Decreto nº 1947/76-ascenso de personal policial-firmado por Juan Carlos Colombo.

Indicó que a fs. 5086/5088 del cuerpo 26, se agregaron fotocopias simples de los decretos nº 302/76, 303/76, 304/76 y 305/76 firmados por el entonces gobernador de la provincia de Formosa, Juan Carlos Colombo.

Que en fecha 677/07 el Ministerio Público Fiscal requiere la elevación de la causa a juicio, produciéndose en consecuencia, por resolución simple la separación de causas, ordenándose recaratular en autos "Colombo Juan Carlos s/ asociación ilícita en calidad de jefe, privación ilegítima de la libertad reiterada y agravada, tormento agravado y reiterado, desaparición forzada de personas en función del delito de homicidio", causa nº 2333 del registro del Tribunal Oral Federal de Formosa.

Aclaró el recurrente que la causa de origen "Carrillo Fausto Augusto y otros s/ desaparición forzada" expte. Nº 200/2006 quedó incorporada a los autos supra

referidos, lo que motivó que el tribunal oral solicitara su remisión, la que se cumplió con el envío de fotocopias de la mentada causa "Carrillo", fotocopias que fueran certificadas por el Secretario Penal del Juzgado Federal nº 1 de Formosa, Dr. Edgar Dantiak.

Destacó la defensa que lo que dicho Actuario certificó es que las copias remitidas al Tribunal Oral son copias del expediente de la causa Carrillo, enfatizando que ello no implica que se esté certificando que los instrumentos incorporados como documentales en la causa "Carrillo" sean originales.

Así advirtió que la base fáctica que diera motivo a la acusación se ha construido sobre elementos extraños al proceso (los cuales no pueden ni siquiera estar incorporados a él) habida cuenta de ser simples fotocopias.

En tal orden de ideas, aludió a dos elementos que a su entender, son gravitantes y tomados como pruebas esenciales por el a quo sobre las cuales reposa la responsabilidad del imputado, a saber: fotocopias simples obrantes a fs. 5086/5088 de los Decretos nº 302/76, 303/76, 304/76 y 305/76 firmados por el entonces gobernador Colombo y fotocopia simple del Decreto nº 1947/76 -ascenso de personal policial- también firmado por Colombo.

Refirió que tal como consta en el acta de debate del día 19 de agosto de 2009, la conclusión de la recepción de pruebas se daría con la lectura del listado proporcionado por la Secretaría del Tribunal Oral la que consta de 6 fojas y con los siguientes títulos "Listado de Documentales agregadas a la causa Colombo Juan Carlos expte. Nº 2333 y agregadas en el expediente de acta de debate". Señaló que en ese acto esa defensa se opuso a la incorporación de todas aquéllas adjuntadas en fotocopias simples, tanto de la causa "Colombo" expte nº

2333 como también de la incorporada a ésta: "Carrillo Fausto y otros s/ desaparición forzada" expte n° 200 del 2006.

El impugnante manifestó que si bien dicha oposición fue fundamentada, ella no prosperó ordenando el *a quo* su incorporación, lo que originó que esa defensa formulara reserva de casación. Al respecto, expresó que "consta en acta y en grabación de audio, la que se solicita su envío" -fs. 3691 vta.-

Prosiguió señalando que en la etapa de alegatos formuló planteo de nulidad, el que fue rechazado por el *a quo* sin ningún tipo de motivación ni de fundamento.

Sostuvo que dicha falta ocasiona una afectación directa al art. 18 de la CN y a tratados internacionales de igual jerarquía.

En su crítica a tal decisión resaltó que esa parte no ha planteado ninguna nulidad en los términos del art. 377 del CPPN como lo manifiesta el *a quo* y en base a esa articulación resuelve la misma. Adujo, en este sentido, que las cuestiones preliminares contempladas en el art. 376 del CPPN y el trámite del incidente que emane de esas cuestiones -art. 377 *ibídem*- son tratadas inmediatamente después de abierto el debate, por lo que, a su ver, plantearlas al alegar sería un absurdo.

Asimismo objetó lo argumentado por el tribunal en cuanto sostuvo que el referido planteo de nulidad estaría precluido con fundamento en el art. 170 inc. 3 del CPPN.

Así el recurrente denunció que por un lado el *a quo* analiza y resuelve la nulidad en los términos del art. 377 y por otro, hace referencia a la preclusión en los términos del art. 170 inc. 3 del CPPN, siendo que no existe relación alguna entre uno y otro.

Afirmó que el vacío producido por la inexistente fundamentación le impide tener el conocimiento cierto si la nulidad fue rechazada, por preclusión, o por el intento del tribunal de satisfacer el derecho de defensa del imputado.

Reiteró que la nulidad planteada es absoluta habida cuenta de que la falta de fundamentación de la sentencia afecta el derecho de defensa consagrado en el art. 18 y tratados internacionales, siendo en el caso de estricta aplicación el art. 168 del CPPN.

Asimismo, alegó que el tribunal incurre en varias omisiones de los hechos tal como acaecieron en el debate.

Por otra parte, y con relación a lo afirmado por el a quo respecto del efecto erga omnes que revisten los decretos por su publicación en el Boletín Oficial, la defensa sostuvo que no puede tener absoluta certeza de si lo que dice la fotocopia simple es el fiel reflejo de lo publicado en el Boletín Oficial, aclarando que sí tendrá certeza si lo incorporado es una copia certificada por autoridad de la cual emana.

A lo expuesto adunó que ello es así a los efectos que adquiriera el carácter de documental y máxime si sobre ella se asienta la plataforma fáctica acusatoria.

Asimismo señaló que el a quo incurre en contradicción y omisión de la verdad cuando al referirse al Decreto n° 1947/76 afirma que se encuentra correctamente incorporado a la causa y debidamente certificado al ser elevado a juicio y remitido por el juzgado federal, aclarando el recurrente que lo que se encuentra debidamente certificado son las fotocopias remitidas de la causa "Carrillo", pues el secretario penal interviniente jamás certificó que la fotocopia remitida al tribunal oral sea fiel al original del decreto

referido ya que en la causa "Carrillo" tampoco existe ni el original ni copia certificada del original, toda vez que ha sido incorporada por fotocopia simple.

Concluyó objetando la fundamentación del *a quo* de que estamos en presencia de un instrumento público porque ha sido certificada por un funcionario judicial.

Del mismo modo, aludió a los Decretos n° 302/76, 303/76, 304/76 y 305/76 firmados por el condenado y que obran en fotocopias simples, criticando con relación a ellos la afirmación del tribunal de que resultan inoficiosos para la causa.

En tal dirección el impugnante se remitió a un pasaje de la sentencia (fs. 180 punto 3) donde los jueces abordan los aportes concretos efectuados por Colombo mencionando como primer aporte los decretos supra referidos y el decreto n° 1947/76, y haciendo referencia asimismo a otras contribuciones tales como la designación del jefe de policía, aporte edilicio "La Escuelita" y de personal policial.

En definitiva, solicitó a esta Cámara que haga lugar a la "casación en base a la Inobservancia en la aplicación de la ley sustantiva" -fs. 3695 vta.-.

Por otra parte, y bajo el acápite intitulado "Art. 456 CPPN. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad", reiteró una vez más lo expuesto antes con relación a la nulidad planteada por esa parte al momento del alegato, objetando el argumento de la preclusión dado por el *a quo* para rechazarla.

Con relación a ello remarcó una vez más que tratándose de una nulidad absoluta pudo haberla planteado en esa etapa, aclarando que, el *a quo* incluso debió haberla oportunamente declarado de oficio.

En virtud de las consideraciones expuestas peticionó se case la sentencia atacada y se solicite la remisión de la causa, de la totalidad de las actas de debate y la desgrabación de las mismas que se encuentran en posesión del tribunal de grado. Asimismo solicitó la remisión de las documentales originales de la causa "Carrillo Fausto Augusto s/ desaparición forzada" expte. N° 200/2006 del Juzgado Federal n° 1 de Formosa.

Finalmente formuló reserva del caso federal.

TERCERO:

A) Llegado el momento de resolver los planteos incoados en los diferentes recursos he de abordar en primer término la impugnación deducida por los querellantes Felicitas Carrillo, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y Roberto Antenor Gauna, representados por el doctor Carlos Alberto Ojeda y por el doctor Williams Dardo Caraballo.

Cuatro son los puntos específicos de concreto agravio.

1-En primer lugar pretenden que el imputado sea condenado como jefe de una asociación ilícita.

2-En segundo término, que se califique la conducta de Colombo como homicidio triplemente agravado en lugar de tormentos seguido de muerte.

3-Que se reconozca que su actuación fue en el marco de un genocidio.

4-Finalmente, que las costas sean impuestas en forma solidaria tanto al imputado como al Estado.

Con relación al primer agravio, instaurado bajo los dos motivos previstos en el art. 456 del CPPN, cabe señalar lo siguiente:

El tribunal coligió, en base al principio *in dubio pro reo*, que Colombo no fue jefe ni organizador de la asociación ilícita.

Para arribar a dicho colofón, partió de la premisa, con cita de Donna, de que por jefe se entiende a aquellas personas que mandan o dirigen en la práctica a toda la asociación o a una parte de los miembros, comandan la asociación cualquiera sea la jerarquía y el modo de su participación en el ejercicio del mando. Por organizadores debe entenderse a aquellos miembros de la asociación que han actuado en su establecimiento y coordinación.

De seguido afirmó que *"de todas las pruebas relevadas no surge en forma convincente ninguna que oriente el criterio del Tribunal en tal sentido"*.

En su argumentación sostuvo que *"es claro que Colombo llegó a la provincia un tiempo prudencial posterior a la fecha en que diera inicio el gobierno militar. Antes de que él llegara, se encontraba a cargo del ejecutivo provincial como interventor el jefe del Regimiento Coronel Alturria. Y se ha acreditado en la audiencia de debate que ya desde el mismo día en que el régimen se inició (24 de marzo de 1976) comenzaron a producirse detenciones, secuestros y torturas. Es decir que, con prescindencia de la presencia de Colombo, la infausta maquinaria estatal de represión ilegal e indiscriminada se había echado a rodar. Y posteriormente llegó Colombo como gobernador, y por supuesto que llevó a cabo tramos esenciales de ejecución con miras a la consumación de los delitos reprochados, pero no se advierte su calidad de jefe"*.

Y concluyó *"en definitiva, esta instancia procesal requiere la certeza absoluta para emitir un pronunciamiento condenatorio. Y esta certeza se exige no sólo respecto de la figura base, sino también respecto*

de calificaciones alternativas y las consecuentes agravantes" -fs. 3625/3626-.

De la lectura de los fundamentos del fallo observo que el tribunal previo a tal corolario y a la consideraciones esbozadas, al desarrollar el tópico relativo a la autoría y más precisamente intitulado "coautoría material en la asociación ilícita", principió su análisis señalando que "la voluntad de obrar penalmente dentro del ámbito de una organización en cuyo seno se diseña un plan que determina la realización de acciones delictivas, constituye de por sí, una asociación criminal".

Después de advertir que la particularidad que presenta la coautoría frente a otras formas de participación es el dominio sobre la realización del suceso delictivo que pertenece a varias personas, las que actúan de modo concertado y en función de un plan o acuerdo previo asumido por éstas, pasó a examinar la conducta del imputado a la luz de los hechos probados.

Así afirmó que "Juan Carlos Colombo formó parte de una organización o estructura de poder, con las características ut supra señaladas, configurada para cometer delitos. [...] Las Fuerzas Armadas, a partir del año 1976, a través del autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional", implementaron un sistema político por el que coparon todo el país, con un protagonismo esencial del Ejército. Para ello crearon un aparato organizado de poder que tenía como uno de sus componentes esenciales y necesarios la violación a los derechos humanos a través del diseño y puesta en funcionamiento de un "Plan" cuya generalización a lo largo de todo el país, extensión y brutalidad no conoció nuestra historia. Este "Plan" tuvo en su vértice superior a sus hacedores, autores de escritorio o mediatos. También comprendió a las fuerzas de seguridad que en

conjunto respondieron a los reglamentos, estatutos y Órdenes secretas citadas precedentemente.

El país fue dividido, coincidiendo con las jurisdicciones militares, en zonas, sub zonas y áreas que fueron ocupadas por militares de alta graduación que concordaban con el Plan".

[...]Para asegurar la efectividad del "Plan" se concentró el poder en las máximas jerarquías militares y de los gobernadores militares a fin de que no se presentaran Órdenes y contra Órdenes ante cada uno de los hechos -detenciones, torturas, desapariciones-".

Y prosiguió formulando el siguiente interrogante "en ese contexto ¿cuál fue la participación de Juan Carlos Colombo?. Tomó parte como coautor material, junto a otros, en la estructura de poder ilícita, sobre la base de un acuerdo previo y común, a cuyo fin no importa si su perfección se tradujo en algún documento escrito o fue una voluntad tácita, acuerdo en el que estaban distribuidos las funciones y el plan de acción.

A continuación afirmó, "Colombo no era un funcionario más, como ya lo expresamos era un militar de alta graduación que ocupó la gobernación de Formosa, función para la cual resultó imprescindible su calidad de militar, su manejo de tropa, su amplia experiencia y la consustanciación con el "Plan del Ejército". De no haber estado consustanciado con el plan, tal como lo dijo Videla en su discurso y María Seoane lo refrendó en su testimonio en debate, se hubiera ido. Más aún en su calidad de militar retirado, al tiempo de ser convocado siquiera se hubiera incorporado al "plan".

"Los gobernadores militares ejercieron sus facultades sobre las bases de las instrucciones que

impartía la Junta Militar, la que se reservaba el control del cumplimiento de los objetivos del proceso de reorganización puesto en marcha".

"Las acciones llevadas a cabo, fueron una parte del "Plan Nacional" desplegado en Formosa, de tal relevancia, que sin ellas no hubieran tenido la tranquilidad para operar de las distintas formas en que el Área nº 234 lo hizo".

Finalmente concluyó sosteniendo que "el 'plan' requería una distribución de funciones y asistencia recíproca entre sus partícipes, esto es entre las Fuerzas Armadas y los gobiernos provinciales, previstas en el Plan madre. En consecuencia, esa acción conjunta fue decisiva para la resolución del "Plan" de ahí la calidad de coautor material conformando la Asociación ilícita (art. 45 CP)" -vid. fs. 3608/3612 vta.-

De allí, el título de imputación discernido de coautor material que no ofrece reparo alguno.

Ahora bien, al tratar la adecuación típica de los hechos, el tribunal afirmó que el accionar desplegado por el imputado se adecua, entre otras figuras penales, a la de asociación ilícita -cfr. fs. 3620-.

En tal inteligencia, discurrió sobre los elementos típicos que la conforman para luego colegir que en esta causa todos ellos resultaban ostensibles.

Así señaló que "en esta provincia, Colombo, que llegó con instrucciones precisas para llevar adelante y consolidar el proyecto golpista, evidentemente conformó una asociación ilícita, desde que formó parte del "Plan", junto con al menos el Coronel Alturria, el Mayor Rearte, y otros integrantes de las fuerzas conjuntas con conocimiento y voluntad de hacerla.

Prosiguió expresando que "la 'lucha contra la subversión' fue la excusa para llevar adelante

innumerables y horrorosos atropellos contra la vida, la libertad, la propiedad, y todos los demás valores personalísimos, no sólo de personas nacionales argentinas, sino incluso extranjeras (Carrillo, Acosta Mena) en tanto se opusieran a los designios y planes criminales" [...]"Los hechos penalmente relevantes que quedaron acreditados en esta causa, son repeticiones de hechos que se advirtieron a lo largo de todo el país como parte de un obrar sistemático. No son exclusivos de la Provincia de Formosa. Así secuestros, torturas y robos se sucedieron en todo el país. En todas las Provincias".
-fs. 3624/3624 vta.-

Luego de dar por satisfechos los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal previsto en el art. 210 del CP, subsumiendo el accionar de Colombo en ese tipo, descartó la configuración de la agravante de "jefe u organizador de la asociación ilícita".

Ergo, encontrándose en juego la aplicación de dicha figura, más precisamente una circunstancia calificante, considero menester ingresar al examen del tipo penal en cuestión, para después de ello evaluar si a la luz de los hechos probados, el juicio de tipicidad formulado por el tribunal de grado es ajustado a derecho o si, como lo aduce una de las querellas, es erróneo.

Cabe pues recalcar en el art. 210 del CP. Surge de su tenor literal que "[s]erá reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión."

Como bien señala Patricia Ziffer, la doctrina argentina coincide en señalar que sus elementos específicos son: a) tomar parte en una asociación, b) número mínimo de partícipes y c) propósito colectivo de delinquir (cfr. El Delito de asociación ilícita, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 67).

En cuanto al segundo requisito, el CP argentino no ofrece dudas al respecto pues expresamente hace alusión a "tres o más", a diferencia, vgr., del CP español (art. 515, LO 5/2010) que no contiene precisiones en ese sentido, aunque la doctrina coincide con ese mismo número (cfr. Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal. Parte Especial, duodécima edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 788).

Resulta pertinente destacar la advertencia formulada por la autora antes mentada de que es un requisito de legitimidad de la figura exigir que el carácter de miembro se haya exteriorizado en un aporte concreto dirigido a fomentar una finalidad delictiva concreta (ob cit. pág. 68 y ss). Interpretación ésta más respetuosa de los principios de legalidad y de culpabilidad por el hecho.

Esta Sala ha sostenido en anteriores oportunidades que *son elementos integrantes del injusto la cantidad mínima de personas intervinientes; el acuerdo entre sus integrantes de actuar de manera organizada y permanente ("tomar parte"); y la existencia de objetivos delictivos múltiples*" (cfr. "Marín, Héctor E.; Barbaro, Jorge y González Bercunchelli, Juan s/ recurso de casación", causa n° 3265, rta. el 12/11/2001, reg. nro.: 704/2001).

Cabe aclarar que no cualquier acuerdo en torno a la comisión de delitos asumirá tal carácter, sino el que sea indicativo de una relativa o cierta continuidad pues precisamente la convergencia de voluntades hacia la

permanencia de la asociación es lo que la distingue de la convergencia transitoria propia de la participación criminal (cfr., en este sentido, "Soliz Medrano, Pedro s/ rec. de casación, causa n° 927 , rta. el 23/4/97, reg. n° 142 de esta Sala).

En cuanto al otro elemento típico esta Sala afirmó en la causa citada que "la indeterminación de los delitos cuya comisión se propone la asociación, no se refiere a que los integrantes de ella no conozcan qué delitos van a cometer, sino que se trata de que tengan en sus miras una pluralidad de planes delictivos que no se agote en una conducta delictiva determinada, con la concreción de uno o varios hechos" .

Por su parte, autorizada doctrina ha señalado que la existencia de *"un grupo que esté preparado para realizar cierta clase de hechos en forma reiterada y con vocación duradera, es suficiente para configurar el delito"* (cfr. Sancinetti Marcelo A. y Ferrante Marcelo, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 249).

En el plano de la imputación subjetiva, la figura exige dolo y además, como especial elemento subjetivo, es menester que el autor tenga voluntad de permanencia, es decir que adhiera internamente al compromiso de colaborar con las actividades de la asociación sin necesidad de renovar el acuerdo frente a cada nueva oportunidad delictiva (cfr. Ziffer en ob y loc. cit. págs. 82 y 218).

En cuanto al punto medular sobre el que se centra el embate casatorio, esto es la calidad de jefe u organizador de la asociación -descartada por el a quo- señala con claridad Ziffer, en postura que comparto, que el aporte concreto de uno de los miembros de la asociación

ha de medirse no tanto por su fuerza sino por su influjo en la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo: el grado de compromiso con los fines de la asociación, así como la capacidad fáctica de determinar las características de la actividad de la asociación y de reforzar la decisión de los otros miembros serán pautas decisivas, en tanto contribuyen a darle a la agrupación su configuración concreta.

Aclara dicha autora que "desde esta perspectiva, se entiende cuál es la mayor gravedad de la conducta de los 'jefes u organizadores' en la medida en que son ellos quienes determinan los objetos del hecho y la forma de ataque, aun cuando no tomen parte en la ejecución. Por regla general, el jefe de la asociación, en tanto es definido como el miembro que cumple la función de expresar la voluntad social, interviene, al menos como instigador -o bien, como autor mediato-, y en todos los hechos delictivos que la asociación concreta, y es esta capacidad la que lo diferencia de los demás miembros. El jefe de la asociación, respecto de alguno de los delitos cometidos por el grupo, puede no tener todo el dominio de la acción y, además, no haber intervenido en la configuración conjunta del hecho. Sin embargo, lo que lo define como jefe es que conserva el dominio de la decisión, y ello lo convierte en autor mediato de los hechos que llegue a concretar la asociación, a excepción de que ni siquiera tome conocimiento de la comisión del hecho concreto" (cfr. Ziffer en ob y loc. cit. págs. 141/142).

Volviendo al *sub examine* advierto que si bien no es desacertada la primera afirmación del *a quo* de que cuando Colombo llegó a la provincia -después de producido el golpe militar y de iniciado el régimen- ya se habían producido detenciones, secuestros y torturas ello, sin embargo, -y aquí yace mi crítica a la decisión recurrida-

no empece a la consideración de que con su arribo como gobernador, realizó desde ese rol de preponderancia, un aporte relevante para la continuación del plan, llevando a cabo tramos esenciales de éste en esa zona del país tendiente al cumplimiento de los objetivos trazados en la asociación ilícita a la que pertenecía, advirtiéndose, de adverso a lo aseverado por el *a quo*, un status superior y un obrar en consecuencia con dicha calidad. Obviamente, en el seno de la provincia que comandaba.

Tal *status* no es un dato menor antes bien reviste vital relevancia pues fue un detalle celosamente programado para asegurar la plena eficacia del "Plan"; en esta dirección se concentró el poder en las máximas autoridades para impedir que se entorpeciera la dinámica de la actividad ilícita diseñada.

El posicionamiento jerárquico de Colombo dentro de la provincia de Formosa, desempeñando la primera magistratura de facto, pone en evidencia un plus que lo distingue de los restantes miembros de la asociación, plus que está dado precisamente por el poder de decisión que le permitía impartir órdenes verticales ante cada uno de los hechos -detenciones ilegítimas, privaciones ilegítimas de la libertad, torturas-, a medida que se iban produciendo en el contexto de esa organización delictiva. Es decir, tenía la capacidad de disponer el modo de configurar los diversos ilícitos como asimismo el poder de evitación, interviniendo para impedir su concreción. Órdenes éstas que el ejecutor material cumplía por convicción dentro del aparato de poder cuya jefatura en esa provincia, no caben dudas que le pertenecía.

Refuerza aún más lo aseverado, como bien lo señala la querrela, la emisión de decretos suscriptos por

Colombo en su carácter de gobernador de la provincia de Formosa, de cuyo tenor resulta asequible la entidad de su contribución en la prosecución del proyecto que a la sazón conducía.

En efecto, así a modo meramente ilustrativo, repárese en los decretos n° 302/76, 303/76, 304/6 y 305/76. De uno de ellos surge claramente que su objetivo se encontraba en consonancia con el plan pergeñado, pues expresaba "...para solventar los gastos de racionamiento, alojamiento y necesidades mínimas de las personas detenidas hasta su definitivo destino o recuperación de libertad"; otro alude a la designación del Jefe de Policía, aportes edilicios (vgr.: la "Escuelita" donde torturaron y desaparecieron la mayoría de las víctimas de este juicio), de personal policial para custodiar los detenidos; Policías en el RIM 29 que compartían los grupos de tareas de ese lugar. Asimismo el decreto n° 1947/76 sobre ascenso del personal policial que prestó funciones en la "Escuelita". Y los numerosos decretos de prescindibilidad de empleados firmados por Colombo, todos ellos considerados por el tribunal a fs. 3616.

Es decir, el gobernador Colombo y la fuerza policial cuya jefatura de facto refería proveyeron los recursos edilicios ("La Escuelita" destacamento policial que estaba instalado en San Antonio), personales, económicos y materiales para que, en consonancia con las otras fuerzas abocadas al mismo fin, se llevara a cabo la actividad represiva tendiente al "aniquilamiento de elementos subversivos", finalidad ésta que se perseguía en el plan previamente diseñado.

En otros términos, esa provisión de fondos se realizaba en función de un acuerdo previo y en orden a la consecución de objetivos delictivos comunes.

En este orden de ideas, es elocuente también el testimonio de Alfredo Carlos Barberis prestado durante el juicio (fs. 3589/3589 vta.) pues traduce el poder que tuvo Colombo, que a la postre hizo posible su liberación. Respecto de este episodio discurrió el Fiscal en su alegato, al apreciar el testimonio de Tomás Marcelino Sánchez quien relató la conversación que tuvo Colombo con Leandro Martín Aguirre en la que le solicitaba la libertad de Barberis. Reflexionó el fiscal acerca del enfrentamiento que según el testigo tuvo Aguirre con Colombo, al cabo del cual prevaleció el mando de Colombo pues "lo sacó de un plumazo a Aguirre" -cfr. fs. 3483-. Para una mayor ilustración, confróntese la declaración en debate del mencionado Sánchez, la que también hace referencia al grado de injerencia que tuvo Colombo en la libertad de Barberis (cfr. fs. 3535/35353 vta.-).

Asimismo, la declaración de Antonio Rafael Zárate reseñada a fs. 3587 vta./3589, da cuenta de la autoridad y dominio de Colombo; refirió el testigo: "*ya en libertad le pregunté a mi madre cómo hicieron para poder visitarme y me dice que hicieron trato con el Gobernador Colombo y el Jefe del Regimiento Alturria*".

Otra muestra más del poder que revestía el imputado en la organización lo constituye la declaración prestada por Ricardo Federico Roth. Ella evidencia el conocimiento directo que tenía el imputado de los traslados de personas que se encontraban refugiadas en Paraguay -cfr. fs. 3535 vta.-.

En síntesis, no caben dudas que Colombo llevó adelante un rol central en la determinación de la planificación y en la puesta en marcha de sus objetivos mediante la asignación de diversos recursos: humanos, técnicos y económicos, como dije, los que sustentaron la

existencia y la actividad de la asociación ilícita que comandaba, a través de una organización vertical de mando. Va de suyo que en este contexto, no pudo desconocer que el Destacamento de San Antonio, funcionaba como centro clandestino de detención de personas pues éste formaba parte de la institución policial dependiente directamente del ejecutivo provincial a su cargo, encontrándose por ende todo lo concerniente a su funcionamiento bajo la esfera de su control.

En definitiva, las consideraciones esbozadas trasuntan mi divergencia con respecto a la interpretación realizada por el *a quo* en el juicio de subsunción legal del hecho. Cabe pues, proceder en la instancia a su corrección, debiéndose encuadrar la conducta de Colombo en el tipo penal previsto en el art. 210 2 párrafo del Código Penal, es decir como jefe de la asociación ilícita.

Tal mutación en el título de imputación implica en consecuencia una modificación de la sanción discernida ya que el tipo penal prevé para el caso de los jefes u organizadores un aumento de la punición mínima, cuyo umbral parte de los cinco años.

2- Corresponde en el siguiente acápite abordar el segundo agravio introducido por el recurrente a través del cual expresa su disconformidad con la calificación de tormento seguido de muerte atribuida a la conducta de Colombo en lugar de desaparición forzada en función del delito de homicidio triplemente agravado.

Ahora bien, habida cuenta de que los sucesos investigados en estas actuaciones se dieron en el contexto histórico de un plan sistemático de represión corresponde establecer si los delitos probados en autos atribuidos al imputado configuran la práctica de Derecho Internacional denominada desaparición forzada de personas.

A tal fin considero pertinente formular algunas consideraciones con relación a dicha figura.

Un hito importante en el ámbito americano con relación a este tema lo constituye la resolución 666 (XIII-0/83) del 18 de noviembre de 1983 dictada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos mediante la que se declaró que toda desaparición forzada debía calificarse de crimen contra la humanidad.

Al poco tiempo de tal declaración, se erigen las primeras sentencias condenatorias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El *leading case* lo configura el caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29 de junio de 1988, Serie C nº 4, en el que se condenó al estado de Honduras por la violación de sus deberes de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la CADH con relación al estudiante hondureño desaparecido Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, secuestrado en Tegucigalpa por hombres armados de civil conectados con las Fuerzas Armadas de ese país.

En esa oportunidad la Corte expresó que 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 (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, págs. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que "es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad" [...]. También la ha calificado como "un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección*

contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal"[...]" -párrafo 153-.

Después expuso que "La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal [...] -vid párrafo 155-

De seguido señaló que "el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue [...]" (vid par.156). Asimismo advirtió que "La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención [...]. La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que

emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano no y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, [...] -vid parágrafos 157 y 158-

Tal argumentación fue reiteradamente sostenida en posteriores pronunciamientos de ese Tribunal, cfr. caso "Godínez Cruz", sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C nº 5, parágrafos 163 y 166; en el caso "Blake", sentencia del 24 de enero de 1998 Serie C nº 36, parágrafos 65 y 66. En este se sostuvo que "la desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos. De ahí la importancia de que el Estado tome todas las medidas necesarias para evitar dichos hechos, los investigue y sancione a los responsables y además informe a los familiares el paradero del desaparecido y los indemnice en su caso" -vid par. 67-.

Hasta aquí la jurisprudencia interamericana cuyos lineamientos constituyen una guía de interpretación de las disposiciones convencionales que deben observarse conforme la doctrina del Tribunal Cintero.

En cuanto a los textos legales, existen dos instrumentos de suma trascendencia, a saber: la Declaración sobre la protección de todas las personas

contra las desapariciones forzadas (en adelante Declaración contra las desapariciones forzadas) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992, y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el año 1994. Esta fue ratificada por el Estado Argentino el 6 de octubre de 1994. Del tenor literal de su artículo II surge con claridad la definición de desaparición forzada como *"la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes."*

Por su parte, la Declaración contra las desapariciones forzadas, prevé en su artículo primero, segundo párrafo, las consecuencias que produce: *"Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, al derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida o lo pone gravemente en peligro."*

Las graves implicancias que conlleva han sido destacadas por Daniel O'Donnell, autor de "Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e

interamericano", para la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al señalar que: *"Algunas veces la desaparición forzosa es conceptualizada como una violación agravada del derecho a la vida, debido a las violaciones de otros derechos cometidas con el afán de perpetuar la impunidad de los autores, así como por las consecuencias que tiene la desaparición de una persona en los derechos fundamentales de otras, en particular de los familiares de la persona desaparecida. Si bien esta apreciación es correcta en la mayor parte de los casos, es menester recordar que la desaparición no siempre entraña una violación consumada del derecho a la vida. La muerte de la víctima, como indica la última frase del artículo 1.2 de la Declaración, no es elemento de la definición de la desaparición."*

"En ciertos casos, cuando no hay indicios claros sobre la suerte de la víctima de una desaparición, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido la responsabilidad del Estado sobre violaciones de derechos humanos diferentes al derecho a la vida. En el caso Tshishimbi, por ejemplo, un ex militar supuestamente involucrado en una tentativa de golpe fue secuestrado por un grupo de militares o paramilitares, negándoseles a sus allegados toda información sobre su paradero. El Comité concluyó que los hechos eran violatorios del derecho a la libertad y seguridad personales, pero no al derecho a la vida. La CIDH, por su parte, fundamenta la conclusión sobre si ha habido una privación arbitraria de la vida -en los casos en los cuales no hay evidencias directas del fallecimiento de la víctima- en el hecho de la falta de información durante varios años sobre el paradero de

la misma" (autor cit. en ob. cit. págs. 129 y 130, publicado en <http://www.hchr.org.co>).

En el supra citado caso "Blake" la Corte consideró con sustento en el art. 1. 2 de la Declaración sobre desapariciones forzadas que también hay una afectación en los derechos de los familiares de la persona desaparecida -Nicholas Blake-, *"ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos.*

A tal argumento adunó la consideración de que *" la incineración de los restos mortales del señor Nicholas Blake, para destruir todo rastro que pudiera revelar su paradero, atenta contra los valores culturales, prevalecientes en la sociedad guatemalteca, transmitidos de generación a generación, en cuanto al respeto debido a los muertos. La incineración de los restos mortales de la víctima, efectuada por los patrulleros civiles por orden de un integrante del Ejército guatemalteco, (supra párr. 57. e) f) y g)) intensificó el sufrimiento de los familiares del señor Nicholas Blake. -parágrafos 114 y 115-*

Por su parte el Estatuto de la Corte Penal Internacional también recoge esta figura en el art. 7.1.i, con una definición similar a la de la Convención Interamericana, aunque con la expresión adicional advertida por la querrela de "una organización política" y con el añadido de un especial elemento subjetivo consistente en la intención de dejar a la persona privada ilegítimamente de la libertad fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Resta aclarar, como bien lo destacara la Corte en el fallo Arancibia Clavel, 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..." (Fallos 327:3312, considerando 13 del voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco).

Finalmente cabe señalar, como circunstancias características que acompañan esta práctica la negación de lo ocurrido y la ocultación de pruebas. Ello ha sido advertido por la CIDH en los casos antes citados "Velásquez Rodríguez" y "Blacke". De modo que, en general, la prueba de lo ocurrido siempre descansa, en parte, en presunciones y prueba circunstancial. En la mayoría de los casos hay pruebas o indicios sobre la participación de agentes del gobierno o personas que actúan con su aquiescencia en la detención o secuestro de la persona desaparecida, de manera que la presunción se limita al desenlace de la situación. En ausencia de evidencias claras sobre la autoría material de la detención o el secuestro, la CIDH reconoce una presunción de responsabilidad del Estado cuando existe una práctica sistemática comprobada de desaparición y los hechos del caso concreto son congruentes con las características de dicha práctica.

Ahora bien, a la luz de los antecedentes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales antes vistos es dable colegir que los delitos atribuidos a Colombo se inscriben dentro de dicha práctica delictiva de derecho internacional calificada como desaparición forzada.

Y si bien esta figura no se encuentra tipificada en el Código Penal, vigente al momento de los hechos, sí se encuentran tipificadas otras conductas que vulneran la libertad y dignidad de la persona, la integridad y la vida, tipos éstos en los que la desaparición forzada halla su correlato en el ámbito interno.

Sentado lo expuesto corresponde ahora examinar la calificación legal de los hechos imputados a Colombo que han quedado debidamente establecidos en la sentencia sometida a escrutinio.

El tribunal analizó la situación particular de cada persona privada de su libertad. En tal dirección comenzó con Fausto Carrillo afirmando que está probado que *"fue secuestrado el 16 de agosto de 1976 a llegar a su domicilio alrededor de las 20:30 hs. Se acreditó en autos que allanaron simultáneamente el estudio y su vivienda"*.

Tal extremo se encuentra corroborado por las declaraciones reseñadas en la sentencia de los testigos Elsa Chagra, Andrés Medina, de María Felicitas Giménez, de Adriano Acosta, de Ismael Rojas, de Virgilio Benítez, de María Ester Mendoza de Benítez y de Tomás Marcelino Sánchez .

Prosiguió el a quo sosteniendo que *"en el caso de mentas fue acreditado de modo fehaciente que Carrillo fue privado de su libertad por un importante grupo de personas armadas, que estuvo detenido en "La Escuelita", y que murió como consecuencia de las torturas recibidas.*

No sólo abona esta hipótesis los testimonios referidos, dando cuenta del estado terminal de Carrillo, sino la propia confesión de los militares que torturaron a su esposa, diciéndole que 'él ya no estaba para darles respuesta sobre lo que preguntaban' .

Asimismo que nunca más a partir de 1976 se supo de él pese a los hábeas corpus presentados por sus padres y por su señora en el año 1984, cuando pudo regresar al país y por su declaración en debate, que confirmó la desaparición de su esposo, el secuestro de sus muebles, el despojo de su propiedad y su exilio por más de treinta años en Francia.

No podemos dejar de asignarle importancia en nuestra causa a lo dispuesto por el Código Civil en el artículo 108 y concordantes, que en casos de catástrofe considera a los desaparecidos como fallecidos. Nadie puede negar que en el caso particular, esta catástrofe consistió en todas las torturas que llevaron a la muerte de Carrillo.

[...] Su fallecimiento se anotó conforme se registra en el Tomo IL, Acta n° 36, años 2001, en Buenos Aires, Argentina, a los 4 días del mes de junio del 2001, el funcionario del Registro Civil por mandato del Juez de Primera Instancia n° 91, procedió a inscribirlo, fijándose como fecha presuntiva de su desaparición el 28 de agosto de 1976. -fs. 3543vta./3544-.

De seguido, el tribunal pasó a examinar la situación relativa a Mirta Insfrán.

Señaló que "por el testimonio en debate de Miguel Insfrán quedó probado que el 4 de agosto de 1976 su hermana, junto a su esposo Ricardo Borgne venían viajando en un ómnibus, '...presumimos hacia Villa

Escolar, los bajaron en la localidad de Tatané y los detuvieron, lo supo su padre por un amigo de nombre Aparicio Báez que la vio'...

"Por otros testimonios se probó que Mirta Insfrán estuvo detenida en la Escuelita". En ese sentido el a quo valoró las declaraciones de los testigos Ismael Rojas, de Antonio Rafael Zárate, quien a pesar de no haber sido ofrecido como testigo se presentó espontáneamente ante la Fiscalía para declarar, su deposición fue reputada relevante por el a quo.

Asimismo contribuyó a formar la convicción del tribunal el testimonio de Marcelino Sánchez, de Elsa Alicia Chagra y de Rubén Darío Borgne. Respecto de éste último el a quo señaló que "no sólo tiene importancia porque demuestra los móviles y procedimientos empleados en los allanamientos y detenciones, sino también porque es hermano del esposo de Mirta Insfrán, quien está hasta hoy desaparecido" -cfr. fs. 3546-

Se consignó en la sentencia que "del expediente principal surge la declaración de Osiris Ayala, incorporado por lectura al debate (cfr. fs. 89/92, cuerpo primero del Expte. N° 107/84 "Almirón de Díaz Florinda s/ denuncia") expresó que cuando estuvo detenido en la enfermería del Regimiento, vio cuando la trajeron en estado calamitoso a Mirta Insfrán, a quien le hicieron un exhaustivo interrogatorio. La recuerda en el suelo desnuda, en un estado emocional descontrolado "...se trataba de una mujer hermosa, la conocía por ser amiga de su hija de la Universidad y ambas trabajaban en el Poder Judicial de la provincia. Simultáneamente a que era sometida a interrogatorio, los soldados la violaban, le gritaban al oído intentando que conteste pero uno de ellos dijo: la mujer no va a contestar porque clavó la vista. Estuvo cuatro horas aproximadamente moribunda en estado

agónico con respiración agitada, luego la llevaron envuelta en una frazada...' -fs. 3546vta.-

A entender del a quo dicho testimonio manifiesta con certeza que murió y a su vez resulta contundente por cuanto determina que el maltrato y las torturas recibidas por una persona que, además tomaba coramina por su afección cardíaca, terminaron con la vida de Mirta Insfrán. -cfr. fs. 3546vta/3547-

Como corolario, el tribunal invocó el art. 108 del CC y la doctrina citada antes al examinar el caso relativo a Fausto Carrillo.

Después de haber analizado sendas situaciones en particular, el a quo hizo una breve referencia a la modalidad de los secuestros y a las torturas padecidas por las víctimas en esta causa.

Así, en tal dirección señaló que las detenciones se hacían en la vía pública, en los domicilios y en los lugares de trabajo sin orden judicial, con gran despliegue de personal de seguridad, quienes generalmente iban disfrazados para no ser reconocidos.

Asimismo sostuvo que entraban a los domicilios a los golpes, primero sometían a las personas que buscaban y luego la vivienda era objeto de desorden y muchas veces de secuestros de las pertenencias de valor.

En cuanto a las torturas, se señaló que se realizaban de noche previo interrogatorio a fin de que los que las sufrían dieran su nombre de "guerra", identifiquen a compañeros y confiesen la organización a la que pertenecía. La negativa de las víctimas a reconocer que poseían nombre de guerra generaba que comenzaran los tormentos extremadamente crueles que dejaban a aquéllas en total estado de indefensión degradando su condición de seres humanos. Quedó

establecido asimismo que en igual magnitud se producían las torturas psicológicas (habiéndose comprobado ello con la impresión de *visu* cuando declararon los testigos en el juicio) -cfr. fs. 3607 vta./3608-.

Llegado el momento de calificar los sucesos que tuvieron como víctimas a Mirta Insfrán y Fausto Carrillo el tribunal, apartándose de lo requerido por la querrela ahora recurrente y por el Fiscal al formular sendos alegatos (cfr. fs. 3462/3464 vta. y 3464 vta./ 3487 respectivamente), consideró que eran constitutivos del delito de tormentos seguido de muerte, previsto en el art. 144 ter, 1º y 3º párrafo, ley 14.616 del CP. Y argumentó que ello es así pues *"ninguna prueba se ha rendido durante el curso de la audiencia que haya permitido acreditar fehacientemente y más allá de toda duda razonable que se hubiera tratado de homicidios sucedidos en circunstancias distintas de las torturas"* -fs. 3638-

De seguido se aclaró que *"el hecho de que no hayan aparecido los cadáveres de Carrillo e Insfrán no resulta impedimento de ningún tipo para establecer que se han producido sus muertes"*.

Se consideró que *"conforme el cuadro plasmado al tratar su materialidad, como también la coautoría mediata que en ellos le cupo a Colombo, ninguna duda puede caber de que las muertes fueron consecuencia directa y necesaria de las torturas impuestas. Todo ello dado el cúmulo de pruebas abrumadoras que atendió a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tanto Mirta Insfrán y Fausto Carrillo fueron vistos por numeroso testigos en gravísimo estado de salud, en un estado de salud que calificaron de 'terminal'."*

Al respecto, confróntese las declaraciones de Ismael Rojas y de Adriano Acosta que dan cuenta del estado terminal que presentaba Fausto Carrillo mientras

permanecía en cautiverio en "La Escuelita" (fs. 3542/3542 vta.).

En el caso de Mirta Insfrán, y conforme lo indicara Osiris Ayala ya estaba muerta, conforme se analizara este testimonio extensamente en el acápite materialidad.

Respecto de la muerte de Carrillo quedó acreditado, por los propios dichos de Colombo, que él lo recordaba como un abogado paraguayo canjeado por un aviador argentino.

Que conocía la falsedad de estos dichos por dos motivos: por cuanto los informes de Domato eran falsos y había reclamos sobre Carrillo y por otra parte, conforme la declaración de Roth, cuando lo trajeron del Paraguay, él presenció su ingreso a la Unidad 10 " -fs. 3639-.

A lo expuesto el a quo adicionó que daba por acreditado el reclamo de los padres de Carrillo ante el Ejército, allí le informaban que se había fugado cuando en realidad ya estaba muerto y que durante el interrogatorio a su esposa Felicita, efectuado en Paraguay, le dijeron que él "ya no estaba para contestar las preguntas" -fs. 3639/3639 vta.- Asimismo que se inscribió su fallecimiento en el Registro Civil fijándose como fecha presuntiva de su desaparición el 28 de agosto de 1976.

Respecto de Mirta Insfrán, se estableció que fue detenida cuando viajaba junto con su esposo Borgne.

El tribunal valoró que de los testimonios de sus familiares surge que se realizaron numerosas gestiones en la iglesia y en la policía de la provincia y en particular se valoró el testimonio de Rubén Darío Borgne que da cuenta de que a criterio de su familia el matrimonio estaba muerto.

Asimismo fue considerado el secuestro y guarda de los muebles del matrimonio Borgne en el RIM 29, y las carpetas de la universidad y escritos a nombre de Mirta Insfrán.

En definitiva, el tribunal afirmó que *"son hechos probados en este juicio y que alcanzan por igual a ambos, la situación de privación de libertad continuada; las torturas sufridas; la negativa del gobernador y de otros estamentos de recibir a los familiares y los reclamos realizados ante distintos organismos nacionales y provinciales sin respuesta alguna; la circunstancia del transcurso del tiempo, por más de treinta años, sin que se haya tenido noticias de las víctimas"* -vid fs. 3639 vta./3640-

Sentado cuanto precede, adelanto desde ya que el juicio de adecuación típica de los hechos repasados *ut supra* resulta ajustado a derecho; por otra parte advierto que el libelo recursivo que se atiende en este acápite sólo traduce un mero disenso con la calificación legal escogida por el *a quo* no habiéndose introducido nuevos argumentos que intenten confutar, si quiera mínimamente, los esgrimidos en la sentencia. No obstante ello, y habida cuenta de que el Dr. Velázquez Ibarra introduce en su impugnación idéntico planteo con suficiente fundamentación, he de adentrarme al examen de la cuestión.

A mi entender, los sucesos acreditados en la especie no coinciden con los diversos supuestos de hecho descriptos en los respectivos tipos penales previstos en el art. 80 inc. 2, 6 y 7 del CP, antes bien se subsumen sin ambages en el tipo penal del art. 144 ter del CP, 1º y 3º párrafos, versión ley 14.616,- por ser ésta la ley vigente al momento de los hechos-.

Al respecto resulta pertinente recordar que dicha disposición establecía que: "será reprimido con

reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde cualquier especie de tormento. [...]

Si resultare la muerte de la persona torturada, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de 10 a 25 años".

Como es dable apreciar del tenor literal, la inflicción de tormentos configura el tipo penal básico mientras que el desenlace mortal constituye una de las agravantes previstas por la norma, en virtud de la cual se eleva la escala punitiva.

Autorizada doctrina señala que en su momento todos los autores estuvieron de acuerdo en cuanto a que " se trataba de un agravamiento de la pena como consecuencia de un resultado preterintencional, en donde se requería un primer tramo doloso (el que corresponde a la imposición de tormento) seguido de un desenlace imprudente (el resultado mortal)". Como bien advierte de seguido, "ello guardaba relación con el hecho de que el homicidio doloso mediante la imposición de torturas, generalmente encuadraba en la figura del art. 80 inciso 2, CP y por lo tanto, existía cierta armonía entre los tipos y las penas esperables en cada caso". Pero ese equilibrio se habría perdido a partir de la sanción de la ley 23.097, al llevar la escala penal de la tortura seguida de muerte a la misma pena que los homicidios dolosos agravados -prisión perpetua- y además se introdujeron las lesiones gravísimas como segunda agravante con penas sensiblemente mayores al tipo doloso del art. 92 del CP (en función del art. 91 CP) consistentes en diez a veinticinco años de prisión (cfr. Rafecas, Daniel "La tortura y otras prácticas ilegales a

detenidos", 1ª ed., Editores del puerto, Bs. As. 2010, pág. 194).

Por su parte, Donna en comentario al texto legal vigente -que castiga con prisión o reclusión perpetua en los casos que resultara la muerte de la víctima- sostiene que "tanto el resultado muerte, como el resultado lesiones deben poder ser imputados objetiva como subjetivamente a la imposición de torturas, de manera que esto exige, desde el punto de vista subjetivo y atento a la penalidad, que el homicidio lo sea a título de dolo, aunque sea eventual" (Donna, Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, T II-A, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2001, pág 198).

A mi ver, configura un dato esencial y que dirime la cuestión el aspecto subjetivo de las figuras que se encuentran en juego de cara a los hechos probados.

En efecto, es sabido que el homicidio, como figura básica (art. 79 C.P.) es un delito doloso, que admite tanto el dolo directo de primer grado, el de segundo grado, como el eventual.

Empero -y aquí el distingo- para los tipos agravados de homicidio previstos en el art. 80 del C.P. habida cuenta de la forma de comisión del hecho se requiere dolo directo, es decir, se exige intención homicida por parte del agente.

Al respecto, señala Roxin que comúnmente -advirtiendo respecto de la tesis de Ingeborg Puppe que define el dolo en general- se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito (*dolus directus* de primer grado) el dolo directo (*dolus directus* de segundo grado) y el dolo eventual (*dolus eventualis*). Bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad

y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad. En síntesis, la intención o propósito es la persecución dirigida a un fin del resultado típico (Roxin Claus, "Derecho Penal, Parte General, T. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito", ed. Civitas, trad. de la 2ª edición alemana, Madrid, 1999, par. 12 , nº 2 y nº 7, págs. 415 y 417).

Como dije *supra*, la imputación agravada pretendida por la querrela exige dolo directo en el sujeto activo comprensivo de todos los elementos del tipo objetivo, entre ellos las circunstancias de modo que califican el comportamiento homicida.

Mientras que en el homicidio *criminis causae*, tratándose de un tipo penal complejo, la imputación subjetiva reclama tanto el dolo de homicidio como el elemento subjetivo adicional que trasciende a éste consistente en la finalidad o conexidad con otro delito -"para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o para procurar la impunidad para sí o para otro y por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito"; en el caso del agravante del tipo básico de imposición de tormentos (texto s/ ley 14616), no se requiere esa clase de dolo pues basta con que se verifique el umbral mínimo de atribución de responsabilidad; esto es que se haya producido la muerte de forma culposa como consecuencia de la imposición dolosa de torturas.

El plexo probatorio colectado en autos, debidamente reseñado y apreciado por el *a quo* conforme los principios que informan la sana crítica racional no permite tener por acreditadas las exigencias de

imputación objetiva y subjetiva inherentes al homicidio *criminis causa*, esto es no se constata que los intervinientes en el hecho hayan obrado con dolo directo de matar e inspirados en la conexidad subjetiva -causal o final- que debe mediar entre el homicidio y el otro delito.

En otro andarivel, también descarto que los hechos puedan ser calificados a tenor del art. 80 inc. 2 del C.P.- homicidio agravado por alevosía- pues tampoco se dan los elementos que integran el tipo objetivo y el subjetivo de tal agravante, esencialmente porque el dolo de matar con alevosía implica que el agente conozca y quiera los elementos objetivos de dicha figura: el aprovechamiento insidioso de su indefensión, su indefensión, la decisión adoptada por la indefensión y la preordenación. En otros términos debe existir una situación real, objetiva de indefensión de la víctima, una falta de posibilidad de defenderse y una situación subjetiva, consistente en que el autor provoque esa circunstancia, la cree o bien, siendo preexistente la aproveche para actuar sin riesgo, porque si bien no se requiere premeditación, sí, en cambio, como dije supra, exige preordenación.

Es necesario destacar que la indefensión de la víctima no basta por sí sola para que se verifique la alevosía, es necesario también que el autor quiera obrar sobre seguro, sin el riesgo que pueda implicar la reacción de la víctima o de terceros dirigida a neutralizar su acción.

Ello requiere una preordenación de la actividad del agente para actuar con esa seguridad, es decir, la procuración o el aprovechamiento del estado de indefensión, lo cual no implica, necesariamente una premeditación (serena y fría deliberación del contexto del hecho a realizar) puesto que si la premeditación

importa preordenación ésta puede darse sin aquélla. "Para que se dé la alevosía, por tanto, debe ser 'el móvil alevoso' (Núñez) lo que decida al agente a actuar" (cfr. Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Ed. Astrea, 3 ed. 2ª reimposición, Bs. As, 1992, págs. 28 y 29).

Más complejo se presenta el examen de los hechos a la luz del tipo de homicidio calificado por ensañamiento (art. 80 inc. 2 del CP) por las aristas en común que en apariencia se exhiben entre el aspecto objetivo de esta figura y el de la escogida en la sentencia, de torturas seguida de muerte.

Esta figura que proviene de la legislación española encuentra su razón calificante en la crueldad subjetiva y objetiva de la consumación de la muerte. Nuestra doctrina y jurisprudencia han aceptado fundamentalmente que el ensañamiento consiste en el deliberado propósito del autor de matar a la víctima haciéndole padecer sufrimientos físicos innecesarios (cfr. Núñez Ricardo, Derecho Penal Argentino, Parte Especial, III, Ed Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1961, pág. 40). Este autor advierte que se halla cuestionada la oportunidad del ejercicio de la crueldad, esto es, si se ha de realizar en el momento consumativo del homicidio o de adverso en cualquier tramo de la ejecución que conduce a la muerte. La cuestión encuentra, a su entender, adecuada respuesta en la propia noción vulgar, que define el ensañamiento como el deleite en causar el mayor daño y dolor posibles a quien ya no está en condiciones de defenderse (cfr. autor cit. en ob cit. pág. 41).

Como se advierte de la lectura del tipo penal del art. 80 inc. 2 del C.P. el legislador no ha brindado una definición de lo que debe entenderse por

ensañamiento, como de adverso, vgr., sí lo ha efectuado el Código Penal Español. En efecto, éste alude, en su art. 139 inc. 3, a matar "con ensañamiento aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido". En su comentario a este artículo Muñoz Conde advierte que si bien la doctrina y jurisprudencia consideran aplicable esta agravante sólo cuando el aumento del dolor de la víctima sea innecesario para la ejecución del delito, a su entender lo esencial de esta circunstancia es que se aumenten sus sufrimientos con actos de crueldad, torturas, sevicias, etc. previos a la producción de la muerte, independientemente que ello sea o no necesario para la ejecución del delito, aclarando que dicha exigencia está presente en la configuración del ensañamiento como agravante genérica en el art. 22, 5 del CP de 1995, pero no se menciona expresamente en la definición del ensañamiento como elemento del asesinato (cfr. Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 53 y ss.).

Destaca dicho autor que la interpretación tradicional de la agravante de ensañamiento abona una configuración muy restrictiva de esta agravante de ahí su escasa aplicación en la práctica.

Por su parte, la doctrina vernácula lo define con términos claros y sencillos, se trata de un modo cruel de matar. Es el deliberado propósito del autor de matar haciendo sufrir o dicho de otra forma haciendo padecer sufrimientos físicos innecesarios a la víctima.

Se exige un elemento objetivo consistente en el dolor o sufrimiento excesivo e innecesario que se produce a la víctima con el fin de ocasionarle la muerte. Se puede actuar con ensañamiento mediante sufrimientos tanto físicos como psíquicos (tortura, simulación de padecimientos a seres queridos). Desde el punto de vista

subjetivo, "se debe afirmar el dolo directo consistente en aumentar el sufrimiento de la víctima de manera innecesaria" (cfr. Donna, Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, T I, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 1999, pág. 38).

El problema, a mi ver, radica en la íntima vinculación que efectivamente se advierte en el plano de la imputación objetiva entre el tipo penal previsto en el art. 80 inc. 2 del C.P. y el aplicado por el *a quo* habida cuenta de que en ambos se exhibe como común denominador dos circunstancias modales: la alevosía y el ensañamiento. Estas circunstancias que conforman agravantes del homicidio simple son inmanentes a la naturaleza misma del tormento.

En sentido similar, Rafecas refiere, si bien con relación al nuevo tipo penal acuñado mediante ley 23097, en virtud del cual se agrava la escala penal de la tortura seguida de muerte parificándola con la prevista para los homicidios calificados -prisión perpetua-, que "el aumento de la pena para el caso del homicidio de la víctima **está relacionado con que una característica inherente a la imposición de tortura, es la irrupción tanto del ensañamiento como de la alevosía,** circunstancias ambas que constituyen agravantes del homicidio simple conforme lo dispuesto en el art. 80 C.P., que prevé igualmente, la pena de prisión perpetua" (lo resaltado no está en el original, pág. 194 en ob y loc. cit.).

Sin embargo, a pesar de esas características comunes, en el plano de la imputación subjetiva se erige el distingo fundamental, que justifica la mayor punibilidad atento el mayor contenido de injusto del

homicidio con ensañamiento con relación a las torturas seguida de muerte.

De tal modo, el autor debe conocer y querer la realización de todos los elementos del tipo penal objetivo, entre los que se encuentra el ensañamiento como modo de producir la muerte del sujeto pasivo, el autor debe matar sabiendo con certeza que lo hace haciendo sufrir a su víctima.

Señala Muñoz Conde que "si en algo se diferencia el asesinato del homicidio doloso simple es en que la finalidad, más o menos amplia, de matar viene afianzada, en el asesinato, por el empleo de determinados medios o la presencia de unos móviles que tienden claramente a esta finalidad. Si por el contrario, el empleo de esos medios se hace para asegurar la ejecución de un hecho que probablemente puede producir la muerte; pero no de un modo seguro, o con el fin de dar un susto o un escarmiento, torturando a alguien sin pretender matarlo, pero asumiendo el riesgo de que la paliza produzca este fin, entonces estaremos en los dominios del homicidio doloso simple, por más que el hecho en sí y la muerte, si se produce, produzcan el mismo sentimiento de rechazo que cuando se hace con ánimo directo de matar" (en ob. cit. pág. 58). La doctrina dominante, señala dicho autor, rechaza la posibilidad de dolo eventual en el asesinato.

A mi juicio, el dolo eventual no resulta compatible con la estructura típica del homicidio agravado pues no satisface la mayor cantidad de injusto que traduce la acción del autor. La naturaleza misma del ensañamiento y de la alevosía indudablemente reclama un dolo directo. Y éste, a estar a las constancias de la causa, no ha quedado acreditado.

Refuerza mi corolario, un dato que a mi entender es esencial y que se exhibe en la declaración de Osiris Ayala a la que antes hice referencia.

Dicho testigo señaló que "simultáneamente a que era sometida a interrogatorio los soldados la violaban, **le gritaban al oído intentando que conteste...**" (fs. 3546 vta., lo enfatizado es agregado-).

En este punto específico es dable apreciar que el dolo verificado en autos no es el propio de un homicidio calificado, antes bien aparece direccionado a infligirle a la víctima una serie de padecimientos sobre su cuerpo y su psiquis causándole un intenso dolor físico y moral, con el fin de obtener una confesión y no con la intención de matar. Elemento teleológico ése que si bien no es exigible a los efectos de la adecuación típica en el art. 144 ter del C.P. -sí lo es en la Convención- permite extraer la inferencia de que, mediante los tormentos, procuraban obtener los datos que a la sazón buscaban.

De nuevo aquí, la imputación subjetiva en confronte con los hechos probados cumple un rol definitorio para desechar la pretensión de la querella.

Descartado pues que los intervinientes en los sucesos hayan actuado movidos por el dolo -directo de 1º- de homicidio toda vez que no se ha acreditado con el grado de certeza apodíctica que las muertes sucedidas lo hubieran sido en un contexto diverso de las torturas impuestas, tampoco cabe considerar la plausibilidad de la imputación agravada a tenor del art. 80 inc. 6 del C.P. solicitada por el impugnante.

Como es sabido esta figura requiere que tres o más personas se hayan puesto de acuerdo en **matar** juntos y que lo hayan hecho premeditadamente con cierta

reflexión, no bastando obviamente la mera convergencia ocasional, y si bien, como quedó establecido en la plataforma fáctica, se produjo el deceso de Mirta Insfrán en el marco de actuación de varios intervinientes (según Ayala fueron varios los soldados que la sometían a interrogatorio mientras la violaban), ello, itero, devino a raíz de las torturas a la sazón ocasionadas no encontrándose dicho accionar por tanto, abarcado por un dolo primigenio de matar.

A todo lo expuesto cabe adunar que la concurrencia de individuos en virtud de la cual la querrela pretende que cobre virtualidad el tipo de homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc. 6 CP) ya ha sido contemplada correctamente por el título de imputación discernido en la sentencia, erigiéndose la coautoría, entendida como el dominio funcional del hecho, como la solución a los sucesos endilgados al imputado.

Como colofón, la materialidad fáctica acreditada en la especie conduce a colegir que las muertes de Insfrán y de Carrillo se sucedieron ciertamente en el contexto de su detención ilegal, de su privación ilegal de la libertad y de las torturas físicas y psíquicas a las que fueron sometidos mientras permanecían en cautiverio en el centro clandestino denominado "La Escuelita". Torturas éstas que desencadenaron el resultado luctuoso producido.

En un primer nivel de análisis cabe afirmar que se encuentra verificada la relación de causalidad que el agravante exige entre las muertes de las víctimas y las torturas previamente inflictas y, en segundo lugar, la imputación objetiva, pues la conducta del autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado -torturas- y ese riesgo se ha materializado en el resultado a la postre

producido -muertes-. Confróntese, en el mismo sentido, Rafecas en ob. cit. pág. 195 cita 251.

Como expresé *ab initio* de este acápite el título de imputación discernido por el *a quo* no ofrece reparo alguno; la tipificación de los hechos que tuvieron como víctimas desgraciadas a Mirta Insfrán de Borgne y a Fausto Carrillo, en el el art. 144 *ter* según ley 14616, comprende en su total dimensión el desvalor de injusto que ellos representan. Resta destacar que ésta es la ley aplicable por ser la vigente al momento de los hechos en virtud del principio impuesto por el art. 2 del CP.

Dejo así formulada mi propuesta de rechazo a este agravio.

3) Corresponde en este acápite abordar la pretensión del recurrente de que los delitos atribuidos a Colombo sean reputados como de genocidio.

Adelanto desde ya que el embate casatorio no recibirá de mi parte favorable acogida. Doy mis razones.

Ciertamente los delitos cometidos por el imputado revisten el carácter de lesa humanidad y de allí como lógica derivación su imprescriptibilidad y la jurisdicción universal.

La prueba reseñada y críticamente examinada en la sentencia ahora sometida a escrutinio conduce a aseverar que la actuación de Colombo se produjo en el contexto de un ataque de carácter generalizado o sistemático contra una población civil, "de conformidad con una política de estado o de una organización o para promover esa política". Elementos normativos éstos que son exigidos por el tipo de delito de lesa humanidad.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incorporado a nuestro derecho interno mediante ley n° 25390, en el art. 7 apartado primero,

establece el concepto del delito de lesa humanidad en los siguientes términos 1. [...] cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil y con conocimiento de dicho ataque:... 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 de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de 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.

2. A los efectos del párrafo 1: a) Por 'ataque contra una población civil' se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política...".

En este orden de ideas, cabe considerar lo sostenido por el Tribunal Cívero al resolver el recurso de hecho deducido por los querellantes en la causa "Derecho, René Jesús s/ inc. de prescripción penal de la

acción" -causa n° 24.079-", del 11 de julio de 2007, oportunidad en la que se remitió a los fundamentos y conclusiones del Procurador General. Se destaca en su dictamen que "la comunidad internacional ha realizado un esfuerzo conjunto para definir, en una evolución cuyo último punto sobresaliente lo constituye el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en qué consisten los crímenes de lesa humanidad [...]. Los crímenes de lesa humanidad, al igual que los delitos contra las personas, implican ambos la lesión de derechos fundamentales de los seres humanos. La distinción tiene su punto de partida en que los crímenes de lesa humanidad no lesionan sólo a la víctima que ve cercenados por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad como conjunto. Esta es la característica que fundamenta, entre otras cosas, la jurisdicción universal de este tipo de crímenes. El autor comete un crimen contra toda la humanidad, no sólo contra su víctima directa. En este sentido explica Satzger, el autor de un crimen de lesa humanidad, con su conducta, se rebela contra un estándar mínimo de derechos de la humanidad en su conjunto. Los tipos penales de los crímenes de lesa humanidad protegen sólo de manera secundaria los bienes jurídicos de las personas individuales (Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht. Baden-Baden, Alemania, 2005, pag. 203)".

En cuanto a los requisitos típicos que deben reunirse para que un acto puede calificarse de ese modo, se señaló en dicho precedente que, a la luz de la doctrina "...el requisito más relevante para que un hecho pueda ser considerado delito de lesa humanidad consiste en que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez -y esto es lo central- sea generalizado o sistemático.

Este requisito recibió un tratamiento jurisprudencial en el fallo *Prosecutor v. Tadic*, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997. Allí se explicó (apartados 647 y ss.) que la inclusión de los requisitos de generalidad o sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad. Generalidad, significa, según el fallo, la existencia de un número de víctimas, mientras que sistematicidad hace referencia a la existencia de un patrón o de un plan metódico...".

Asimismo se aclaró que hay un consenso generalizado de que no es necesario que los dos requisitos previstos en la primera condición se den acumulativamente, advirtiéndose que ellos "fueron también definidos por el Tribunal Internacional para Rwanda del siguiente modo: '...El concepto generalizado puede ser definido como masivo, frecuente, de acción a gran escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigido a una multiplicidad de víctimas. El concepto 'sistemático' puede ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales (The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, case n° ICTR-96-4-T)...".

En cuanto al restante requisito, "policy element", se sostuvo que "sirve para excluir del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad hechos aislados, no coordinados y aleatorios y configura el elemento propiamente internacional de esta categoría de crímenes [...]".

Ahora bien, formulada la somera digresión que antecede, resulta menester considerar las razones por las cuales los hechos imputados a Colombo no pueden ser

subsumidos en el tipo penal de genocidio. A tal fin cabe recalcar en la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio aprobada por la ONU el 9 de diciembre de 1948. Este instrumento que regula en el ámbito internacional el crimen de genocidio ha sido ratificado por la República Argentina mediante decreto-ley 6286/56 promulgado el 9 de abril de 1956 e incorporado al derecho interno con jerarquía constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la CN.

El art. 2 de la Convención establece su definición en los siguientes términos: "En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal": a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo".

Tal definición ha sido posteriormente recogida en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional constituido ad hoc para la ex Yugoslavia (art. 4.2), en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art.2.2) y en el Estatuto de Roma (art. 6).

De la simple lectura del tipo penal de genocidio se advierte que éste contiene dos elementos: el requisito de la intención, enunciado al principio de la norma y la conducta prohibida, que consiste en cualquiera de los actos que allí se describen.

Ciertamente el genocidio es un delito doloso; pero además exige a los efectos de la relevancia típica de la conducta del autor, un específico elemento subjetivo del tipo de injusto -distinto del dolo- y que se traduce en el propósito de destruir un determinado grupo. Este elemento es la característica distintiva de este crimen con relación a los crímenes contra la humanidad; "ya que estos últimos no suponen necesariamente infracciones o persecuciones contra los grupos e incluye -a diferencia de lo establecido en la Convención- a los grupos políticos" (vid. Martín Losada, El crimen de genocidio. Un análisis en ocasión de su 50 aniversario, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año V, número 9ª, editorial Ad Hoc, pág. 784).

Señala dicho autor, con cita de Yves Ternon, que "si el criminal actúa con el objetivo de suprimir a su víctima en razón de su raza, de su religión o de sus convicciones políticas, sin otra intención es un crimen contra la humanidad. Si tiene intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en todo o en parte, es un genocidio. La diferencia reside esencialmente, en la particularidad de la intención criminal. El genocidio es pues, un caso agravado de crimen contra la humanidad, merced a la intención reforzada que le caracteriza" (en ob. cit. pág. 804).

Es decir, no basta la intención general de cometer alguno de los actos enumerados para que exista el crimen de genocidio, sino que es menester el propósito de destruir total o parcialmente el grupo, con prescindencia de que ello finalmente se logre o no. Y esto último es así habida cuenta de que el tipo penal anticipa el momento consumativo al conformarse con la realización de un acto tendiente a la consecución del resultado valorativo -la destrucción del grupo- que queda ya fuera del tipo (cfr. Slonimski Pablo, Derecho Penal

Antidiscriminatorio, F Di Plácido Editor, Bs. As., 2002, pág. 119).

Como se advierte de su estructura dogmática se trata de un tipo de resultado cortado. En éstos, cabe recordar, la intención del autor al ejecutar la acción típica se dirige a un resultado independiente, sin que sea necesario que llegue a producirse realmente (cfr. Mir Puig, Santiago "Derecho Penal. Parte General", ed. PPU, 5ª edición, Barcelona, 1998, lección 9, nº 39).

Se atenta pues contra bienes jurídicos individuales con el fin de que se produzca la destrucción del grupo, resultado éste que queda excluido del tipo, de modo que si éste se verifica ello sólo implica el agotamiento del delito pero no su consumación que ya se habría producido.

Ergo la intención debe ser destruir *un grupo* como tal y no meramente una o más personas que pertenecen a ese colectivo. En este orden de ideas, cabe destacar que la Asamblea General de Naciones Unidas en 1946 (Resolución 96) estableció el distingo entre los crímenes de genocidio y el homicidio *stricto sensu* al referirse al primero como "una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros" y al segundo como "la negación a un individuo humano del derecho a vivir".

No resulta ocioso destacar que los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR) han establecido que los actos perpetrados contra la población bosnia desde 1992 a 1995 y tutsi durante el año 1994 por parte de las autoridades serbias y ruandesas respectivamente, configuraron el delito de genocidio, sustentado en el argumento de que sus principales objetivos fueron los bosnios y los tutsis, considerados como grupos estables y permanentes.

La condena a prisión perpetua dictada respecto de Jean Paul Akayesu por el TPIR el 2 de octubre de 1998 constituye la primera condena internacional por genocidio y la primera en reconocer que era genocidio la violación generalizada como parte de unas de las medidas dirigidas a impedir nacimientos dentro del seno del grupo.

Ciertamente el genocidio -neologismo creado por el jurista Raphael Lemkin, en 1944 y uno de los integrantes de la Comisión especial sobre Genocidio que preparó un proyecto de convención- es un crimen que reviste una gravedad inusitada y ha sido declarado un delito de Derecho Internacional contrario al espíritu y a los propósitos de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena.

Se lo considera una forma agravada de crimen contra la humanidad. Se trata pues de una especie del género crimen contra la humanidad o delito de lesa humanidad, de ahí su imprescriptibilidad que se encuentra regulada por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad del 26 de noviembre de 1968.

En lo concerniente a los grupos cuya destrucción configura el objetivo de este delito, -aproximándonos al punto axial sobre el que se centra el embate casatorio- la Convención establece mediante una tipificación ciertamente restrictiva y taxativa, que debe ser un *grupo nacional, étnico, racial o religioso*.

Como es dable apreciar de su tenor literal, ha quedado fuera del alcance del tipo penal internacional la referencia a "grupos políticos", exclusión que ha generado controversias por parte de la doctrina especializada en el tema, en la inteligencia de que la fórmula finalmente adoptada por la Convención resulta excesivamente estrecha por proteger a un escaso número de grupos.

Y ello, máxime si se repara en que dicho colectivo sí se había incluido en la definición de persecución plasmada en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, del 8 de agosto de 1945. Y que Naciones Unidas, el 11 de diciembre de 1946, mediante la Resolución 96 (I) que convocaba a los estados miembros a elaborar una Convención sobre este crimen, también los contemplaba al expresar que *"el genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas. Muchos crímenes de genocidio han ocurrido al ser destruidos completamente o en parte, grupos raciales, religiosos, políticos y otros"*.

De su lectura surge claramente que la intención de la ONU era incluir en el tipo a los grupos políticos y ello se ve reflejado en la redacción del primer proyecto de Convención, el que en una primera versión definía al genocidio como los actos deliberados cometidos con la intención de destruir un grupo nacional, racial, religioso o político, por razón de la nacionalidad o el origen racial, creencias religiosas u opiniones políticas de sus miembros (vid art. III del Proyecto del Comité ad hoc, reproducido en Drost, *The Crime of State*, II, *Genocide*, p. 41 citado por Alicia Gil Gil en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nº 8- C, Bs. As., 1999, pág. 507).

Lo cierto es que, a pesar de que dichos antecedentes sí tuvieron en miras la inclusión de los grupos políticos, el texto convencional finalmente aprobado los excluyó pues no consideró a los grupos políticos lo suficientemente estables a los efectos del crimen de genocidio.

"En cuanto a los grupos políticos su exclusión se fundó en el argumento de que carecen de la cohesión y permanencia de los grupos caracterizados y lo mismo se dijo con relación a los grupos económicos. Disiente con dicha exclusión basada en el argumento de la inestabilidad de dichos grupos, Miaja de la Muela, para quien es argumento de mayor peso la circunstancia de que "los partidos políticos en peligro de exterminio físico por el gobernante del signo opuesto, han tenido antes de llegar a este trance, una actuación pública que difícilmente puedan ocultar quienes participaron en ella, y de la que quedan constancias en ficheros, manifiestos y prensa, que son elementos mucho más definatorios de la filiación al partido perseguido, de lo que pueden ser los caracteres somáticos que acrediten la pertenencia al grupo racial o étnico en desgracia", resultando, de adverso, más justificada la exclusión de un concepto de tan difícil precisión como lo es el grupo nacional, que la Convención sí incluye (cfr. E. Gregorini Clusellas, "Genocidio su prevención y represión", Abeledo Perrot, Bs. As. 1961, pág. 33 y ss.).

Asimismo se sostuvo que dicha inclusión sería un inconveniente para que los Estados ratificasen la Convención, por cuanto en la práctica se presentarían muchos problemas insolubles, cual sería el caso de que un Estado persiguiese a una ideología totalitaria, al nazismo por ejemplo, que era un grupo político cuya expresa condenación no había sido incluida pues se sostuvo que tal referencia estaba fuera de lugar en una

definición científica de genocidio. Se llegó a sostener que la inclusión del genocidio político en la Convención mezclaría a la ONU en las luchas políticas internas de los Estados y acarrearía el intervencionismo en las cuestiones internas de dichos Estados (cfr. Gregorini Clusellas en ob y loc. cit., pags. 36 y ss.).

De este modo, la Convención contra el genocidio no consideró a los grupos políticos lo suficientemente estables a los efectos del crimen de genocidio. De allí que la tipificación no alcanzara a tal colectivo. Ahora bien, habida cuenta de que sí ha sido objeto de protección el conjunto denominado "grupo nacional" cabe examinar si resulta plausible que los grupos políticos sean reputados un grupo nacional a tenor de la Convención.

A fin de precisar el contenido y alcance de la alocución "grupo nacional" resulta menester reconducirnos al concepto mismo de Nación. Según el Diccionario de la Real Academia Española, en su 3ª acepción, que es la que aquí interesa, nación es el "conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común".

María A. Gelli afirma que "el término Nación no designa, estrictamente, un concepto jurídico. Remite a una realidad histórica-sociológica que se define por oposición a la extranjería y que está muy relacionada, fundamentalmente en América, con los procesos de independencia y la búsqueda de identidad, "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, 4ª ed. Ampliada y actualizada, Tomo I, Bs. As., La Ley 2008, pág. 19).

Para Gropali es "una unidad de carácter cultural, religioso, étnico, lingüístico, formada por

una pluralidad de individuos unidos entre sí por lazos de sangre, de idioma, de cultura etc. y por la conciencia de pertenecer a la misma comunidad (en "Genocidio su prevención y represión" antes cit., pág. 37).

Por su parte, el vocablo "nacional" es un adjetivo calificativo que alude a una calidad que debe revestir, en el caso, un conjunto de personas. Según el Diccionario de la Real Academia Español (<http://www.rae.com.es>), nacional significa: 1- perteneciente o relativo a una nación; 2- natural de una nación en contraposición con extranjero.

De lo expuesto cabe inferir que el grupo nacional al que alude la Convención y que configura uno de los grupos protegidos por el tipo de genocidio es aquel que nuclea a varios sujetos que comparten como común denominador, un mismo origen, una idiosincracia, un idioma, rasgos éstos que caracterizan y dan cohesión, es decir, brindan unidad a ese conjunto de personas. Y es en virtud, precisamente de ese vínculo, que se intenta exterminar al grupo como tal, como modo de aniquilar esa condición.

En esta inteligencia, no resulta ocioso traer a colación lo sostenido por autorizada doctrina, al afirmar que "la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino por el contrario, destruir a aquel sector de sus nacionales que no se somete a sus dictados. Con ello el grupo identificado como víctima no lo es en tanto que grupo nacional, sino como un subgrupo del grupo nacional, cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse o no de acomodarse a las directrices del criminal. Un grupo consiste en un cierto grupo de personas relacionadas entre sí por características comunes que les

diferencian de la población restante, teniendo conciencia de ello. Por lo tanto, el grupo victimizado ya no queda definido por su nacionalidad sino por su presunta oposición al Régimen. Los actos ya no van dirigidos al exterminio de un grupo nacional sino al exterminio de personas consideradas disidentes. En suma, no se da la intención de destruir total o parcialmente al grupo como tal, como grupo nacional. Si bastara para calificar las muertes masivas de personas con que las víctimas pertenecieran a una misma nacionalidad, cualquier masacre cometida con la participación o tolerancia del Estado se convertiría en un genocidio, lo que ni tiene sentido ni se ajusta a la voluntad de la Convención" (cfr. Alicia Gil Gil, "Posibilidad de persecución en España de violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica" en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nº 8- C, Bs. As., 1999, pág. 49).

Volviendo al *sub examine*, cabe colegir a la luz de dichas directrices y de conformidad con el texto convencional antes visto, que los hechos imputados a Juan Carlos Colombo en estas actuaciones no configuran genocidio. Y ello es así pues como ha quedado establecido las víctimas de los aberrantes sucesos atribuidos al imputado no formaban parte de ninguno de los grupos mencionados taxativamente por la Convención; pues si alguna vinculación se constató entre ellos fue, *vgr.* entre algunos, la de ser empleados del Poder Judicial de la provincia de Formosa.

Las convicciones políticas contrarias a la del régimen imperante en esa época, que como vínculo podría predicarse respecto de las víctimas del terrorismo de estado iniciado en 1976 en nuestro país, han quedado

excluidas de la tipificación del delito de genocidio y por ende del ámbito de protección de la Convención.

Tampoco podrán ser consideradas comprendidas bajo el rótulo "grupo nacional", pues como quedó probado en la sentencia existieron algunas víctimas que tenían nacionalidad paraguaya, como el caso de Carrillo y de Acosta Mena. Y además, destaco, aunque se hubiese constatado que todas las víctimas tenían la misma nacionalidad, aun en esa hipótesis, tampoco resulta plausible calificar los hechos como genocidio pues el objetivo perseguido a la sazón no estaba destinado a suprimir la nacionalidad argentina aunque sea en forma parcial-esto es a un sub grupo dentro de esa nacionalidad, como cabe inferir del texto convencional que rige- sino a eliminar a aquellos sujetos que eran reputados "subversivos" por el régimen de facto. Este "calificativo" constituyó el elemento que caracterizaba a las víctimas, agrupándolas en un conjunto contra el cual iba dirigido el ataque concebido en el plan de la dictadura.

Corresponde aclarar, tal como se sostuvo en la sentencia, que el plan llevado a cabo en la provincia de Formosa superó todo lo escrito, "por cuanto no se registró en la extensa audiencia de ocho meses, ninguna prueba que determinara que las personas detenidas, torturadas y secuestradas fueran subversivas. El poder militar se dirigió contra ciudadanos comunes: gremialistas, asociaciones judiciales, empleados y funcionarios públicos, campesinos y chacareros, pertenecientes o no a las ligas agrarias, comerciantes" (cfr. fs. 3524 vta/3526).

Ahora bien, el corolario al que arribo -que es el fruto de una hermenéutica respetuosa de las normas convencionales vigentes, del derecho penal internacional y por sobre todo del principio de legalidad art. 18 de

la CN-, no empece obviamente a la consideraci3n de que la persecuci3n dirigida contra las v3ctimas de autos, como se ha constatado en el caso, constituye, por m3s obvio que resulte aclararlo, un crimen de lesa humanidad en el entendimiento de que se trat3 de un ataque generalizado o sistem3tico contra una poblaci3n civil. Tipo penal 3ste, que como es sabido, al no especificar la clase de grupo al que ha de ir dirigido el ataque, permite, a su tenor, la subsunci3n legal de los hechos aqu3 sometidos a escrutinio.

Esta calificaci3n legal es pues el l3mite m3ximo al que se puede aspirar en un estado de derecho en el que el principio de legalidad no s3lo opera como l3mite del *ius puniendi* sino como garant3a de todo ciudadano. Considerar los sucesos sub examine como constitutivos del delito de genocidio implica la aplicaci3n del derecho al margen del marco de la regulaci3n legal, o sea, en palabras de Roxin, una interpretaci3n que ya no est3 cubierta por el sentido literal posible del precepto.

Al respecto cabe destacar, como bien lo considera la doctrina internacional dominante, que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulaci3n que es rellenado y concretado por el juez. Dicho marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, entendido 3ste como l3mite extremo, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretaci3n, considerando el significado literal m3s pr3ximo, la concepci3n del legislador hist3rico, el contexto sistem3tico legal y la finalidad de la ley (interpretaci3n teleol3gica). Todo aquello que se ubique al otro lado de ese l3mite constituye ya una creaci3n

jurídica complementaria que metódicamente no puede seguir denominándose interpretación. El criterio del sentido literal posible es irrenunciable por razones provenientes del Estado de Derecho, pues representa el único elemento objetivamente constatable que permite saber con una cierta seguridad dónde empieza la responsabilidad del juez por el Derecho de creación propia (cfr. Claus Roxin, "Derecho Penal, Parte General, T I, Fundamentos...", traducción de la 2ª ed. alemana, ed. Civitas. Madrid, España, 1999, págs. 148/9 y Hans Heinrich Jescheck " Tratado de Derecho Penal, Parte General" 4ª ed. Ed. Comares, Granada, España, 1993, pág. 142).

De ese sentido literal posible sólo se tiene que prescindir cuando existe un error en la redacción del texto legal mas en nuestro caso no se advierte tal extremo antes bien como quedó explicitado supra el genocidio político si bien estuvo comprendido en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de la ONU y en los trabajos preliminares de la Convención, fue finalmente suprimido de la tipificación definitiva. Y a ésta debo atenerme al decir el derecho, sin que ello signifique desconocer la plausibilidad de las definiciones sociológicas y políticas -algunas más amplias, que la noción jurídica- en torno a este concepto en sus respectivos ámbitos de operatividad.

Ergo, no me encuentro legitimado para calificar los sucesos de autos como constitutivos del delito de genocidio, por tanto he de rechazar la pretensión de la querrela en ese sentido.

Con lo expuesto dejo también formulada mi propuesta de rechazo respecto del simil planteo introducido por el doctor Velazquez Ibarra en su libelo recursivo.

4) Finalmente cabe abordar el último punto de agravio de esta querrela vinculado con la imposición de costas.

Conforme surge del tenor literal del art. 530 del CPPN "toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente deberá resolver sobre el pago de las costas procesales". Ello implica que si en la resolución definitiva se omite toda consideración en torno a este tópico "resultaría posible aducir inobservancia de la previsión del art. 29 inc. 3 CP, disposición cuyo carácter procesal daría lugar a la casación con sustento en el art. 456, inc. 2 (cfr. D'Albora, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, 8 ed. Bs. As. 2009, pág. 933).

De seguido, el CPPN regula cómo será la imposición, estableciendo en el art. 531 que "las costas serán a cargo de **la parte vencida**, pero el tribunal podrá eximirla, total o parcialmente, cuando hubiera tenido razón plausible para litigar".

Como es dable observar de lo transcripto el ordenamiento ritual hace referencia a la parte vencida.

En materia civil, Chiovenda advierte que la idea de parte no hay que buscarla fuera de la litis y en particular a la relación sustantiva que es objeto de la controversia (cfr. Carlos Eduardo Fenochietto, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales. T 1, Ed. Astrea; Bs. As., 1999, pág. 183).

Por su parte Núñez, sostiene que parte vencida es la destinataria de un dispositivo desfavorable de la pertinente resolución (Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, anotado por Ricardo Núñez, segunda

ed. actualizada, Marcos Lerner ed. Córdoba, 1992, pág. 541).

Bajo el concepto de costas quedan comprendidos todos los gastos necesarios para la preparación, instrucción y decisión del proceso judicial. Desde el momento en que el Estado se hace cargo sólo del costo generado por la administración de justicia, fácil es concluir que los gastos judiciales serán soportados por quienes se han servido del proceso, es decir, las partes.

Como principio general, el vencido en juicio, debe pagar todos los gastos, quedando incluidos los de la contraria y naturalmente los propios (art. 68 párrafo 1º de CPCCN) -cfr. Fenochieto, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, antes cit. pág. 283 -.

La Corte Suprema ha sostenido que el art. 68 del Cód. Procesal consagra el principio rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota: quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN 311:1914, considerando 8º y 312:889 entre otros).

En el mismo sentido, señalan Fassi y Yáñez que la parte vencida en el juicio deberá afrontar todos los gastos de la contraria y se considera como tal la que obtuvo un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (conf. autores cit. Código Procesal Civil y Comercial, ed. Astrea tomo I, pág. 413).

Como se dijo *supra* el fundamento de esta condena es el hecho objetivo de la derrota -con independencia de los factores subjetivos- y su justificación radica en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar. Cabe aclarar que la excepción a esta regla es de carácter restrictivo (conf. CSJN Fallos

316: 2297) y aún la duda debe resolverse inclinándose por su aplicación (conf. Morello Sosa- Berizonce Códigos Procesales en lo Civil y Comercial, Librería Editora Platense, tomo IIB 1992, pág. 52).

En la especie, no advierto la existencia de ninguna causal que haga plausible apartarse del principio rector en esta materia, consagrado en el art. 531 del CPPN y en el símil art. 68 primera parte del CPCCN.

En efecto, el imputado Juan Carlos Colombo fue quien resultó condenado, por lo que atento esa calidad de vencido en este proceso le corresponde responder por las costas causídicas ocasionadas, entre las que se encuentran los honorarios de los letrados intervinientes.

Extender dicha responsabilidad al Estado Nacional como pretende la querrela implica poner en cabeza de una persona de existencia ideal que no ha sido sujeto procesal en estas actuaciones, una consecuencia jurídica -que resulta accesoria a la condena principal- sin haber tenido ninguna intervención en aquel carácter procesal. Adoptar tal temperamento deviene no sólo intempestivo sino sorpresivo para aquella persona, con las consecuencias que ello implica al habérsela privado del derecho de defensa, a cuyo tenor podría haber argumentado respecto de esa cuestión.

En prieta síntesis, el estado nacional, no ha sido parte en estos obrados, por tanto no puede imputársele una consecuencia jurídica que debe soportar sólo quien ha resultado vencido en un determinado litigio, para lo cual resulta presupuesto básico haber tenido alguna intervención como sujeto procesal en el expediente en el que se pretende dicha condena. Tal

corolario obviamente no empece a un eventual reclamo en otra sede jurisdiccional diversa a la penal.

En virtud de las consideraciones expuestas postulo al acuerdo el rechazo del presente agravio.

B) Recurso del querellante doctor Pedro Velázquez Ibarra.

El primer planteo del recurrente discurre sobre las normas normas penales que rigen los sucesos sub examine, pues a su entender, resulta aplicable la ley 21.338 de fecha 25 de junio de 1976, habida cuenta de que los hechos atribuidos a Colombo comenzaron a partir del día 4 de agosto del referido año con la detención de Elsa Chagra.

Así manifestó que conforme la regla establecida en el art. 2 del CP no corresponde aplicar la ley 14616, como lo hacen los sentenciantes, que fuera derogada en las partes pertinentes al caso por la ley 21338.

Como quedara expuesto en el acápite anterior al tratar la impugnación deducida por la otra querella, considero correcto el juicio de tipicidad efectuado por el *a quo*, por lo que a fin de no caer en innecesarias repeticiones he de remitirme, *brevitatis causae*, a lo decidido *ut supra*.

Por lo demás, resta aclarar que si bien los hechos de autos configuran delitos que atentan contra el *ius cogens*, y por ende de lesa humanidad ello no empece a la vigencia del principio de legalidad, en lo que aquí concierne, el mandato de *lex proevia* que como postulado se deriva de aquél -con la consabida excepción de ultraactividad de la ley penal más benigna- obsta a la recepción favorable de la pretensión de la querella.

Como ya lo adelantara, y por las mismas razones expuestas al considerar idéntico planteo esbozado por los querellantes Felicitas Giménez de Carrillo, la Asamblea

Permanente por los Derechos Humanos y Roberto Antenor Gauna, he de rechazar la petición del recurrente de que "se declare que los delitos de lesa humanidad atribuidos al condenado fueron perpetrados en el marco de un genocidio" -fs. 3678-.

Por último, tampoco recibirá favorable acogida la petición del doctor Velázquez Ibarra de que se ordene que la pena impuesta a Colombo sea cumplida en el Complejo Penitenciario Federal N° II de Marcos Paz hasta tanto quede firme la sentencia.

Y ello es así habida cuenta de la falta de fundamentación que sustente tal pedido pues el querellante no ha brindado siquiera una mínima argumentación plausible en virtud de la cual estime que corresponda cambiar la modalidad de prisión preventiva a la que viene siendo sometido el imputado.

Ergo, cabe declarar inadmisibles dichas pretensiones (art. 444 del CPPN).

C) Recurso de la defensa técnica del imputado, representada por el doctor Gerardo Alberto Casco.

Adelanto desde ya que no recibirá favorable acogida la crítica ensayada por el recurrente basada en la falta de fundamentación de la sentencia, al rechazar la nulidad planteada por esa parte y, asimismo, en la arbitraria valoración de prueba e incorporación de elementos extraños consistentes en copias simples que a la postre conformaron la plataforma fáctica de la acusación y sobre la cual el tribunal fundó su sentencia.

De la lectura de las actas de debate -que corren acollaradas a las presentes en cuerda floja- observo que la defensa, en fecha 20/8/09, en el ínterin de llevarse a cabo la indagatoria del imputado, planteó formalmente

oposición a la incorporación de todos aquellos documentos que han sido presentados en fotocopia simple que no han sido certificados.

A su turno, corrida la vista el fiscal general sostuvo que el planteo resultaba extemporáneo "porque eso se incorporó en cada acta de debate. La mayoría de las pruebas son copias de instrumentos públicos, por lo tanto entiendo que es extemporáneo porque fueron ya incorporados al debate" -cfr. fs. 401/404-

El tribunal resolvió "tener por incorporada la prueba y en el momento de dictar sentencia se valorará dicha prueba como fotocopia simple", decisión ésta que motivó la reserva formulada por la defensa de recurrir en casación -fs. 404 del 3º cuerpo de actas de debate-.

Tal como consta a fs. 451 de dicho cuerpo, la defensa al concluir su alegato, planteó incidente de nulidad de conformidad con lo previsto en el art. 170 del CPPN.

En su argumentación, señaló que "dicha situación produce afectación directa al derecho de defensa en juicio art. 18 de la Constitución Nacional. Se trata de un planteo de nulidad de todos los elementos que se encuentran en la causa por copia simple son elementos extraños a cualquier proceso, no pueden estar en el expediente los que no tengan carácter de documentos. Si bien, en el proceso penal no tenemos específicamente determinado el principio de documentales, se rige dicha situación por principios generales de la legislación civil, en base de la aplicación de ello es que solicito el desglose de todo material, fojas o hojas que no se encuentren como copia fiel o que no sean original. No se puede realizar consideración al momento de valoración o evaluación de la prueba, porque no es prueba ni puede ser objeto de evaluación, ya que ni siquiera tiene carácter indiciario, porque las copias simples no existen en el

mundo jurídico" -cfr. fs. 451/451 vta. del cuerpo de acta de debates.

De seguido, la defensa pasó a identificarlos, tal como consta a fs. 451 vta./453. Entre ellos, mencionó "...copia de fs. 8568/73 de la causa Carrillo,..., decreto 1947 (29/10/76)... y para finalizar en el cuerpo 4to. Copia de resolución de ascensos de Juan Carlos Colombo, cuerpo 10mo. Copia de la documental adjuntada a fs. 3433/51 de Carrillo adjuntada durante la testimonial de Angélica Bogarín, como así también todas las específicamente leídas y todas las detalladas y genéricamente todas las copias que se encuentren incorporadas a la causa, solicito se haga lugar a la nulidad interpuesta desglosándose las copias del expediente de marras,..." -fs. 453 del cuerpo nº3 de actas de debate-

El tribunal resolvió tener presente el planteo de nulidad y diferir su resolución al momento de dictar sentencia. -fs. 453 vta.-

Luego del proceso de deliberación previsto en el art. 396 del CPPN, el tribunal se abocó al examen de la nulidad de las documentales agregadas en fotocopias simples.

Así principió el análisis señalando que la nulidad fue articulada como incidente en los términos del art. 377 del CPPN y después de reseñar los fundamentos dados por la parte, se pronunció por su rechazo.

Para así decidir, partió de la consideración de que "la oportunidad procesal pertinente para oponer tal planteo nulificadorio, resulta, conforme la normativa citada -art. 170, inc. 3º del CPPN- cuando son producidas en el debate, al cumplirse el acto, o inmediatamente después.

Refirió el a quo que "el Sr. Defensor, cuestionó tales documentos, ab initio, el día 19 de agosto del corriente año, al finalizar la audiencia en la que Juan Carlos Colombo prestara -conforme lo requerido- declaración indagatoria y refrendó dicho planteo, en oportunidad de exponer sus alegatos. No advertimos que al ser incorporada cada una de las documentales hoy cuestionadas, hubiera reprochado su introducción o incorporación como medio de prueba en tal oportunidad, ni en el acto inmediato subsiguiente. Es decir, que tácitamente consintió tales incorporaciones y en consecuencia, ha operado la preclusión para oponer cualquier tipo de impugnación de tal tenor.

A mayor abundamiento el a quo profundizó en el reclamo a fin de satisfacer el derecho de defensa del imputado.

En tal dirección entendió que el planteo de la defensa "responde a la facultad -en la etapa procesal propia de los alegatos- de merituar la admisibilidad constitucional del material probatorio, impugnando aquellas pruebas que hayan sido obtenidas o ingresadas al proceso en violación de las garantías constitucionales o de las normas de procedimiento que reglamentan dichas garantías y las formas esenciales del proceso, solicitando la declaración de exclusión probatoria ..."

De seguido adujo "adentrándonos en la impugnación incoada debemos diferenciar, respecto a la documentación que cuestiona aquella que pueda tener cierta vinculación o pertinencia con los hechos aquí investigados, en razón de su aptitud para acreditar la participación del enrostrado en tales hechos ilícitos, de las que si bien pueden abonar una conducta reprochable, no guarda relación con la plataforma fáctica atribuida a Juan Carlos Colombo o, corresponde a otros sujetos, cuya conducta no concierne entrar a analizar.

Señaló el tribunal que "en lo que respecta a los decretos presentados por el Dr. Tievas en la audiencia supra referenciada, como otros que fueron incorporados durante el debate, en fotocopia simple, en idéntico sentido, solicita su nulidad y en consecuencia su desglose. En virtud de tratarse del mismo instrumento legal (decretos) y resultar análoga la fundamentación en que basa su solicitud (resultar fotocopias simples), su requerimiento se resolverá de forma conjunta" -fs. 3509-. Después de haber efectuado una enunciación de todos los decretos en cuestión (fs. 3509/3511 vta.) el *a quo* sostuvo que "su pretensión resulta inoficiosa y carente de todo sustento, por cuanto tales decretos, publicados oportunamente en el Boletín Oficial tienen efecto erga omnes, y como tales, son de conocimiento público, y su validez, en estos autos, no se encuentran sujetos al instrumento legal que los ampara (requiriendo en consecuencia una fotocopia certificada) bastando incluso su mera invocación, y su presentación y posterior incorporación a los presentes autos, sólo responde a los fines de un cabal conocimiento de éstos, o a una mejor y más correcta comprensión de los argumentos vertidos por quienes los invocan" -fs. 3511 vta.-

De adverso a lo alegado por la defensa, quien sostiene que el planteo fue rechazado por el *a quo* sin ningún tipo de motivación, considero que la sentencia cuenta con fundamentos sólidos suficientes que obstan a su descalificación como acto jurisdiccional válido. Es que, como es dable observar de lo reeditado supra el *a quo* ha brindado una argumentación plausible al momento de rechazar el planteo nulificante petitionado por esa parte, no habiéndose limitado con el argumento de la preclusión sino que se adentró a un mayor análisis de la

cuestión, como el mismo tribunal lo advirtió, para garantizar el derecho de defensa del imputado.

De modo que, la argumentación esbozada por el *a quo*, que se asienta en el carácter *erga omnes* que revisten los decretos anejos a estas actuaciones en copias simples, no ofrece reparo alguno que formular, por lo que corresponde rechazar el agravio del casacionista en tal sentido.

Por lo demás, no se avizora ni la parte lo ha demostrado el perjuicio concreto que la alegada falta de certificación de tales copias le hubiera acarreado. Y ello es axial pues como es sabido la declaración de nulidad es improcedente si quien la solicita no demuestra la existencia tanto de un interés personal cuanto del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular, habida cuenta que la respectiva resolución invalidatoria debe responder a un fin práctico (*pas de nullité sans grief*), pues resulta inconciliable con la índole y función del proceso la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer un mero interés teórico (cfr. en este sentido, mi voto *in re* "Cornejo Torino Jorge y otros s/ rec. de casación", causa n° 9804, rta. el 29/10/10, Reg. n° 17412 de la Sala II, entre otras).

Lo cierto es que esa parte no se ha visto privada de acceder al conocimiento cierto del tenor de dichos decretos y de su incidencia en las imputaciones efectuadas a su respecto. Resta destacar, por más obvio que a este devenir resulte aclararlo, que la plataforma fáctica de la acusación y sobre la cual el tribunal fundó su sentencia, no se ha edificado a partir de las copias simples objetadas por la defensa; sino antes bien, los hechos establecidos en la sentencia fueron el resultado de una debida apreciación de los elementos probatorios obrantes en la causa.

En definitiva, en virtud de las consideraciones expuestas, postulo al Acuerdo:

I- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 3670/3675 vta. por los querellantes doctores Carlos Alberto Ojeda y Williams Dardo Caraballo, casar parcialmente el punto dispositivo III de la sentencia obrante a fs.3425/3662, declarando que Juan Carlos Colombo es autor material penalmente responsable del delito de asociación ilícita en calidad de jefe (arts. 45 y 210 segundo párrafo del CP) y confirmarlo en cuanto lo declara coautor mediato del delito de privación ilegítima de la libertad agravada por la aplicación de tormentos (arts. 55, 144 bis, inc. 1º y último párr. -Ley 14.616- en función del art. 142, incisos 1 y 5 del CP, texto según ley 20.642, nueve hechos en concurso real) y del delito de tormentos seguido de muerte (arts. 55, 144 ter, 1º y 2º párr. del CP, ley 14.616 dos hechos en concurso real) todos en concurso real (art. 55 del CP) y en cuanto lo condena a las penas de veinticinco años de prisión, inhabilitación absoluta por igual lapso, accesorias legales y costas (arts. 19, 40, 41 del CP y arts. 530 y 531 del CPPN); y rechazar el recurso en lo que respecta a los restantes agravios, sin costas (arts. 470, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

II- Declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto a fs. 3678/3687 por el querellante doctor Pedro Velázquez Ibarra en lo concerniente al punto 3º de su petitorio (art. 444 del CPPN); rechazándolo en todo lo demás, con costas (arts. 470 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

III- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 3688/3696 por la defensa de Juan Carlos

Colombo, con costas (artículos 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN).

IV- Rectificar la disposición legal correspondiente al concurso real asentada en la sentencia obrante a fs. 3425/3662, corrigiéndose por la prevista en el art. 55 del CP (art. 472 del CPPN).

Así es mi voto.

La señora Juez, **doctora Liliana Elena Catucci** dijo:

1) Por los fundamentos contenidos en el voto del Dr. Mitchell y los propios vertidos, *in re*: "Principalle, Juan José s/ recurso de casación", Reg, n° 9544, causa N° 7200, rta. el 5/10/06, de la Sala I, y sus citas, ninguna duda cabe de que Juan Carlos Colombo integraba una asociación ilícita en los términos del artículo 210 del Código Penal. El contexto de su accionar en el marco de un plan programático para cometer delitos, como los aquí tratados revela esa adecuación legal.

El minucioso examen efectuado en ese mismo primer voto acerca de los aportes de este encausado en la comisión de los graves delitos investigados, conforma su calidad de organizador, sin que por ello se descarte la coexistencia de otros (arts. 45 y 210, última parte).

2) Por las estudiadas consideraciones efectuadas en la opinión que antecede basadas en la doctrina nacional e internacional y en las pruebas agregadas a esta causa coincido en que la adecuación típica de tormentos seguida de muerte en los casos de Mirta Insfran y Fausto Carrillo es la apropiada al caso (arts. 144 ter, 1° y 3° párrafo, texto según ley 14.616 del código de fondo).

Comparto las disquisiciones anotadas en relación al encuadre de los hechos en homicidio *criminis causae*, o calificado por alevosía o ensañamiento (art.

80, inc. 2 y 7 del mismo cuerpo legal), en función de las características del elemento subjetivo de la culpabilidad de esas agravantes no estrictamente probadas en autos. Razón por la cual al menos debe hacerse jugar el beneficio de la duda (art. 3 del C.P.P.).

En idénticos términos a los expuestos por el Dr. Mitchell me expido respecto del homicidio con el concurso premeditado de dos o más personas establecido en el artículo 80, inc. 6 del código sustantivo.

3) De la distinta significación jurídica entre el genocidio y los delitos de lesa humanidad, asentada en la opinión precedente, y basada en el alcance del elemento subjetivo, fundamentalmente en la intención de destruir un grupo determinado de personas, con exclusión de los grupos políticos, por carecer de la cohesión y permanencia que comparto, se advierte que los hechos de autos se adscriben a estos últimos y se desajustan a los primeros.

Ello se desprende de la comprensión del delito de genocidio contenida en la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio aprobada por la ONU el 9 de diciembre de 1948, ratificada por nuestro país el 9 de abril de 1956 por el decreto ley 6286/56, e incluida a partir de la reforma constitucional de 1994 a la Constitución Nacional en su artículo 75, inc. 22 ; tomada después por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional ad hoc para la ex- Yugoslavia, y en el del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Por el contrario como sostuvo el Dr. Mitchell los hechos se adecuan a los crímenes de lesa humanidad, tal como fue tratado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Arancibia Clavel, Enrique L. S/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", A.

533. XXXVIII, T. 327: 3312 del 24/8/2004, al sostenerse, entre otros argumentos, que: "...corresponde calificar () la conducta como delito de lesa humanidad si la agrupación de la que formaba parte el imputado estaba destinada a perseguir a los opositores políticos del gobierno de facto por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos, con la aquiescencia de funcionarios estatales...", *in re*: "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ recurso de casación", Reg. N° 1250/10, causa n° 9896, rta. el 25 de agosto de 2010, de esta Sala.

4) Por las mismas consideraciones efectuadas en el voto del Magistrado que lideró este Acuerdo entiendo la insoslayable imposición de costas al procesado y la exclusión de ellas al Estado Nacional por no haber sido parte del contradictorio actuado en la presente.

5) Participo del mismo criterio esbozado *ut supra* por mi distinguido colega en lo atinente al acierto de la ley penal seleccionada como aplicable al caso y asimismo a los inherentes a los agravios de la defensa de Colombo que epilogaron en su rechazo.

En estos términos suscribo las conclusiones propiciadas por el Dr. Mitchell.

La señora Juez **doctora Angela Ester Ledesma** dijo:

La suerte del presente recurso se encuentra sellada por el voto coincidente de los colegas que me preceden. Por eso, sólo quiero indicar, respecto de las impugnaciones de los querellantes, que el doctor Mitchell realizó un minucioso análisis de las cuestiones objeto de tratamiento de modo tal que adhiero a las soluciones que él propone.

Conforme los hechos que tuvo por probados el sentenciante, Colombo debe responder como jefe de la asociación ilícita. No ocurre lo mismo en relación a la

calificación de los sucesos postulada por los impugnantes (homicidio calificado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y para lograr su impunidad). Es que, el Tribunal Oral no contó con elementos que le permitieran tener por probado el dolo requerido para dichas figuras (ver fs. 3638) y, en consecuencia, adoptó la postura subsidiaria que emitió el Ministerio Público Fiscal (tormento seguidos de muerte). Esta situación, que hace a la prueba de dicha circunstancia, no puede ser corregida en esta instancia. La subsunción en esa calificación también permite descartar el agravio introducido por el doctor Pedro Velázquez Ibarra en relación a la ley aplicable al caso.

De cualquier manera, como quedó demostrado y aun cuando se descarte el delito de genocidio, el accionar resulta abarcado por la categoría "delitos de lesa humanidad" con las consecuencias que ello trae aparejado (cfr. Fallos 327:3312, 328:2056, y lo sostenido por esta Sala, entre muchas otras, en las causas 6716 "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ recurso de casación", resuelta el 9 de mayo de 2007, registro 469/07 y 7112 "Radice, Jorge Carlos s/ recurso de casación", resuelta el 9 de mayo de 2007, registro 444/07).

Por otro lado, tampoco puede prosperar el pedido de que el Estado responda subsidiariamente por las costas pues, como lo explicó el colega, no sólo no resultó vencido sino que tampoco intervino en el proceso, ni pudo ejercer su defensa. Finalmente, la pretensión de que Colombo sea alojado en Marcos Paz hasta que la condena quede firme no puede ser tratada desde el momento en que no se ha efectuado ninguna alegación al respecto y esa simple mención no puede ser considerada como motivación suficiente de la vía.

En lo referido al recurso interpuesto por la defensa, estimo que la sentencia cuenta con fundamentos suficientes, mínimos, adecuados, serios y bastantes conforme lo requieren los artículos 123 y 404 del CPPN. A su vez, respecto de la nulidad porque se incorporaron copias de los decretos sin que ellas estuvieran certificadas, estimo que el recurrente no ha demostrado de qué manera esta circunstancia pondría en jaque los derechos del imputado; la ausencia de un perjuicio efectivo, concreto y actual no permite la descalificación del acto jurisdiccional atacado.

Así es mi voto.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal, **RESUELVE:**

I- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 3670/3675 vta. por los querellantes doctores Carlos Alberto Ojeda y Williams Dardo Caraballo, casar parcialmente el punto dispositivo III de la sentencia obrante a fs.3425/3662, declarando que Juan Carlos Colombo es autor material penalmente responsable del delito de asociación ilícita en calidad de jefe (arts. 45 y 210 segundo párrafo del CP) y confirmarlo en cuanto lo declara coautor mediato del delito de privación ilegítima de la libertad agravada por la aplicación de tormentos (arts. 55, 144 bis, inc. 1º y último párr. -Ley 14.616- en función del art. 142, incisos 1 y 5 del CP, texto según ley 20.642, nueve hechos en concurso real) y del delito de tormentos seguido de muerte (arts. 55, 144 ter, 1º y 2º párr. del CP, ley 14.616 dos hechos en concurso real) todos en concurso real (art. 55 del CP) y en cuanto lo condena a las penas de veinticinco años de prisión, inhabilitación absoluta por igual lapso, accesorias legales y costas (arts. 19, 40, 41 del CP y arts. 530 y 531 del CPPN); y rechazarlo en lo que respecta

a los restantes agravios, sin costas (arts. 470, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN).

II- Declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto a fs. 3678/3687 por el querellante doctor Pedro Velázquez Ibarra en lo concerniente al punto 3 de su petitorio (art. 444 del CPPN); rechazándolo en todo lo demás, con costas (arts. 470 a *contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN).

III- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 3688/3696 por la defensa de Juan Carlos Colombo, con costas (artículos 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN).

IV- Rectificar la disposición legal correspondiente al concurso real asentada en la sentencia obrante a fs. 3425/3662, corrigiéndose por la prevista en el art. 55 del CP (art. 472 del CPPN).

Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones a su procedencia, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo: Angela E Ledesma, Liliana Elena Catucci y W. Gustavo Mitchell. Ante mi: María de las Mercedes López Alduncín, Secretaria de Cámara.