

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

**REGISTRO N° 520/13**

///la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de abril del año dos mil trece, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por la Prosecretaria de Cámara, doctora Jesica Sircovich, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 3434/3457, 3459/3485 vta. y 3486/3500vta. de la presente causa Nro. 13.546 del Registro de esta Sala, caratulada: "**GARBI, Miguel Tomás y otros s/recurso de casación**"; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, en la causa Nro. 836/09 de su registro, con fecha 1 de noviembre de 2010, resolvió –en lo que aquí interesa– : "**I) NO HACER LUGAR** al planteo de prescripción de la acción penal formulado por las defensas técnicas de los imputados Ramiro del Valle López Veloso y Musa Azar, conforme se considera.- **II) NO HACER LUGAR** al planteo de inconstitucionalidad de la norma del art. 80 del Código Penal, en tanto habilita la aplicación de la pena de prisión perpetua, conforme se considera.- **III) CONDENAR a MUSA AZAR**, de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de **PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA y PERPETUA y ACCESORIAS LEGALES** por igual tiempo que el de la condena, por ser autor mediato penalmente responsable del delito de **violación de domicilio** de Avenida Roca (s) 1.195 de la ciudad de Santiago del Estero (art. 151 del Código Penal vigente al momento de los hechos); coautor material penalmente responsable

de la comisión de los delitos de **privación ilegítima de la libertad agravada** (art. 144 bis inc. 1º y 2º del Código Penal vigente al momento de los hechos) y de **tormentos agravados** (art. 144 ter. del Código Penal vigente al momento de los hechos) y autor mediato penalmente responsable del delito de **homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y con la finalidad de procurar la impunidad** (art. 80 inc. 2, 6 y 7 del Código Penal vigente al momento de los hechos); todos delitos cometidos en perjuicio de *Cecilio José Kamenetzky*, bajo las reglas del **concurso real** (art. 55 del Código Penal vigente al momento de los hechos), conforme se considera (arts. 12, 19, 40y 41 del Código Penal vigente al momento de los hechos); calificándolos como **Delitos de Lesa Humanidad.-**; IV) **CONDENAR** a **MIGUEL TOMÁS GARBI**, de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de **PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA y PERPETUA y ACCESORIAS LEGALES** por igual tiempo que el de la condena, por ser autor material penalmente responsable del delito de **violación de domicilio** de Avenida Roca (s) 1.195 de la ciudad de Santiago del Estero (art. 151 del Código Penal vigente al momento de los hechos); coautor material penalmente responsable de la comisión de los delitos de **privación ilegítima de la libertad agravada** (art. 144 bis inc. 1º y 2º del Código Penal vigente al momento de los hechos) y de **tormentos agravados** (art. 144 ter. del Código Penal vigente al momento de los hechos) y autor mediato penalmente responsable del delito de **homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y con la finalidad de procurar la impunidad** (art. 80 inc. 2, 6 y 7 del Código Penal vigente al momento de los hechos); todos delitos cometidos en perjuicio de *Cecilio José Kamenetzky*, bajo las reglas del **concurso real** (art. 55 del Código Penal vigente al momento de los hechos), conforme se considera (arts. 12, 19, 40y 41 del Código Penal vigente al

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

momento de los hechos); calificándolos como **Delitos de Lesa Humanidad.-**; V) **CONDENAR** a **RAMIRO DEL VALLE LÓPEZ VELOSO**, de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de **PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA y PERPETUA y ACCESORIAS LEGALES** por igual tiempo que el de la condena, por ser coautor material penalmente responsable de la comisión de los delitos de **privación ilegítima de la libertad agravada** (art. 144 bis inc. 1º y 2º del Código Penal vigente al momento de los hechos) y **tormentos agravados** (art. 144 ter. del Código Penal vigente al momento de los hechos) y autor material del delito de **homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y con la finalidad de procurar la impunidad** (art. 80 inc. 2, 6 y 7 del Código Penal vigente al momento de los hechos); todos delitos cometidos en perjuicio de *Cecilio José Kamenetzky*, bajo las reglas del **concurso real** (art. 55 del Código Penal vigente al momento de los hechos), conforme se considera (arts. 12, 19, 40 y 41 del Código Penal vigente al momento de los hechos); calificándolos como **Delitos de Lesa Humanidad.-** VI) **DISPONER** que las penas impuestas sean cumplidas en establecimientos carcelarios del Servicio Penitenciario Federal.-(...) IX) **DIFERIR** la lectura de los fundamentos de la presente sentencia para el día martes nueve de noviembre del corriente año, a horas 11:00 (Art. 400 C.P.P.N.).-" (fs. 3352/3 y fundamentos fs. 3354/3401).

II. Que contra dicha resolución, interpusieron recurso de casación, el doctor Diego Leonardo Lindow, asistiendo a Miguel Tomás Garbi, a fs. 3434/3457; el señor Defensor Público Oficial Ad-Hoc, doctor Pablo Antonio Lauthier, asistiendo a Musa Azar, a fs. 3459/3485; y el doctor César Fabián Barrojo, asistiendo a Ramiro López Veloso, a fs.

3486/3500vta.. Los que fueron concedidos (cfr. fs. 3521/3522vta., 3523/3524vta. y 3525/3526vta.); y mantenidos en esta instancia, a fs. 3666, 3673 y 3718 (en este sentido: cfr. fs. 3705/3706).

III.a. Que el doctor Lindow, asistiendo a Miguel Tomás Garbi, encauzó sus agravios por ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N..

Previo a exponer sus cuestionamientos, el recurrente realizó consideraciones de orden general en torno al inicio de las actuaciones en relación a su asistido, el cargo que ostentaba a la fecha de los hechos investigados, su ausencia en el lugar de los hechos y la condena finalmente dictada a su respecto.

En relación a los interrogantes invocados, consideró en primer lugar que se violó el derecho de defensa en juicio, y, por ende, el de progresividad, preclusión y congruencia, en orden al delito de homicidio.

Explicó que Garbi fue originalmente acusado del homicidio de Cecilio Kamenetzky, conforme surge de su indagatoria a fs. 1147, y procesado, auto que fue revocado por la Cámara Federal de Apelaciones, quien dispuso su falta de mérito en relación a ese hecho y dejó firme su procesamiento respecto de las restantes figuras endilgadas (fs. 684 vta.), resolución que quedó firme pues ni el Ministerio Público Fiscal ni las querellas interpusieron recurso.

Luego, se elevó la causa a juicio por dichos delitos (fs 1194), respecto de los cuales las querellas formularon acusación, y lo propio hizo el Ministerio Público Fiscal aunque incluyendo el delito de homicidio, a lo cual se opuso, toda vez que –conforme ya explicó– Garbi no se encuentra procesado por dicho delito, planteo que fue rechazado.

Recordó lo establecido en el artículo 346 del C.P.P.N. y entendió que si el juez corrió la vista allí

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

establecida y estimó completa la instrucción cuando Garbi contaba con falta de mérito, fue porque no correspondía procesarlo nuevamente por homicidio.

Por otra parte, destacó, que si el Ministerio Público Fiscal entendió que la causa debía ser elevada a juicio por homicidio, debió expedirse solicitando nuevas pruebas y un nuevo procesamiento y no acusarlo por un delito respecto del cual se dictó falta de mérito; más aún cuando se advierte la incongruencia entre el hecho contemplado en el requerimiento fiscal y aquél por el cual el juez elevó las actuaciones a juicio.

En definitiva, concluyó que la elevación a juicio de las actuaciones sin que exista un procesamiento previo, es en el marco de nuestro código adjetivo, un acto nulo; y realizó consideraciones en torno a la garantía constitucional de revisión o doble instancia que asiste a todo imputado respecto de un fallo condenatorio.

Finalmente, señaló que resulta incongruente que un fallo dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán sea desoído por el tribunal de juicio, más aún cuando dos de sus integrantes subrogantes (las Dras. Cossio de Mercau y Fernández Vecino), son camaristas que integran aquel órgano.

En segundo lugar, sostuvo que se violó el derecho de defensa pues Garbi no fue indagado por los delitos de privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y violación de domicilio de Cecilio Kamenetzky.

Adujo que conforme se desprende de su indagatoria a fs. 1147, su asistido fue legitimado pasivamente en la causa principal caratulada "Secretaría de Derechos Humanos de la Nación s/Denuncia Expte. N° 9002/03" de la cual se extrajo

fotocopia certificada y se agregó a esta, por lo que no fue debidamente intimado de los hechos imputados en la causa (circunstancias de modo, tiempo y lugar) por los que resultó finalmente condenado.

De esta forma, reiteró que se violó el derecho de defensa en juicio de Garbi, afectándose la capacidad del imputado en el proceso y su representación, lo que importa una nulidad absoluta (artículos 167, inciso 3º y 168 del C.P.P.N.).

Recordó que uno de los requisitos para la viabilidad de la nulidad es el principio de trascendencia, que exige un perjuicio concreto, que en autos resulta evidente pues no se legitimó pasivamente a Garbi de los hechos imputados. Es decir, su asistido no pudo ejercer su defensa material pues se le realizó una intimación genérica en una causa que cuenta con más de 200 hechos, luego dividida en cuatro grupos.

Sostuvo que en la causa 9002/03 su defendido se negó a declarar teniendo en cuenta su edad y la lejanía de los hechos imputados (35 años) pero de habersele intimado correctamente el hecho por el que resultó condenado en las presentes actuaciones, Garbi habría declarado y puesto en evidencia que nunca pudo existir un allanamiento ilegal ni privación de la libertad cuando tuvo intervención un Juzgado Federal.

Indicó que si bien de la declaración indagatoria surge que a Garbi se le informaron las causas de su procesamiento, lo cierto es que la complejidad del caso y los avances en la investigación, tornó necesaria —a fin de garantizar el derecho de defensa— la ampliación de dicho acto, en el que no se cumplió con el requerimiento de la ley 23.465, de informar al indagado la calificación legal provisoria del hecho.

Así, toda vez que no se observaron las formas sustanciales del debido proceso, no se aplican los principios

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

de progresividad ni preclusión, debieron remitirse las actuaciones al juzgado de origen.

Por ello, entendió que se violó el principio de congruencia, ya que ~~reiteró~~ no se detalló a Garbi los hechos imputados, y lo único que se le imputó (en la indagatoria genérica) fue el homicidio de Kamenetzky que ~~conforme ya explicó~~ fue desestimado por la Cámara.

En tercer lugar, consideró que se violó nuevamente el derecho de defensa de su asistido, toda vez que se permitió la presencia de personas no legitimadas para actuar.

Explicó que conforme surge de autos, ninguno de los querellantes se encuentra debidamente constituido ya que no se notificó a Garbi del decreto por el cual se los admitió, y por ende no pudo apelar la participación de los mismos.

Sostuvo que los querellantes constituidos en la causa 9002/03, hicieron de "manera irregular y delictual" una "extensión" de su participación en la causa Kamenetezky, sin haber cumplido los requisitos de fondo y forma para revestir tal calidad.

En este orden de ideas, precisó que la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, "nunca pudo ser querellante en esta causa" ni alegar ni acusar, ya que conforme se desprende del artículo 82 bis del C.P.P.N., no reviste la calidad de asociación ni fundación, y por ende no tenía legitimación en el proceso (aspecto que no se sustituye mediante un decreto).

Por otra parte, arguyó que las demás asociaciones, son personas jurídicas creadas con posterioridad a la comisión de los hechos, no encontrándose legitimadas para actuar, ya que como personas jurídicas no existían al momento de los hechos, violándose el principio de retroactividad de la ley más

benigna.

En cuarto lugar, se agravió de la aplicación de la figura de la autoría mediata, inexistente en nuestro ordenamiento penal, violándose el principio de tipicidad penal y extensión indebida de la autoría en la materia.

Explicó que para su aplicación se partió de dos hipótesis, una acertada y la segunda falsa. En el primer caso se recurrió a la transpolación de la teoría del dominio del hecho de Roxin para valorar la responsabilidad del "hombre de atrás" (quien no ejecuta directamente la conducta típica), teoría novedosa que, cuestionable o no, no tiene asidero en nuestro ordenamiento legal, pues implicaría cambiar las reglas de autoría y participación establecidos en el artículo 45 y ss. del C.P.; luego, en el segundo caso, se partió de la falsa suposición del tribunal de que esta teoría fue acogida por la C.S.J.N. en el "Juicio a las Juntas" pero el Alto Tribunal revocó este tramo de la condena y atribuyó responsabilidad como coautores.

Asimismo, explicó que —a su entender— el *a quo* aplicó un "derecho penal de autor" toda vez que consideró a Garbi coautor mediato del homicidio por haber sido sub-jefe, sin analizar si tuvo dominio del hecho o si impartió orden ilegal.

En este sentido, arguyó que de los testimonios de dos policías, Arias y Ledesma, surge que Garbi no se encontraba en el D.I.P., y que recibieron de Musa Azar la orden directa de que López Veloso, Corbalan y Obeid, custodien a los detenidos.

Concluyó, que para que exista dominio del hecho, Garbi no solo debía ocupar una posición jerárquica, sino que debía tener el mando y control de la situación de manera efectiva, lo que en autos no ocurrió.

En quinto lugar, la defensa del imputado se agravió de la aplicación de agravantes en el homicidio atribuido.

Así, arguyó que el empleo en el supuesto en examen

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

del inciso 7º del artículo 80 del Código Penal, se contradice con el argumento relativo al "contexto histórico" en que se cometieron los crímenes pues su fin político no se condice con la intención de lograr la impunidad.

Sostuvo que el tribunal confundió las consecuencias del delito con las leyes de obediencia debida y punto final, toda vez que la imposibilidad de juzgar estos delitos se debieron a ellas y no al propósito tenido por el autor de los hechos.

Alegó que el *a quo* consideró que Garbi es autor mediato de la muerte de Kamenetzky pero en autos no surge –ni siquiera de manera indiciaria– que el nombrado haya impartido la orden, y menos aún que haya ordenado matar con alevosía, entre dos personas y con fines de impunidad.

Explicó que las agravantes no son extensibles a su defendido excepto que tuviera "conocimiento" de las mismas (artículo 48 del C.P.).

Sostuvo que Garbi no tuvo "dominio del hecho", y que su cargo de "sub-jefe" tampoco se lo otorgó, es decir, no niega la jerarquía que tenía su defendido pero ello no acredita que haya impartido orden delictual u homicida, por lo que debe descartarse la autoría mediata en relación al homicidio calificado.

Respecto de la agravante del concurso premeditado de dos o más personas afirmó que el tribunal miente al sostener que el hecho se produjo por dos disparos, ya que los informes del equipo de Antropología Forense no reflejan esa conclusión pues lo único que se pudo acreditar es "un solo disparo de escopeta", por lo que no puede sostenerse que el hecho haya sido cometido por más de una persona.

Por otra parte, de los testimonios de autos surge que el imputado López Veloso estaba en el baño por lo que no podría ser considerado coautor.

Concluyó que "atento a que nadie acreditó la existencia de dos disparos" no existe coautoría, y por ende no se configura la agravante.

En relación a la alevosía recordó que el tribunal consideró que la víctima estaba esposada y en estado de indefensión, falacia –a su entender– argumentativa pues tal circunstancia no surge de las actuaciones y menos aún del informe antropológico mencionado.

Finalmente, y en relación a la finalidad de ocultar un delito, reiteró que existe una contradicción argumentativa pues si la muerte de las personas tenía como finalidad eliminar al disidente o peligroso no pudo tener asimismo el fin de lograr la impunidad, pues son excluyentes.

En sexto lugar, la defensa alegó que se privó a esa parte de prueba en violación al principio de preclusión y progresividad.

Explicó que el tribunal citó a las partes a ofrecer prueba, ocasión en que la defensa del imputado López Veloso ofreció el testimonio del ex-juez federal Liendo Roca, el que consideró vital para la causa respecto de la legalidad o no del allanamiento de domicilio y detención de la víctima.

Indicó que luego de ser aceptada esa prueba, el *a quo* solicitó a la defensa de López Veloso que informe los motivos del pedido de citación del ex-juez, a lo que la defensa de ese imputado manifestó que habiendo sido aceptado el testigo, las preguntas las realizaría en la sala de audiencia por estrategia procesal, y, ante ello, el tribunal dispuso dejar sin efecto la aceptación del testigo.

De esta forma, adujo, se vulneró su derecho a interrogarlo pues si bien no fue un testigo propuesto por esa

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

parte, al haber sido aceptado, se convirtió en un testigo del proceso, cuya exclusión afectó a todos.

En séptimo lugar, la parte alegó que a la época de los hechos atribuidos, en virtud de la renuncia de la entonces Presidenta de la Nación, María Estela Martínez de Perón, se declaró el estado de sitio en todo el país, por el cual se suspenden las garantías constitucionales, entre ellas la libertad ambulatoria y la privacidad del domicilio; y que era lícito la detención de personas involucradas en infracción a la ley 20.840, quienes eran puestas a disposición del juez federal, como ocurrió en autos.

En virtud de lo expuesto, descartó que el caso de autos haya configurado el delito de privación ilegítima de la libertad y violación de domicilio.

En octavo lugar, entendió que la sentencia recurrida es nula por vencimiento de los plazos legales para fundarla, por lo que interpuso formal incidente de nulidad.

Recordó que el tribunal resolvió con fecha 1/11/10 condenar a Garbi a la pena de prisión perpetua, ocasión en que leyó la parte dispositiva, difiriendo la lectura de fundamentos para el día 9/11/10 (es decir, cinco días hábiles posteriores a ello).

Que el día indicado se presentó a tal fin pero el *quo* no se constituyó a efectos de llevar a cabo el acto procesal por motivos que ignora pues no fue notificado personalmente.

Por ello, recordó lo establecido en el artículo 400, segundo párrafo del C.P.P.N., y solicitó que se haga lugar a la nulidad articulada, toda vez que se violó el derecho de su asistido a obtener un pronunciamiento rápido y conocer en forma

urgente los motivos por los cuales se le dictó condena.

Reiteró que el digesto de rito es claro en cuanto al plazo para efectuar la lectura de fundamentos, por lo que la suspensión sin la notificación de sus motivos, vulnera el principio de inmediación y continuidad del debate; y añadió que el tribunal ha perdido jurisdicción para dictar los fundamentos toda vez que venció el plazo establecido por ley a tal fin.

En este orden de ideas, interpuso formal denuncia por el delito de falsedad ideológica, ya que la sentencia recurrida en sus fundamentos, contiene hechos falsos, pues los mismos estuvieron a disposición de las partes el 11 de noviembre y no el 09 como "falsamente consigna la sentencia".

En noveno lugar, la defensa planteó la nulidad del examen antropológico por ilegalidad del mismo por deficiente identificación del cadáver y ausencia de ADN.

Indicó que conforme surge del informe cuestionado el cuerpo objeto de examen se identificó por manifestaciones de la familia y no exámenes o métodos que permitan corroborar científicamente dicha afirmación. Este extremo —a su entender— demuestra la "fragilidad" de la identificación efectuada más aún cuando la familia Kamenetzky manifestó que el féretro fue trasladado en numerosas ocasiones para evitar su profanación.

En definitiva, solicitó que se haga lugar al remedio interpuesto, se revoque la sentencia recurrida y se declare la nulidad de la misma.

Hizo reserva de caso federal.

**III. b.** Que el doctor Lauthier, asistiendo a Musa Azar, encauzó sus agravios por ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N..

Que previo a exponer sus cuestionamientos, el recurrente realizó consideraciones en punto a la admisibilidad del recurso y recordó el criterio amplio que debe regir en el análisis de la vía intentada a partir del fallo "Casal" de la

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

C.S.J.N., en el que se consagró el derecho constitucional a la doble instancia.

A continuación recordó los antecedentes computables de la causa y destacó que en autos se realizó un juzgamiento parcial, atento que —conforme sostuvo en audiencia de debate— Jorge Rafael Videla, Luciano Benjamín Menéndez y Antonio Domingo Bussi (entre otros) fueron separados del juicio, corriéndose el riesgo de que quien resulte condenado, no sea el autor material o intelectual del hecho investigado.

En primer lugar, sostuvo que la sentencia recurrida es nula por falta de fundamentación (artículos 123, 166, 404 y ccdtes. del C.P.P.N.) ya que —a su entender— es el resultado de la voluntad subjetiva del tribunal pues no posee sustento en prueba sólida y contiene errores históricos-jurídicos.

A título de ejemplo, indicó que sin analizar las objeciones realizadas por esa parte, el *a quo* se limitó a describir en forma general qué se entiende por delito de lesa humanidad sin aplicar dicho razonamiento al caso concreto.

Afirmó que la acción penal se encuentra prescripta, pues el hecho objeto de imputación sucedió entre el 9 de agosto y el 13 de noviembre de 1976, y su asistido fue citado por primera vez a prestar declaración indagatoria en el año 2005, primer acto que puede ser considerado secuela de juicio, interruptivo del curso de la prescripción (artículo 67 del C.P. —texto conforme ley 25.990—). Es decir, que en autos transcurrió un lapso de tiempo que excede la calificación jurídica otorgada por el tribunal a la conducta de su asistido (artículo 62 del digesto de fondo).

En este sentido, entendió que no corresponde aplicar lo dispuesto en la Convención sobre la imprescriptibilidad de

las crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, por dos razones: el caso de autos no debe ser considerado crimen de lesa humanidad, y la citada convención fue aprobada por ley 24.584 (B.O. 1/11/95), adquiriendo jerarquía constitucional mediante ley 25.778 (B.O. 20/8/03).

De esta forma, entendió que la convención no puede ser aplicada retroactivamente a los hechos de la causa, sin violar principios consagrados a nivel constitucional e internacional, como lo son el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa para el imputado.

Advirtió que para que un delito o crimen pueda ser definido o caracterizado como de lesa humanidad (cfr.: Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; y Estatuto o Carta de Creación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg), es requisito indispensable que estos crímenes se cometan contra un grupo o población civil, con fines de exterminio o persecución racial, religiosa, política o de otra índole, que constituya un fin de persecución de una colectividad.

Recordó que el antecedente que dio lugar a la caracterización de estos crímenes como de lesa humanidad o genocidio, fue la persecución y exterminio del pueblo judío por la Alemania nazi, y que el Estatuto de Roma de 1998 (ley 25.390 de 2001), reconoce –entre otros– los principios *ne bis in ídem* (cosa juzgada), *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* (legalidad).

Indicó que en el caso de autos el tribunal efectuó una interpretación extensiva y analógica de la ley en perjuicio del imputado (artículo 2 del C.P.P.N.), violando garantías y principios (reserva y legalidad) consagrados nacional e internacionalmente.

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Por último, sostuvo que la única fuente de Derecho Penal es la ley escrita y previa (en sentido formal y material), por lo que la costumbre nacional o internacional no puede constituir fuente de aquel derecho, conforme sostiene la doctrina en forma unánime.

Reiteró que, de seguir esta "nueva corriente interpretativa", se violan los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada y respeto por los derechos adquiridos, que no pueden ser alterados por imperio del artículo 27 de la Constitución Nacional; y tuvo presente que la convención sobre imprescriptibilidad sólo regula lo atinente a la imprescriptibilidad de las acciones penales relativas a los delitos definidos en el Estatuto Militar de Nüremberg, sin que establezca interdicción alguna respecto de actos de amnistía o indulto, ni se impida la regulación legal por el derecho interno de la obediencia debida.

En segundo lugar, con el objeto de cuestionar la calificación legal de la conducta atribuida a Musa Azar, la defensa hizo mención al material probatorio por el cual el *a quo* tuvo por acreditado que personal dependiente de la D.I.P. de la Policía de la Provincia de Santiago del Estero, el 9 de agosto de 1976 produjo un allanamiento en el domicilio de la familia Kamenetzky ubicado en Avda. Roca 1195 de esta ciudad, y detuvo sin orden a Cecilio Kamenetzky, quien fue sometido a tormentos y muerto.

Al respecto, en relación a la privación ilegítima de la libertad indicó que el tribunal omitió mencionar qué participación tuvo su asistido, ya que no se pudo establecer que fue quien dio la orden para que se proceda a la detención

de Kamenetzky y de la lectura de las actuaciones surge que, quien se presentó en su domicilio fue Garbi.

Respecto del delito de tormentos la defensa destacó que de las conclusiones a las que arribó el Equipo Argentino de Antropología no existe evidencia alguna que demuestre que ello ocurrió, y aún de tenerlo por cierto, que su asistido haya sido responsable de ese delito.

Sostuvo que no existe elemento probatorio alguno que demuestre que Musa Azar tuvo el pleno dominio de los hechos investigados (fue condenado como coautor material), y que, de sus dichos surge que quienes sí lo tuvieron fueron oficiales y suboficiales del Ejército Argentino (Sánchez, D'Amico, Herrera, etc.). Es decir, "él solo tenía a su cargo el acercarlos a los mencionados información sobre las actividades relacionadas a lo que se denominaba en aquella época la subversión".

Por otra parte, de la lectura del expediente como del debate surge que el día en que detuvieron a Kamenetzky se hicieron presente en su domicilio efectivos de la Policía de la Provincia de Santiago del Estero como personal del Ejército Argentino, lo que demuestra que —más allá de la legalidad o ilegalidad del procedimiento— el mismo estuvo a cargo de la última fuerza, extremo que —reiteró— denota la necesidad de que comparecieran a juicio las personas que ostentaban a la época cargos jerárquicamente superiores a los de su asistido.

Recordó que —al igual que en el resto de las provincias— la policía provincial quedó a cargo de un miembro de las fuerzas armadas, quien a la época de los hechos investigados, fue el Coronel Herrera.

En virtud de lo expuesto, entendió que la única conducta por la cual podía responder penalmente su asistido es el delito de encubrimiento, y no como autor material, coautor material o mediato de los hechos por los que fue finalmente condenado.

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

La falencia probatoria existente tilda de nulo al pronunciamiento recurrido por falta de fundamentación ya que encuentra sustento en declaraciones posteriores en el tiempo y —en algunos casos— totalmente contradictorias a las más cercanas al hecho investigado.

Es que si bien nuestro sistema procesal admite la libertad probatoria, la sana crítica racional se encuentra sujeta a parámetros lógicos, ya que la motivación de las conclusiones permite la fiscalización por parte de los interesados y preserva el derecho de defensa (cfr.: artículo 398, segundo párrafo del C.P.P.N.; artículo 18 de la C.N.; Cafferata Nores, José I. "La Prueba en el Proceso Penal, Ed. Depalma, pág. 29; Carreras Eduardo "La sana crítica y el testimonio del coprocesado", J.A., 15-1972, PÁG. 629; CFed. Cap., Salal II, L.L. del 18/XII/1995, f. 93.861; ST Córdoba, Sala Penal, L.L.C., 1991, pág. 508; Vélez Mariconde "Derecho...", T.I, pág. 353, nota 32 y T.II, pág. 203 y ss.; y C.N.C.P., Sala IV, L.L., del 26/III/1999, f. 98.515, con nota de Rimondi "La doctrina del puente de plata en el cohecho").

De esta forma, sostuvo que en autos se ha realizado una construcción forzada de los hechos, violando el principio de congruencia, atento a que no se determina con claridad y precisión los distintos hechos por los que se dicta condena, y cuáles son los que se atribuye a su asistido.

Reiteró que la amplia capacidad testimonial aceptada por el digesto de rito (artículo 243) sólo se concibe frente a la correspondiente contrapartida de una valoración rigurosa [hizo mención a una serie de aspectos a tener en cuenta a efectos de evaluar la fidelidad de lo percibido y su transmisión con cita de Cafferata Nores (ob. cit., pág. 124 y

ss.)); y afirmó que en autos se realizó una apreciación forzada de los hechos, toda vez que no se consideró que todos los testimonios fueron vertidos con evidente emoción y un especial interés en la resolución del caso. En esa dirección, insistió en que los testimonios están equivocados, no en cómo sucedieron los hechos sino en quiénes llevaron a cabo lo ocurrido.

Por último, en relación al delito de homicidio triplemente calificado de Cecilio José Kamenetzky, la defensa recordó nuevamente los argumentos del *a quo* a efectos de considerar a Musa Azar como autor mediato y reiteró que el nombrado era una persona con un rango intermedio dentro de la escala jerárquica de la institución de la Policía de la Provincia de Santiago del Estero.

Remarcó "la llamativa falta de las presencias —en este proceso— de los imputados Jorge Rafael Videla, Luciano Benjamín Menéndez, Antonio Domingo Bussi, Arturo Liendo Roca, del Jefe de Santiago del Estero para la época en que ocurrió el hecho motivo del presente juicio, Ramón Herrera, etc."; quienes han tenido vinculación con el hecho pues tenían una posición mayor dentro del aparato represivo que —conforme dichos de la acusación pública y privada— era comandado desde el propio Estado.

Recordó la presunción de inocencia que pesa sobre su asistido (que es consecuencia de la garantía constitucional — artículo 18— de juicio previo) y que en nuestro sistema procesal corresponde al Estado probar la responsabilidad en la comisión del delito (en este sentido citó: Clariá Olmedo "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I, pág. 230; D'Albora, Francisco "Código Procesal Penal de la Nación", Ed. Lexis Nexis, 2002, pág. 25; De Elía, Carlos M. "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires", Ed. Librería El Foro, 2001, pág. 22; Roxin, Claus "Derecho Procesal Penal"; y Mittermaier, Karl "Tratado de la Prueba en materia criminal",

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Ed. Hammurabi, 2006, pág. 84 y ss.).

Reiteró que la ausencia de los sujetos ya mencionados en juicio debilitó el grado de certeza que debe generar en los jueces la interpretación de las pruebas y el nivel de responsabilidad; y en este sentido, destacó que la "relación amorosa" que mantuvo el imputado con la testigo Delia Miriam Carrera (policía de la DIP), confirmada por el testigo Mario Alfredo Arias, también debió provocar en el tribunal un "estado de duda".

En relación a la prueba documental señaló que del expediente nro. 322/76 surge que Cecilio José Kamenetzky estuvo siempre a disposición del juez federal de turno, que en esa época los efectivos policiales tenían la facultad de realizar interrogatorios (Código de Procedimiento en Materia Penal) y que las comunicaciones muchas veces se hacían en forma telefónica.

Adujo que en relación al día en que murió la víctima también pueden esbozarse las siguientes hipótesis: a) que Kamenetzky realmente haya intentado escapar; b) que Giribaldi se haya querido escapar, que Kamenetzky haya intentado contenerlo o retenerlo, y que Bustamante haya apreciado ello como un intento de fuga; y c) que los custodios de Kamenetzky hayan cometido un error, o hayan actuado por cuenta propia, aspecto sobre el cual su defendido no tendría responsabilidad alguna.

En virtud de lo expuesto, sostuvo que en el caso existe un estado de duda razonable (artículo 3 del C.P.P.N.), toda vez que no puede acreditarse en forma absoluta la participación de su defendido en los hechos enrostrados.

Por otro lado, indicó que no puede aplicarse la

teoría del dominio del hecho de Roxin que la Cámara aplicó a los Comandantes en la causa N° 13, lógica que también adoptó la C.S.J.N., pues no deben equipararse indebidamente las situaciones históricas y jurídicas; más aún cuando la doctrina nacional tiene una postura ambivalente frente a esta nueva forma de autoría mediata (Aboso, Gustavo Eduardo "Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder. Autoría y participación-II", Revista de Derecho Penal 2005-2, Rubinzal Culzoni, pág. 255 y ss.).

Añadió que, contrario a lo sostenido por el Ministerio Público Fiscal, el Alto Tribunal no avaló este criterio, es especial la posición de Roxin, ya que la corriente del "dominio del hecho" (de Roxin) que reconoce que la inmediata realización del tipo implica la calidad de autor inmediato, en coexistencia con la de autor mediato, cae en una inconsecuencia metodológica y en una ilegal extensión de la autoría.

Sostuvo que de esta forma se realiza una interpretación extensiva de la autoría mediata en la última parte del artículo 45 del C.P. que implica una dilatación del concepto de instigador, que llevaría a la contradicción de que quien domina el hecho sería a la vez persuasor y ejecutor. Es decir, el concepto de instigador enmarca una participación puramente psíquica, actividad que se agota una vez tomada la resolución, de manera tal que la realización del delito depende del instigado, que se convierte en único autor (Donna, Edgardo Alberto "El concepto de autoría y la Teoría de los aparatos de poder de Roxin, Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Homenaje a Claus Roxin, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, pág. 313 y ss.. En este sentido citó: Fallos 309:2, pág.1689, del 30/12/86, considerandos 20º y 22º; y Hirsch "Acerca de los límites de la autoría mediata, trad. De Esteban Sola Reche y Michele Kleine,

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

en Presupuestos para la reforma penal, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la Laguna, 1992, pág. 118; y Jakobs, Günther "Derecho Penal. Parte General, Marcial Pons, 1995, 21/03, nota 190).

De esta forma, reiteró que no se encuentra acreditada en autos, con el grado de certeza necesaria en esta etapa del proceso, la autoría mediata que le cupo a su asistido en los hechos investigados, por lo que resulta aplicable el principio in dubio pro reo, y por ende, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, debió absolver al nombrado.

Por lo hasta aquí expuesto, solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se declare la nulidad de la resolución recurrida y se disponga la absolución de Musa Azar por falta de prueba y por aplicación del principio in dubio pro reo; y subsidiariamente, se revoque el fallo recurrido y se encuadre la conducta de su asistido en el delito de encubrimiento (artículo 277 del C.P.), imponiéndole el mínimo de la pena prevista.

Hizo reserva de caso federal.

**III.c.** Que el doctor Barrojo, asistiendo a López Veloso, encauzó sus agravios por ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N..

Que previo a exponer sus cuestionamientos, el recurrente realizó consideraciones en torno a la admisibilidad formal del recurso e indicó que el fallo cuestionado lo agravia pues provino de un tribunal recusado, que resolvió su propia recusación, contraviniendo preceptos legales, en rechazo de peticiones concretas efectuadas por esa parte.

A continuación, en primer lugar, adujo que la resolución en crisis resulta arbitraria ya que encontró

sustento en la íntima convicción de los jueces, juicio subjetivo de valor, que no permite dilucidar el razonamiento seguido por el tribunal a efectos de arribar a dicha conclusión, conforme a la sana crítica racional.

Es que, a su entender, del análisis del fallo impugnado surge que *ex-ante* se consideró a López Veloso autor o coautor de la muerte de Kamenetzky y se "acomod[ó]" la prueba reunida a tal fin, por lo que la resolución recurrida carece de debida fundamentación.

Luego, hizo mención a una serie de circunstancias cuestionables en el fallo recurrido y reiteró que el mismo adolece de estructura lógica así como también de falta de fundamentación; y añadió, que: se utilizó en forma arbitraria un concepto de derecho penal de autor, se privó del ejercicio del derecho de defensa (se negó prueba ofrecida), se efectuó una arbitraria subsunción de su asistido en el concepto de autor, se utilizó medios probatorios obtenidos en desmedro de garantías procesales y existió una deficiente valoración de las exclusiones probatorias deducidas.

Recordó que en oportunidad de dar inicio al debate cuestionó el contenido del requerimiento de elevación a juicio, en lo que hace a la descripción del hecho atribuido, que denota el precario juicio de adecuación y ausencia de pruebas que lo justifiquen.

En esta línea argumental, precisó que se tuvo por acreditado que la víctima murió a causa de impactos de bala que le perforaron el cráneo y tórax cuando los peritos convocados, al ser interrogados por las partes, concluyeron que se trató de un solo disparo.

De esta forma, concluyó que no puede hablarse de coautoría sino de autoría, aunque las partes acusadoras hayan sostenido la existencia de un codominio funcional del hecho, sin describir cuál ha sido la intervención que le cupo a cada

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

coautor.

A lo expuesto, añadió que no existe elemento probatorio alguno que acredite la existencia de varios disparos o que ellos hayan sido efectuados por su asistido.

Es que sostener la "autoría o coautoría" de López Veloso por el hecho de que estuvo en el DIP al momento de producirse el mismo, configura a lo sumo un indicio que no resulta fundamento suficiente a fin de atribuir responsabilidad.

Adujo que el tribunal afirmó genéricamente la existencia de elementos probatorios que permiten afirmar la autoría o coautoría pero no los individualiza.

Destacó que resulta inaudito que el *a quo* valore como prueba de cargo, el expte. Nro. 504/76 que tramitó ante la justicia federal de Santiago del Estero, que terminó en el sobreseimiento de López y Corbalán, que se encuentra extraviado, y fue ofrecido por esa parte como prueba de descargo pues se le efectuó a su asistido prueba de parafina que arrojó resultado negativo.

A continuación crítico las distintas agravantes del homicidio atribuido. Respecto del acuerdo de voluntades, consideró que no se probó la existencia del mismo; y que tampoco puede considerarse que la muerte tuvo en mira ocultar otro delito como podrían ser los tormentos, toda vez que se encuentra comprobado que no todos los detenidos fueron torturados, y que quienes sí lo fueron, no han sido todos asesinados. De igual modo, razonó respecto de la alevosía, que supone una preordenación al resultado perseguido, ya que no puede sostenerse que Kamenetzky fue detenido para ser asesinado.

Asimismo cuestionó la atribución del delito de privación ilegítima de la libertad pues López Veloso no dio orden de detener a la víctima y tampoco podía ordenar su soltura, por su condición de "simple oficial" de la policía provincial, sin poder de decisión, con "una extensa jerarquía policial sobre él y con todo el aparato represivo de las Fuerzas Armadas más allá de sus superiores jerárquicos".

En relación al delito de tormentos la defensa centró su embate en la autoría atribuida a López Veloso pues adujo que el tribunal concluyó por analogía dicho extremo con fundamento en que algunos de los testigos-víctimas afirmó que el nombrado era quien los torturaba.

En segundo lugar, la defensa sostuvo que se afectó el principio de congruencia toda vez que el *a quo* no dio respuesta a todas las cuestiones planteadas por esa parte en el proceso, por lo que lo resuelto carece de fundamentación debida.

Indicó que el tribunal reconoció expresamente en la resolución que no dio tratamiento al planteo de nulidad del proceso articulado por esa parte (cfr. fs. 7 de la sentencia) pues consideró que formaba parte de los alegatos, y a su vez, como se omitió correr vista de la nulidad a la querrela y al Ministerio Público Fiscal, esa parte consintió el procedimiento sin formular cuestión sobre la materia.

Respecto de la omisión de la vista a la acusación, afirmó que se trata de un error atribuible al tribunal, cuyas consecuencias no pueden ser endilgadas a los acusados, más aún cuando el digesto de rito establece expresamente el derecho a réplica. Es decir, el tribunal no efectuó el trámite debido y las partes acusadoras no formularon el planteo respectivo a efectos de hacer uso del derecho.

Indicó que el planteo de nulidad se sustentó en determinados hechos producidos en los prolegómenos del debate y durante el mismo (que fueron expuestos en los alegatos).

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Es que, el profuso y sistemático cuestionamiento realizado por esa parte en el alegato, en relación al déficit de la acusación, no fue siquiera mencionado por el tribunal, ni se explicitaron los motivos por los cuales se desestimaron los mismos.

A continuación hizo mención a los vicios observados en el curso del proceso (que en lo sustancial giran en torno a cuatro ejes temáticos): 1) privación de medios de prueba (testimonio de Liendo Roca) previamente otorgados, sustanciación de un procedimiento irregular para denegar la testimonial concedida, sin pedido de parte y sin autorización legal para hacerlo; 2) realización de un debate con un tribunal oral recusado antes de su inicio (imparcialidad objetiva), desestimación de una recusación con causa en forma arbitraria y tratamiento de la cuestión por parte del propio tribunal; 3) privación de derechos subjetivos a ofrecer prueba de cargo y descargo en el debate; y 4) no resolución del planteo efectuado en relación a los testigos-víctimas a quienes comprenden las generales de la ley, testigos no espontáneos e interesados en la resolución del proceso.

En relación a la recusación destacó que no se notificó a esa parte la integración del tribunal que iba a resolver el planteo, que fue tramitado "puertas... adentro", sin conocimiento de esa defensa o del imputado.

En tercer lugar, planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua toda vez que no se adecua a los preceptos constitucionales relativos al fin resocializador de la misma (artículo 18 de la C.N.).

En este sentido, cuestionó el argumento del tribunal a efectos de desestimar el cuestionamiento oportunamente

efectuado (que encontró sustento en la posibilidad de acceder a la libertad condicional a los 20 años) ya que —a su entender— no corresponde confundir la naturaleza jurídica de la pena indivisible con que admita o no la libertad condicional.

En cuarto lugar, recordó que adhirió al planteo de nulidad articulado por la defensa de Garbi en orden al trámite que se dio a la lectura de fundamentos de la sentencia cuestionada, el que tendría lugar el martes 9 de noviembre.

Adujo, que en la fecha de mención se comunicó con el tribunal vía telefónica, ocasión en que se le indicó que “por fallecimiento de un familiar de un funcionario judicial que cumple tareas en el tribunal oral, se había postergado la lectura de los fundamentos para el día siguiente”.

Señaló que este procedimiento contraría expresamente lo establecido en el artículo 400 del digesto de rito que sanciona con nulidad el dar a conocer los fundamentos de la sentencia fuera del plazo allí estipulado, con sustento en los principios de inmediación y continuidad en el debate.

En quinto lugar, sostuvo que en autos se afectó el principio de ne bis in ídem pues en relación a su asistido han existido múltiples procesos a lo largo del tiempo por los cuales se ha requerido a López Veloso por la muerte de Kamenetzky.

Es que, en las actuaciones, consta que su asistido fue requerido por la muerte del joven en el año 1976 (expte. Nro. 504/76), en el año 1984-85 y en el año 2003 con la formación de la presente causa”; y agregó que: “En los anteriores procesos, se le concedió el sobreseimiento provisional en 1976 y el sobreseimiento por el dictado de las leyes de obediencia debida y punto final” (cfr. fs. 3499vta.).

Por último, hizo reserva de ampliar los cuestionamientos o fundamentos de la presente impugnación e hizo reserva de caso federal.

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

**IV.** Que en la oportunidad prevista en los artículos 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 3674/3682 el señor Fiscal General, doctor Raúl Omar Pleé, quien solicitó fundadamente el rechazo de los recursos de casación interpuestos por la defensa oficial de Garbi, Musa Azar y López Veloso.

**a.1.** En este sentido, respecto de los cuestionamientos efectuados por la defensa de Garbi, indicó que no existió en autos violación al principio de congruencia en orden al delito de homicidio, toda vez que del relato de los hechos en su indagatoria, del requerimiento de elevación a juicio, del acta de debate -alegato del Ministerio Público Fiscal- y de la sentencia surge que se respetó la plataforma fáctica por la cual se lo condenó. Por lo que, a su entender, es correcto el análisis efectuado por el *a quo* que mantuvo la identidad fáctica de los hechos y coincidió con la calificación legal argumentada por el representante de la vindicta pública (artículo 401 del C.P.P.N.), por lo que no existió violación al principio aludido.

En cuanto al cuestionamiento efectuado por la parte en punto a su declaración indagatoria señaló que conforme surge del acto respectivo, Garbi fue debidamente notificado de los derechos y garantías que le asistían, en todo momento comprendió la imputación en su contra, contenido, calificación y prueba existente, contó con asistencia letrada y en principio se negó a declarar, para luego rectificarse y reconocer su responsabilidad en el hecho imputado. De esta forma, concluyó que el acto tuvo lugar de acuerdo a las formalidades previstas en la ley, por lo que el planteo nulificante debe ser rechazado.

Respecto del agravio deducido en orden a la autoría mediata adujo que es independiente de la técnica legislativa empleada en la redacción del tipo penal y, que una de las formas posibles de realización del verbo típico es cuando el sujeto activo se vale de otro individuo como instrumento de su acción pero conserva el dominio del hecho.

En lo sustancial, sostuvo que el artículo 45 del C.P. prevé el supuesto en que se determina a otro a la comisión del hecho, y recordó la postura de Roxin que contempla el dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder (caracterizado por "el hombre de atrás" y el "ejecutor fungible"), aplicable al supuesto en análisis, en que los delitos investigados se cometieron dentro de un plan sistemático organizado desde el poder.

En el caso de autos, en la cadena orgánica de mandos, Garbi formaba parte del engranaje en el grupo de personas posicionadas en las escalas superiores, por lo que la autoría que se le imputa sobre algunos de los sucesos investigados es correcta.

En punto a la falta de fundamentación en orden a la valoración de la prueba respecto de la alevosía afirmó que, contrario a lo sostenido por el recurrente, el tribunal cumplió con el requisito de racionalidad [cfr. fundamentos del veredicto, acápites II (Contexto histórico) y III (apartados 1.1.1, 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5), cfr. fs. 3368vta./3383; y artículo 398 del C.P.P.N.].

Respecto de la valoración arbitraria de la prueba indicó que se trata de una mera discrepancia con el *a quo* en cuanto a su ponderación en conjunto; y en relación a la veracidad de los testimonios brindados en la audiencia, manifestó que ella fue evaluada por el sentenciante – inmediatez – extremo no revisable en esta instancia, conforme sostuvo la C.S.J.N. en el precedente "Casal". Es que aun cuando

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

se realice una "revisión amplia", ello impide que se revise lo que no se puede conocer, límite fáctico impuesto por la naturaleza de las cosas.

**a.2.** En relación a los agravios esgrimidos por la defensa de Musa Azar, en primer término, en punto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, señaló que la C.S.J.N. se expidió en innumerables ocasiones respecto del tema (Fallos 328: 2056), y que la parte no logró controvertir los argumentos vertidos.

En segundo lugar, sobre el cuestionamiento realizado en orden a la falta de fundamentación de la sentencia, se remitió –por razones de brevedad– al punto 1.d de su escrito, toda vez que entendió que el razonamiento efectuado por el tribunal –a efectos de fundar la sentencia recurrida– ha sido realizado conforme las reglas de la sana crítica racional (Fallos 328:3399), y la parte solo muestra una discrepancia con la ponderación del plexo probatorio existente.

Sostuvo que la veracidad de las declaraciones testimoniales brindadas en audiencia de debate han sido ponderadas por los jueces del *a quo* (principio de inmediatez), aun cuando se efectuó el máximo esfuerzo revisor.

Por ello, entendió que el agravio de la defensa en orden a que no existió en autos certeza suficiente a efectos de dictar una sentencia condenatoria, no puede prosperar.

**a.3.** Finalmente, respecto de los cuestionamientos efectuados por la defensa de López Veloso, entendió que el recurrente realiza consideraciones similares a las efectuadas por la defensa de Garbi en lo relativo a la falta de fundamentación de la sentencia, violación del principio de congruencia, por lo que a efectos de evitar repeticiones

innecesarias se remitió a lo allí expresado.

En definitiva, solicitó el rechazo de los recursos de casación interpuestos por las defensas de Miguel Tomás Garbi, Musa Azar y Ramiro del Valle López Veloso.

**IV. b.** Por su parte, la señora Defensora Pública Oficial *Ad-Hoc*, doctora Brenda L. Palmucci, en representación de Musa Azar se presentó a fs. 3683/3698 y solicitó que se haga lugar al recurso de casación oportunamente interpuesto.

Recordó los planteos efectuados por su par en la instancia anterior y reiteró que el pronunciamiento recurrido viola el principio de razón suficiente, toda vez que con argumentos “voluntaristas y dogmáticos” de naturaleza conjetural se endilgó a su asistido la autoría de los hechos investigados.

Sostuvo que el tribunal se limitó a comprobar que su defendido perteneció a la Policía de la Provincia de Santiago del Estero a la época de los hechos investigados, y sólo por ello, aplicó criterios de responsabilidad objetiva (contrarios al derecho penal liberal y a un Estado de Derecho).

Entendió que la imposición de una pena privativa de la libertad a más de 30 años de ocurridos los hechos, vulnera gravemente el artículo 18 de la C.N., en cuanto prohíbe el castigo como finalidad de la pena, más aún si se tiene presente que Musa Azar permaneció en libertad por disposiciones emanadas de un gobierno democrático.

En este sentido, realizó consideraciones en torno a los efectos de la pena privativa de la libertad, en particular respecto de la pena de prisión perpetua impuesta a su defendido, quien cuenta con 74 años de edad, lo que la torna – en términos biológicos– casi de imposible cumplimiento (citó: Zaffaroni, Alagia y Slokar “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Ediar, Bs. As., 2002, pág. 945; Binder, Alberto “Introducción al Derecho Penal”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2004, pág. 309/310).

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Consideró que la decisión adopta por el tribunal resultó arbitraria y lesionó el derecho de defensa en juicio y el debido proceso penal, toda vez que si bien en autos recayó sentencia definitiva, ello fue consecuencia de una excesiva e irrazonable duración del proceso, en donde por distintas irregularidades atribuibles de manera exclusiva y excluyente a la morosidad judicial, se excedió holgadamente el plazo razonable para la tramitación de las actuaciones (artículos 18 y 75, inciso 22º de la C.N.; 8.1 de la C.A.D.H.; y 9.3 del P.I.D.C. y P.).

En este sentido, entendió que la calificación de los hechos investigados como delitos de lesa humanidad no justifica la tramitación *in eternum* de las causas judiciales pues la garantía ya ha cedido al permitir condenar a personas por hechos cometidos hace más de 30 años.

Estimó que las especiales circunstancias del caso llevan inexorablemente a la aplicación de la doctrina elaborada por el Alto Tribunal en relación a la garantía en análisis (citó los fallos "Mattei", "Mozzatti", "Kipperband", "Barra" y "Egea"; y las consideraciones realizadas sobre el tema por la C.I.D.H. en el caso "Suarez Rosero"), derecho que se encuentra consagrado a nivel constitucional [en este sentido citó: C.C.C.F., causa 28.100 "Moreno Ocampo, L", reg. 1050, del 22/11/96; C.S.J.N. "Giroldi"; Comisión Interamericana de Derechos Humanos caso "Gimenez, Jorge Alberto (informe 12/96, caso 11.245, del 1/3/96)], por lo que solicitó que se declare la prescripción de la acción penal y se absuelva a Musa Azar.

Retomando el cuestionamiento realizado en orden a la arbitrariedad de la sentencia, entendió que el fallo condenatorio al cual se arribó violó la presunción de inocencia

de la cual goza su asistido, como derivación del principio in dubio pro reo (artículo 3 del C.P.P.N., artículo 18 de la C.N., artículo II del D.U.D.H. y artículo 14 del P.I.D.C.P.; y C.S.J.N., Fallos 311: 948).

Sostuvo que de la lectura del fallo recurrido surge que el *a quo* transcribió en forma parcial los dichos de los testigos, no tuvo presente que ninguno de ellos pudo ubicar a Musa Azar en los hechos investigados y tampoco examinó los cuestionamientos realizados por la defensa.

Recordó nuevamente que la motivación de la sentencia tiene por finalidad evitar la arbitrariedad judicial e indicó que los argumentos brindados por el tribunal son aparentes, vicio que descalifica la resolución recurrida como acto jurisdiccional válido (artículo 18 de la C.N. y artículo 123 del C.P.P.N.; C.S.J.N. Fallos 303:1140; 262: 27; 240; 299; 247: 176; 314: 346 —entre otros—; y Vélez Mariconde "Derecho Procesal Penal", Ed. Lerner, Córdoba, TI, pág. 363).

Reiteró que en autos se invirtió la carga de la prueba y que los sentenciantes realizaron una remisión genérica a los elementos probatorios recolectados en juicio e inobservaron las reglas de la sana crítica.

Por ello, afirmó que el pronunciamiento recurrido adolece de fundamentación por violación al principio de razón suficiente y solicitó que esta Cámara subsane la lesión a las garantías constitucionales conculcadas.

Finalmente, la defensa cuestionó la aplicación al caso de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder con remisión al precedente de la Cámara Federal de Apelaciones en la causa 13/84 pues el tribunal no explicó por qué se apartó de lo resuelto por el Alto Tribunal en la misma causa (que no confirmó la sentencia de la Cámara en relación a la autoría mediata, y adoptó la posición tradicional en materia de autoría

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

y participación), cuestión que *per se* no responde el agravio de la parte en punto a la viabilidad de su aplicación en el plano normativo.

Afirmó que la pretendida autoría mediata que le cupo en el hecho investigado a su asistido, se fundó en haber cumplido el destino que su superioridad le asignó en la Jefatura de la DIP de Santiago del Estero, criterio de responsabilidad objetiva, que viola el principio de culpabilidad.

Sostuvo que el artículo 45 del C.P. no admite la existencia de un autor mediato cuando el ejecutor es también responsable, por lo que la teoría de Roxin no resulta compatible con nuestro sistema normativo, lleva a consecuencias violatorias del principio de legalidad, y resulta un concepto extensivo de autor.

En este orden de ideas, entendió que debe existir una diferencia fundamental entre dar una orden y manifestar que una orden emanó del III Cuerpo del Ejército, y que no se pudo acreditar con el grado de certeza requerido si la orden fue de su asistido o provino directamente del III Cuerpo del Ejército, con prescindencia de la participación de Musa Azar en el engranaje.

Concluyó que sea por la imposibilidad de aplicar la teoría en cuestión en base a nuestro sistema normativo, sea por falta de acreditación de los elementos típicos de esta forma de autoría mediata, no existe modo de conectar los hechos con su defendido, pues se descartó de plano su participación en la forma de responsabilidad individual y directa.

Indicó que la aplicación de la teoría (cuestión que no es pacíficamente aceptada en doctrina y jurisprudencia tanto

nacional como extranjera), sin referencia al caso concreto, constituye causal de arbitrariedad, ya que el tribunal no explicó los motivos por los cuales se apartó de la doctrina sentada por el Alto Tribunal en la causa 13/84.

En definitiva, solicitó que haga lugar al recurso, se anule la sentencia impugnada e hizo reserva de caso federal.

V. Que, superada la etapa prevista en los artículos 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia a fs. 3796, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky.

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

**I.** Liminarmente corresponde señalar que los recursos de casación interpuestos por las defensas de Miguel Tomás Garbi, Musa Azar y Ramiro del Valle López Veloso son formalmente admisibles, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), las partes recurrentes se encuentran legitimadas para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.) y los planteos esgrimidos se enmarcan dentro de los motivos previstos por el artículo 456, incisos 1º y 2º del Código Procesal Penal de la Nación, habiéndose cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el artículo 463 del citado código ritual (en este sentido: cfr. fs. 3705/3706).

**II.** A efectos de una mayor claridad expositiva habré de recordar someramente los agravios impetrados por las defensas.

La defensa de Miguel Tomás Garbi sostuvo que: 1) se violó el derecho de defensa en juicio, progresividad, preclusión y congruencia en orden al delito de homicidio por el que su asistido fue condenado; 2) se vulneró el derecho de

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

defensa en juicio en orden a los delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y violación de domicilio por los cuales Garbi no fue indagado; 3) la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y las Asociaciones no se encuentran legitimadas para actuar, y, los querellantes en autos no se encuentran debidamente constituidos; 4) se aplicó la figura de autoría mediata, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico; 5) se aplicaron agravantes en orden al delito de homicidio que no se configuran (artículo 80, incisos 2º, 6º y 7º del C.P.); 6) se privó a la parte de prueba, ofrecida y aceptada (testimonio del ex-juez Liendo Roca) afectándose el principio de preclusión y progresividad; 7) a la época de los hechos investigados existió un estado de sitio, que permite descartar la existencia de los delitos de privación ilegítima de la libertad y violación de domicilio; 8) la sentencia recurrida: 8.a) es nula por cuanto se venció el plazo procesal establecido para fundarla (artículo 400, segundo párrafo del C.P.P.N.), por lo que interpuso formal incidente de nulidad, y 8.b) incurrió en el delito de falsedad ideológica, toda vez que contiene hechos falsos pues la lectura de fundamentos estuvo a disposición de las partes el 11 de noviembre y no el 9 como se hizo constar; y 9) el examen antropológico es nulo por deficiente identificación del cadáver y ausencia de ADN.

Por su parte, la asistencia técnica de Musa Azar sustentó sus agravios en los siguientes términos: 1) la sentencia recurrida es nula por falta de fundamentación (artículos 123, 166, 404 y ccdtes. del C.P.P.N.); 2.a.) la Convención sobre la imprescriptibilidad de las crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no es aplicable porque el caso de autos no debe ser considerado crimen de lesa

humanidad y la convención fue aprobada por ley 24.584 (1/11/95), adquiriendo jerarquía constitucional mediante ley 25.778 (20/8/03); 2.b.) en este sentido, adujo la violación a los principios de legalidad (ley escrita y previa) e irretroactividad de la penal más grave para el imputado; y 2.c) sostuvo que la Convención regula lo atinente a la imprescriptibilidad de las acciones penales relativas a determinados delitos, sin que establezca prohibición alguna respecto de actos de amnistía o impida la regulación legal por el derecho interno de la obediencia debida; 3) no se probó qué participación tuvo su asistido en la privación ilegal de la libertad de Kamenetzky, no se probó la existencia de tormentos, o en su caso, que su asistido haya participado en el delito, e igual aseveración realizó en relación al delito de homicidio triplemente calificado que le fuera atribuido; y sostuvo que la única conducta por la cual podría responder Musa Azar sería el delito de encubrimiento; 4) cuestionó la valoración que el tribunal realizó de las declaraciones testimoniales recibidas en autos así como de prueba documental; 5) crítico los argumentos del tribunal a efectos de considerar a su asistido autor mediato del homicidio triplemente calificado pues ostentó un rango intermedio en el aparato represivo y existe a su respecto un estado de duda razonable; 6) entendió que no puede aplicarse la teoría del dominio del hecho de Roxin —que la Cámara Federal aplicó en la causa 13/84 respecto de los Comandantes— pues la C.S.J.N. no avaló ese criterio, no existe consenso sobre su aplicación en la doctrina nacional y no se encuentra acreditado en autos con el grado de certeza necesaria la autoría mediata de su defendido en los sucesos investigados; 7) alegó que una pena privativa de la libertad (en el caso de autos de prisión perpetua) no cumple con el fin resocializador, más aun teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde los hechos investigados al presente y la edad que tiene actualmente

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

su asistido; y 8) consideró que en autos se violó la garantía a ser juzgado en un plazo razonable por razones exclusivamente atribuibles a n la morosidad judicial, más allá de la calificación de los hechos investigados como de lesa humanidad.

Finalmente, la defensa de López Velozo: 1.a) adujo que la resolución recurrida resultó arbitraria pues encontró sustento en la íntima convicción de los jueces ya que se "acomodó" la prueba reunida a tal fin; 1.b) cuestionó la descripción del hecho atribuido, en particular el homicidio, ya que se afirmó que la víctima murió por "impactos de bala" cuando del informe pericial surge que se trató de un solo disparo; y, en consecuencia, 1.c ) no existió coautoría sino autoría, que no puede ser atribuida a su asistido por ausencia de elementos probatorios; y 1.d) crítico las agravantes que se entendieron configuradas en relación a delito de homicidio (artículo 80, incisos 2º, 6º y 7º del C.P.) así como también la privación ilegítima de la libertad y tormentos atribuidos; 2) afirmó que se violó el principio de congruencia, por cuanto el *a quo* no dio respuesta a todas las cuestiones planteadas [resumibles en cuatro ejes temáticos: a) privación de medios de prueba (testimonio de Liendo Roca); b) realización de un debate con un tribunal oral recusado; c) privación de derechos subjetivos a ofrecer prueba de cargo y descargo en el debate; y d) no resolución del planteo efectuado en relación a los testigos-víctimas; 3) planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua; 4) adhirió al planteo de nulidad realizado por la defensa de Garbi en relación al trámite que se dio a la lectura de fundamentos; y 5) consideró que se afectó el principio de *ne bis in ídem* por cuanto a lo largo del tiempo existieron múltiples procesos en los cuales López Veloso fue

requerido por la muerte de Kamenetzky.

Sentado ello, previo a ingresar al análisis de los cuestionamientos efectuados, advierto que habré de invertir el orden de tratamiento de los mismos pues de su favorable recepción o no, dependerá el estudio de las restantes consideraciones efectuadas por las defensas.

**III. Imprescriptibilidad en general. Las leyes nº 23.492 y nº 23.521 (de "obediencia debida" y "punto final").**

Como cuestión preliminar, he de recordar que, tal como lo expuse en mis votos en las causas "Plá" (causa nº 11.076, registro nº 14.839.4, del 2/05/11), "Mansilla" (causa nº 11.545, registro nº 15.668.4, del 26/09/11), "Molina" (causa nº 12.821, registro nº 162.12.4, del 17/02/12) y "Olivera Róvere" (causa nº 12.083 registro nº 939/12.4, del 13/06/2012) de la Sala IV —entre otras— de este Tribunal, ya he tenido oportunidad de expedirme sobre algunas de las cuestiones medulares en relación con la prescripción de los crímenes de lesa humanidad al analizar en detalle las leyes de "obediencia debida" y "punto final" (nº 23.492 y nº 23.521, respectivamente) así como a la Ley nº 25.779 —"ley de justicia", que las declaró insalvablemente nulas— (ver, en este sentido, causa nº 5023, "Aleman, José Ignacio y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", registro nº 7641.4, del 14/07/06; y causa nº 5488, "Rodríguez Valiente, José Francisco s/ recurso de inconstitucionalidad", registro nº 8449.4, del 26/03/07).

Aquella posición que, vale la pena señalar, fue respaldada oportunamente en el erudito voto de la Sra. Ministro Carmen Argibay en la causa "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad"; M. 2333. XLII. del 13 de julio de 2007 (Fallos 330:3248); así como en la no menos versada y fundada postura anterior del Ministro Carlos S. Fayt en el multicitado caso "Simón, Julio Héctor y otros s/

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

privación ilegítima de la libertad, etc.", S. 1767. XXXVIII, del 14 de junio de 2005 (Fallos: 328:2056) ha sido actualmente superada; pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación –así como esta Cámara Federal de Casación Penal– ha sido categórica en estos casos decididos por amplias mayorías.

La contundencia de los desarrollos argumentales allí plasmados junto a la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico y del debate jurisprudencial y doctrinario al respecto, más allá de las razones de economía procesal y sentido práctico para la mejor administración de justicia, indican la pertinencia de seguir dicha insoslayable doctrina judicial (en ese sentido ver mi voto en causa n° 5196, "Marenchino, Hugo Roberto s/ recurso de queja", registro n° 9436.4, del 19/10/07; causa n° 8317, Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ recurso de queja", registro n° 9272.4, del 28/09/07; causa n° 8293, "Yapur, Tamer s/ recurso de queja", registro n° 9268.4, del 28/09/07), a menos que se incorporen nuevos argumentos con seriedad y fundamentación suficiente para justificar la revisión de la doctrina judicial vigente (Fallos: 318:2060; 326:2060; 326:1138; 327:3087, entre otros).

En esta tesitura, no ha sido conmovido el criterio sostenido por la CSJN respecto de la constitucionalidad de la ley n° 25.779 en el ya citado fallo "Simón", así como en "Mazzeo" en el cual, a su vez, se recordaron los fundamentos que llevaron al Alto Tribunal a "...reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad ('Arancibia Clavel', Fallos: 327:3312); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final ('Simón', Fallos: 328:2056); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos

humanos ('Urteaga', Fallos: 321:2767); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos ('Hagelin', Fallos: 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados ('Videla' Fallos: 326:2805)".

Concretamente, ha de recordarse que la reforma constitucional de 1994 incluyó —con esa jerarquía— a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) "en las condiciones de su vigencia", es decir, teniendo en cuenta las recomendaciones y decisiones de órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en el marco de sus competencias (causa "Girolodi", Fallos: 318:514, considerando 11; Fallos: 319:1840, considerando 8, Fallos: 327:3312, considerando 11; disidencia parcial del juez Maqueda en "Gualtieri Rugnone de Prieto", G 291 XLIII, considerando 22).

Esta postura ha sido aplicada en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. "Simón" ya citado, Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, Fallos: 315:1492; 318:514; 321:2031; 323:4008).

El mismo valor poseen —en los términos aludidos— la interpretación del Comité de Derechos Humanos respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no sólo por lo prescripto en el tratado internacional antedicho y en su protocolo facultativo, sino también en virtud del instrumento de ratificación depositado por el Estado argentino, en donde se reconoce expresamente la competencia del mencionado Comité.

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Ese Comité, específicamente al referirse al caso argentino, consideró que las leyes de punto final y de obediencia debida, y el indulto presidencial de altos militares son contrarios a los requisitos del Pacto pues niegan a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos durante el período autoritario de un recurso efectivo para la tutela de sus derechos, en violación a los artículos 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Argentina, 5 de abril de 1995, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, párr. 144-165, citado por la C.S.J.N en "Mazzeo", ya mencionado).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92 ("Consuelo Herrera v. Argentina", casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, informe nº 28, del 2 de octubre de 1992) expresó que el hecho de que los juicios criminales por violaciones a los derechos humanos – desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros– cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 y 23.521, y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el artículo 18 (derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la de la C.A.D.H.

La trascendencia de la interpretación de la Comisión Interamericana respecto de la Convención ha sido expresamente reconocida no sólo en el plano local, sino también en el internacional. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que los informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana no son

vinculantes para los Estados Parte (conf. caso "Caballero Delgado y Santana vs. Colombia", sentencia de fondo de 8 de diciembre de 1995, serie C, nº 22; caso "Genie Lacayo vs. Nicaragua", sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 29 de enero de 1997, serie C, nº 30), ha aclarado que éstos tienen el deber de tener en cuenta y realizar los mejores esfuerzos para aplicarlas (ver dictamen del Procurador General de la Nación en "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores– Provincia de Chubut", SCC 594; L XLIV).

Ello, pues "*...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Americana" y "el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes"* (ambas citas de la Corte IDH, caso "Loayza Tamayo vs. Perú", sentencia sobre el fondo de 17 de septiembre de 1997; en el mismo sentido, ver caso "Blake vs. Guatemala", sentencia sobre el fondo de 24 de enero de 1998, serie C, nº 36).

Por su parte, en el caso "Barrios Altos" (caso "Chumbipuna Aguirre vs. Perú", sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C nº 75) la Corte IDH ratificó que "*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos" (p. 41).*

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Simón" expresó que las consideraciones transcriptas —efectuadas por la Corte Internacional con carácter de *obiter dictum*—, son trasladables al caso Argentino (ver p. 23); por lo que las diferencias entre ambos casos, no tuvieron efecto alguno en la aplicación al caso "Simón" de la doctrina *obiter dictum* emanada de "Barrios Altos" (más allá de que los casos no eran análogos, puesto que, a diferencia del caso Argentino, el caso "Barrios Altos" trataba sobre leyes de autoamnistía).

**IV. Caracterización de los hechos investigados como de lesa humanidad. Imprescriptibilidad y principio de legalidad.**

**a.** La defensa de Musa Azar cuestionó el resolutorio recurrido pues —a su entender— realizó una genérica descripción sobre los delitos de lesa humanidad pero no explicó por qué se consideró a los hechos investigados como inmersos en esa categoría. Criticó los fundamentos por los cuales el tribunal no hizo lugar al planteo de prescripción, y en este sentido, la afectación al principio de legalidad.

**b.** Conforme surge del pronunciamiento recurrido, y ello no ha sido materia de controversia, los hechos materia de juzgamiento en el presente expediente se corresponden a los ocurridos en el marco de la última dictadura militar, en la

Zona 3, a cargo del III Cuerpo del Ejército con jurisdicción en las provincias de Santiago del Estero, San Luis, San Juan, La Rioja, Catamarca, Tucumán, Salta y Jujuy.

Ello, dentro del período de investigación que va desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983, no obstante en la presente causa por razones de competencia puede darse un período menor.

La zona 3 se dividió en Subzonas y Áreas, comprendiendo a Santiago del Estero la Subzona 31 (que correspondía a la Quinta Brigada del Ejército inclusiva –además de la ya mencionada– de las provincias de Tucumán, Córdoba, La Rioja y Catamarca) y el Área 312 (a cargo del Batallón de Ingenieros de Combate 141) que pertenecía específicamente a la provincia de Santiago del Estero.

Ese fue entonces el marco regulatorio del juicio llevado a cabo para determinar la responsabilidad que le cupo al personal policial provincial en los hechos por los cuales se lo ha acusado y que fue motivo del debate oral concluido, esto es violación de domicilio, privación ilegal de la libertad agravada, imposición de tormentos agravados, y homicidio calificado, todos en concurso real.

Por lo demás, a esta altura, resulta ostensible que los hechos examinados en las presentes actuaciones han sucedido en el contexto de la represión ilegal, ejecutada *“en forma generalizada y por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal”* (cfr. Fallos: 309:33); que fundamentalmente consistió en *“a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

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

Al respecto, resulta de interés destacar que las reglas prácticas sancionadas por esta Cámara llaman a evitar la reiteración de la tarea de acreditación de hechos notorios no controvertidos (Ac. C.F.C.P. n° 1/12, Regla Cuarta).

**c.** Establecido ello, el carácter de lesa humanidad de los delitos imputados resulta, pues, ineludible, cuestión que he desarrollado al votar en la causa n° 9822, "Bussi, Antonio Domingo s/ recurso de casación", registro n° 13.073.4, del 12/03/2010 y los aportes posteriores que he formulado, destinados a establecer un criterio que sirviera como guía para determinar las condiciones que debe satisfacer una conducta

para constituir un crimen contra la humanidad, luego de haberse establecido que concurre en el caso un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. La cuestión, materia de controversia en esta instancia, ha sido exhaustivamente analizada por el suscripto en las causas nº 12.821, "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", registro nº 162/12.4 del 17/2/2012 y nº 14.536 "Liendo Roca, Arturo y otro s/recurso de casación", registro 1242/12.4 del 01/08/2012.

Sostuve –en lo sustancial– que en el conocido precedente "Derecho, René Jesús" (Fallos 330:3074), la Corte Suprema precisó que "*[los] crímenes de lesa humanidad, al igual que los delitos contra las personas, implican la lesión de derechos fundamentales de los seres humanos. La diferencia es que los primeros no lesionan sólo a la víctima que ve cercenados sus derechos básicos por el delito, sino que también constituyen una lesión a toda la humanidad en su conjunto*".

Así, la primera cuestión, consiste en dilucidar cuáles son los elementos típicos de los crímenes contra la humanidad. Para ello, la descripción que de esta clase de delitos establecen los Estatutos de los Tribunales Penales establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar los crímenes cometidos en la Ex Yugoslavia (1993) y en Ruanda (1994) constituyen un punto de partida de referencia obligada puesto que no son sino la expresión formal de aquellas normas imperativas del derecho internacional que ya se encontraban vigentes desde hace por lo menos 50 años; siendo que la tercera y más importante fuente internacional que puede arrojar luz respecto de los contornos de los crímenes contra la humanidad es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).

De esta forma, a la luz de lo establecido en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia (TPIY), artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

para Ruanda (TPIR), y artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional; entiendo que, como condición previa para responder a la pregunta de si un hecho constituye o no un crimen de lesa humanidad, resulta necesaria la concurrencia de los elementos que pueden sistematizarse del siguiente modo: (i) debe existir un ataque; (ii) el ataque debe ser generalizado o sistemático (no siendo necesario que ambos requisitos se den conjuntamente); (iii) el ataque debe estar dirigido, al menos, contra una porción de la población; (iv) la porción de la población objeto del ataque no debe haber sido seleccionada de modo aleatorio.

En cuanto a estos elementos en particular, habré de hacer más las precisiones vertidas por el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, el cual se expidió del siguiente modo en el conocido precedente "Tadic":

*"El ataque debe estar dirigido contra una población civil. El uso de la palabra 'población' no implica que la totalidad de la población de la entidad geográfica en la cual el ataque tiene lugar deba ser sometida a tal ataque. Basta mostrar que suficientes individuos fueron parte del objetivo durante el curso del ataque, o que se los incluyó en él de modo tal que el ataque estuviera de hecho dirigido contra una "población" civil en lugar de que, por ejemplo, estuviera dirigido contra un número reducido de individuos, elegidos al azar".*

*"El ataque debe ser generalizado o sistemático. Este requisito es alternativo. [...] La expresión 'generalizado' se refiere a la naturaleza del ataque como de gran escala, y [hace referencia también] al número de víctimas, mientras que la expresión 'sistemático' hace referencia a la 'naturaleza*

organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria'. La evaluación de lo que constituye un ataque "generalizado o sistemático" es un ejercicio esencialmente relativo, en cuanto depende de la población civil contra la cual, supuestamente, se dirigía el ataque. Las consecuencias del ataque sobre la población, el número de víctimas, la naturaleza de los actos, la posible participación de oficiales o autoridades, o cualquier patrón identificable de crímenes pueden ser tenidos en cuenta para determinar si el ataque satisface uno o ambos de los requisitos." (Cfr. Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslavia, "Prosecutor v. Tadic", IT-94-T, del 7 de mayo de 1997, párr. 644 y ss. La traducción me pertenece).

En efecto, en este punto vale la pena recordar, como sostuvo esta Sala en el precedente "Molina" —ya citado—, que "...a partir del relevamiento, descripción y prueba legal de la causa 13/84 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, donde fueron juzgados y condenados los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas que ejercieron la suma del poder público durante la última dictadura militar, se tuvo por comprobado la existencia y organización del aparato de poder estatal que, a partir de un plan criminal fundado en una doctrina de actuación, utilizó la fuerza pública del Estado en su conjunto para el logro de los propósitos ideológicos y políticos que la inspiraban.

Para así concluir, en aquél juicio histórico se analizó y acreditó el aumento significativo de desapariciones de personas a partir del golpe militar del 24 de marzo de 1976, la práctica sistemática de secuestro de personas con características comunes: 1) llevados a cabo por fuerzas de seguridad que adoptaban precauciones para no ser identificados, 2) intervención de un número considerable de personas fuertemente armadas, 3) los operativos contaban con aviso a la

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

autoridad de la zona "Área Libre", 4) los secuestros ocurrían durante la noche en los domicilios de las víctimas siendo acompañados del saqueo de los bienes de la vivienda, 5) se introducía a las víctimas en vehículos impidiéndosele ver o comunicarse y adoptándose medidas para ocultarlas de la vista del público- (capítulo XI), siendo llevados de inmediato a centros clandestinos de detención -entre el que se destaca el "Radar de la Base Aérea Mar del Plata" también conocido como "La Cueva"- (capítulo XII, p. 173), donde eran interrogados a través de distintos métodos de tortura y hasta víctimas de violación (capítulo XIII, p. 208) y custodiados por personas distintas a los torturadores o integrantes de las "patotas" que, por lo general, eran quienes llevaban adelante los secuestros (capítulo XIV), donde las víctimas corrían distinta suerte: algunos fueron puestos en libertad adoptándose medidas para que no revelen lo que les había pasado; otros, después de cierto tiempo, fueron sometidos a proceso o puestos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional ocultando el período de cautiverio, mientras que en su mayoría, las personas privadas ilegalmente de su libertad permanecen sin que se conozca su actual paradero o destino (capítulo XV), registrándose casos donde fueron eliminados físicamente simulando, por ejemplo, enfrentamientos armados (XVI).

Así surge, con absoluta claridad, de la sentencia de la causa 13/84 de la Cámara Federal (C.S.J.N Fallos: 309:1)

A la descripción realizada se agrega, entre otras conclusiones, aquella que involucra los alcances del plan criminal acreditado en la sentencia, donde los comandantes "otorg[aron] a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de la libertad a quienes

*aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los tenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o Justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física" (Fallos: 309:1, p.291).*

De esta forma, consideré que la exigencia de que cada conducta endilgada al imputado deba en sí misma perpetrarse "a gran escala" (esto es, en la terminología pertinente, de modo "generalizado o sistemático") para ser considerada un crimen de lesa humanidad, no forma parte de ninguna interpretación que de las normas relevantes se ha efectuado. Antes bien, dichos elementos son propios y característicos del elemento "ataque contra la población civil" que recoge la definición típica de los crímenes de lesa humanidad (En este sentido: Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, "Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, ET AL." IT-96-23-1, del 12 de junio de 2002, párr. 85-86; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, "Prosecutor v. Kayishema, ICTR-95-I-T, del 21 de mayo de 1999, párr.. 135), del cual, eso sí, estas conductas individuales deben formar parte.

Luego, analicé cómo determinar si un acto específico forma parte o no del ataque que, como fuera analizado, constituye la condición de base para la calificación de un hecho de lesa humanidad.

En este sentido, sostuve que de las normas consuetudinarias vigentes al momento de registrarse los hechos que forman parte de las presentes actuaciones, así como de los instrumentos internacionales y los precedentes reseñados que las recogieron y sistematizaron, pueden inferirse una serie de principios que, tomados conjuntamente, logran identificar

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

correctamente aquellas propiedades que justifican la calificación de un hecho ilícito como un delito de lesa humanidad. Dichos principios (o condiciones), vale aclarar, dan por sentado la existencia de un ataque cuyas características, como se señaló oportunamente, son propias y distintas de aquellas que han de exigirse respecto de las conductas individuales que lo integran.

En otras palabras, el criterio propuesto sólo puede servir como guía para establecer si una conducta puede ser considerada un crimen de lesa humanidad, luego de que haberse establecido, de acuerdo a consideraciones independientes, que concurre en el caso un ataque sistemático o generalizado dirigido contra una población civil.

En concreto, de acuerdo con este criterio, para establecer si una conducta constituye un crimen contra la humanidad por formar parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, la conducta debe satisfacer las siguientes condiciones (respecto de cuyo desarrollo en extenso habré de remitirme por razones de brevedad a lo expuesto en mi voto en las ya citadas causas "Molina" y "Liendo Roca"): 1) la conducta formaba parte de aquellas conductas que, al momento de comisión de los hechos, estaban reconocidas por la comunidad internacional como pasibles de integrar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; 2) la conducta ocurrió espacio-temporalmente en forma concomitante al ataque respecto del cual se evalúa su pertenencia; 3) el agente integró o contó con la aquiescencia del aparato organizado de poder al que se le atribuye colectivamente la responsabilidad por la perpetración del ataque; 4) el agente llevó adelante la conducta, entre

otras cosas, motivado por el manto de impunidad que el hecho de formar parte (o contar con la aquiescencia) del aparato de poder responsable del ataque le garantizaba (inversamente, podría decirse: no es razonable suponer que el agente hubiera actuado como lo hizo de no haber sido por aquel "manto de impunidad" con el que contaba); y 5) la víctima (o víctimas) de la conducta endilgada integraba el conjunto de víctimas frente a las cuales el ataque estuvo dirigido (conjunto cuya definición debe ser sensible a la discrecionalidad con la que contaba el agente para seleccionar a las víctimas: a mayor discrecionalidad, más difícil será objetar que una víctima determinada no formaba parte de aquel conjunto).

De esta forma, esbozado el marco teórico dentro del cual deben valorarse los hechos endilgados a Musa Azar, corresponde establecer si ellos puede o no considerarse crímenes de lesa humanidad.

El primer y segundo elemento del criterio propuesto no ofrece dificultad pues las conductas endilgadas al nombrado y que tuvieron como víctima a Cecilio Kamenetzky ocurrieron entre el 9/8/76 y 13/11/76, en circunstancias en que el nombrado fue detenido por personal policial, sin orden judicial, en el domicilio de la familia Kamenetzky, lugar al que, en horas de la tarde, retornaron y procedieron al secuestro y requisita de diversos elementos propiedad de su padre, que nunca fueron recuperados.

Asimismo se tuvo por acreditado, que desde su detención Kamenetzky fue trasladado y alojado en dependencias del DIP (Dirección de Informaciones Policiales), permaneciendo en el lugar por el lapso de veintidós días hasta que fue puesto a disposición del Juez Federal de Santiago del Estero, quien lo indagó, procesó por infracción a la ley 20.840 y dispuso que su de detención se convierta en prisión preventiva, la que se haría efectiva en el Penal de Varones de Santiago del Estero,

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

lugar desde el cual fue trasladado en reiteradas oportunidades al DIP, sin orden judicial alguna.

Por otra parte, se tuvo por probado que durante su permanencia en el DIP, Kamenetzky fue víctima de diversas clases de tormentos, hasta que muere en dicha sede el 13 de noviembre de 1976, como consecuencia de un presunto intento de fuga.

Resta destacar que se encuentra acreditada en autos la existencia del centro clandestino de detención en donde sucedieron los hechos y que las conductas imputadas a Musa Azar ocurrieron objetivamente dentro de los márgenes espacio-temporales del ataque generalizado y sistemático que tuvo lugar contra la población civil entre marzo de 1976 y diciembre de 1983.

Las condiciones 3 y 4 del criterio propuesto tampoco ofrecen dificultades de aplicación en el presente caso. En efecto, durante la sustanciación del debate oral y público se acreditó no sólo la autoría de las conductas endilgadas a Musa Azar, sino también resultó probado que el nombrado formaba parte integral del aparato de poder organizado que llevó adelante el ataque sistemático y generalizado: se desempeñó como Comisario Inspector, Jefe de la Superintendencia de Seguridad, Director de Informaciones de la Policía de la Provincia y Delegado de la "SIDE" en Santiago del Estero.

Finalmente, la calidad de la víctima como perteneciente al conjunto de víctimas del ataque generalizado y sistemático (condición 5), surge sin dificultad de la constatación de que Kamenetzky fue secuestrado y recluido en un centro de detención por los motivos por los cuales, en forma general, los perpetradores del ataque secuestraban a sus

víctimas.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, entiendo que la crítica efectuada por la defensa no habrá de tener favorable recepción pues la calidad de "lesa humanidad" de las conductas endilgadas a su asistido se encuentra clara y suficientemente acreditada.

d. La defensa técnica de Musa Azar alega que la aplicación del instituto de la imprescriptibilidad de la acción penal al caso viola el principio de legalidad constitucionalmente reconocido.

Al respecto adelanto que propicio el rechazo del presente cuestionamiento, pues en lo que se refiere a la denunciada infracción al principio de legalidad, tal como he examinado al votar en la causa nº 12.083 "Olivera Róvere" —ya citada—, causa nº 13.667 "Greppi, Néstor Omar y otros s/recurso de casación" (registro nº 1404/12, del 23/08/12); causa nº 12.161 "Cejas, César Armando y otros s/recurso de casación" (registro nº 1946/12, del 22/10/12); y causa nº 15.425 "Muiña, Luis y otros s/recurso de casación" (registro nº 2266/12, del 28/11/12); el máximo tribunal ha reiterado en diversas ocasiones no sólo que la categoría de crímenes de lesa humanidad pertenece actualmente a nuestro derecho, sino que también lo hacía al momento de los hechos objeto de estudio (por lo que su aplicación no violenta el requisito de ley previa). Además, al reconocer la existencia de la categoría con base en normas imperativas del derecho internacional no contractual, también se desprende que la Corte Suprema consideró que ello no implicaba la violación a la ley escrita.

En oportunidad de resolver en las causas "Arancibia Clavel" (Fallos 327:3312) y en "Gualtieri Rugnone de Prieto" (Fallos: 322:1769), el máximo tribunal expresó que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

a perseguir y exterminar opositores políticos, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional.

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

Al expedirse en la causa "Derecho" (Fallos: 330:3074) la C.S.J.N., remitiéndose al dictamen del Procurador General de la Nación, expresó que "...la categoría que hoy cuenta con una codificación penal (el Estatuto de Roma) y un cuerpo jurídico de interpretación en constante crecimiento, es también el producto de una evolución histórica que, al menos desde la segunda guerra mundial, ha incorporado con claridad las graves violaciones de los derechos humanos cometidas a través de la actuación estatal en el catálogo de delitos de lesa humanidad". Así, la Corte Suprema entendió que en la época de los delitos

imputados hechos como los aquí investigados se encontraban claramente prohibidos como crímenes de lesa humanidad y que la codificación más moderna —el Estatuto de Roma— no ha restringido el espectro de lo aceptado como crímenes de lesa humanidad.

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

En alusión a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (con jerarquía constitucional desde la sanción de la Ley nº 25.788), la C.S.J.N. sostuvo que ella “... constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes” y que su texto “... sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos...” y sigue “... así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno” (consid. 27, 28 y 29 “Arancibia Clavel”, Fallos 327:3312).

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

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

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

En lo que hace a la *ley escrita* es preciso indicar que dicha derivación del principio de legalidad no se concibe del mismo modo en el marco del derecho doméstico y del derecho internacional. Sobre las particularidades del principio de legalidad en este ámbito se ha advertido que el derecho penal internacional prescinde —o bien por definición o bien por factores coyunturales— de las reglas que subyacen al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, o al menos no es deber observarlas rigurosamente (cf. Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos*, Hammurabi: Buenos Aires, 1999, p. 434). También se ha dicho que el *nullum crimen sine lege*, si bien es

reconocido en el derecho de gentes, es objeto en ese ámbito de fuertes restricciones que incluyen la imposibilidad de que el mero paso del tiempo otorgue impunidad a aquellos que usufrutuando el aparato estatal cometen crímenes atroces que afectan a toda la comunidad internacional (cf. Ziffer, Patricia, El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, en Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier, del Puerto: Buenos Aires, 2005, p. 753).

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

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

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

aceptamos que exista un derecho o una fuente normativa que no provenga de la legislatura. Y en ese mismo camino, la aceptación del derecho de gentes como tal es esencialmente la admisión de un derecho no escrito. Su consagración positiva en la Constitución Nacional, en efecto, *"... permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa"* (C.S.J.N., "Mazzeo", considerando 15, Fallos 330:3248).

No cabe duda de la extrema cautela que se requiere al examinar la tipificación de los delitos internacionales con base en el derecho de gentes a fin de no lesionar el principio de legalidad (v. en este sentido, el considerando 19 del voto del juez Lorenzetti en "Simón", Fallos 328:2056); más en lo referente a la imprescriptibilidad de los delitos de la naturaleza de los aquí juzgados –asunto que sí nos ocupa– su reconocimiento en el ámbito de la costumbre internacional es a todas luces indiscutible. De conformidad con ello, concluyo que a los efectos de declarar la punibilidad de los actos aquí juzgados no constituye óbice para considerar aplicable la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad la ausencia de ley escrita emanada del Congreso Nacional (ley formal) al momento de los hechos; pues lo determinante es que

ese instituto ya formaba parte de nuestro sistema normativo, tal como expliqué precedentemente y que, por lo demás, no resulta posible trasladar el fundamento republicano que da sustento al establecimiento de una ley formal en el ámbito interno al régimen internacional, carente por su esencia de un órgano parlamentario central (ver en el mismo sentido, Dictamen del Procurador General en "Simón", cit.).

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

Sobre la previsibilidad de las normas punitivas ha dicho la Corte Interamericana que *"... en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste", (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia del 2 de febrero de 2001, parág. 106).*

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

"Cristalux", Fallos 329:1053, por remisión a la disidencia del juez Petracchi en "Ayerza", Fallos 321:824).

e. Finalmente, resta realizar una breve consideración en orden a los argumentos esbozados por las defensas de Musa Azar y Ramiro del Valle López Veloso en la audiencia prevista en el artículo 468 del C.P.P.N., por los cuales solicitaron la revisión del criterio adoptado por el Alto Tribunal en los citados precedentes "Arancibia Clavel" y "Simón".

En primer término entiendo que los argumentos que las defensas traen a estudio de esta Sala como novedosos han sido materia de consideración por la C.S.J.N. pues más allá de la apreciación de los recurrentes sobre un aspecto parcial examinado en la causa Nro. 13/84, lo cierto es que *"...el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía..."* y que a partir del caso "Velázquez Rodríguez" (CIDH, sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C Nº 4) *"quedo claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluyo el deber prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C Nº 75; caso "Trujillo Oroza vs. Bolivia"- Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2001, considerando 106, serie C Nº 92; caso "Benavides Cevallos " -cumplimento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6º y 7º)"*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

(En este sentido: cfr. voto concurrente de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, considerando 36º; y voto del juez Petracchi, considerando 23º).

Todo lo expuesto determina el rechazo de la pretensión examinada.

**V. Sobre la infracción al derecho a ser juzgado en un plazo razonable.**

El planteo efectuado –en término de oficina– por la defensa de Musa Azar sobre este punto debe ser rechazado.

La doctrina judicial vigente considera relevantes para la evaluación de la garantía (al respecto, en extenso v. mi voto en causa n° 8403, "Balatti, Lidia Inés s/ recurso de casación", del 7/11/2008, registro n° 11.013.4; entre otras) los siguientes parámetros: a. complejidad del asunto; b. la actividad procesal del interesado; c. la conducta de las autoridades judiciales –cfr. Corte I.D.H. caso "Suarez Rosero", sentencia del 12/09/1997; caso "Genie Lacayo", sentencia del 29/01/1997– elementos a los que dicho organismo consideró pertinente añadir –según sea el caso– la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, con mención especial en la materia objeto de controversia (caso "Valle Jaramillo", Serie C n° 192, sentencia del 27/11/2008, párr. 155 y caso "Kawas", Serie C n° 196, sentencia del 3/04/2009, párrs. 112 y 115).

En el mismo orden de ideas, esta Sala IV (cfr. mi voto en las causa n° 13.667 "Greppi", causa n° 12.161 "Cejas" y causa n° 15.425 "Muiña" –ya citadas–), tiene dicho que la garantía que posee todo imputado de ser juzgado en un plazo razonable no puede ser analizada de modo aislado, sino que ha de ser valorada teniendo en consideración el objeto procesal de

la investigación, la complejidad de la causa como así también la actitud estatal y de las partes durante el proceso, cuestiones que han de ser relacionadas con el tiempo de tramitación que lleva la investigación (causa nº 15.030, "Szelepski, Héctor Norberto s/recurso de queja" registro nº 189/12.4, del 29/2/2012; y causa nº 14.055, "Sadit Pebé, Carlos s/recurso de queja" registro nº 302/12.4, del 15/3/2012).

En oportunidad de fallar en el caso "Salgado" (Fallos: 332:1512, del 23/06/09) nuestra Corte Suprema ha precisado que *"... el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes "Mattei" (Fallos: 272:188) y "Mozzatti" (Fallos: 300:1102) se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, 'la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible'"* (con cita de la causa P. 1991, L. XL, 'Paillot, Luis María y otros s/contrabando', del 01/04/09, voto de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni)".

Debe apuntarse que —como se ha verificado en oportunidades anteriores frente a circunstancias similares a las de la presente causa— la recurrente ha omitido relevar las concretas circunstancias del caso y no ha tomado en consideración la suma complejidad de este tipo de causas, en las que se ha investigado y juzgado a los propios funcionarios públicos que se valieron de la estructura de poder estatal para llevar a cabo las graves violaciones a los derechos humanos que se registraron en nuestro país durante el período que va desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983, quienes actuaron con el firme propósito de garantizar su impunidad, ocultando toda clase de rastros de los delitos llevados adelante e, incluso, el destino final de miles de

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

personas cuyo paradero, hasta el día de la fecha, es desconocido.

Por otra parte, no puede perderse de vista que pesa sobre el Estado argentino, el deber de remover los obstáculos que impidan que la Nación cumpla con su obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la última dictadura militar (Fallos: 328:2056 y Fallos: 330:3248). Y en ese contexto ha de apreciarse que el tiempo transcurrido entre la comisión de los hechos materia de juzgamiento y el momento en que los acusados quedaron nuevamente sometidos a la presente investigación y posterior juicio se encuentra indisolublemente ligado a la sanción de la Ley n° 25.779 (B.O 3/9/2003) que declaró insanablemente nulas las leyes de Punto Final (Ley n° 23.492, B.O 29/12/1986) y de Obediencia Debida (Ley n° 23.521 B.O 9/06/1987) –ambas derogadas por la Ley n° 24.952, B.O 17/4/1998– que se alzaban contra la judicialización y avance de estos procesos (cfr. causa n° 10.609, "Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación", registro n° 137/12.4; causa n° 14.075 "Arrillaga, Alfredo Manuel, Pertusio, Roberto Luis y Ortiz, Justo Alberto Ignacio s/recurso de casación", registro n° 743/12.4).

Así pues, la cantidad de víctimas involucradas y de casos examinados (es decir, si bien en el presente caso se juzgaron los hechos que tuvieron como víctima a Cecilio Kamenetzky, vale recordar que las presentes actuaciones eran parte de la causa nro. 9002/03, que luego fue dividida en cuatro grupos) la diversidad y calidad de los imputados sometidos a juicio, la complejidad de este tipo de investigaciones, en un marco –como se ha visto– de generalizado

ocultamiento probatorio; circunstancias éstas que evaluadas en el contexto descrito en los párrafos precedentes no permiten extraer otra conclusión que no sea el rechazo del presente reclamo.

#### **VI. Prohibición de doble persecución.**

Se agravia la defensa de López Velozo que se violó el principio de *ne bis in ídem* por cuanto su asistido ha soportado múltiples procesos en los cuales fue requerido por la muerte de Cecilio Kamenetzky: "en el año 1976 (expte. 504/6), en el año 1984-85 y en el año 2003 con la formación de la presente causa"; y agregó que: "En los anteriores procesos, se le concedió el sobreseimiento provisional en 1976 y el sobreseimiento por el dictado de las leyes de obediencia debida y punto final" (cfr. fs. 3499vta.).

Al respecto, en primer término, corresponde señalar que en relación a los sobreseimientos que habrían sido dictados con fundamento en las leyes nro. 23.492 y nro. 23.521, este tribunal ya se ha expedido por su rechazo, con argumentos que resultan plenamente aplicables a las circunstancias del presente caso, a los que he de remitirme a fin de no efectuar reiteraciones innecesarias (cf. causa n° 10.178, "Comes, Cesar Miguel y otros" s/recurso de casación", registro n° 14.688.4, del 29/03/2011; causa n° 10.609, "Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación", registro n° 137/12.4, del 13/02/12; causa n° 13.667 "Greppi, Néstor Omar y otros s/recurso de casación", registro n° 1404/12.4, del 23/08/12; y causa n° 12.161 "Cejas, César Armando y otros s/recurso de casación", registro n° 1946/12, del 22/10/12).

Tal como en aquellos precedentes, aquí se debaten cuestiones ya zanjadas por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los ya citados "Simón", "Mazzeo" y "Videla"; por cuanto "... el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables" (considerando 36° último párrafo del voto de la mayoría en "Mazzeo"), con referencias a las posiciones sentadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los precedentes "Barrios Altos" Serie C n° 75, sentencia del 14/03/2001 y "Almonacid Arellano", Serie C n° 154, sentencia del 26/09/2006.*

Más allá de lo expuesto, la imposibilidad de invocar la excepción de cosa juzgada como obstáculo del deber de investigar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos fue reafirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al enfatizar "... que el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'" (Sentencia "La Cantuta", Serie C n° 162, del 29/11/2006, ap. 153).

Por otra parte, en relación al sobreseimiento dictado en la causa nro. 504/76 al que alude la defensa, he de señalar que un planteo de similares características fue oportunamente resuelto por el tribunal a fs. 3241 vta., sin que la parte haya invocado nuevos argumentos que permitan su revisión.

Sin embargo, entiendo oportuno señalar que el

sobreseimiento provisional al que alude el recurrente (cfr. fs.13/18 de las presentes actuaciones), que habría sido dictado con fecha 20 de septiembre de 1978 en relación a López Veloso con fundamento en lo establecido por el artículo 435, inciso 1º de la ley 2372 (Código de Procedimiento en Materia Penal), no revestía la calidad de definitivo.

En efecto, el digesto de rito clasificaba el sobreseimiento en definitivo y provisional, total o parcial (artículo 433). El sobreseimiento provisional (artículo 436, apartado segundo): *"...deja abierto el proceso hasta la aparición de nuevos elementos de convicción que autoricen a transformarlo en definitivo o que sean suficientes para provocar la apertura del juicio. Si estos nuevos elementos no se obtienen, perdurará hasta que sobrevenga una causal extintiva fundamentadora del sobreseimiento definitivo"* (Clariá Olmedo, Jorge A. "Derecho Procesal Penal", T III, Ed. Lerner, Córdoba, 1985, pág.34).

Es decir, *"[s]e trata de un estado de inestabilidad prolongada y sin plazo fijo de la causa que se produce porque al final de las investigaciones resulta que los medios de prueba acumulados no son suficientes para demostrar la comisión del hecho delictivo o para determinar sus posibles partícipes. Se trata, pues, de un pronunciamiento revocable cuyos efectos liberatorios se limitan al área procesal. De aquí que sustancialmente la causa no se cierra, ni definitiva ni provisionalmente; sólo se paraliza a la espera de nuevas pruebas o circunstancias que permitan su transformación en sobreseimiento definitivo o su revocación para continuar el proceso con sentido incriminador"* (Clariá Olmedo, ob. cit., pág. 35).

Con estas consideraciones, el presente cuestionamiento no habrá de tener favorable acogida.

**VII. Principio de Congruencia. Nulidad del Proceso. Recusación.**

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

La defensa de López Veloso adujo que se afectó el principio de congruencia toda vez que el tribunal no dio respuesta a todas las cuestiones planteadas por esa parte en el proceso, por lo que lo resuelto carece de debida fundamentación.

Indicó que el *a quo* consideró el planteo de nulidad del proceso como parte de los alegatos, error no atribuible a esa parte.

Sostuvo que la resolución recurrida fue dictada por un tribunal recusado, que desestimó el planteo en forma arbitraria, sin competencia para ello. Veamos.

A efectos de realizar un adecuado análisis de los agravios expuestos por el recurrente, habré de repasar brevemente –en lo que aquí interesa– el trámite de las presentes actuaciones.

El día 14 de septiembre de 2010, fijado para el inicio de la audiencia de debate (cfr. fs. 2494/2495), la defensa de López Veloso presentó un escrito recusando al tribunal interviniente (cfr. fs. 2946/2954vta.), que fue resuelto en forma negativa (cfr. fs. 2991/2991vta.).

El *a quo* consideró que el planteo realizado (temor de parcialidad fundado en la tergiversación de normas procesales para extralimitar el ejercicio de facultades propias como director del proceso y en particular, resolver sobre la separación de los imputados Videla y Menéndez) se realizó en forma extemporánea, habida cuenta de la etapa procesal en curso, y que tampoco existió una causal sobreviniente a la integración del tribunal (artículos 58, 60, 354 y ccdtes. del C.P.P.N.).

Iniciado el debate, el tribunal ordenó dar lectura de

lo resuelto y resolvió rechazar el planteo de revocatoria efectuado por improcedente (cfr. fs. 3228 y 3232).

Finalmente, en la resolución recurrida, bajo el título de "Cuestiones previas" el *a quo* consideró que el planteo de nulidad del proceso realizado e introducido por la defensa de López Veloso al momento de alegar (fundado en que se lo privó del testimonio de Liendo Roca, de la posibilidad de efectuar careos y la imposibilidad del *a quo* de fundar su propia recusación), formó parte de dicho alegato toda vez que no fue planteado específicamente como una incidencia, y se trató de cuestiones resueltas al inicio del debate y en el transcurso del mismo (cfr.fs. 3356vta/3357).

Así las cosas, entiendo que contrariamente a lo sostenido por el recurrente el cuestionamiento realizado en orden a la falta de fundamentación de la sentencia en punto a la nulidad del proceso debe ser rechazado.

Por un lado, conforme surge del acta de debate respectiva, durante el desarrollo del mismo, la parte efectuó distintos planteos que fueron analizados por el tribunal interviniente y resueltos, y esto más allá que la solución haya sido favorable o no a sus intereses (cfr. fs. 3328,3232/3233vta., 3240vta./3242, 3244, 3245vta./3246, 3249vta.3250/3251 y 3251vta./3252); y por otro, al tiempo de efectuar su alegato, la defensa realizó diversas consideraciones (principio de legalidad, prescripción, hechos, calificación legal y participación) que hacen a su contenido, pero no efectuó un concreto pedido de nulidad del proceso ni solicitó la formación de incidencia alguna (cfr. fs. 3339/3345 vta. y 3350/3351).

De esta forma, asiste razón al tribunal en cuanto entendió que el análisis efectuado por la defensa lo fue en el contexto de su alegato pues las cuestiones procesales aludidas habían sido resueltas antes del inicio del debate.

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Similar consideración cabe realizar en torno a la recusación del tribunal. Es que habiendo sido superada la oportunidad prevista en el digesto de rito para su interposición (artículo 60 en función el artículo 354 del C.P.P.N.), el tribunal expuso que no habiéndose configurado una causal sobreviniente o ulterior integración del tribunal (artículo 60 "in fine"), el planteo efectuado resultaba extemporáneo, y la recurrente no logró demostrar que la respuesta brindada fuera incorrecta.

En virtud de lo expuesto, los agravios analizados deben ser rechazados.

#### **VIII. Querrela. Constitución. Legitimación.**

Se agravia la defensa de Miguel Tomás Garbi que las partes querellantes en autos no se encuentran debidamente constituidas. Indicó que no se notificó a dicha parte del decreto por el cual se las admitió, y por ende, no pudo apelar dicha resolución; y añadió que los querellantes constituidos en la causa 9002/03 extendieron indebidamente su participación a la causa "Kamenetzky".

En otro orden de ideas, sostuvo que la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación no tiene legitimación para actuar en el proceso, aspecto que no se subsana mediante un decreto (cfr. artículo 82 bis C.P.P.N. a *contrario sensu*); y que las asociaciones intervinientes, son personas jurídicas creadas con posterioridad a la comisión de los hechos, por lo que tampoco goza de legitimación para intervenir en autos.

a. El cuestionamiento efectuado por la defensa en punto a la constitución en parte de los querellantes no habrá de tener favorable acogida, puesto que su agravio no importa más que una reiteración del planteo oportunamente efectuado por

la parte al celebrarse la audiencia de debate, ocasión en que el tribunal rechazó fundadamente su pretensión sin que el recurrente haya añadido nuevos argumentos que permitan revisar dicha cuestión.

En efecto, conforme surge del acta de debate el doctor Lindow efectuó un planteo de similar tenor al ahora esgrimido (cfr. fs. 3229vta./3232), ocasión en que se resolvió: *"...4) Advierte el Tribunal que a fs. 2394/2398vta., mediante resolución de fecha 02 de julio de 2007, el señor Juez Federal en los autos: "Secretaría de Derechos Humanos S/Denuncia c/Muza y otros Expte. 9002/03, dispuso en el punto VII) ratificar la legitimación como partes querellantes oportunamente acordadas a la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y al Comité para la defensa de la salud, la Ética Profesional y los Derechos Humanos (CODESEDH) en todas las causas referidas en la presente resolución, en trámite ante este Juzgado Federal, entre las que se encuentra la presente, la que fue notificada a las defensas de los imputados Musa Azar y Ramiro del Valle López Veloso (fs. 2402) y de Miguel Tomás Garbi (fs. 2407)" (cfr. fs. 3232/ 3232 vta., el resaltado me pertenece).*

A continuación el a quo añadió que: *"...en los autos "Recurso de Apelación en incidente. Asociación por la Verdad, la Memoria y la Justicia, Familiares de Desaparecidos y ex Presos Políticos S/Constitución de Parte Querellante (Ref. Incid. B° 75/08, Exptes. 9041, 9078, 17/07, 18/07, 19/07 y 20/07) Exte. N° 811/08, en audiencia de apelación, con presencia de las defensas de los imputados se resolvió (fs. 178/179) en fecha 11 de Noviembre de 2009, no hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por las defensas de Musa Azar, Ramiro del Valle López Veloso y de Miguel Tomás Garbi en contra de la constitución como parte querellante de la Asociación por la Verdad, la Memoria y la Justicia, Familiares de Detenidos Desaparecidos y ex Presos Políticos de Santiago*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*del Estero"* (cfr. fs. 3232vta., el resaltado me pertenece).

Por último, el tribunal hizo mención a otro acto procesal que demuestra el conocimiento que tuvo la defensa de Garbi respecto a la intervención de las querellas mencionadas (Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, el CODESEH y la Asociación), esto es, la notificación y entrega de los respectivos requerimientos de elevación a juicio a las defensas. En el caso de los imputados Garbi y López Velozo a fs. 1152vta., y respecto de Musa Azar, a fs. 1153/1153vta. (cfr. fs. 3232vta.).

Lo hasta aquí expuesto, permite afirmar que — contrario a lo sostenido por el recurrente— no se vulneró el derecho de defensa aludido, más aún si se tiene presente que igual oportunidad el tribunal resolvió no tener como parte en el debate a la Fundación Liga Argentina por los Derechos Humanos, respecto de la cual adujo que si bien el juez de instrucción le acordó legitimación activa en el Expte. 40/2007 (fs. 25/25 vta. del incidente respectivo sobre constitución como parte querellante): *"...no se advierte ni notificación expresa, ni tampoco, como en el caso de los demás querellantes, alguna participación en el presente proceso que haya permitido su conocimiento por parte de las defensas..."* (pe: requerimiento de elevación a juicio o adhesión a otro).

Por ello, el presente cuestionamiento no habrá de tener favorable acepción.

**b.1.** Ahora bien, el planteo efectuado por la defensa de Garbi en punto a la legitimación de las Asociaciones para intervenir en autos, toda vez que a la fecha de los sucesos investigados no existían como personas jurídicas, en violación a la retroactividad de la ley procesal más benigna, debe ser

rechazado.

En efecto, por un lado, la parte omite considerar que —en muchos casos— la existencia de asociaciones de este tipo surgió con posterioridad a la comisión de los hechos investigados con el objeto de procurar su investigación y evitar la impunidad de crímenes cometidos en el marco de un aparato organizado de poder; y por otro que la normativa que regula la cuestión en examen no establece requisito temporal alguno en orden a la fecha de constitución de la asociación o fundación respecto a los hechos pesquisados (cfr. art. 82 *bis* del C.P.P.N.).

Pero más allá de lo expuesto, he sostenido en la causa nº 13.667 “Greppi” (registro 1404.12.4, del 23/08/12) que la modificación del ordenamiento procesal (incorporación al digesto de rito de la norma citada), en nada veda la legitimación anterior legalmente conferida a las querellas. Antes bien, la adopción de dicha regulación se traduce en el reconocimiento a la evolución del concepto de “particular ofendido” que tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen desarrollando en materia de bienes jurídicos de incidencia colectiva, así como también constituye una enérgica contribución para el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado nacional (art. 75 inc. 22, de la C.N.). Con dicha ley se ha puesto énfasis en garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de delitos como los aquí investigados (arts. 8 y 25 C.A.D.H.) y el reconocimiento judicial de sus derechos, siguiendo la tendencia que ya se advertía, en aumento, en la práctica judicial a partir de la aceptación de entidades intermedias de defensa de los derechos humanos en calidad de querellantes en diversos casos (ver mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, del 10/09/2009, Diario de la Cámara de Diputados de la Nación, Orden del Día 2115).

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

En respuesta a un planteo análogo, he tenido oportunidad de expedirme en la causa n° 12.260 "Deutsch" (registro 14.842.4, del 03/05/11) al ser cuestionada la legitimación de una asociación de las denominadas "intermedias" con anterioridad a la vigencia del art. 82 bis del C.P.P.N. Allí he interpretado la cláusula del art. 82 del mismo cuerpo normativo, y he determinado el alcance que considero cabe otorgarle, doctrina que resulta plenamente aplicable al presente caso.

De conformidad con el citado artículo 82 del Código procesal que nos rige: *"Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante..."*. De allí que deviene necesario precisar, entonces, qué persona resulta "particularmente ofendida" en los términos de la ley en el caso concreto, para poder así determinar quién se encuentra habilitado para intervenir como querellante en un proceso donde se haya iniciado una acción penal pública.

Así, el derecho procesal argentino define, en principio, al ofendido como el portador real del bien jurídico concreto dañado o atacado, concepto incluso limitado aún más por su referencia sólo a aquellos delitos que permiten identificar a una persona individual, de existencia visible o jurídica como portadora de ese bien jurídico (Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales*, Ed. del Puerto: Buenos Aires, 2003, pág. 665 y ss.).

La única extensión tradicional del papel de ofendido como acusador –siquiera como regla general– en los delitos de acción pública, resulta de aquellos cuyo resultado es la muerte

del ofendido. El cónyuge supérstite, los padres, los hijos o el último representante legal (artículo 82, segundo párrafo del código procesal), pueden participar como querellantes en el procedimiento penal, cuyo objeto es la investigación y decisión acerca de esa hipótesis.

En cuanto a la capacidad exigible para querellar (con anterioridad a la ley 26.550), el código procesal no contenía otra referencia que las comprendidas en los artículos 82 y 415 del C.P.P.N., normas que aluden a la "persona con capacidad civil" para señalar a quienes pueden hacerlo en orden, respectivamente, a los delitos de acción pública y privada, y a la del representante legal del incapaz como sujeto autorizado para hacerlo en su nombre.

Entonces, el querellante, además de legitimación, debe tener capacidad para ser parte, que sólo es un reflejo de la capacidad de derecho y se refiere a la posibilidad jurídica de figurar como tal en el proceso. En cambio, la capacidad procesal estriba en la aptitud necesaria para ejercitar actos procesalmente válidos y coincide con la capacidad de hecho a que se refiere el Código Civil.

Capacidad para convertirse en parte acusadora – capacidad para ser parte– tienen todas las personas físicas o ideales (conforme lo estatuye el Código Civil respecto de la adquisición y pérdida de dicha condición). En particular, las personas jurídicas tienen capacidad para querellar en tanto no les esté prohibido en forma expresa por sus estatutos o éstos no contengan disposición específica relativa a la querrela (D'Albora, Francisco J. *Código Procesal de la Nación. Anotado. Concordado. Comentado*, Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2009, pág. 170).

La denominada legitimación para obrar o legitimación procesal –a la que resulta necesario aludir a efectos de determinar quién resulta "particularmente ofendida"– hace

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

referencia a quienes actúan en el proceso y quienes se hallan especialmente habilitados para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso. La condición es propia de la persona que, de modo especial, singular, individual y directo se presenta afectada por el daño o peligro que el delito comporte. Comprende a los mencionados en el primer término por el artículo 1079 del Código Civil (D'Albora, ob. cit., pág. 164).

Es cierto que, comúnmente, se ha hecho una distinción entre los conceptos de "ofendido" y de "damnificado". Al primero siempre se le ha reconocido legitimación para constituirse en parte querellante, por cuanto es el titular del bien jurídico tutelado que el hecho delictuoso lesiona. Por ende, se erige como persona que ha sufrido las consecuencias del delito de un modo directo e individual, y resulta ser el sujeto pasivo del delito. El "damnificado", en cambio, si bien no necesariamente es el titular inmediato del bien jurídico afectado por el ilícito, es quien ha recibido algún perjuicio real y concreto que lo habilita para accionar.

De este modo, no se protege solamente el bien jurídico tutelado por la norma penal y que aparece violado por la conducta que constituye el contenido de la imputación, sino que no quedan excluidos aquellos bienes garantizados secundaria o subsidiariamente. Es que la invocación del bien jurídico protegido para determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitoria, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantidos; siempre que derive un perjuicio directo y real, quien lo sufre se encuentra legitimado para ejercer el rol de querellante.

Son situaciones en las que existe una suerte de desprendimiento, por el cual el sujeto pasivo típico no coincide con el eventual "ofendido" o titular del bien jurídico lesionado que se encuentra protegido por la norma penal y, no obstante ello, está facultado para constituirse en parte querellante.

La existencia de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales, plantea el problema de legitimación de las "asociaciones intermedias" como titulares de la facultad de querellar en aquellos casos referidos al bien jurídico cuya defensa constituye el objeto de la asociación de personas. Una interpretación extensiva del concepto de víctima y aún una aplicación analógica del concepto con el cual la ley define a la víctima para concederle participación en el procedimiento es viable, ya que la ley procesal penal indica esa solución (artículo 2 del código de procedimientos, a contrario sensu).

En efecto, para arribar a igual conclusión, es decir, la interpretación progresiva de un precepto legal existen no sólo argumentos de política criminal sino también el orden jurídico vigente. Ello, toda vez que "*... en materia de interpretación de la ley procesal, rige, en principio..., la regla del CC, 17, que no sólo admite –sin decirlo, por ser interpretación intra legem– la interpretación extensiva, sino que, antes bien, aclara que es posible la aplicación analógica de la ley y el recurso a los principios generales del Derecho. La regla constituye, en verdad, una cláusula de apertura para poder decidir casos posibles no regulados. La solución es adecuada para el orden jurídico de un Estado de Derecho en tanto se refiere a las facultades o derechos de las personas en su vida de relación, por contraposición a aquello que sucede con las reglas que limitan el poder estatal, en particular, con las referidas a las prohibiciones o mandatos (reglas de deber)*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*cuya inobservancia se amenaza penalmente, para las cuales rige una fórmula de cerramiento del sistema (CN, 18 y 19), que implica estricta interpretación intra legem y hasta la necesidad de la interpretación restrictiva" (Maier, ob. cit., pág. 665 y ss.; destacado en el original).*

*Así, "... la fórmula 'ofendido por el delito' no vedará el acceso al procedimiento penal de aquellas personas o asociaciones que, sin poder verificar exactamente que son portadoras individuales y únicas del interés o bien jurídico protegido por la norma supuestamente lesionada, puedan, según el objeto de la asociación o la naturaleza del bien jurídico concretamente vulnerado o puesto en peligro, demostrar, en el caso concreto, que ellos sufren una disminución de sus derechos a raíz del delito investigado o les alcanza el daño o peligro ocasionado hipotéticamente por él...". La interpretación resulta aún más sencilla en el caso de las "asociaciones intermedias", constituidas para la defensa de un interés social determinado, pues no sólo son reconocidas genéricamente por el Estado conforme a su objeto, sino que gozan de reconocimiento constitucional (artículo 43, segundo párrafo de la C.N.), justamente en forma específica para la defensa judicial de los intereses que constituyen la finalidad de su existencia (Maier, ob. cit., pág. 669).*

*Es que el citado artículo 2 del C.P.P.N. señala que: "Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente...". De este modo, el mandato hermenéutico impuesto por la ley nos indica que la interpretación restrictiva es excepcional, y por tanto su aplicación debe*

limitarse a los casos enumerados en el artículo.

En el supuesto que nos ocupa, al tratarse de una norma que regula precisamente las condiciones para el ejercicio de un derecho (art. 82, C.P.P.N., citado) su interpretación debe extenderse a favor de amplificar el reconocimiento de dicha facultad, en el marco del derecho de acceso a la jurisdicción y no su cercenamiento, como sugiere el recurrente.

Por lo demás, en reiteradas oportunidades nuestro Máximo Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que, en lo relacionado con los métodos de interpretación de la ley, la primera regla consiste en respetar la voluntad del legislador y que cabe estar a las palabras que ha utilizado (Fallos 304:1733; 305:538, entre otros). La letra de la ley es la primera fuente de interpretación de la norma legal, la cual debe hacerse de acuerdo al sentido propio de las palabras empleadas sin violentar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos 299:167; 318:601, entre otros), dado que no existe peor técnica interpretativa que la que implica una patente alteración del inequívoco significado de esas palabras (Fallos 318:1013, entre otros). Por cuanto, en definitiva, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquél en ejercicio de sus propias facultades (Fallos 302:973; 304:1007; 308:1745, entre otros).

De conformidad con lo hasta aquí explicado no resulta posible —y mucho menos en esta instancia del proceso— poner en duda que el concepto de “particular ofendido” comprende a aquellas entidades intermedias que persiguen la defensa o protección de los intereses supraindividuales afectados por los delitos lesa humanidad aquí investigados y juzgados —que

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

repercuten sobre toda la población y exceden holgadamente el plano individual—; con el alcance así otorgado al derecho reconocido en el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación.

Por lo demás, cabe recordar que la excepción de falta de acción es una defensa de carácter formal que sirve a efectos de cuestionar que el querellante pueda ejercer en nombre propio la pretensión punitiva (vía idónea para cuestionar la legitimación, ya sea porque nunca debió ser legitimado o porque una causal sobreviviente perjudica esa legitimidad). El carril para cuestionar la admisión de un querellante carente de legitimación no es otro que la excepción de falta de acción prevista por el artículo 339, inciso 2º, del C.P.P.N. (C.F.C.P., Sala IV, causa n° 9672, "Iriart, Fabio Carlos y otros s/recurso de casación", registro n° 12.525.4, del 30/10/09 y "Zeolitti, Roberto Carlos y otros s/recurso de casación", registro n° 13.369.4 del 05/05/10), que no ha sido demandado.

Ya desde otra perspectiva, la Ley n° 26.550 introdujo el artículo 82 bis del C.P.P.N.

De la lectura del mensaje —ya citado— por el cual el Poder Ejecutivo Nacional remitió al Congreso de la Nación dicho proyecto de ley, surge que su propósito ha sido otorgar regulación legal a la ya creciente participación de las asociaciones intermedias como querellantes en los procesos por delitos de acción pública en los que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos.

Allí se asentó que *"Se trata de extender la legitimación para querellar, que el ordenamiento procesal vigente reconoce en todos los casos al particular ofendido, a*

*las entidades colectivas constituidas conforme a la ley para la defensa de derechos de incidencia colectiva, cuya legitimación para interponer acciones colectivas se les reconoce en el artículo 43 de la Carta Magna, en los casos donde esos intereses se vean comprometidos”.*

La incorporación del artículo 82 bis al reglamento procesal no implicó –como anticipé– que con anterioridad a la sanción de dicha ley, el acceso de las organizaciones intermedias a los procesos en donde se investiguen delitos de acción pública debiera ser descartado. Las razones de índole procesal y constitucional expuestas en forma precedente dan cuenta de ello.

La posterior inclusión en el código procesal ha significado el reconocimiento legal del proceso evolutivo del concepto de “particular ofendido” que se ha venido afianzando a nivel doctrinario y jurisprudencial en materia de derechos de incidencia colectiva; y ha sido además, una derivación de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en orden a garantizar la protección integral de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos (artículo 75, inciso 22 de la C.N.).

Ya he sostenido con anterioridad la tesis de que en el procedimiento penal el concepto de ley vigente no se limita al Código Procesal Penal de la Nación, sino que abarca a la Constitución Nacional y a los Pactos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (C.N.C.P., Sala IV: causa nº 335, “Santillán, Francisco”, registro nº 585, del 15/5/96; causa nº 1619, “Galván, Sergio Daniel s/recusación”, registro nº 2031, del 31/08/99; causa nº 2509, “Medina, Daniel Jorge s/recusación”, registro nº 3456, del 20/06/01; y mi voto en el Plenario nº 11 de esta Cámara “Zichy Thyssen”, del 23/06/06 –entre varias otras–). En definitiva, la interpretación propuesta se presenta como la que mejor conjuga

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

y protege los intereses y garantías en juego, particularmente, el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las víctimas y familiares de los hechos objeto del presente proceso (artículo 18 de la C.N. y artículos 8 y 25 de la C.A.D.H.).

En esta línea, debo destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que *"el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención"* (Caso "Barrios Altos vs. Perú" del 14/03/01).

Y más aquí en el tiempo, afirmó que *"... el Estado debe asegurar que los familiares de las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos [seguidas a los presuntos responsables], de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses"* (caso "Valle Jaramillo", Serie C n° 192, sentencia del 27/11/2008, párr. 233 y caso "Kawas", Serie C n° 196, sentencia del 3/04/2009, párr. 194).

En razón de los argumentos precedentes se impone el rechazo del agravio impetrado.

**b.2.** Resta ingresar al análisis de la observación efectuada por la defensa de Garbi en punto a que la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación no tiene legitimación para actuar en el proceso, aspecto que no se subsana mediante un decreto (cfr. artículo 82 bis C.P.P.N.).

Al respecto, cabe recordar en primer lugar que el Estado, como persona jurídica, tiene capacidad para estar en juicio y constituirse como tal. La Ley nº 17.516 que regla la materia en forma general (en el orden federal) establece en su artículo 1: *“Salvo los casos en que por ley se autorice un régimen especial, el Estado nacional y sus entes descentralizados serán representados y patrocinados ante los tribunales judiciales y organismos jurisdiccionales y administrativos, nacionales o locales: a) En la Capital Federal, por los letrados dependientes de los servicios jurídicos de los respectivos ministerios, secretarías de Estado, reparticiones o entes descentralizados...”*. En esa línea, el artículo 4 dispone que: *“Sin perjuicio de la intervención que en el proceso penal corresponda a los fiscales en ejercicio de la administración pública, el Estado podrá asumir la función de querellante cuando se cometan delitos contra la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden constitucional...”* (cfr.: C.F.C.P., Sala II, causa nº 10.431, “Losito, Horacio y otros s/recurso de casación”, registro nº 19.853, del 18/04/12, voto de los doctores David y Slokar, al que adherí).

Luego, la Ley nº 22.520, con las modificaciones introducidas por la Ley nº 26.338 (ley de Ministerios), fija la competencia del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (artículo 22); en tanto que, el decreto nº 1755/2008 (relativo a la estructura organizativa de dicho Ministerio) establece como responsabilidad primaria de la Secretaría de Derechos Humanos. Subsecretaría de Protección de Derechos Humanos. Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos en Materia de Derechos Humanos: *“Prestar asesoramiento y patrocinio letrado, en los asuntos de carácter jurídico de competencia de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Presentarse como parte ante organismos internacionales, nacionales provinciales y*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*municipales, en todos aquellos procesos que versen sobre graves violaciones de los Derechos Humanos", y (específicamente entre las acciones, punto 2): "Ejercer, en todos aquellos casos donde se encontraren configuradas graves violaciones de los derechos humanos, que prima facie constituyan crímenes de lesa humanidad y en las que se refieran a hechos violatorios de los derechos humanos que produjeran conmoción y/o alarma social, el patrocinio, el papel de querellante, particular damnificado, veedor, amicus curiae, y/o toda otra participación procesal que corresponda, según las normas de forma de la jurisdicción competente".*

Ese es el marco legal a la luz de la cual debe analizarse el reclamo efectuado por la parte, en punto a que la legitimación para actuar de la mentada Secretaría lo es a partir de un decreto, cuya jerarquía legal no es igual a una ley, o en el caso el digesto de rito.

La cuestión traída a estudio de esta Sala ha sido resuelta por la C.S.J.N. en la causa "Gostanián, Armando" [Fallos 329:1984, en el que el Alto Tribunal compartió e hizo suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal Subrogante (quien a su vez reprodujo los argumentos dados al recurrente por las instancias anteriores y realizó unas breves reflexiones)] ocasión en que —entre otros temas— se cuestionó la facultad de constituirse como parte querellante de la Oficina Anticorrupción a partir de un decreto, cuando la delegación sólo puede ser dispuesta por ley, razonamiento que entiendo resulta aplicable al caso.

En efecto, se sostuvo que no puede afirmarse que la Oficina Anticorrupción trate de "*...una mera repartición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que no puede ser*

*considerada persona jurídica de carácter público de acuerdo al artículo 33 del Código Civil y, por lo tanto, no satisface los requisitos del 82 del Código Procesal Penal de la Nación”, toda vez que “...no cabe subordinar normas especiales a disposiciones procesales relativas a quién puede ser querellante, ya que en tales casos se trata de una expresa extensión de lo dispuesto por la norma general (Fallos: 293:90)”.*

Por ello, el cuestionamiento analizado no habrá de tener favorable acepción.

**IX. Sentencia. Lectura. Nulidad. Falsedad Ideológica.**

La defensa de Garbi adujo que la resolución recurrida es nula toda vez que se venció el plazo procesal para fundarla (artículo 400, segundo párrafo del C.P.P.N.).

En virtud de ello, interpuso formal incidente de nulidad e indicó que se incurrió en el delito de falsedad ideológica por cuanto los fundamentos no estuvieron a disposición de las partes el día indicado.

Por su parte, la defensa de López Veloso adhirió al planteo de nulidad en relación al trámite que se dio a la lectura de los fundamentos.

Al respecto, cabe señalar que, conforme surge del trámite de las presentes actuaciones, el doctor Lindow efectuó una presentación en similares términos a los desarrollados en el punto 8 del recurso en análisis, por la que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero formó el respectivo incidente de nulidad, en el que con fecha 7 de diciembre de 2010 resolvió rechazar el planteo realizado por la parte (cfr. fs. 20/21 vta. del incidente).

En dicha ocasión, el *a quo* consideró que el día señalado para la lectura de los fundamentos, el tribunal se constituyó a tal fin, no encontrándose presente el ahora recurrente como tampoco las restantes defensas; y añadió que la única parte presente fue el doctor Ferreyra (querrela de la

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

familia Kamenetzky) quien consintió que se reemplace la lectura por la entrega de copias certificadas (cfr. 3402).

Por otra parte, de la compulsas de las actuaciones principales, a fs. 3403 surge que ese mismo día (9 de noviembre de 2010) la doctora Aignasse en representación de Asociación por la Memoria, Verdad y la Justicia, Familiares de Detenidos, Desaparecidos y ex Presos Políticos de Santiago del Estero y del CODESEH, retiró copia certificada de la sentencia; y que el día 10 de noviembre de dicho año también lo hizo el doctor Carabajal en representación de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

A continuación obran agregadas las actas labradas por el Secretario del Tribunal interviniente en las que constan que el día 10 de noviembre de 2010 se constituyó en la Unidad 35 del Servicio Penitenciario Federal y en la Sala de Urología del Hospital Independencia, ocasión en que procedió a la entrega de fotocopias de la pieza procesal cuestionada a los imputados López Veloso (fs. 3404), Garbi (fs. 3405) y Musa Azar (fs. 3406).

Luego, a fs. 3403 consta que el día 11 de noviembre de 2010 la doctora Lezama retiró copia certificada de la misma por el doctor Lindow; y a fs. 3403vta. y 3407 obran otras constancias de igual tenor.

Lo hasta aquí expuesto, resulta suficiente para rechazar el agravio impetrado por la parte así como también para descartar las irregularidades denunciadas en cuanto a la forma en que tuvo lugar el acto, más aún cuando se advierte que el día en cuestión la doctora Aignasse también obtuvo copia de los fundamentos cuestionados.

Por ello, el presente cuestionamiento no habrá de

tener favorable recepción.

**X. Derecho de defensa de Garbi. Violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, torturas y homicidio.**

La defensa de Tomás Garbi sostuvo que se vulneró su derecho de defensa ya que su asistido no fue indagado en orden al delito de violación de domicilio, privación ilegal de la libertad y torturas.

En este sentido, indicó que conforme surge de su declaración indagatoria (cfr. fs. 1147), Garbi fue legitimado pasivamente en el expte. nro. 9002/03 (actuaciones que luego fueron divididas en cuatro grupos) en forma genérica del hecho imputado, por lo que no pudo ejercer adecuadamente su derecho.

En relación con el delito de homicidio adujo que si bien fue indagado y procesado por el mismo, la Cámara Federal de Apelaciones interviniente revocó lo resuelto y decretó la falta de mérito, por lo que el requerimiento de elevación a juicio efectuado en ese aspecto resulta nulo. Veamos.

a. Las consideraciones realizadas por la defensa en torno a la falta de legitimación pasiva de su asistido respecto de los delitos de violación de domicilio, privación ilegal de la libertad y torturas deben ser rechazadas.

En efecto, conforme surge del acta obrante a fs. 1147 al ser oído en declaración indagatoria Garbi fue intimado de los hechos imputados, ocasión en que se le hizo saber los elementos probatorios existentes a efectos de sustentar dicha imputación y ejerció su derecho a negarse a declarar.

Luego, se ordenó su procesamiento (cfr. fs. 160/165), que fue apelado por la defensa (cfr. fs. 359/389) y confirmado por mayoría —en lo que hace a los delitos aquí examinados— por la Cámara Federal de Apelaciones

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

interviniente (cfr. fs. 638/685), habiéndose sido requerida la elevación a juicio de las actuaciones por los distintos acusadores en orden a los delitos cuestionados sin que la defensa haya efectuado oposición alguna (cfr. fs. 1194/1194vta.).

De esta forma, entiendo que, contrario a lo sostenido por el recurrente, no se afectó el derecho de defensa de su asistido, ni la parte logró demostrar el concreto perjuicio ocasionado ni las defensas de las cuales se lo privó.

Más allá de lo expuesto, debo señalar que la parte efectuó un planteo de nulidad en términos que –en lo sustancial– resultan similares a los cuestionamientos ahora analizados (cfr. fs. 1756/1763vta. de las actuaciones principales y fs. 1/8vta. del incidente de nulidad respectivo), que fue resuelto en forma negativa por el tribunal (cfr. fs.32/35vta.), sin que en esta oportunidad se añadan nuevos argumentos que ameriten su revisión.

**b.** Con relación al delito de homicidio la defensa realizó un cuestionamiento en términos análogos a los aquí realizados en ocasión de celebrarse la audiencia de debate, el que fue rechazado (cfr. fs.3235/3235vta., 3236vta. y 3240vta./3242).

Para así entender, el tribunal consideró que la pretensión de disponer la nulidad del decreto de elevación a juicio obrante a fs. 1194 y del requerimiento de elevación a juicio de fs. 1096/1123, había caducado por aplicación de lo establecido en el artículo 170, inciso 1º del C.P.P.N., toda vez que se trató de actos procesales cumplidos durante la instrucción.

Sin perjuicio de ello, el *a quo* entendió que igualmente debía verificar si existió una nulidad absoluta (artículo 167 del digesto de rito), la que descartó pues el juez federal aplicó la normativa prevista para el caso, (artículo 349 del C.P.P.N.).

En este sentido, aclaró que el auto de elevación a juicio (artículo 351 del digesto de rito), corresponde únicamente en los casos en el que la defensa se opone a la requisitoria efectuada en tal sentido (artículo 350 del digesto de rito), lo que no ocurrió.

Por último, el tribunal efectuó un razonamiento similar respecto del requerimiento fiscal (artículo 346 del C.P.P.N.), pues, por un lado, indicó que se trata de un supuesto de caducidad del remedio intentado (artículo 170, inciso 1º del digesto de rito), y por otro, que el requerimiento en cuestión reunió todos los requisitos de forma (artículo 347 del digesto de rito).

De esta manera, el proceso lógico utilizado por el tribunal a efectos de rebatir la vulneración del derecho de defensa alegado resultó adecuado al caso y la parte no ha logrado demostrar nuevamente el perjuicio ocasionado.

En efecto, la exposición de la defensa reedita agravios ya analizados, realizando consideraciones generales en orden al derecho de defensa sin evidenciar en concreto en qué consistió el perjuicio ocasionado o las concretas medidas probatorias de las que se habría visto privado.

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

**XI. Hechos. Prueba. Calificación legal. Participación.**

**a. Hechos. Prueba.**

**a.1.** La defensa de Musa Azar y López Veloso consideró que la prueba de autos no fue valorada conforme a las reglas de

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

la sana crítica racional respecto de la existencia de los hechos y la autoría que en los mismos le cupo a sus asistidos.

A ese marco ceñido, cabe recordar que el C.P.P.N. ha adoptado el sistema de la sana crítica racional –artículo 398, 2° párrafo–, que conforme al precepto constitucional que exige que todo pronunciamiento debe ser fundado, requiere que las conclusiones a las que se arriba en el veredicto deben ser consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica –principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente– de la psicología y de la experiencia común.

Esta es, por otra parte, la pauta que impera en los tribunales internacionales en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica evitando adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para sustentar un fallo (ver mi voto en la causa N° 9822, "Bussi, Antonio Domingo s/ recurso de casación", registro 13.073.4, del 12/03/2010).

Así, se ha dicho que "este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia" (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos in re: Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003 parág. 42; Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, parág. 120; Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia del 27 de noviembre de

2003, párag. 48; y "Herrera Ulloa v. Costa Rica" sentencia del 2 de julio de 2004, parág 57).

Los principios del sistema de la sana crítica exigen como requisito de la racionalidad de la sentencia —esto es, para que se considere fundada— que resulte factible seguir el curso del razonamiento que ha llevado al juez a concluir que el hecho se ha producido de una manera determinada.

Por ende, como ya senté en mi voto en la causa "Parodi" (N° 5273, registro 8603.4 del 14/05/07), ha de utilizarse un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado que no puede ser otro que el empleado por la ciencia que se especializa en esta materia: la historia. Evocando los pasos reconocidos por los metodólogos de esta ciencia, la Corte (en "Casal" —Fallos 328: 3399—) distinguió cuatro etapas: la heurística (que importa el conocimiento general de las fuentes, esto es, qué fuentes resultan admisibles para probar el hecho), la crítica externa (que comprende lo relativo a la autenticidad misma de las fuentes), la crítica interna (referida a la credibilidad de sus contenidos) y, por último, la síntesis (que es la conclusión de los pasos anteriores, por la que se verifica o no la hipótesis relativa al hecho pasado).

Así, el juez penal, si bien dispone de menos libertad que el historiador, ya que se encuentra sujeto a las reglas que le impone la normativa vigente, no por ello deja de aplicar el método histórico en la reconstrucción del hecho pasado. Está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes; la heurística procesal penal se encuentra minuciosamente reglada; la crítica externa en casos de inautenticidad, con frecuencia conduce a conductas delictivas; la crítica interna impone la comparación entre diferentes pruebas y su evaluación, y finalmente la síntesis, que a diferencia del historiador que puede admitir diversas hipótesis, impone al juzgador una definición particular en

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

casos signados por la duda (cfr. causa "Pla", n° 11.076, registro n° 14.839.4, del 2/05/11).

**a.2** Ahora bien, en el caso traído a estudio de esta Sala, entiendo que los planteos de nulidad efectuados por las defensas en punto a la falta de motivación lógica de la sentencia recurrida no habrán de tener favorable recepción, ya que el razonamiento por el cual el a quo tuvo acreditada la materialidad de los hechos así como la participación que en los mismos le cupo a Musa Azar y López Veloso surge clara y suficientemente fundado en una serie de elementos de convicción los cuales valorados en forma conjunta, concatenada y concordante permiten arribar a un pronunciamiento condenatorio.

A efectos de una mejor claridad expositiva, adelanto que habré de recordar brevemente los hechos cuya materialidad el tribunal tuvo por acreditada así como la prueba evaluada a tal fin pues es en dicho contexto que deben ser analizados los embates que con posterioridad dirigen las defensas al valor probatorio que se otorgó a las declaraciones testimoniales de los "testigos-víctimas", la declaración testimonial de Miriam Carrera así como la calificación legal atribuida y participación atribuida en los mismos a Musa Azar, Garbi y López Veloso.

En primer término, se encuentra acreditado en autos que Cecilio Kamenetzky, estudiante de 2do. año en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago del Estero, con participación en las actividades del Centro de Estudiantes, fue detenido el 9 de agosto de 1976, alrededor de la 13:30 hs. en el domicilio de su familia sito en Avda. Roca 1195 de esa ciudad, sin orden judicial por un grupo aproximado de seis personas vestidas de uniforme, al mando de Garbi. Lugar al que,

en horas de la tarde, retornaron y procedieron al secuestro de diversos elementos —propiedad de su padre— que nunca fueron recuperados.

Esta circunstancia se encuentra probada por el testimonio de la madre de la víctima, Rosa Elena Bulgarelli de Kamenetzky, cuyos dichos en lo sustancial son coincidentes con los de su hija Adela. Ambas señalan en su relato que ese día se hizo presente en la finca un grupo de sujetos, uno de los cuales se identificó mediante la exhibición de una credencial como Tomás Garbi, preguntó por su hermano y sin orden judicial alguna lo detuvo y lo subió a un automóvil marca "Peugeot".

Asimismo, los testigos indicaron que en los días posteriores a la detención de la víctima, la familia desconocía su paradero, pues fue buscado por su padre en hospitales y comisarías, hasta que un vecino reconoció el auto en que se lo llevaron y descubrieron que se encontraba detenido en el DIP (Dirección de Investigaciones Policiales); y agregaron que en el mes de noviembre su domicilio fue objeto de un nuevo allanamiento.

Por otra parte, su madre añadió que en los días previos a su detención Cecilio comentó que habría observado que la casa estaba siendo vigilada. Circunstancia que, a su vez, se condice con el relato efectuado en el debate oral por la testigo Delia Miriam Carrera, quien prestó servicios en el DIP en calidad de agente, y declaró que había sido destinada junto con López Veloso, en ciertas oportunidades para "vigilar" el domicilio de la familia Kamenetzky, haciéndose pasar ambos, a tal fin, como pareja en la vía pública (sobre las objeciones efectuadas por la defensa de Musa Azar respecto de este testimonio habré de expedirme más adelante —cfr. punto a.3—).

Lo expuesto, encuentra sustento en el legajo policial de Cecilio Kamenetzky (confeccionado por el DIP), en el cual surge que su seguimiento comenzó en el año 1975 por un

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

certificado que solicitó para presentar en la Facultad, en el que también consta que el 16 de julio de 1976 (23 días antes de su detención) el Batallón de Ingenieros de Combate solicitó vistas fotográficas del causante, y que el 9 de agosto del mismo año se procedió a su detención por personal de ese departamento.

Aúna el cuadro probatorio existente que en el expte. Nro. 322/76 caratulado "*Supuesta asociación ilícita e infracción a la ley 20.840. Imputados: Luis Roberto Ávila Otrera, Juan Carlos Asasto, Daniel E. Rizzo Padrón y otros*" en trámite ante el Juzgado Federal de Santiago del Estero, iniciado el 20 de julio de 1976, existe una constancia a fs. 315 de la presentación efectuada por su padre, Samuel Bernardo Kamenetzky, el 3 de noviembre de 1976, quien solicita la entrega de los efectos secuestrados el día de su detención. En tal sentido, a fs. 363 vta. obra informe de la dependencia policial con firma de Musa Azar quien niega haber realizado el procedimiento; en tanto que, a fs. 400 obra oficio remitido por el Jefe de Batallón de Ingenieros quien comunica que en esa fecha realizaron un allanamiento en la finca pero no secuestró elemento alguno (respecto de esto último, recuérdese que la víctima fue detenida en el domicilio familiar por un grupo de sujetos al mando de Garbi en horas del mediodía, que en horas de la tarde, retornaron y procedieron al secuestro de diversos elementos -propiedad de su padre- que nunca fueron recuperados).

En la causa, con fecha 7 de septiembre de 1976, también consta a fs. 55/60 informe referido a diversas declaraciones indagatorias tomadas en sede policial entre las que se cuenta la de Cecilio Kamenetzky.

Finalmente se indicó que la forma en que tuvo lugar su detención resulta similar a la que consta en la causa 1381/85 que tramitó ante el Juzgado Federal de Santiago del Estero, en la que se investigó la privación ilegítima de la libertad y desaparición de Mario Giribaldi.

En dicho expediente, obra a fs.1/2 de las actuaciones, la denuncia ante la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos efectuada por la madre de Mario Giribaldi, Emma Elena Jiménez de Giribaldi, en la que cuenta cómo su hijo fue sacado del su domicilio por Tomás Garbí y otras personas, a quien en principio no sabían dónde se habían llevado hasta que supo que estaba en el DIP.

En segundo término, se encuentra acreditado en autos que desde su detención Cecilio Kamenetzky estuvo privado de su libertad en las dependencias del DIP [Dirección de Investigaciones Policiales o Secretaria de Informaciones del Estado (SIDE) —como también era conocida— uno de los Centros Clandestinos de Detención ubicado en la ciudad de Santiago del Estero donde también funcionaron la Escuela de la Policía de la Provincia y el Batallón de Ingenieros de Combate 141], lugar en el que fue interrogado y sometido a tormentos.

Luego de transcurrir un mes —aproximadamente— en dichas condiciones, fue puesto a disposición de un juez federal quien ordenó su procesamiento con prisión preventiva, detención que se haría efectiva en el Penal de Varones de Santiago del Estero, donde si bien en principio fue alojado, en numerosas ocasiones —sin mediar orden judicial alguna— fue trasladado nuevamente a aquella dependencia policial donde fue sometido a torturas.

En este orden de ideas, la permanencia de Cecilio Kamenetzky en el DIP resultó acreditada nuevamente por los dichos concordantes de su madre y hermana, quienes al enterarse que se encontraba detenido en el lugar comenzaron a llevarle

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

ropa limpia (que retiraban, lavaban y devolvían ya que tenía que ser siempre la misma).

Indicaron que en una ocasión apareció la camisa de un conocido de la familia, Dicchiara (actualmente desaparecido), objeto que fue reconocido por su esposa, aun cuando las autoridades negaban que se encuentre allí alojado (al respecto, Andrés Vicente Dicchiara, recordó el episodio en que su cuñada reconoció la camisa de su hermano Daniel, en poder de Adela Kamenetzky).

Relataron que una vez pudieron verlo a Cecilio pero no hablarle en una oficina donde también se encontraban presentes Musa Azar y Garbi (este último recostado en un sofá jugando con una manopla), lugar al cual llevaron a Kamenetzky tomado de los brazos, quien se hallaba pálido, delgado y desaliñado.

Asimismo, la hermana de la víctima, Adela, relató que un día se dirigían con su madre al DIP cuando vieron pasar a su hermano junto con otros sujetos en el interior de un auto, el que siguió hasta el juzgado del Dr. Liendo Roca donde fue llevado a declarar y esperó a que éste saliera. Indicó que Cecilio estaba demacrado y que había transcurrido un mes desde su detención, esa fue la última vez que lo vio.

Así las cosas, cabe recordar que el DIP (ubicado en la calle Belgrano Sur 1160, entre las calles Alsina y Tres de Febrero) fue descripto por los testigos Rizzo Patrón (arquitecto, quien estuvo allí detenido y efectuó un plano) y Mario Alfredo Arias (policía retirado) como un edificio grande, de principios de siglo, construido sobre nivel, compuesto por un patio amplio, lateral (al que daban las habitaciones, la cocina y el sótano) y un muro en el fondo que daba con la

propiedad lindera.

En el lugar, conforme el testimonio concordante de quienes fueron oídos en audiencia de debate, los interrogatorios y torturas eran llevados a cabo —entre otros sujetos no juzgados en las presentes actuaciones— por Musa Azar, Miguel Tomás Garbi y Ramiro López Veloso. Sus relatos también ilustran sobre las condiciones de detención en la mentada dependencia policial (sin condiciones mínimas de aseo, comida o médicas), las diversas clases de tortura a la que fueron sometidos como el estado en que se encontraba Kamenetzky durante su alojamiento en la dependencia.

En tal sentido, Cristina Torres relató que al momento de su detención presentaba un embarazo incipiente, que perdió con motivo de las torturas padecidas y la falta de atención médica (su familia había proveído un medicamento que nunca le fue entregado) e identificó a los imputados —ya mencionados— como quienes llevaban a cabo los interrogatorios y torturas (habiendo sido sometida también a tratos denigrantes).

Indicó que en el año 1976 estuvo detenida en el Penal de Mujeres y en una oportunidad la trasladaron al DIP. Allí, Musa Azar *“le dijo que ahora ‘le iban a dar un tratamiento’, al tiempo que empiezan a darle picana en el cuerpo. ‘Inmediatamente después me vendan los ojos muy fuertemente con una venda elástica y me atan las manos y me dicen que me van a pasar a un sótano donde iba a tener un tratamiento de ablande. Mientras que esto sucedía y para dar cuenta de lo que podía pasar, me dicen ‘pero antes te vamos a mostrar lo que te va a pasar’ y entonces pide Musa Azar que traigan a una persona que se acerca, al que reconozco como Mario Giribaldi que está desaparecido, en un estado absolutamente deplorable, inhumano, que se tambaleaba y apenas podía mantenerse en pie, muy, muy flaco, descalzo, con las uñas de los pies destrozadas, las muñecas y los tobillos como llagados, y al que le desvendan los*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*ojos y puedo ver que casi no tenía pestañas ni cejas" (cfr. fs. 3372 vta.).*

Añadió que cuando fue llevada a otra habitación, se dio cuenta que estaban allí el nombrado Giribaldi y Cecilio Kamenetzky, este último tenía la esperanza de ser legalizado (era el mes de agosto).

Por su parte, el testigo Rizzo Patrón relató en audiencia que *"estuv[er] 4 días sin comida, ni agua, ni baño...esposado a una silla...uno de los policías -que se hacía el bueno- me pregunta si mi mujer [Mirta Graciela Aran] estaba embarazada...porque los torturadores la hicieron abortar...sentía que el torturador siempre empezaba frío a pegar y se iba excitando a medida que nos pegaban, al no obtener respuesta, se iban excitando como si estuvieran por llegar a un orgasmo,... a veces peor que la tortura era la espera por que no sabías con que técnica te iban a torturar...habían descubierto que pegándonos con el taco de una zapatilla en la planta de los pies nos daba una descarga eléctrica en la cabeza..." (cfr. fs. 3373).*

El testigo Garay narró cómo en el baño del DIP (SIDE) le aplicaron "el submarino", que en una ocasión había un médico que según su estado decía si podían continuar o no, y en otra oportunidad se le aflojaron las vendas y pudo ver a Musa Azar, López Veloso, García y dos personas más. En tanto que, Pedro Ramírez relató que al ser detenido y traslado a esa dependencia, solicitó un abogado, lo que enojó a Musa Azar, quien pidió a López Veloso y Garbi que lo esposen y lo empezaron a golpear; y aclaró que los sujetos que nombró interrogaban y golpeaban, porque al principio el primero ordenaba a los otros dos que lo venden y luego los golpes

venían de los mismos lugares, con el tiempo comenzó a reconocer las voces (cfr. fs. 3373).

Luis Roberto Avila Otrera refirió que al ser detenido en 1976 lo llevaron al DIP, fue interrogado por Garbi, lo golpearon y al ser tan intensas las torturas pidió la presencia de un juez, a lo que éste le respondió *"te das cuenta que somos los dueños de la vida y la muerte? Somos nosotros los que hacemos y los que queremos si vives o no, los que vamos a decidir"* sic; y añadió que en una oportunidad en que era interrogado López Veloso le dijo *"vos no manejas ningún arma, pero tu arma está aquí"* y le señaló la cabeza (cfr. fs. 3373/3373vta.).

En igual sentido, Raúl Enrique Figueroa Nieva manifestó que fue detenido en el año 1975 y llevado al DIP donde se presentaron ante él, Musa Azar, López Veloso, un oficial Baudano y otro de apellido Díaz. Allí fue conducido a una habitación, lo vendaron, Muza Azar le comenzó a hacer preguntas y frente a la falta de respuestas recibió golpes de las personas que allí se encontraban, ocasión en que se le corrió la venda y vio que uno de los que lo golpeaban era Ramiro López. Luego, fue alojado en el Penal de Varones del Servicio Penitenciario Provincial siendo traslado varias veces al DIP donde fue torturado.

Que tiempo después, en ocasión del traslado de un detenido "Ramírez", en el Penal se produjo un levantamiento (golpeaban las rejas con objetos) entre los presos políticos varones, por los traslados al DIP (SIDE) y el mal estado en que volvían las personas que iban allí, cesando dichos traslados hasta marzo de 1976.

Añadió que en una ocasión fue llevado al DIP y pudo ver a Mario Giribaldi en estado lamentable. En esa ocasión lo torturaron en el sótano, Garbi y Musa Azar, a quienes reconoció por la voz. A continuación lo llevan a una habitación que da a

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

un patio, en el que pudo reconocer a Cecilio Kamenetzky, quien estaba pálido, con ojeras y señales de sufrimiento (no lo conocía con anterioridad porque hasta esa fecha Kamenetzky no había estado detenido en el Penal sino en el DIP -cfr. fs. 3373vta./3374-).

Por otra parte, Héctor Orlando Galván relató que fue trasladado al DIP donde lo llevan a una pieza y comienzan a pegarle trompadas -cada vez más fuertes- por lo que cae al suelo y lo patean por todas partes -cabeza-. Entre quienes lo golpeaban estaban López Veloso y Garbi; Musa Azar estaba en una silla sentado al revés y anotaba en unos papeles (cfr. fs. 3374).

Finalmente, Delia Miriam Carrera (testigo cuya situación particular habré de analizar más adelante) indicó que a la época de los hechos trabajó en el DIP realizando tareas administrativas en el área de prensa (lectura de diarios y resúmenes de información relevante para las tareas de investigación), y que pudo observar torturas y malos tratos a detenidos.

En particular, respecto de la víctima manifestó que *"cuando los trajeron estaban bien pero al cabo de unos días, no. Al principio cuando ingresan, o por ejemplo cuando yo me acuerdo de él, de Kamenetezky, que cuando ingresa estaba en buenas condiciones, pero después de unos días, y, digamos, muchos días, porque han estado más que días, semanas o meses...su estado ya no era el mismo, eran personas castigadas, torturadas, maltratadas, no tenían lugar para dormir, para comer, para asearse, entonces con ese estado, a eso me refiero, el estado...no es el mismo al que ingresan"* (cfr. fs. 3373vta.).

Más allá de lo hasta aquí expuesto, el tribunal

valoró la existencia de prueba documental que acredita el paso de Kamenetzky por el DIP.

En efecto, en el expediente nro. 322/76, el 2 de septiembre de 1976, se tomó declaración indagatoria a Cecilio Kamenetzky en dicha sede por el supuesto delito de asociación ilícita en infracción a la Ley de Seguridad Nacional Nro. 20.840, y se le hizo saber que continuaría alojado en el Penal de Varones a disposición del Juez Federal de la Provincia. El 6 de septiembre del mismo año obra constancia respecto a su carencia de antecedentes, luego la elevación de las actuaciones al juez Liendo Roca y que las personas detenidas se encuentran alojadas en el Penal de varones o mujeres, a excepción de cuatro alojados en el DIP: 1) Gerardo Humberto More (desaparecido); 2) Lina María Sánchez; 3) Cecilio Kamenetzky; y 4) Mario Giribaldi (cfr. fs. 124, 165 y 188 del mismo).

El 8 de septiembre de 1976 las actuaciones fueron puestas a despacho del juez federal y el 23 del mismo mes y año obra declaración indagatoria de Kamenetzky ante el juez Liendo Roca y el secretario Bustos Arias (sin abogado defensor), ocasión en que se dio lectura a la declaración policial a efectos de su ratificación o rectificación; el 1 de octubre de dicho año se convirtió en prisión preventiva la detención que hasta la fecha recaía sobre varios imputados en la causa —entre ellos la víctima— disponiéndose se haga efectiva en el Penal de Varones de Santiago del Estero; resolución que fue notificada a Kamenetzky, quien interpuso apelación; y el 5 de octubre de 1976 obra otra indagatoria judicial del nombrado, quien reconoce haber efectuado reparto de panfletos que contenían el programa del ERP y se lo intimó al pago de embargo (cfr. fs. 188vta., 213/vta., 238/240, 240, 246 y 275 del expediente nro. 322/76).

La detención de la víctima en el Penal de varones de Santiago del Estero, lugar desde el cual —sin mediar orden

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

judicial- era trasladado al DIP, se encuentra corroborado por los dichos de los testigos que estuvieron allí alojados.

Así, el testigo Garay recordó que si bien no estaba alojado en el mismo pabellón con Cecilio, lo encontraba en los recreos y hablaba con él y Giribaldi. El primero le contó las torturas a las que fue sometido en el DIP, se lo veía con miedo, nervioso; en tanto que, el segundo, fue más explícito sobre todo respecto de lo que vivió en Tucumán (lugar al que fue trasladado desde el DIP), evidenciaba un deterioro físico importante, se lo veía también nervioso, sobresaltado y tenía una herida en una de sus piernas producto de los grilletos (cfr. 3374 vta.).

Ramón Santillán, quien compartió dos meses en el pabellón del Penal de Varones con ambos, relató que Kamenetzky y Giribaldi eran llevados a la DIP (SIDE), torturados, picaneados y ahogados; e indicó que *"Giribaldi no tenía pestañas ni cejas, venían destrozados anímica y físicamente, picaneados. No sé cómo puede haber seres humanos que puedan hacer eso"* (cfr. fs. 3375). En igual sentido, Figueroa Nievas recordó que habló con Cecilio en el Penal, quien le comentó que lo habían golpeado mucho y que lo habían torturado bastante en el DIP (cfr. fs. 3375).

En este aspecto, es decir, sobre el estado físico de la víctima, el relato efectuado por Cavallín resulta más que ilustrativo *"tenía [Cecilio] llagas entre los dedos por la picana", "le contó que entre las plantas de los pies le habían pegado con unas varillas y zapatillas...tenía los oídos infectados porque le habían puesto objetos duros y que ello le hacía perder el equilibrio..."*, *"le había contado que tenía problemas para orinar por la picana y los golpes en los*

testículos", "tenía las uñas negras porque le... habían introducido agujas...", y le dijo "vieras como me pegaban por ser judío...me decían judío de mierda... de aquí no sal[í]s te vamos a matar...yo veía que a los otros también los torturaban pero a mí [me] pon[ía]n énfasis por ser judío"; y que la víctima le dijo que entre sus torturados reconoció las voces de Ramiro López, Bustamante y Noli García (quienes también torturaron al testigo, cfr. fs. 3375).

Asimismo, Bellido indicó que Cecilio le comentó que lo habían torturado e indicó que cuando lo vio por última vez estaba "quebrado psicológicamente" y Giribaldi físicamente (cfr. fs. 3375); mientras que, Rizzo Patrón, detenido en el DIP y luego en el pabellón de presos políticos del penal, recordó que cuando lo trajeron a Giribaldi, éste contó su paso por Tucumán; y que luego comenzaron a sacar gente del Penal para llevar al DIP que regresaban días después sin piel en las muñecas y tobillos ya que le ataban las extremidades con alambre; que a Cecilio, quien "era una criatura", lo vio en el Penal pero no habló con él (cfr. fs. 3375).

Garay manifestó que a las 7 de la tarde solían ingresar al penal los vehículos del DIP que trasladaban presos, que la última vez que lo vieron a Cecilio, lo esperaron con otros detenidos para saludarlo, le entregó una campera y lo introducen en un Peugeot 504 amarillo, con chapa de la provincia de Catamarca, que conducía López (cfr. fs. 3375vta.).

Esta última circunstancia, coincide con el relato efectuado por el testigo Carlos López (detenido en 1974 y luego desde 1975 por un lapso aproximado de ocho años y medio), quien recordó que en el mes de noviembre de 1976, los guardias del Penal se llevaron a Giribaldi y Cecilio (a quienes conoció en las tandas de detenidos que llegaron al Penal del DIP, luego del golpe de Estado en marzo de 1976, y con el último intercambio algunas palabras sobre tormentos a los que fue

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

sometido), ocasión en que los demás presos se acercaron al pabellón, intercambiaron palabras, un detenido le entregó a Cecilio una campera por el frío y él algún dinero (cfr. fs. 3375vta./3376).

En relación a los mentados trasladados al DIP, Ledesma Miranda declaró que Kamenetzky fue llevado al lugar en varias oportunidades junto con otros detenidos pero no volvían todos juntos sino de a uno por vez *"en muy mal estado, lastimados, gastados, flacos"*. Cuando regresaban, *"los presos que habían permanecido en el Penal, les daban su comida para que se recuper[en], aunque algunos no podían comer por el daño que les había causado la picana, sólo tomaban agua"*. Ellos *"les ponían trapos húmedos sobre el cuerpo para sacarles la fiebre que les quedaba como efecto de la corriente eléctrica"*; y recordó que a principios de noviembre trasladaron nuevamente a Giribaldi y Kamenetzky junto con otro detenido (cfr. fs. 3375vta.).

Por su parte, Cristina Torres también declaró que las mujeres –detenidas políticas– que estaban en el Penal eran llevadas al DIP (SIDE) para ser interrogadas, a pesar de estar a disposición de un juez federal (cfr. fs. 3375 vta.).

Aúna el cuadro probatorio existente (cfr. fs. 3376) las constancias obrantes en la mencionada causa nro. 1381/85 (recuérdese que en ella se investigó la desaparición de Giribaldi), en la que obra la testimonial brindada por el Jefe del Servicio Interno del Penal en el año 1976, Llapur Allal (f), quien recordó a Kamenetzky y Giribaldi como también a las demás personas detenidas en el primer piso del edificio (pabellones uno, dos y tres; acusados del delito de asociación ilícita e infracción a la ley 20.840) ya que tenía trato directo con ellos. Indicó que estas personas eran retiradas

asiduamente del Penal por personal del DIP y a tal fin solían traer una nota firmada por Musa Azar o Garbi.

Así, en el libro de Novedades del Penal de Varones del año 1976, consta no sólo la entrega el día 8/11/76 al DIP de Giribaldi (folio 148, conforme consta a fs. 137 de la causa nro. 1381/85) sino también que: *"Cecilio Kamenetzky fue entregado el Departamento de Informaciones Policiales, lo condujo el agente Ramón O. Paz, a las 19:15 hs. del día 9/11/76"* (folio 158, conforme consta en la causa ya citada).

En tercer lugar, se encuentra acreditado en autos que Cecilio Kamenetzky murió en el DIP el día 13/11/76 siendo aproximadamente la 01:00 hs. producto de los disparos de arma de fuego recibidos con motivo de una presunta evasión al intentar escalar la pared trasera del edificio, no así Giribaldi quien habría logrado su cometido (al respecto cabe señalar que en la actualidad este último se encuentra desaparecido).

Walter Bellido relató que tres días antes de la muerte de Kamenetzky los miembros del grupo de tareas (López Veloso y Corbalán) estaban detenidos (era poco común verlos todo el tiempo). Que la noche de la muerte de la víctima estaban en el DIP Corbalán, López Veloso, Ledesma, Obeid y un muchacho de apellido Arias (este último de guardia). Indicó que fue una noche inusual les sirvieron una comida muy rica, gaseosa y se durmieron temprano tipo 12:30 hs.. Que una hora y media después se despertaron con el ruido de ametralladoras y pistolas, se tiraron al suelo, y luego, escucharon voces y camillas. Esa noche estaban Ramiro López, Corbalán y después de la balacera lo escuchó a Garbi (cfr. fs. 3376vta.).

Sus dichos, en lo que aquí interesa coinciden con lo manifestado por Ávila Otrera quien relató que la noche que mataron a Cecilio fue retirado del Penal en el mismo vehículo con el que lo habían sacado de la Comisaría. Una vez en el DIP,

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

lo llevan al sótano, le colocan esposas, lo vendan y alguien de ahí le dice "no te muevas esta noche hay fiesta", lo levanta, lo lleva a la cocina donde lo sienta, le saca las esposas, le ata las muñecas con un lienzo y le afloja bastante las vendas. A continuación siente unos pasos fuertes y luego como si empujaran alguien, pasó un tiempo y escuchó primero una ráfaga, luego el quejido del baleado, a los segundos, el tiro seco de una pistola. Luego, vuelve quien lo había llevado hasta allí, lo saca y al mismo tiempo le dice "el turco se mandó una cagada, lo mataron al rusito". Al llegar a la cárcel, los compañeros le dijeron que habían matado a Cecilio (cfr. fs. 3376 vta.).

En este sentido, Pedro Ledesma (personal policial del DIP) relató que esa noche fue afectado a la guardia con el oficial Arias (situación especial porque este último era administrativo y él personal de calle), quien le comentó que habían quedado como refuerzo de guardia los oficiales López, Corbalan y Obeid.

La guardia se encontraba ubicada al frente del edificio, como eran dos, Arias fue al frente y él hacia el fondo, donde había un muchacho, quien le dijo que había que cuidar a dos detenidos que habían sido traídos del DIP para ampliar las indagatorias, eran Kamenetzky y Giribaldi (estaban despiertos, sentados sobre colchones y con las manos esposadas al frente). Los custodió hasta las 0 hs., ocasión en que lo relevaron Corbalán, López y Obeid; y se dirigió nuevamente a la guardia, donde se quedó.

Luego, Arias pidió que ponga la pava para tomar mate, se alejó unos metros, cuando escuchó fuertes detonaciones y gritos, pidió refuerzos, salió del DIP a la vereda, trató de

ver algo (estaba muy oscuro el costado y el fondo, todo estaba lleno de maleza pues había una casa abandonada) y se alejó hasta la esquina de la calle 3 de Febrero en busca de movimientos, al regresar vio gran presencia de personal policial uniformado y de civil (cfr. fs. 3376vta./3677).

En este orden de ideas, en el expediente nro. 322/76 (sumario en el cual estaba imputado Kamenetzky), el 13 de noviembre de 1976 (día de su homicidio), se consignó que se efectuó un allanamiento en su domicilio con resultado negativo; y con fecha 16 de mayo de 1977, obra un informe del Actuario en que se comunica que *"Cecilio Kamenetzky ha sido muerto en el local del Departamento de Informaciones de la policía de esta ciudad, el día 13 de noviembre al intentar fugarse"*, lo que se tuvo presente por el juez federal Liendo Roca [a fs. 3 de las presentes actuaciones, obra copia del acta de defunción de la víctima, de fecha 13 de diciembre de 1976, en la que consta que su deceso ocurrió el 13 de noviembre de ese año, a las 01:45 hs., conforme oficio remitido por juez federal de mención (cfr. fs. 3378vta. y fs. 3377vta.)].

Por otra parte, a fs. 13 del expediente nro. 1385/85 (iniciado por la desaparición de Giribaldi), obra informe del Departamento de Informaciones (D-2) de fecha 21/09/84 en el que participa que Kamenetzky, detenido, alojado en dicha dependencia policial, ante una presunta evasión con Giribaldi (quien logra darse a la fuga): *"fue abatido por disparos de arma de fuego del personal policial que en esos momentos se encontraba de guardia y custodia en ese organismo"* (cfr. fs. 3378/3378vta.); y en la causa nro. 9043/03 (querrela iniciada por la madre de Giribaldi), obra copia de la declaración testimonial prestada el 13/11/76 por Musa Azar quien alude al episodio que culminó con la muerte de Kamenetzky (indica que intervinieron Corbalán y López) y la presunta evasión de Giribaldi (cfr. fs. 3378vta.).

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Finalmente, la hermana de la víctima relató cómo se enteró de lo ocurrido y recordó que en el mes de noviembre encontrándose en la casa de su prima, la llamó su padre pues había un rumor sobre un intento de copamiento del DIP (SIDE) pero se quedó tranquila porque Cecilio estaba detenido en el Penal. A los dos días, personal del DIP buscó a su padre y sin dar motivo alguno lo subieron a un auto. Al regresar, dijo "no les puedo contar lo que he visto eso lo voy a guardar yo porque es demasiado horrible" (el cuerpo estaba destrozado y en estado de descomposición, hacía un intenso calor y la morgue del hospital Independencia no tenía refrigeración). Posteriormente lo citaron al Juzgado Federal y se expide el certificado de defunción por orden del juez Liendo Roca, sin especificar la causa de la muerte (cfr. fs. 3377vta.).

Añadió que "se hace un velatorio pero no estaba el cajón presente porque entregan un cajón cerrado, no lo tengo muy claro, pero no lo entregan ellos lo llevan, ellos parece que hicieron el trámite, los de la policía". En relación al funeral, indicó que primero lo llevan al monumento de la familia Díaz y luego al de la familia de su abuela, Bulgarelli. En todos los trayectos fueron seguidos por autos y personas que reconocía, como los hermanos Herrera que eran varios y se decía que trabajaban para la SIDE. Aquellas personas entraron con el cortejo al cementerio, se bajaron y espiaban escondidos detrás de los monumentos (cfr. fs. 3377vta./3378).

Asimismo la testigo indicó que desde el inicio del juicio ha recibido amenazas (la abordó gente en la calle, recibió llamados telefónicos y unas personas tomaron fotos de su casa a bordo de un auto). Recordó que en aquella época se le acercó Juan Bustamante para hablarle sobre cuestiones políticas

hasta que una vez la interceptó en la plaza, abrió su sobretodo, le mostró una pistola y le dijo que era la persona que le habían asignado. También la buscaron en la casa, la llevaron a la SIDE y le tomaron fotos de frente y perfil; y en otra ocasión la interceptó en la plaza un hombre (lo describe); la hace caminar delante de él y “[l]a hacen pasar a una oficina en la que estaba Musa rodeado de ocho hombres, qu[ien] le dice que ella molestaba mucho, pero que servía en la calle, de señuelo, así que cualquier persona que se le acerque debía avisarles” (cfr. fs. 3378).

En cuanto a la causa de la muerte de la víctima, obran agregados en autos informes periciales realizados por el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF) e informe de Balística de la Gendarmería Nacional Argentina (cfr. fs.95 y ss. y 882 y ss., respectivamente), habiendo declarado en audiencia de debate, la antropóloga Patricia Bernardi integrante del EAAF (específicamente del equipo que realizó la pericia de autos) y el perito en balística Subalférez Marcos Roldán de la Gendarmería Nacional- Sección Santiago del Estero (cfr. fs. 3242vta. del acta de debate).

Bernardi relató que en el año 2004 fueron designados tres miembros del EAAF a efectos de reconocer los restos de Cecilio Kamenetzky. El cuerpo presentaba un estado de conservación distinto, es decir, una parte estaba en estado de esqueleto, y en otra, había una desecación, momificación.

Explicó que se sacaron placas de las zonas consideradas como más importantes como cráneo y tórax, observando la existencia de varios fragmentos metálicos (exhibió en la audiencia imágenes). Mirado desde abajo el cráneo tenía “2 orificios de entrada que no tuvieron salida, se deduce que el disparo fue de atrás hacia adelante” y las lesiones encontradas fueron contemporáneas a la muerte (cfr. fs. 3379/3379vta.).

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Indicó que las lesiones en las costillas fueron realizadas con armas de fuego *"lo indican las pequeñas fisuras en las costillas, que en la n°10 es similar a un orificio de bala"*, y que *"de la radiografía del tórax rescatan 3 fragmentos de plomo, y se pudo determinar que había densidad metálica porque había fragmentos menores"* (cfr. fs. 3379/3379vta.).

Bernardi realizó consideraciones en torno al alcance de su ciencia (compleja aunque limitada respecto de un perito forense que trabaja sobre tejido humano) y señaló que se encontró *"un tapón o taco que tiene la función de contener los perdigones dentro del cañón de la escopeta, el cual una vez disparado no llega a larga distancia sino que a 1,20 metros comienza a caer"*. Por ello, el equipo sostiene que esa fue la distancia del disparo, lo que se pudo constatar porque la momificación lo permitió, no por experiencia práctica sino por bibliografía consultada (cfr. fs. 3379/3379vta.).

En relación a la causa de la muerte *"son lesiones producidas por proyectiles, pueden ser más de tres. Que con respecto al cráneo es lo mismo, se rescatan dos pero puede haber más"* (cfr. fs. 3379/3379vta.).

Por su parte, Roldán declaró que los disparos del cuerpo de Cecilio no provienen de una misma arma *"la muestra 4 no corresponde a una posta de plomo" "se trataría de una arma de calibre 12, pero no se corresponde con la misma arma"* (cabe recordar las restantes muestras 1, 2, 3, 5, 6 y 7 –postas y partes constitutivas de una copa– son de cartucho de escopeta calibre 12). Explicó la composición del cartucho para escopeta (vainas, taco, pólvora y perdigones) y la función que cumple el taco. Preciso que *"a 45 grados, [el taco] comienza a perder fuerza a los 10 metros ya ha perdido toda la fuerza con la que*

salió de la boca del cañón", y agregó que "si hablamos de 5 metros, puede ser que sí, 10 metros ya ha perdido toda la fuerza con la que salió de la boca del cañón". Por último, se refirió a los plomos "que una vez ingresados al cuerpo, ya sea por un desvío por una resistencia que ofrece el cuerpo tanto si tocan huesos puede llegar a desviar hacia otro sector del cuerpo" e indicó que era posible que a un disparo efectuado a un metro y medio o dos el taco se encuentre dentro del cuerpo (cfr. fs. 3379vta./3380).

Lo hasta aquí expuesto, permite descartar las afirmaciones efectuadas por la defensa en cuanto a la ponderación que el tribunal realizó de los elementos probatorios existentes en autos a efectos de tener por acreditados los hechos investigados, sin que los cuestionamientos realizados por las partes logren desvirtuar dicho extremo.

En efecto, ha quedado debidamente acreditado en autos que luego de ser privado ilegítimamente de la libertad Kamenetzky fue trasladado al DIP (SIDE), lugar en el que fue víctima de diversos tormentos, los que continuaron aun cuando, transcurrido un mes de su detención, fue trasladado al Penal de Varones de la Provincia de Santiago del Estero, en calidad de detenido puesto a disposición de un juez federal.

Asimismo, se comprobó que desde esta última dependencia, Kamenetzky era llevado al DIP para ser interrogado y torturado.

Por último, se demostró que la muerte de Kamenetzky se produjo en el DIP producto de los disparos de arma de fuego recibidos en virtud de haber protagonizado un supuesto intento de evasión junto con otro detenido, Giribaldi, quien a la fecha reviste la calidad de desaparecido.

Por ello, el presente cuestionamiento no habrá de tener favorable acepción.

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

**a.3. Prueba testimonial.**

Las críticas efectuadas por la defensa de Musa Azar y López Veloso en orden al valor probatorio que el tribunal otorgó a las declaraciones testimoniales de los detenidos en el DIP y el Penal de Varones de Santiago del Estero, que permitieron junto con otros elementos probatorios reconstruir el desarrollo de los hechos que tuvieron como víctima a Cecilio Kamenetzky tampoco habrán de tener favorable recepción, pues esas consideraciones deben ser analizadas en el contexto en el cual tuvieron lugar los hechos investigados, esto es el ataque generalizado y sistemático a la población civil.

En efecto, en este tipo de causas en que se investigan hechos ocurridos en el marco de la última dictadura militar, esto es ocurridos hace más de 30 años, la prueba testimonial adquiere singular importancia pues es mayormente a través de ella, que se ha logrado realizar una reconstrucción histórica de lo ocurrido. No menos relevante es también la circunstancia de que los crímenes fueron cometidos por integrantes del Estado bajo su cobertura y amparo, y que se trató de ocultar toda huella que permita probar la existencia de los mismos (en igual sentido: Fallos 309-I- 319).

Así, el valor que puede extraerse de los testimonios relevados tendrá mayor entidad cuando su relato sea conteste con el de otras víctimas, y en tal aspecto, las consideraciones efectuadas en los puntos precedentes en los cuales se recordó los hechos que el tribunal tuvo por acreditado así como la prueba ponderada a tal fin, permiten descartar el cuestionamiento realizado.

Pero lo que da mayor verosimilitud a sus dichos, no sólo es dicha circunstancia, sino que en la actualidad es un

hecho conocido que en general las personas privadas ilegítimamente de su libertad eran trasladadas a los centros clandestinos de detención, en donde eran sometidos a distintas clases de tormentos, y en algunos casos, encontraron la muerte.

Finalmente, respecto de la observación efectuada por la defensa en orden a la parcialidad del testimonio de Carrera, lo cierto es que sus dichos fueron ponderados por el tribunal junto con el resto del plexo cargoso existente a efectos de atribuir la responsabilidad en los delitos imputados a Musa Azar. Pero más allá de ello, el hecho de que la víctima era seguida por personal del DIP así como las torturas a las que fue sometida, son extremos que han sido también acreditados, en forma independiente mediante prueba testimonial y documental (respecto de la cual a efectos de evitar repeticiones innecesarias me remito a lo expuesto en el punto a.2 del presente voto), por lo que no se advierte —ni la parte ha logrado demostrar— el perjuicio que habría ocasionado el testimonio en cuestión.

Por lo expuesto, los presentes cuestionamientos deben ser rechazados.

#### **a.4. Testimonial de Liendo Roca.**

Las defensas de Garbi y López Veloso aducen que se violó el derecho de defensa en juicio por cuanto se los privó de prueba que oportunamente fue ofrecida y aceptada por el tribunal (testimonial de Liendo Roca) afectándose el principio de preclusión y progresividad.

Consideraron que el testimonio de Liendo Roca (ex-juez federal) resultaba vital para la causa respecto de la legalidad o no del allanamiento y detención de la víctima.

A efectos de realizar un adecuado análisis del agravio impetrado por ambas defensas habré de recordar el trámite de las presentes actuaciones en relación a la cuestión traída a estudio de esta Sala.

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

El 22 de febrero de 2010 se ordenó citar a las partes a juicio (artículo 354 del C.P.P.N.), ocasión en que la defensa de López Veloso presentó el escrito obrante a fs. 2050/2052 y ofreció –entre otros– como testigo a Liendo Roca.

Es así que, el 5 de abril de 2010 se ordenó: *"Proveyendo el ofrecimiento de prueba de la Defensa de Ramiro del Valle López Veloso: **TESTIMONIAL**: Cítese oportunamente a los testigos ofrecidos... En consecuencia: **TESTIMONIAL**: Previo a proveer la misma, ofíciase a la Secretaría Electoral a los fines de solicitar el domicilio de los testigos ofrecidos..."* (cfr. fs. 2052).

El 25 de junio de 2010 se ordenó fijar audiencia de debate y citar a las partes como también a los testigos ofrecidos y aceptados (cfr. fs. 2240vta.); y el 26 de agosto del mismo año se tuvo presente y aprobó el cronograma de testigos y peritos a tal fin (fs. 2715 vta.).

Luego, el 30 de agosto de 2010 se dispuso: *"Ampliando los decretos de Fs. 2052 y 2715/2715vta. y, previo a la citación del testigo Arturo Liendo Roca, requiérase al apoderado del imputado Ramiro López Veloso, explique los motivos de la propuesta del mismo como testigo de parte, en el plazo de tres días..."* (cfr. fs. 2718), escrito que obra agregado a fs. 2784.

El 8 de septiembre de ese año el tribunal revocó el decreto de fs. 2052, dejando sin efecto la aceptación del testimonio de Liendo Roca (cfr. .fs. 2867/2867vta.).

Para ello, el a quo consideró que *"...no basta [a la defensa] referir la ausencia de similar pedido a la otra parte para legitimar su negativa a exponer los motivos de la citación del testigo. Tampoco resulta admisible la reserva unilateral*

que realice para expedirse en la ocasión de la audiencia de debate a los fines de cumplimentar lo peticionado, ni que considere exagerado hacerlo.

Lo que se trata aquí, es la justificación de la pertinencia de la prueba testimonial que pretende producir la defensa, toda vez que conforme al Art. 356 del C.P.P.N. el Tribunal podrá rechazar, por auto, la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante." (cfr. fs. 2867).

Así, los magistrados consideraron aplicable el artículo 355 último párrafo del digesto de rito, en cuanto dispone específicamente la inadmisibilidad respecto del comparendo de nuevos testigos para el caso de falta de exposición de los hechos sobre los cuales serán examinados (cfr. fs. 2867/2867vta.).

En este sentido, indicaron que "La impertinencia de la testimonial referida resulta de la negativa de la defensa de expresar los hechos sobre los cuales será examinado el testigo Liendo Roca, quien en relación a los hechos imputados y requeridos de juicio tuvo actuaciones como juez de instrucción, obrando en el juzgado federal actuaciones procesales a su respecto" (cfr. fs. 2867vta.).

Finalmente, en ocasión de celebrarse la audiencia de debate oral y público, la defensa de Garbi planteó un agravio en términos similares al que se encuentra a estudio de esta Sala, que también efectuó la defensa de López Veloso (cfr. fs. 3237/3237vta.).

En dicha oportunidad, el tribunal resolvió: "...respecto a los recursos de reposición y nulidad incoados por las defensas de los imputados Garbi y López Veloso con relación al rechazo por el Tribunal del testigo Liendo Roca, habiendo actuado el Tribunal conforme a la facultad que le otorga el artículo 356 del C.P.P.N., corresponde no hacer lugar a los

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*recursos deducidos al respecto, en tanto no se advierte afectación alguna al derecho de defensa en juicio..." (cfr. fs. 3241vta./3242).*

A ese marco ceñido, entiendo que no se vulneró el derecho de defensa en juicio alegado por las partes, toda vez que el tribunal brindó los concretos motivos por los cuales revocó el testimonio ofrecido y aceptado, y el procedimiento realizado se encontró dentro de las facultades que le asisten como director del proceso.

En este aspecto, las alegaciones efectuadas por las defensas en cuanto se trató de prueba esencial a efectos de dirimir la ilegalidad o no de la violación de domicilio y privación ilegítima de la libertad que fueran atribuidos a sus asistidos, deben ser rechazadas por cuanto tal carácter esencial no fue demostrado en modo alguno, teniendo en cuenta que la ilegitimidad de la detención de Kamenetzky fue acreditada independientemente, en un lapso temporal distinto al que eventualmente podría surgir del expediente donde se investigaron los hechos imputados a la víctima, por lo que el presente agravio debe ser rechazado.

**a.5. Informe Antropológico. Nulidad.**

La defensa del imputado Garbi planteó la nulidad del examen antropológico realizado ya que entendió que el cadáver examinado no fue debidamente identificado.

A efectos de realizar un adecuado análisis del agravio impetrado entiendo que habrá de recordar el trámite que tuvieron las presentes actuaciones sobre el particular.

Así, con fecha 16 de marzo de 2004 el magistrado interviniente solicitó se autorice la utilización en forma exclusiva de las instalaciones de la Morgue Judicial, a la

familia de la víctima que permita el acceso al lugar donde se encontraban sus restos para la exhumación, comunicó al Cementerio "La Misericordia" en la Cdad. de La Banda su realización, solicitó a la policía local que proceda a la custodia de las instalaciones de la morgue mientras dure las pericias ordenadas y a Gendarmería Nacional que proporcione el transporte y traslado de los restos de la exhumación ordenada (cfr. fs. 42 y 45).

Asimismo, en igual fecha solicitó autorización al Decano del Cuerpo Médico Forense y al Director del Equipo de Antropología Forense para la presencia de profesionales de dichas instituciones para realizar la exhumación; la que tuvo lugar el día 17 de marzo de 2004 (cfr. 46 y 49).

El informe realizado por el Equipo de Antropología Forense de fecha 24 de marzo de 2004 obra a fs. 95/129, fue agregado con fecha 13 de abril del mismo año 2004 a las actuaciones (cfr. fs. 132vta.)

Es así que, el 7 de junio de 2004 se ordenó recibir declaración indagatoria –entre otros– a Tomás Garbi, la que tuvo lugar el 22 de junio (cfr. fs. 144, 820 –punto III.a. – y fs. 1147/1147 vta.), ordenándose su procesamiento con fecha 24 de septiembre de 2004 (cfr. fs. 160/165 –punto I–) ocasión en que –entre otros elementos probatorios– se ponderó el informe pericial realizado, que fue cuestionado por su defensa (cfr. fs. 197/198 –punto 5–), nulidad que fue rechazada con fecha 16 de diciembre de 2005 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, actuando como Cámara de Apelaciones, por las consideraciones realizadas en el considerando 8, punto B bajo el título "Válidez de la pericia" (cfr. fs. 638/685 –punto IV–).

En particular, sobre la identificación de la víctima, cabe destacar que del informe antropológico oportunamente realizado surge que la misma: *"...fue documentada por la familia*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

en el momento que se produjo el deceso, sin embargo se entrevistó a la hermana para que aportara información ante mortem (anterior a la muerte) para corroborar la identificación..." (cfr. fs.96); y entre las conclusiones del dictamen se señaló que: "Existen características odontológicas coincidente con la información premortem de la víctima, obtenida a través de entrevista previa a la exhumación" (cfr. fs. 100 -punto 8-).

A ese marco ceñido, entiendo que el planteo de nulidad efectuado por el recurrente no puede ser receptado.

En efecto, la pericia en cuestión fue realizada conforme a las formalidades prescriptas por la ley y su contenido así como la forma en que tuvo lugar la identificación del cuerpo de la víctima fue oportunamente puesta en conocimiento de la defensa, quien en dicha oportunidad centró su embate en el trámite de la diligencia, cuestionamiento que fue rechazado.

Pero más allá de ello, conforme surge del digesto de rito la parte pudo designar perito de parte, o solicitar la reproducción de la pericia (artículo 258, última parte del C.P.P.N), lo que en autos no ocurrió.

Lo expuesto, junto con las consideraciones realizadas al analizar la prueba existente a efectos de acreditar la muerte de Kamenetzky, a las que me remito por razones de brevedad (cfr. punto a.2. del presente voto), permiten descartar el presente cuestionamiento.

**b. Calificación legal. Participación.**

**b.1. Privación ilegal de la libertad.**

La defensa de Musa Azar adujo que no se encuentra acreditado en autos la participación que en este hecho le cupo

a su asistido y sustentó su posición en un tramo de la sentencia recurrida, la cual transcribió (cfr. fs. 3476/3476vta.).

Sostuvo que, por un lado, en los fundamentos, al tratar la privación ilegal de la libertad de Kamenetzky, no se mencionó a su defendido pues quien se presentó en el domicilio de la víctima fue personal policial de la Provincia de Santiago del Estero (Garbi) y del Ejército; y por otro, no se acreditó que la orden de detención ilegal la impartiera el imputado.

En este sentido, la asistencia técnica de López Veloso también cuestionó la atribución que de este delito se efectuó a su asistido, quien –por su posición (oficial) dentro de la estructura represiva– no dio la orden de detención y tampoco podía ordenar su soltura.

En relación con el agravio impetrado por la defensa de Musa Azar, entiendo que –contrario a lo sostenido por el recurrente– de la integral lectura del fallo cuestionado surge la participación que le cupo al nombrado en la detención ilegal de la víctima.

En efecto, la transcripción realizada a efectos de apoyar su postura desvinculante con relación al delito bajo examen (cfr. fs. 3476/3476 vta. y fs. 3371/3371 vta.) importa una lectura parcial del resolutorio recurrido, pues la defensa omite considerar que ello es parte de una primera conclusión a la que arribó el tribunal en el acápite relativo a los hechos y prueba (1.1), en particular respecto de la detención (1.2), el cual se complementa –en lo pertinente– con el punto relativo a la DIP (1.3); y ello, en consonancia con las consideraciones efectuadas por el propio tribunal al analizar la calificación legal (2.2.), más precisamente la privación ilegítima de la libertad que sufrió la víctima [2.2.2 (cfr. fs. 3369 vta./3376)].

Es que, el *a quo* consideró que la privación ilegal de

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Kamenetzky estuvo compuesta por dos momentos, la privación de la libertad inicial, que se concreta al momento del allanamiento ilegal del domicilio; y la segunda, que se extiende durante toda la detención de la víctima en el DIP (SIDE) y continúa con los sucesivos traslados desde el Penal de Varones de Santiago del Estero a esa dependencia policial sin orden judicial. En el primer tramo consideró, como autor material a Garbi y autor mediato a Musa Azar; y del respecto del segundo, como coautores materiales en calidad de ejecutores a Musa Azar (jefe del DIP), Tomás Garbi (sub-jefe) y Ramiro del Valle López Veloso [oficial de la dependencia (cfr. fs. 3384 vta./3388vta.)].

Similar consideración cabe realizar respecto de la atribución de responsabilidad que sobre el hecho imputado realizó el tribunal con relación a López Veloso, la que encontró sustento no en el tramo inicial del delito atribuido, sino en el que tuvo lugar desde el ingreso de la víctima a la dependencia policial y en los momentos posteriores ya descriptos (cfr. fs. 3384 vta./3388vta.).

En este sentido, resulta oportuno recordar –como lo hizo el sentenciante– que la figura bajo análisis trata de un delito de realización instantánea, que se consuma cuando se priva efectivamente de la libertad de movimiento a la víctima, aunque el bien jurídico tutelado hace que el hecho asuma necesariamente los caracteres del delito permanente o continuo (cfr. fs. 3386).

Es decir, el hecho comienza en un momento determinado pero los momentos posteriores son siempre imputables al mismo título del momento inicial, hasta que cesa la situación creada (Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino", TIV, Ed. Tea, Bs.

As., 1967, pág. 42/43. En igual sentido: Baigún, David y Zaffaroni, Raúl Eugenio –Dirección–; Terragni, Marco A. –Coordinación–, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Tomo V, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2008, pág. 309).

Es en virtud de ello, que el tribunal consideró que Musa Azar debía responder en calidad de autor mediato en relación al primer tramo de la detención y autor material en punto al segundo tramo de la misma, fragmento este último respecto del cual López Veloso también fue considerado autor material.

Ahora bien, resta ingresar al análisis del agravio impetrado por la defensa de Musa Azar en cuanto a que no se encuentra acreditado que su asistido haya impartido la orden de detención, circunstancia también alegada por la asistencia técnica de López Veloso.

Al respecto, en primer término, corresponde recordar el contexto histórico en que tuvieron lugar los hechos investigados, la legislación especial dictada –complementada mediante diversas reglamentaciones militares– para combatir a la “subversión” [que implicó la coexistencia de dos sistemas jurídicos: uno de orden normativo escrito (existieron instrucciones de carácter secreto); y otro, predominante verbal] así como el plan sistemático de represión implementado desde el Estado que importó la existencia de un circuito clandestino de represión ilegal, ideado como parte del que fue ejecutado a nivel nacional (cfr. fs. 3361vta./3368vta. y 3393/3396).

En segundo lugar, debe tenerse presente que a la fecha de los hechos que constituyen el objeto del proceso, Musa Azar se desempeñaba como Comisario Inspector, Jefe de la Superintendencia de Seguridad, Director de Informaciones de la Policía de la Provincia y Delegado de la “SIDE” en Santiago del

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Esteros; en tanto que, López Veloso era oficial del Departamento de Informaciones Policiales (DIP) (cfr. fs. 3368vta./3369).

En tercer lugar, cabe recordar que, conforme fue explicado con anterioridad, la privación ilegítima de la libertad de Kamenetzky se compone de dos momentos, el primero es atribuido a Garbi como autor material y a Musa Azar en calidad de autor mediato; y el segundo, en calidad de coautores materiales a Musa Azar junto con López Veloso y Garbi.

Así las cosas, demostrada la existencia de un plan en el cual coexistían dos órdenes normativos (uno expreso y —en cierta medida— público; y otro predominantemente verbal y clandestino), y que la atribución de responsabilidad de Musa Azar en orden al primer tramo de la detención, lo es virtud de la posición jerárquica que el nombrado ostentaba en esa estructura represiva como Jefe del DIP, el cuestionamiento realizado por su defensa debe ser rechazado.

Es que la autoría mediata (conforme explicaré en extenso al tratar el tema —cfr. punto XII—) se extiende no sólo al responsable máximo de la emanación de la orden, sino también, a los componentes de los eslabones de mando que se inmiscuyen de manera relevante en la cadena causal del acontecimiento, como ocurrió en el caso de autos.

Al respecto, la alegación efectuada por la defensa de López Veloso en punto a que por su cargo el nombrado no pudo ordenar la detención o libertad de la víctima resulta irrelevante pues su atribución de responsabilidad en el hecho investigado lo fue respecto del segundo momento de la detención que sufrió la víctima, la que le fue atribuida a título de coautor material y no a título de autor mediato.

Por ello, propicio el rechazo de los presentes

cuestionamientos.

**b. 1. 1. Estado de sitio.**

La defensa de Garbi plantea que a la época de los hechos investigados existió un estado de sitio que permite descartar la existencia de los delitos de privación ilegítima de la libertad y violación de domicilio. Precisó, que en esa época era lícita la detención de personas por infracción a la ley 20.840, quienes eran puestas a disposición de la justicia federal, como fue el caso de autos.

Sobre el particular debo señalar, que en lo sustancial el planteo efectuado por la defensa es una reedición del oportunamente formulado en el alegato de la parte en audiencia de debate, que ha recibido adecuado tratamiento por parte del tribunal a efectos de su rechazo.

En efecto, el *a quo* tuvo por acreditado que Cecilio Kamenetzky fue detenido en un allanamiento realizado en su domicilio para lo cual no se contó con orden judicial, extremo que encuentra sustento en el testimonio de su madre y hermana, presentes al momento de su detención, como también en prueba documental (expte nro. 322/76) de la que también surge que la víctima fue llevada en presencia del juez federal interviniente el 2 de septiembre de 1976, es decir, transcurridos más de 20 días desde su detención, lapso en el que permaneció alojado en el DIP (cfr. fs. 3383vta./3388vta.).

Luego, indicó que el estado de sitio es una respuesta institucional reglada por la Constitución Nacional a efectos de afrontar emergencias de carácter político, remedio excepcional previsto para su defensa así como el de las autoridades creadas por ella, que no presupone su anulación. Es decir, *"...el estado de sitio tiene por función preservar el sistema constitucional, la libertades públicas, y la sociedad nacional en torno a la orden de libertad, la seguridad, la justicia y los derechos humanos, sin que la garantía de unos pueda enervar la de otros*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

(Cfr. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, La Ley, Argentina, 2003, p. 223)" (cfr. fs. 3386 vta./3387).

Recordó "...que los delitos de los que fue víctima Cecilio José Kamenetzky, fueron cometidos al amparo de un aparato organizado de poder, que destituyó el gobierno constitucional aboliendo la Constitución Nacional, para luego proceder a implementar un aparato represivo contra la población civil" (cfr. fs. 3387).

De esta forma, concluyó que "...de ninguna manera puede entenderse que las acciones desplegadas por un gobierno militar instaurado ilegítimamente a partir del 24 de marzo de 1976, puedan encontrar justificación en un supuesto estado de sitio: un poder de facto que relega el texto constitucional a letra muerta, ni puede pretender utilizar un remedio constitucional extraordinario como instrumento para justificar violaciones a garantías prevista en dicho texto"; y que aun suponiendo la existencia de un estado de sitio, que admite "...la expansión del poder del Estado en detrimento de los derechos personales, civiles y políticos...", ello "...no puede ser entendido como un recurso que habilite la suspensión in totum de las garantías constitucionales" (cfr. fs. 3387).

Por ello, habiéndose descartado que el estado de sitio amparara los actos cometidos así como también la existencia de una orden de allanamiento y detención respecto de la víctima, y toda vez que el recurrente no ha logrado conmovier los argumentos del tribunal en orden a la ilicitud del allanamiento y privación de la libertad cuestionados, el presente agravio no habrá de tener favorable acepción.

**b. 2. Tormentos.**

En relación al delito de tormentos, la defensa de Musa Azar indicó que no se probó en autos la existencia de los mismos, y en su caso, que su asistido haya participado en el delito. En este último aspecto, la asistencia técnica de López Veloso se quejó que el tribunal concluyó por analogía la autoría de su asistido con fundamento en que otros testigos-víctimas afirmaron que el nombrado era quien los torturaba. Veamos.

El agravio de la defensa de Musa Azar en torno a la falta de acreditación del delito de tormentos debe ser rechazado.

Ello, por cuanto la parte afirmó que de las conclusiones del informe del Equipo Argentino de Antropología Forense no surge evidencia que demuestre la existencia de tormentos, aseveración que no importa más que una mirada parcial del plexo probatorio existente en autos.

En efecto, conforme surge del análisis efectuado en el punto XI.a.2 del presente voto (al que me remito por razones de brevedad), el tribunal sentenciante tuvo por acreditado que los detenidos en el DIP eran sometidos a diversas clases de tormentos, a partir de los dichos en audiencia de debate de los testigos Torres, Rizzo Patrón, Garay, Ramírez, Avila Otrera, Figueroa Nieva y Galván.

En su declaración, los nombrados hicieron alusión a los tormentos físicos (vgr: golpes, picana, tabicamiento, submarino, etc.) y psicológicos [vgr: indefensión (de hecho y de palabra se le hacía saber que estaban solos, y que nadie acudiría en su auxilio, tal es el caso de los testigos Ramírez y Ávila Otrera quienes respectivamente solicitaron la presencia de un abogado y un juez en su interrogatorios); incertidumbre (conocimiento de la existencia de otras personas en igual situación de detención que llevaban tiempo en ese estado, como ocurrió con Torres respecto de Giribaldi); angustia (existencia

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

de un familiar que también había sido secuestrado, como fue el caso de Rizzo Patrón respecto de su mujer que sufrió un aborto), etc.)] a los que fueron sometidos, a las condiciones de detención existentes en el lugar (falta de alimentación, higiene y atención médica; que en el caso de Torres junto con las torturas recibidas, importó un aborto), y sindicaron a quienes llevaban a cabo los interrogatorios en la mentada dependencia policial.

En particular, con relación a la víctima, los testigos Garay, Santillán y Figueroa Nievas fueron contestes en señalar que Kamenetzky también fue sometido a torturas durante su permanencia y traslados al DIP.

Respecto del deterioro físico y psicológico del nombrado, los testimonios de Cavallín y Bellido fueron por demás ilustrativos. El primero relató que Kamenetzky tenía llagas entre los dedos producto de la picana, los oídos infectados y las uñas negras por los objetos que le fueron introducidos así como problemas para orinar por la picana y golpes recibidos; y el segundo, indicó que la última vez que lo vio estaba "quebrado psicológicamente".

Lo expuesto, resulta suficiente para descartar la aseveración realizada por la defensa de Musa Azar en punto a la configuración del delito de tormentos, si bien resta analizar la crítica efectuada por la parte en orden a la participación que en los mismos le cupo a su asistido, agravio que también fue impetrado por la asistencia técnica de López Veloso.

A ese marco ceñido, cabe recordar que el ingreso al circuito clandestino de detención, conforme sostuvo el *a quo*, implicó en la mayoría de los casos el sometimiento sistemático de los detenidos a tormentos, en los niveles antes descriptos:

físicos –maltratos– y psicológicos –clandestinidad– [Criterio que se condice con el sentado por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (causa Nro. 13/84 del 9/12/85, Fallos 309-I-198) como también con sentencias de la C.I.D.H. (caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 29/7/88). En este sentido cfr: Baigún, David y Zaffaroni, Raúl Eugenio –Dirección–; Terragni, Marco A. –Coordinación–, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Tomo V, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2008, pág. 375.].

Al respecto, se encuentra acreditado que el imputado Musa Azar revestía la calidad de jefe del DIP y que, con independencia de la responsabilidad que le cabe por su posición, el nombrado participó en los interrogatorios realizados (cfr. los testimonio de Torres, Garay, Ramírez, Figueroa Nieva y Galván).

En particular, respecto de los tormentos padecidos por la víctima, debe traerse a colación un episodio particular, ocurrido en los días posteriores a su detención que fuera relatado en audiencia de debate por su hermana.

La testigo recordó la angustia en que se vio inmersa la familia hasta que tomaron conocimiento que Cecilio se encontraba detenido en el DIP, lugar en el que pudieron verlo junto con su madre, y relató que en una ocasión la entrevista se desarrolló en presencia de Musa Azar y Garbi (este último recostado en un sofá jugando con una manopla).

El episodio descripto importa un claro ejemplo de los tormentos a los que era sometido la víctima pues la situación relatada debió generar en Kamenetzky una sensación de angustia e indefensión inexplicables más aun teniendo presente la ilegalidad de su situación, aspecto que se condice con uno de los niveles de tormentos que fueran descriptos, en la especie el psicológico.

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

Por ello, sostener como lo hace la defensa que su asistido no participó en el delito de tormento importa una afirmación que omite valorar en su conjunto el plexo probatorio existente en autos.

Finalmente, en relación al imputado López Veloso, entiendo que –de adverso a lo sostenido por el recurrente– su participación en los hechos en examen se encuentra suficientemente acreditada.

En tal sentido, habré de recordar una vez más los dichos en debate de los testigos que estuvieron detenidos en el DIP, quienes fueron contestes en señalar que el nombrado (oficial de dicha dependencia) participaba en los interrogatorios a los que eran sometidos; y en particular, el relato efectuado por el testigo Caballín quien describió la condición física y psicológica de la víctima, y declaró "*...que el propio Cecilio le había dicho que entre sus torturadores reconoció las voces de Ramiro López, Bustamante y Noli García*" (cfr. fs. 3375, el destacado es propio).

En virtud de las consideraciones hasta aquí expuestas, entiendo que los presentes cuestionamientos deben ser rechazados.

**b.3. Homicidio.**

**b.3.1.** Se agravan las defensas de Garbi y López Veloso de las agravantes que el tribunal consideró configuradas en orden al delito de homicidio (artículo 80 inciso 2º, 6º y 7º del C.P.).

Así, respecto de la alevosía (inciso 2º) la defensa de Garbi sostuvo que el tribunal incurrió en una falacia argumentativa ya que entendió que la víctima estaba esposada y en estado de indefensión, extremo que no surge de autos y menos

del informe antropológico realizado.

Por su parte, la defensa de López Veloso entendió que la alevosía supone una preordenación al resultado perseguido, que en autos no ocurrió, ya que no puede sostenerse que Kamenetzky fue detenido para ser asesinado.

En relación con el concurso premeditado de dos o más personas (inciso 6°) la defensa de Garbi consideró, por un lado, que el tribunal realizó una afirmación mendaz al sostener que la muerte de la víctima se produjo por “dos disparos”, pues lo único que se pudo acreditar es la existencia de “un solo disparo de escopeta” y, por otro, que de los testimonios en autos, surge que López Veloso se encontraba al momento del hecho en el baño; circunstancias ambas que permiten –a entender de la parte– descartar la agravante en análisis.

Respecto de esta agravante, la defensa de López Veloso entendió que no se probó en autos la existencia de un acuerdo de voluntades.

En punto a la finalidad de lograr la impunidad (inciso 7°), la defensa de Garbi sostuvo que la aplicación de la agravante se contradice con el “contexto histórico” en que se cometieron los crímenes pues estos tuvieron un fin político; y señaló que el tribunal confundió las consecuencias del delito con las leyes de punto final y obediencia debida, ya que la imposibilidad de juzgar los delitos se debió a ellas y no al propósito tenido en miras por el autor.

Con relación a este delito, la defensa de López Veloso sostuvo que no puede considerarse que la muerte tenía como fin ocultar otro delito, como podrían ser los tormentos, toda vez que se encuentra comprobado que no todos los detenidos fueron torturados, y que quienes si lo fueron, no han sido todos asesinados.

**b.3.2.** Por otra parte, las defensas Garbi, López Veloso y Musa Azar realizaron consideraciones en orden al grado

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

de participación que respecto de este delito se atribuyó a sus asistidos.

La defensa de Garbi sostuvo que no se encuentra acreditado que el nombrado haya impartido la orden de matar a la víctima, menos aún que el hecho fuera cometido con alevosía, entre dos personas y con el fin de lograr la impunidad.

Añadió que su asistido no tuvo el dominio del hecho, y su cargo como "sub-jefe" tampoco se lo otorgó; y afirmó que las agravantes analizadas no le son extensibles excepto que haya tenido conocimiento sobre las mismas (artículo 48 del C.P.).

Por su parte, la defensa de López Veloso cuestionó la coautoría material que le fue atribuida en el homicidio de la víctima, pues consideró que los peritos convocados en juicio concluyeron que su muerte produjo de un solo disparo y no de varios impactos como sostuvo el tribunal.

De esta forma, concluyó que no existió coautoría sino autoría, que no puede ser atribuida a López Veloso, ya que en autos no existen elementos que permitan afirmar que el nombrado efectuó el disparo.

Finalmente, la defensa de Musa Azar recordó los argumentos del tribunal a efectos de considerar a su asistido como autor mediato en orden al homicidio de Kamenetzky y reiteró que el nombrado es una persona con rango intermedio dentro de la escala jerárquica de la Policía de la Provincia de Santiago del Estero.

**b.3.3.** Así las cosas, entiendo que los diversos cuestionamientos realizados por los recurrentes en punto a la configuración en autos de las agravantes previstas en los incisos 2°, 6° y 7° del artículo 80 del C.P. deben ser

rechazadas en virtud de las consideraciones que a continuación expondré.

En primer término, cabe recordar que se encuentra acreditado en autos que Cecilio Kamenetzky murió en el DIP el día 13/11/76 siendo aproximadamente la 01:00 hs. con motivo de un presunto intento de fuga al pretender escalar la pared trasera del edificio en compañía de Giribaldi, quien habría logrado su cometido (cabe destacar que este último se encuentra en la actualidad desaparecido).

Respecto a la causa de la muerte, el tribunal consideró que ello ocurrió producto de los disparos de arma de fuego recibidos, afirmación que las defensas tildaron de falaz, pues entendieron que sólo se acreditó la existencia de un disparo, circunstancia que debe ser analizada en forma previa a las agravantes cuestionadas.

Sobre el particular, y a efectos de evitar repeticiones innecesarias (cfr. en este sentido el punto XI. a.2), corresponde señalar que la antropóloga Patricia Bernardi integrante del Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF) indicó que la causa de la muerte fue producto de las lesiones provocadas por proyectiles de arma de fuego que afectaron cráneo y tórax; en tanto que, el perito en balística Subalférez Marcos Roldán de la Gendarmería Nacional- Sección Santiago del Estero determinó que las muestras 1, 2, 3, 5, 6 y 7 (postas y fragmentos plásticos -copa-) son compatibles para cartucho de escopeta calibre 12, y que la muestra (4) no es una posta para cartucho de escopeta (cfr. en este sentido los informes periciales obrantes a fs. 95/130 y fs. 882/887 vta.; y fs. 3378vta./3380).

De esta forma, la valoración en conjunto de ambas pericias, permite descartar la afirmación realizada por los recurrentes en punto a la existencia de un único disparo, ya que la perito antropóloga estableció que dos fueron las zonas

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

afectadas por proyectiles (cráneo y tórax); y el perito en balística determinó que de las muestras examinadas, algunas eran compatibles con cartuchos de escopeta calibre 12, y que una no era compatible con cartucho de escopeta.

Ello, a su vez se condice con lo declarado en audiencia de debate por el testigo Ávila Otrera quien relató que la noche en que mataron a la víctima fue trasladado del Penal al DIP, y que una vez en el lugar, lo llevan al sótano donde lo vendan y esposan. Luego, lo trasladan a la cocina donde lo sientan, y a continuación siente como si empujaran a una persona, pasó un tiempo y escuchó una ráfaga, a continuación un quejido, y a los segundos, el tiro seco de una pistola. Relato que en lo sustancial es conteste con el del testigo Walter Bellido, quien relató que la noche de la muerte de la víctima, se despertó por el ruido de ametralladoras y pistolas (cfr. fs. 3376/3376vta. y el punto XI.a.2 del presente voto).

Por último, en el expte. nro. 1385/85 (iniciado con motivo de la desaparición de Giribaldi) y en la causa nro. 9043/03 (querrela iniciada por la madre del nombrado), obran informes que aluden al episodio de fuga que habrían protagonizado Giribaldi y Kamenetzky, así como también al deceso de la víctima producto de disparos de arma de fuego (cfr. en este sentido lo expuesto en el punto XI.a.2. del presente voto).

De esta forma, desestimadas las alegaciones efectuadas por la defensa en relación a la causa de la muerte de la víctima, corresponde ingresar al análisis de las agravantes sometidas a estudio de este tribunal.

Así, he sostenido con anterioridad que la alevosía

consiste en el empleo de medios, modos o formas –en la ejecución del hecho– que tiendan directa y especialmente a asegurar el homicidio, sin riesgo para el autor. Es decir, que *“...para que exista como agravante del homicidio, es necesario que la víctima se encuentre en un estado de indefensión que le impida obtener una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente... (D’ Alessio, J., Código Penal, Comentado y Anotado, Parte Especial, Bs. As., 2004, pág. 12)”* (cfr. causa “Bussi” y “Olivera Róvere” ya citadas –entre otras–).

Este criterio que se condice con el sostenido por el tribunal a efectos de tener por acreditada la agravante en el homicidio de Kamenetzky, ya que el a quo consideró que *“...los autores preordenaron su conducta para matar, con total indefensión de la víctima y sin riesgo ni peligro para sus personas, todo lo cual se aseguró, conforme quedó demostrado, por estar la misma esposada y a total disposición de quienes contando con armas y medios eliminaron de esta manera toda posibilidad de resistencia y de ayuda de terceros”* (cfr. fs. 77/8 de la sentencia).

Al respecto, la alegación efectuada por la defensa de Garbi en cuanto a que no se acreditó que la víctima se encuentre esposada, debe ser descartada, por cuanto dicha circunstancia surge del testimonio de Pedro Ledesma, personal policial de la DIP, quien custodió a Kamenetzky y Giribaldi, hasta cerca de la medianoche, y señaló que ambos detenidos se encontraban en el fondo de la dependencia, en un colchón cada uno, despiertos y esposados con las manos hacia adelante (cfr. fs. 3376vta./3377 de la sentencia y el punto XI.a.2 del presente voto).

Pero más allá de lo expuesto, sostener como lo hace el recurrente, que toda vez que no se demostró dicho extremo en el informe antropológico, ello permite descartar la agravante, importa omitir el estado físico y psíquico en que se encontraba

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

la víctima producto del prolongado período de detención (habían transcurrido aproximadamente tres meses) y el lugar en el que ocurrió su muerte, es decir, en una dependencia policial.

Por ello, el presente cuestionamiento debe ser rechazado y las consideraciones realizadas permiten desestimar la observación realizada por la defensa de López Veloso en punto a la preordenación requerida para la alevosía.

En cuanto al concurso premeditado de dos o más personas (inciso 6°) el tribunal consideró probada la agravante al sostener "*..que esa fue la mecánica general de traslado y posterior ejecución de la víctima y, en el caso en particular, es evidente que el procedimiento requirió, al menos, de la acción material de dos personas*", criterio que se condice con el oportunamente expuesto en la citada causa "Bussi".

Al respecto los cuestionamientos realizados por la defensa de Garbi a efectos de descartar la agravante analizada (existencia de un solo disparo) deben ser rechazados por las consideraciones realizadas al analizar la causa de la muerte de la víctima, a las que me remito por razones de brevedad, las que hago extensibles a la defensa de López Veloso en orden al reclamo efectuado.

Por último, con relación a la agravante que prevé la finalidad de lograr la impunidad (inciso 7°), conforme ya expuse en el citado precedente "Bussi", la esencia del agravamiento del homicidio consiste en una conexión ideológica, que comprende una unión final o impulsiva (Nuñez, Ricardo "Tratado de derecho Penal", T III, Vol. I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1987, pág. 51; citado por Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal-Parte Especial", T I, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1998, pág. 49). Sostuve que la conexión

ideológica exigida por el tipo existe como causa final cuando el homicidio ha sido cometido con el fin de evitar que se descubran otros hechos ejecutados en perjuicio de la víctima, procurando así la impunidad tanto de los autores materiales como de los autores intelectuales o mediatos de los mismos.

Lo precedentemente expuesto, se refleja en las apreciaciones realizadas por el tribunal al analizar la configuración de la agravante, ya que se consideró que *"El transcurso de más de treinta años desde la fecha del hecho demuestra la eficacia que tuvo en el presente caso, la búsqueda de impunidad, simulando una fuga para justificar la muerte de Cecilio Kamenetzky"*, y que en caso particular de autos, dicha intención surge del *"...hecho de haber entregado el cuerpo a la familia de la víctima recién dos días después de producida su muerte, y en estado de descomposición"* (cfr. fs. 3392vta.).

La defensa de Garbi objetó la aplicación de la agravante en análisis pues la consideró contradictoria e indicó que si la finalidad perseguida era política (eliminar al "disidente" o "peligroso") no pudo tener al mismo tiempo la de lograr la impunidad, por lo que ambas son excluyentes.

Al respecto, entiendo que el cuestionamiento de la defensa debe ser rechazado, por un lado, porque la agravante aplicada al caso se encuentra debidamente acreditada, y por otro, porque la defensa parte de un error conceptual al efectuar su análisis.

En efecto, el plan sistemático existente tenía por objeto la eliminación del "disidente" o "peligroso", y ello ocurrió al amparo de un aparato organizado de poder que procuró los medios para la concreción de este y otros objetivos, pero también aseguró la impunidad de sus miembros y esto, más allá de los obstáculos legales que existieron con posterioridad para su juzgamiento.

Finalmente, el agravio impetrado por la defensa de

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

López Veloso también debe ser rechazado por cuanto la agravante cuestionada encontró sustento en las concretas circunstancias del caso, como fue establecido por el tribunal.

**b.3.2.** Sentado ello, resta evaluar las objeciones formuladas por los recurrentes en punto a la participación que el hecho investigado le fue atribuida a sus asistidos.

Así, entiendo que las objeciones formuladas por las defensas de Musa Azar y Garbi, en cuanto a que sus asistidos no tuvieron el dominio del hecho por cuanto en su calidad de Jefe y 2do. Jefe del DIP ostentaban un rango intermedio dentro de la escala jerárquica de la Policía de la Provincia de Santiago del Estero, deben ser rechazadas.

En efecto, sobre el tema en examen debo realizar similares consideraciones a las efectuadas al analizar la privación ilegal de la víctima, que en su primer tramo fue atribuida a Musa Azar en carácter de autor mediato (cfr. punto b. 1 del presente voto).

Es que —como ya sostuve— la autoría mediata (concepto que en extenso habré de tratar en el punto XII del presente voto) abarca no sólo al responsable máximo de la emanación de la orden, sino también, a los componentes de los eslabones de mando que se inmiscuyen de manera relevante en la cadena causal del acontecimiento, como ocurrió en el caso de autos.

En este orden de ideas, la alegación formulada por la defensa de Garbi respecto a que las agravantes cuestionadas no son extensibles a su asistido excepto que haya tenido el conocimiento sobre las mismas (artículo 48 del C.P.) debe ser rechazada, pues se encuentra acreditado que el nombrado integró un aparato organizado de poder que ejecutó un plan sistemático de detención y tortura de quien era considerado "disidente",

respecto de cuyo destino final tenían gran libertad de acción.

Es decir, el hecho de que el nombrado revistiera la calidad de 2do. Jefe de la DIP, lugar que integraba el circuito clandestino de detención existente en la provincia de Santiago del Estero, junto al cúmulo de circunstancias –desarrolladas al amparo y con conocimiento de quienes los administraban– que se traducían en el ingreso de las víctimas a dichos centros; esto es, que dichas víctimas eran sometidas a diversas clases de torturas, condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral y suerte diversa en cuanto a su destino final (liberación, puesta a disposición del PEN, sometimiento a proceso militar o civil, o eliminación física); implica que la afirmación de la defensa es irrazonable porque en este contexto Garbi no podía desconocer la forma en que tendría lugar el hecho.

Por último, las alegaciones formuladas por la defensa de López Veloso a efectos de cuestionar la coautoría material atribuida no habrán de tener favorable acepción.

Es que ella encontró sustento no solo en los testimonios de quienes se encontraban en el DIP la noche de la muerte de Kamenetzky y lo ubican al momento del hecho en los fondos de la dependencia (al respecto me remito a efectos de evitar repeticiones innecesarias a lo expuesto en el punto XI.a.2 del presente voto) sino también en la declaración prestada por Musa Azar como Jefe del DIP en la causa nro. 9043/03, en la que hizo referencia al episodio de fuga que habría protagonizado la víctima, y que *"Corbalán primero y López después", "utilizando el arma provista", "habían eliminado a Kamenetzky cuando traspasaba casi la pared"* (cfr. fs. 3391vta.).

De esta forma, si bien el tribunal evaluó el expte. Nro. 504/76 que concluyó con el sobreseimiento provisional de López Veloso y Corbalán en orden al episodio mencionado, lo

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

cierto es que, la participación que en el hecho le cupo su asistido también encontró sustento en las constancias probatorias antes mencionadas, lo que desvirtúa el agravio de la defensa en punto que se consideró en su contra prueba de cargo ofrecida por la parte a efectos de acreditar dicho extremo.

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

**b. 4. Encubrimiento.**

La defensa de Musa Azar consideró que, en virtud de los elementos probatorios existentes en autos, y las objeciones efectuadas en torno a la calificación legal atribuida como también al grado de participación que le cupo en los hechos a su asistido, la única conducta por la cual podría responder Musa Azar sería el delito de encubrimiento.

Al respecto, considero insustancial ingresar al análisis del presente cuestionamiento, y ello, en virtud de la suerte negativa corrida por los agravios impetrados por su defensa, que fueron analizados en los puntos precedentes.

**XII. Autoría Mediata.**

Se agravan las defensas de Garbi y Musa Azar que se aplicó la figura de la autoría mediata, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

A efectos de dar acabada respuesta al agravio de los recurrentes, realizaré algunas consideraciones respecto del instituto de la autoría mediata.

**a. Concepto de autoría mediata por aparato organizado de poder:**

Es autor mediato quien actúa mediante la utilización de un agente que actúa como un mero instrumento. Esta clase de

autoría se proyecta en la estructura bifronte de un autor detrás de un ejecutor. La idea fundamental consiste en que, al tomar al dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, existen tres formas distintas en las que un suceso puede ser dominado sin que el sujeto dominador tenga que estar presente al momento en el que el hecho es ejecutado: el dominador puede obligar al ejecutante, puede engañarlo, o puede dar una orden en el marco de un aparato organizado de poder, *“el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución”* (conf. Claus Roxin, *“La autoría mediata por dominio en la organización”*, en *Revista de Derecho Penal* 2005-2, Rubinzal Culzoni, página 9). La coacción o el engaño no es necesaria en esta última clase de autoría mediata porque el aparato de poder organizado tiene a su disposición a eventuales ejecutantes de la orden en caso que un individuo particular se niegue a ejecutarla. Esta fungibilidad del autor directo es la que otorga el dominio del hecho al autor mediato, puesto que no necesita de una persona determinada para que su orden sea cumplida, ya que ella será irremediamente ejecutada por alguna –cualquiera– persona. De esta manera, el autor directo –aunque responsable del cumplimiento de la orden en el sentido jurídico– penalmente relevante– se convierte en un mero instrumento para el autor mediato, quien puede sustituirlo inmediatamente de ser ello necesario. Esta circunstancia genera que aquel que imparte la orden tenga absoluto dominio del hecho –recuérdese, a riesgo de ser repetitivo, que la negación del autor directo de ejecutar la orden no implicará su inejecución, sino que él será inmediatamente sustituido por alguien dispuesto a ejecutarla–. Si definimos como autor a aquel que tiene dominio sobre el hecho, la inclusión del supuesto en estudio dentro del concepto de autor es innegable.

En sentido coincidente con lo expuesto, Stratenwerth

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

sostiene que "... hay un caso límite en el que, de todos modos, se debe atribuir al que obra por detrás la calidad de autor mediato, aunque el que obra en forma inmediata domine sin limitación alguna el suceso concreto: es el caso del delito organizado a través de un aparato de poder ... Aquí aparecen los 'autores de escritorio' que en sí mismos no colaboran en la ejecución del hecho, pero tienen propiamente el dominio del suceso porque, al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del 'aparato' en la ejecución del hecho. Dado que el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede reemplazar por otro cualquiera, no se necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás" (Stratenwerth, G., "Derecho Penal, Parte General I", Ed. Di Plácido, 2da. Edición, Bs. As, 1999, pág. 242).

Explica la doctrina argentina que "[e]n este supuesto, el agente actúa como factor decisivo en una estructura compleja, regulada y jerárquicamente organizada, en la que, a medida de que se desciende desde el factor decisivo (el también llamado 'hombre de arriba') hacia quienes funcionan como ejecutores de propia mano, la identidad de los factores va perdiendo relevancia para la definición del hecho. Al menos en un punto de jerarquía los factores son totalmente fungibles" (Marcelo A. Sancinetti y Marcelo Ferrante, "El derecho penal en la protección de los derechos humanos", Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 204).

En este tipo de autoría, al existir libertad en el instrumento que actúa -sin coacción o error-, lo fundamental es el mecanismo funcional del aparato en el que los autores inmediatos ejercen su acción. Una organización de estas

características posee una vida independiente de la cambiante composición de sus miembros, y funciona sin estar referida a la persona individual de los conductores (conf. mi voto en la causa nº 9822, "Bussi", registro 13.073.4 del 12/03/2010; causa nº 11.628 "Tófalo, José Andrés s/recurso de casación", registro 13.910.4 del 20/09/2010 y causa nº 12.038 "Olivera Róvere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación", registro 939/12 del 13/6/2012).

**b. Aplicabilidad en el derecho argentino:**

En el ámbito interno, la doctrina ha reconocido la aplicabilidad en el derecho argentino del instituto de la autoría mediata por aparato organizado de poder. El reconocido jurista y actual magistrado de nuestra Suprema Corte, E. R. Zaffaroni, explica que el Código Penal Argentino incluye no sólo el concepto de autor que surge desde cada uno de los tipos penales y del que se obtiene por aplicación del dominio del hecho (como dominio de la propia acción), sino también los casos de dominio funcional del hecho, en la forma de reparto de tareas (coautoría por reparto funcional de la empresa criminal) y de dominio de la voluntad (autoría mediata) (conf. artículo 45 del Código Penal). Este último concepto de autor —explica el jurista— engloba al caso de quien se vale de otro para realizar el tipo penal. Una forma particular de autoría mediata consiste en el dominio por fuerza de un aparato organizado de poder —en la que el instrumento no obra, ni por error, ni por coacción, ni justificadamente— (Zaffaroni, E.R y otros, "Derecho Penal, Parte General", Ed. Ediar, Bs. As, 2000, págs. 745/747).

Nuestro país ha sido sin lugar a dudas pionero y líder en el juzgamiento de los responsables de las Fuerzas Armadas que inconstitucionalmente ejercieron la conducción del Estado, por establecer un aparato de poder ilegítimo y desmedido que controlaba de principio a fin el curso de los acontecimientos y dar las órdenes que llevaron a la comisión de

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

delitos por parte de sus subordinados. En ese juzgamiento, la jurisprudencia aplicó el instituto de autoría mediata por aparato organizado de poder.

El 9 de diciembre de 1985, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal dictó sentencia en la causa N° 13/84 en la que, por primera vez, se aplicó el instituto en estudio. En esa causa se realizó el conocido juicio a las Juntas Militares que se orientó a deslindar la responsabilidad penal de los ex Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y en la que resultaron condenados Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 316: 1689).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó —aunque con algunas modificaciones— la resolución de la Cámara Federal. El fallo de la Corte Suprema fue firmado por cinco jueces. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt conformaron la mayoría, pero cada uno votó según sus propios fundamentos. Los restantes jueces, Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué, votaron en disidencia. La mayoría entendió —al confirmar la decisión de la Cámara Federal porteña en la causa 13/84— que el instituto de la autoría mediata por aparato organizado de poder está prevista en el derecho argentino.

Luego de este impulso inicial, el instituto de la autoría mediata por aparato organizado de poder fue aplicado en distintas causas en las que se investigaron delitos de lesa humanidad.

Por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Plata en la causa N° 2251/06, aplicó el mentado

instituto en la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006. En ese caso se analizó la responsabilidad penal de Miguel Osvaldo Etchecolatz, Director General de Investigaciones de la Provincia de Buenos Aires entre el 5 de mayo de 1976 y el 28 de febrero de 1979, por hechos cometidos en el último gobierno de facto de la Argentina. La Sala Primera de esta Cámara Federal de Casación confirmó la sentencia, argumentando a favor de la aplicación del instituto de la autoría mediata en el derecho argentino (causa N° 7896, "Etchecolatz", registro 10.488.1, del 18/05/07).

En la causa "Bussi" el Tribunal Oral Federal de Tucumán condenó, en lo que aquí interesa, a Domingo Bussi y a Luciano Benjamín Menéndez, en virtud de haber sido autores mediatos, grado de atribución de responsabilidad fue confirmado por esta Sala en la causa N° 9822, "Bussi" (registro 13.073.4 del 12/03/2010).

En la causa "Menéndez" el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba condenó, en lo que aquí interesa, a Luciano Benjamín Menéndez y a Hermes Oscar Rodriguez, en grado de autores mediatos, grado de participación fue confirmado por la Sala Tercera de este Tribunal en la causa N° 9896 de su registro (1253/10 del 25/08/2010).

A la luz de las consideraciones expuestas, parece existir consenso en la jurisprudencia argentina respecto a la posibilidad de aplicar el instituto de la autoría mediata en el derecho penal argentino.

En este caso puntual, en el que es de aplicación el Código Penal, el artículo 45 de ese digesto adopta absoluto protagonismo, incluyendo dentro de la frase "los que tomasen parte en la ejecución del hecho" a los autores mediatos. Siendo que una lectura literal del citado artículo permite incluir en su contenido a los supuestos de autoría mediata (el autor mediato toma parte en la ejecución del hecho en el sentido

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

literal de los términos), y que la doctrina y jurisprudencia argentina son contestes en permitir la aplicación de la autoría mediata en el derecho penal argentino, concluyo que los autores mediatos por aparato organizado de poder son responsables en virtud del artículo 45 del Código Penal.

**c. El caso en estudio.**

Alegan las defensas que la aplicación en autos del instituto de la autoría mediata por dominio del aparato organizado, resultó arbitraria pues autor mediato es el "hombre de atrás", el que trasmite las órdenes al ejecutor y Musa Azar como Garbi de acuerdo a las pruebas no tuvieron ninguno de esos roles.

Sin embargo, he sostenido con anterioridad (cfr. *in re "Tófalo"*) que la aplicación del instituto se extiende más allá de lo postulado de la defensa, abarcando no sólo al responsable máximo de la emanación de la orden, sino también a los componentes de los eslabones de mando que se inmiscuyen de manera relevante en la cadena causal del acontecimiento.

Esta postura fue reconocida por la Sala Tercera de esta Cámara, en la causa "Etchecolatz" (ya citada). En tal oportunidad, el tribunal dijo que autor mediato "es todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder -sin importar en nivel de la jerarquía- y que a través de las órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad del ejecutante".

Si bien, en el marco de la última dictadura militar que sufrió el país, las decisiones vitales que determinaban la dirección que la organización tenía que seguir emanaban de la más alta cúpula militar, se dejaba librado a inferiores jerárquicos los detalles -de ninguna manera "irrelevantes"- de

la planificación.

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

Este poder de decisión respecto de los detenidos en el centro clandestino de detención es lo que otorgó a Musa Azar y Garbí la capacidad de constituirse en autor mediato de los delitos ejecutados por sus subordinados.

Lo hasta aquí expuesto, junto con las consideraciones oportunamente efectuadas al analizar los delitos que le fueron atribuidos a los nombrados —a los que por razones de brevedad me remito— permiten rechazar el planteo efectuado por las defensas.

### **XIII. Prisión perpetua. Inconstitucionalidad.**

#### **Fundamentación.**

La defensa de Musa Azar cuestionó —en el término de oficina— que la pena privativa de la libertad impuesta a su asistido cumpla con el fin resocializador, considerando el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos y su edad actual.

Por su parte, la defensa de López Veloso planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, y en la audiencia prevista en el artículo 468 del C.P.P.N. solicitó que subsidiariamente de rechazar el anterior cuestionamiento, se declare la nulidad de la pena fijada por ausencia de fundamentación.

a. Ahora bien, el planteo de inconstitucionalidad

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

efectuado no habrá de tener favorable acogida, pues corresponde recordar que tal como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *"la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable; y que cuando conoce en la causa por la vía del art. 14 de la ley 48, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exigen el art. 15 de esa norma y la jurisprudencia del Tribunal (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241; 1087; causa E. 73. XXI, 'Entel c/Municipalidad de Córdoba s/sumario', fallada el 8 de septiembre de 1987, entre otros)".* Por otra parte, debe demostrarse *"de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional"* (C.S.J.N., Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros).

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos: 226:688; 242:73, 285:369; 314:424, entre otros).

Sobre la cuestión traída a estudio de esta Sala habré de remitirme a las consideraciones oportunamente efectuadas en mi voto en la causa N° 614 "Rojas, César Almilcar s/recurso de

inconstitucionalidad" (registro 1623.4, rta. el 30/11/98); y causa Nº 3927, "Velaztiqui, Juan de Dios s/recurso de casación e inconstitucionalidad" (registro 5477.4, del 17/2/04), que fueran reiteradas en lo sustancial en mi voto en el precedente "Bussi" ya citado.

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

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

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

En efecto, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Nro. 24.660, consagra normas que aseguran al interno asistencia espiritual y médica integral, derecho a

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

comunicarse con su familia y allegados, así como también normas que garanticen el ejercicio del derecho a aprender; estableciendo en su artículo 9 expresamente que "la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles inhumanos y degradantes", previendo además para quien ordene, realice o tolere tales excesos sanciones establecidas en el Código Penal.

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

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

Que "[d]el estudio global y armónico de la

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

*Entonces "[m]ás allá de las autorizadas críticas que se le efectúan a la pena de prisión perpetua desde el punto de vista criminológico en orden a su conveniencia o eficacia - ámbito que, reitero, hace a la exclusiva competencia del Legislador y no a la de los jueces-, ella es uno de los tantos instrumentos elegidos por aquel órgano para lograr el cumplimiento de las máximas constitucionales que limitan los derechos de cada hombre por los de los demás, por la seguridad de todos y por el bienestar general (en ese sentido ver art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 32 del Pacto de San José de Costa Rica)".*

*También se ha dado respuesta en el precedente citado al planteo de que la pena de prisión perpetua incumple la finalidad establecida por las normas internacionales, la reforma y readaptación social del condenado (específicamente artículo 5, inciso 6°, del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 10, inciso 3°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En este sentido, se ha señalado que esas normas indican "...la finalidad 'esencial' que debe perseguir el Estado en el legítimo ejercicio del 'ius punendi', cual es la 'reforma y readaptación social' de los condenados; y si bien, de tal suerte, marcan una clara preferencia en torno a*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*aquel objetivo llamado de prevención especial -del que no resultan excluidos los condenados a prisión perpetua- evidentemente no obstaculizan otros fines que el legislador adopte, y que no se enfrenten a la interdicción también prevista en nuestra Constitución Nacional de que las cárceles sean para castigo (en este sentido Carlos E. Colautti, "Derechos Humanos", pág. 64, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995)".*

**b.** Por último, el agravio relativo a la falta de fundamentación de la pena alegada por la defensa de López Veloso debe ser rechazado.

En efecto, el a quo consideró que "[e]n el caso de autos el alto grado de reprochabilidad de Musa Azar, Miguel Tomás Garbi y Ramiro del Valle López Veloso, quienes han utilizado el aparato del Estado, sus medios, agentes, armas e instalaciones a los fines de la comisión de crímenes de lesa humanidad se compadece con la intensidad de la pena a aplicar"; y añadió que "[e]l homicidio calificado prevé la aplicación de una pena absoluta que no permite graduaciones: la prisión perpetua. La sanción prevista contiene el principio constitucional de proporcionalidad entre la lesión producida por la conducta del autor y el castigo" (cfr. fs. 3399 vta.).

Lo expuesto, aunque mínimo resulta suficiente a efectos de descartar la tacha de arbitrariedad alegada pese a la única posibilidad que otorgaba el Código Penal (cfr. art. 80 inc. 2º, 6º y 7º del C.P.) y cuando, desde otra óptica, tampoco el art. 40 del Código Penal —en su literalidad— acompaña la pretensión al indicar que los jueces determinarán la pena conforme las circunstancias atenuantes y agravantes en las penas divisibles. Siquiera la parte ha intentado un argumento

superador frente a dicha circunstancia (cfr. la causa nº 12.038 "Olivera Róvere" –ya citada–).

Por ello, en orden a los fundamentos desarrollados es que habré de rechazar los planteos deducidos por las defensas.

**XIV.** Por lo hasta aquí expuesto, propicio al acuerdo el rechazo de los recursos de casación interpuestos a fs. 3434/3457 por el doctor Diego Leonardo Lindow, asistiendo a Miguel Tomás Garbi; a fs. 3459/3485 por el señor Defensor Público Oficial Ad-Hoc, doctor Pablo Antonio Lauthier, asistiendo a Musa Azar; y a fs. 3486/3500vta. por el doctor César Fabián Barrojo, asistiendo a Ramiro del Valle López Veloso. Sin costas por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (artículo 8.2.h de la C.A.D.H. y artículos 530 y 531 del C.P.P.N.). Téngase presente las reservas de caso federal efectuadas por las partes.

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

**I.** Que en orden al análisis de admisibilidad formal de los recursos sometidos a consideración, lleva razón el colega que lidera el presente acuerdo, doctor Hornos, en cuanto que los mismos satisfacen las exigencias legales adjetivas, tanto las de carácter objetivas como subjetivas, conforme lo prevén los arts. 456 -ambos incisos-, 457, 458, 459, 460 y 463, todos del Código Procesal Penal de la Nación.

Sin embargo, en relación a las cuestiones alegadas por la doctora Brenda L. Palmucci, defensora *ad hoc* de la Defensoría Pública Oficial Nro. 3 ante esta Excm. Cámara Federal de Casación Penal, en representación de Musa Azar, que fueron invocadas en la oportunidad procesal prevista en los artículos 465, cuarto párrafo y 466 del digesto ritual -término de oficina-, las cuales versan acerca de la imposibilidad de cumplimiento del fin resocializador de la pena de prisión perpetua impuesta a su defendido atento a la edad del mismo y la violación a la garantía constitucional a ser juzgado en un

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

plazo razonable (confr. fs. 3683/3698), habré de realizar la siguiente consideración.

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

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

Similar inteligencia le otorga a la norma examinada, la palabra autorizada del jurista Francisco J. D'Albora al aducir que: "[...] *ni en la oportunidad [prevista por el art. 466 del C.P.P.N.] ni durante la audiencia establecida por el art. 468 las partes se encuentran facultades para introducir nuevos motivos de casación; éstos quedan fijados a través del escrito de interposición y sólo pueden ser ampliados o desarrollados luego [...]. Salvo que se trate de nulidades insubsanables, pues pueden ser declarados de oficio en cualquier estado y grado del*

proceso" (confr. "Código Procesal Penal de la Nación", Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, pág. 1026).

Haciendo foco en esa exégesis, y a fin de dar tratamiento a los planteos mencionados en párrafos anteriores, toda vez que coincido con las consideraciones expuestas por el primer votante, adhiero a la solución por él propuesta.

**II.** Ahora bien, atento a la diversidad de respuestas y argumentos brindados por mi distinguido colega que lidera el presente acuerdo, doctor Hornos, -los que, atento a su claridad expositiva y armonía con las constancias obrantes en autos y con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en causas similares, habré de compartir-, encuentro necesario realizar, sin embargo, puntuales consideraciones respecto de algunos de los agravios planteados.

**III.** Liminarmente, formalizaré algunas precisiones que habrán de modificar, en orden a los argumentos que fundamentarán las mismas, la razón del título de imputación fundante de la responsabilidad de: a) Musa Azar respecto de los delitos de violación de domicilio y homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y con la finalidad de procurar la impunidad; y b) Miguel Tomás Garbi, en cuanto al homicidio agravado por las circunstancias de mención.

En tren de rescatar coincidencias, a fin de respetar la claridad que toda sentencia habrá de poseer como condición constituyente, y por ello para no desandar el recto camino desarrollado en tributo a la misma por el voto que lidera el acuerdo, debo expresar mi coincidencia también en relación al grado del título de imputación de los hechos a los encartados: se trata, en todos los casos, de prestaciones que resultan merecedoras de la imputación penal plena, esto es, de la asociación de los hechos a los responsables en calidad de

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

autores.

Empero, de una parte esa autoría no conforma autoría mediata; y por la otra, la misma no puede fundarse meramente en el factual co-dominio funcional de los hechos; y ello así, conforme las razones que a continuación expondré.

En primer lugar y según mi parecer, corresponde descartar de manera general y definitiva la autoría mediata para toda hipótesis en la que los ejecutores materiales de las órdenes resulten plenamente responsables por esa ejecución, justamente esa circunstancia se presenta para todo caso de utilización de un aparato organizado de poder, y es lo que en estos autos se ha verificado.

Así, la consecuente responsabilidad del ejecutor material de la orden, y la valoración de la libertad que está implícita en esa asignación de responsabilidad -circunstancia que el arsenal de cualquier sistema imputativo estipulará como condición-, imponen descartar la valoración de su aporte al hecho, como mero "engranaje fungible" del plan de ejecución global.

Ello así, aún cuando efectivamente la ejecución de la orden haya resultado posible merced a la sustitución del ejecutor que se negara a proceder, toda vez que la responsabilidad del hombre de atrás no puede fundarse a costa de la libertad del hombre de adelante.

En palabras de Herzberg: *"En tanto, personas que actúan autónomamente, los receptores de la orden también pueden quebrar incluso la decisión más firme, seguir su conciencia, fallar el objetivo trazado por torpeza, permanecer inactivos por pereza o dejarse sobornar"* (Herzberg, Rolf D.: *"La sentencia-Fujimori: Sobre la intervención del superior en los*

*crímenes de su aparato de poder*" en "La autoría mediata", Editores Ara, 2.010, pág. 133).

Pero por lo demás, fundar la autoría en la certeza para el autor del acaecimiento del resultado —para el caso en la existencia de un aparato organizado de poder con ejecutores fungibles— supone una argumentación que trasladada a la generalidad de casos, no resulta explicable, y rompe por ello la ineludible sistemática que debe exhibir todo sistema de imputación. Recurriendo a la siempre esclarecedora ejemplificación, impondría afirmar, que la autoría se funda —en una hipótesis de la denominada autoría directa— en la precisión de las previsiones del autor sobre el curso planificado, por ejemplo en la calidad del arma elegida para matar, en la sofisticación del medio ardidoso, en la verosimilitud de la apariencia de la falsificación, etc..

Con evidencia se trata de circunstancias que podrían resultar relevantes para la evaluación de la idoneidad de la conducta en relación a su virtualidad para ingresar al ámbito del riesgo prohibido, pero no pertinentes para afirmar la autoría.

Pese a ello, y de manera además explícita para su original diseñador Claus Roxin, la existencia de una organización en la que, en atención a la fungibilidad de sus subalternos garantiza la ejecución de la orden, no configura sino una específica expresión de la idea del dominio, y ésta última, si bien ha sido una idea fundante históricamente de la autoría, no milita en sus pretensiones en soledad (cfr. originalmente sobre la idea de dominio como fundamento para la autoría mediata: Hegler, *Mittelbare Täterschaft bei nichtsrechtswidrigem Handeln der Mittelperson*, en *Festgabe für Richard Schmidt*, Leipzig, 1.932; y últimamente sobre el dominio como fundamento de la autoría, Hass, *Die Theorie der Täterschaft und ihre Grundlagen*, Duncker & Humblot, Berlín,

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

2.008).

Es que, aún cuando, como ya expresara, efectivamente pueda constatarse que la fungibilidad del instrumento ha constituido la razón concreta del cumplimiento de la orden, a esta circunstancia todavía le falta la razón jurídica de la imputación. El actuar del instrumento *per sé*, no puede fundar la imputación al instrumentador, sino que además de esa circunstancia factual, corresponde analizar la responsabilidad del ejecutor, quien en virtud de su *calidad de responsable* se anula como fundamento de la imputación al emisor de la orden.

No estoy afirmando que la intervención del ejecutor obstruya la responsabilidad de quien da la orden con fundamento en la interrupción del "nexo causal" que originalmente se le asignara a la prohibición de regreso en los desarrollos de Mayer, o aún con mayor precisión en la propuesta de Frank con fundamento en los factores subjetivos de imputación (Mayer, *Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine Rechtsphilosophische Untersuchung*, Freiburg im Brisgau, 1.899- Nuedruck Frankfurt a. M., 1.967; Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 7. Aufl. 1.908). Ello así, toda vez que para relacionar, o en su caso, desligar el aporte del emisor, y el del ejecutor de la orden, no resulta pertinente ni necesario recurrir a la relación "causal", ni de "dominio seguro", ni a la evaluación "subjetiva" recíproca de los mismos, sino en todo caso con recurso a la interpretación del sentido objetivo del aporte, en orden a lo cual corresponde verificar si quien ha emitido la orden ha configurado de manera preponderante el hecho, haciendo suyo mediante esa configuración, el hecho en su integridad; esto es, determinando con su expresión, que el

hecho le pertenece también, e íntegramente.

*“Si el ejecutor emplea el modelo ya formado previamente, entonces el hecho porta –tanto en las obras buenas como en las malas– no sólo su «sello» sino también el de los productores del modelo”* (Jakobs, Günther: *“Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori”*, en *“La autoría mediata”*, Ara Editores, 2.010, pág. 109).

El sentido objetivo del aporte del hombre de atrás tiene la virtualidad de expresar que puede ser continuado por otras prestaciones *delictivas*, y esa circunstancia es la que resulta relevante para la imputación de su intervención en la calidad de autor. Asimismo, su hecho resultará conjuntamente valorado al del hombre de adelante, los que en conjunto explicitan que, según distintos *ámbitos de organización*, ambas conforman diversas porciones de una misma infracción normativa.

En el contexto de actuación, la conducta de quien diseña o configura ordenando, se comporta emprendiendo *“...una conducta cuya continuación en una realización del tipo no ha de entenderse como puro arbitrio del sujeto que ejecuta, sino como inherente al comportamiento anterior, dicho de otro modo, su ejecución debe significar que no sólo ese comportamiento inicial, sino también el comportamiento de continuación realizado por el ulterior actuante, son asunto del autor y, en ese sentido, deben serle atribuidos”* (Jakobs, Günther: *“El ocaso del dominio del hecho”*, manuscrito, pág. 7).

Se trata de una *“empresa”* abordada mediante un trabajo repartido, en el que la vinculación entre los aportes de diseñadores y ejecutores deviene, para los primeros, en su influencia en la configuración del hecho, y para los segundos, en que su ejecución constituye efectivamente el cumplimiento con el plan previamente configurado; y con ello ambos expresan que el hecho en su conjunto les pertenece a ambos.

*“El suceso que acontece positivamente es dominado por*

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

*los ejecutores exactamente en aquella medida en la que lo configuren, y no lo dominan en la medida en que esté previamente configurado por parte de los demás intervinientes"* (Jakobs, Günther: "El ocaso del dominio del hecho", pág. 12); pero todos habrán de responder, y con fundamento en que sus prestaciones expresan la una pertenecer a la otra, y todas, en el mismo contexto, conforman expresión conjunta de la infracción normativa.

Así entonces, las prestaciones de Musa **Azar**, en su carácter de, en lo que aquí interesa, Jefe del Departamento de Informaciones de la Policía de la provincia de Santiago del Estero (DIP), de ordenar, en el marco de la estructura del aparato organizado de poder imperante al momento de los hechos, la realización del allanamiento sin orden judicial del domicilio de Kamenetzky y ordenar su traslado desde el Penal de Varones a la sede de la DIP, quedando la vida del mismo a su cargo, deben ser reputados actos merecedores de la máxima imputación, esto es, actos de autoría.

Por las mismas razones, los hechos que se han acreditado perpetrados por Miguel Tomás **Garbi**, en su condición de Segundo jefe del DIP, de retransmitir y ejecutar la orden de trasladar a Cecilio a la sede de la DIP, quedando también el mencionado bajo la órbita de su poder de mando, conforman expresiones de autoría.

En razón de lo expuesto, entiendo que los nombrados resultan penalmente responsables en calidad de autores respecto de los delitos y hechos correcta e integralmente analizados por el doctor Hornos en su voto.

**IV.** Pero, además, habré de recordar que no puede soslayarse la calidad funcional de los implicados en los

hechos, y la especial trascendencia que esa condición imprime a los hechos en los que se ha acreditado su intervención.

Efectivamente, las condiciones que todos los condenados revestían en el momento de los hechos -a las que hice referencia en el apartado anterior- imponen mudar el fundamento de la imputación del dominio por organización, hacia el quiebre de la especial obligación institucional que la función les confiere a los responsables. Se trata entonces de hechos en los que resulta prioritariamente dominante a los efectos de la imputación, la calidad funcional del implicado, la que gobierna y absorbe la defectuosa organización personal que expresa de manera subyacente su acreditada intervención en los hechos (Jakobs, Günther: "*Derecho Penal*", págs. 1/7 - págs. 11, 7/57 - págs. 259, 7/68 - págs. 265, 7/70 - págs. 266, 21/2 - págs. 718, 21/16 - págs. 730, 21/116 - págs. 791, 29/29 - págs. 972, 29/57 - págs. 993; etc.).

La significación jurídica de la institución que socialmente se expresa en su condición funcional, se encuentra en un grado supremo de consideración, en relación a la libertad de organización fundante de los ilícitos de dominio; toda vez que las instituciones que esas funciones expresan son *condiciones elementales* de la organización social, para garantizar la vigencia de la institución fundante de la imputación por dominio: la libertad personal (Sánchez Vera-Gómez Trelles, Javier: "*Delito de infracción de deber y participación delictiva*", Ed. Marcial Pons, pág. 145).

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

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

obligación central la fundante de imputación de los defectos organizativos.

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

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

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

**V.** Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo: **I.** Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Musa Azar, Miguel Tomás Garbi y Ramiro del Valle López Veloso, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.); y

**II.** Tener presentes las reservas del caso federal.

Es mi voto.-

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

Que en el voto que lidera el presente acuerdo, el doctor Gustavo M. Hornos ha analizado, a mi juicio correctamente, todos y cada uno de los agravios planteados por las defensas de los imputados Musa AZAR, Miguel Tomás GARBI y Ramiro del Valle LÓPEZ VELOSO, motivo por el cual habré de adherir a la solución que propone. Ello, sin perjuicio de señalar que varios de los agravios formulados por los recurrentes han sido analizados con anterioridad por esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en precedentes que resultan de aplicación, en lo pertinente, para resolver las cuestiones traídas a estudio en esta instancia.

Tal es el caso del planteo referido a la presunta violación del principio de legalidad –formulado por la defensa del imputado Musa AZAR– por haberse declarado la imprescriptibilidad de la acción penal relativa a los hechos materia de juzgamiento por tratarse de crímenes de lesa humanidad. En efecto, dicha cuestión fue analizada por esta Sala IV al fallar en el marco de las causas N° 12.038 “Olivera Rovere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación” (Reg. N° 939/12, rta. el 13/6/2012); N° 14075 “Arrillaga, Alfredo Manuel, Pertusio, Roberto Luis y Ortiz, Justo Alberto Ignacio s/rec. de casación” (Reg. N° 743/12, rta. el 14/5/2012); N° 10609 “Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación” (Reg. N° 137/12, rta. el 13/2/2012); N° 12821 “Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación” (Reg. N° 162/12, rta. el 17/2/2012), N° 12161 “Cejas, César Armando y otros s/recurso de casación” (Reg. N° 1946/12, rta. el 22/10/2012) y N° 15425, “Muiña, Luis, Bignone, Reynaldo Benito Antonio, Mariani, Hipólito Rafael s/recurso de casación” (Reg. N° 2266/12, rta. el 28/11/2012); descartando la posible vulneración del

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

principio constitucional invocado con sustento en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Priebke" (Fallos: 318:2148), "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312), "Simón" (Fallos: 328:2056) y "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), en los que se estableció que las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (leyes 24.584 y 25.778), sin que ello importe una merma del principio de legalidad. Todo lo cual obsta a la procedencia del agravio en trato.

De igual manera, en lo atinente al planteo referido a la presunta vulneración del derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable (articulado por la defensa de Musa AZAR), esta Sala IV lleva dicho que no puede soslayarse, al analizar esta clase de cuestionamientos, "...la complejidad de este tipo de causas, donde los propios funcionarios públicos que se valieron de la estructura de poder estatal llevaron a cabo las graves violaciones a los derechos humanos que se registraron en nuestro país durante el período que comprende el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, actuando con el fin de garantizar su impunidad, ocultando toda clase de rastros de los delitos llevados adelante e, incluso, el destino final de miles de personas de quienes, hasta el día de la fecha, se desconoce su destino" (Cfr. lo expresado en los precedentes "Arrillaga", "Cejas" y "Muiña", citados supra).

En los precedentes de mención se expresó también que "...el transcurso del tiempo que se verifica entre la comisión de los hechos objetivados en la causa y el momento en que los

imputados quedaron sometidos jurisdiccionalmente a este proceso, se encuentra directamente ligado a la sanción de la ley 25.779 (B.O 3/9/2003) que declaró insanablemente nulas las leyes de Punto Final (ley 23.492, B.O 29/12/1986) y de Obediencia Debida (ley 23.521 B.O 9/6/1987) -ambas derogadas por ley 24.952, B.O 17/4/1998- que se alzaban contra la judicialización de estos eventos, así como a la posición definida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que corresponde remover los obstáculos que impidan que el Estado argentino cumpla con su obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la última dictadura militar (Fallos: 328:2056 y Fallos: 330:3248)". Así las cosas, se advierte que la resolución dictada por el tribunal a quo se ajustó a los parámetros establecidos en los pronunciamientos de esta Sala, motivo por el cual habrá de rechazarse el planteo de la defensa.

Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, asimismo, en orden a la procedencia de planteos por la presunta vulneración del principio de ne bis in idem, como consecuencia de la prosecución o reapertura de causas seguidas por delitos de lesa humanidad, en los fallos "Reinhold", "Greppi" y "Cejas", en los cuales se recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el precedente "Almonacid" (sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, parágrafo 154), afirmó que "En lo que toca al principio ne bis in idem, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, dicha Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del *ne bis in idem*".

Dicho criterio fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Mazzeo", en el cual se concluyó que "...el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables" (considerando 36°, último párrafo del voto de la mayoría). De conformidad con lo expuesto en los precedentes de cita, se advierte que el planteo articulado por la defensa del imputado LÓPEZ VELOSO respecto de la presunta vulneración de la garantía contra la doble persecución no puede prosperar, tal como propicia el distinguido colega doctor Gustavo M. Hornos en el voto que lidera el presente acuerdo.

Otra cuestión que ha recibido tratamiento por parte de esta Sala IV de la C.F.C.P. en situaciones análogas a la presente es la constitucionalidad de la pena de prisión

perpetua. En orden a ello, en el fallo "Arrillaga" (ya citado), se explicó que no puede afirmarse que la pena de prisión perpetua incumpla la finalidad de propender a la reforma y readaptación social del condenado establecida por las normas internacionales (específicamente artículo 5, inciso 6), del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 10, inciso 3), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello, desde que si bien las normas citadas indican la finalidad "esencial" que debe perseguir el Estado en el legítimo ejercicio del ius punendi, cual es la "reforma y readaptación social" de los condenados —con lo que marcan una clara preferencia en torno a aquel objetivo llamado de prevención especial, del que no resultan excluidos los condenados a prisión perpetua— no obstaculizan otros fines que el legislador adopte, y que no se enfrenten a la interdicción también prevista en nuestra Constitución Nacional de que las cárceles sean para castigo (Cfr. Carlos E. Colautti, Derechos Humanos, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, pág. 64). De conformidad con dicho criterio, corresponde rechazar también el agravio planteado por las defensas de los encausados Musa AZAR y Ramiro del Valle LÓPEZ VELOSO, ratificando la constitucionalidad de la pena prevista en el art. 80 del C.P.

Finalmente, en lo tocante a los cuestionamientos dirigidos por las defensas de los imputados Musa AZAR y Miguel Tomás GARBI a la aplicación, al caso, de la teoría de la autoría mediata por la intervención de un aparato organizado de poder, vale recordar que esta Sala IV ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, validando la utilización de dicha herramienta dogmática para sustentar la imputación de delitos contra la humanidad cometidos en nuestro país durante la pasada dictadura militar, en los ya mencionados precedentes "Olivera Róvere", "Reinhold", "Greppi" y "Migno Pipaón", entre otros. Así las cosas, y habida cuenta de que los hechos sobre

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

los cuales recayó condena en el sub lite son similares, tanto en su contexto como en sus características, a los que fueron materia de juzgamiento en los referidos fallos, resulta claro que el tribunal a quo obró correctamente al aplicar dicha teoría para fundar el reproche penal dirigido contra los encausados por la privación ilegal de la libertad, los tormentos y el homicidio triplemente calificado de Cecilio José Kamenetsky, tomando como referencia el lugar que ocupaban dentro de la estructura de la represión ilegal en la provincia de Tucumán. Corresponde, en consecuencia, desestimar los agravios de las defensas en orden a esta cuestión.

Por otra parte, habré de coincidir con los fundamentos esgrimidos por el doctor Hornos (y compartidos por el doctor Gemignani) para rechazar los planteos de nulidad formulados por las defensas de los encausados GARBI y LÓPEZ VELOSO con relación al trámite del debate oral que culminó con la condena de sus asistidos. Ello, toda vez que no se advierte -y tampoco han logrado demostrarlo los impugnantes- que las decisiones adoptadas por el tribunal a quo hayan derivado en la afectación de garantías constitucionales. Por ende, resulta de aplicación al caso la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que la declaración de la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos: 295:961; 298:312). Como así también que es inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507).

Por último, en lo tocante al análisis de los agravios formulados por las defensas contra la sentencia condenatoria, -

puntualmente en lo que tiene que ver con la acreditación de la responsabilidad de los imputados en la privación ilegítima de la libertad, la imposición de tormentos y el homicidio triplemente agravado de Cecilio José Kamenetzky- entiendo que el preciso y pormenorizado análisis que llevó adelante el doctor Gustavo M. Hornos en su voto (al que adhirió, en lo sustancial, el doctor Juan Carlos Gemignani), me exime de mayores agregados, por cuanto el mismo resulta suficiente para rechazar los recursos de las defensas que se alzan contra la acreditación de los hechos y la responsabilidad penal de los imputados definida en la sentencia.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que se verifica en el sub iudice un examen crítico e integral de la prueba reunida en autos por parte del tribunal a quo, que no deja dudas sobre la correcta reconstrucción histórica de los hechos acreditados en la sentencia, como así también de la intervención de los imputados Musa AZAR, Miguel Tomás GARBI y Ramiro Del Valle LÓPEZ VELOSO y de la efectiva configuración de los elementos requeridos para la aplicación de las agravantes previstas en el art. 80 incs. 2, 6 y 7 del C.P.. Se aprecia, pues, que la sentencia atacada cuenta con suficiente fundamentación y constituye una derivación razonada de la aplicación del derecho a las concretas constancias de la causa. Por ello, adhiero a la solución propuesta por los distinguidos colegas que me anteceden en el voto, en el sentido de rechazar los agravios interpuestos por las defensas en orden a esta cuestión.

Por los motivos precedentemente expuestos, propicio al acuerdo: RECHAZAR los recursos de casación interpuestos a fs. 3434/3457, 3459/3485, 3486/3500 vta. por las defensas de los encausados Miguel Tomás GARBI, Musa AZAR y Ramiro del Valle LÓPEZ VELOSO, respectivamente. Sin costas (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). Tener presentes las reservas del caso

JESICA Y. SIRCOVICH

Prosecretaria de Cámara

federal.-

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal,

**RESUELVE:**

**1. RECHAZAR** los recursos de casación interpuestos a fs. 3434/3457 por el doctor Diego Leonardo Lindow, asistiendo a Miguel Tomás Garbi; a fs. 3459/3485 por el señor Defensor Público Oficial Ad-Hoc, doctor Pablo Antonio Lauthier, asistiendo a Musa Azar; y a fs. 3486/3500vta. por el doctor César Fabián Barrojo, asistiendo a Ramiro del Valle López Veloso. Sin costas en esta Alzada, por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (artículo 8.2.h de la C.A.D.H., y artículos 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

**2. TENER PRESENTES** las reservas de caso federal efectuadas por las partes.

Regístrese, notifíquese y líbrese oficio al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, haciéndole saber la parte dispositiva de la presente sentencia, a los efectos que estime corresponder. Remítase a dicho tribunal, quien deberá notificar personalmente de lo resuelto a Miguel Tomás Garbi, Musa Azar y Ramiro del Valle López Veloso; sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**JUAN CARLOS GEMIGNANI**

**MARIANO HERNÁN BORINSKY**

**GUSTAVO M. HORNOS**

Ante mí:

JESICA Y. SIRCOVICH  
Prosecretaria de Cámara