

Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO Nº 1567.13.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de agosto del año dos mil trece, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos como vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a 4689/4731 por la defensa técnica de Julio Alberto Tommasi, a fs. 4734/4758vta. por la defensa técnica de José Luis Ojeda, a fs. 4759/4794vta. por la defensa técnica de Roque Ítalo Pappalardo y a fs. 4795/4828vta. por la defensa de Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez; en la presente causa nº **15.710** del Registro de esta Sala, caratulada “**TOMMASI, Julio Alberto y otros s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, en la causa nº 2473 de su registro, con fecha 16 de marzo de 2012, resolvió –en lo pertinente–: **1º condenar a Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda** a las penas de Prisión Perpetua e Inhabilitación absoluta Perpetua, suspendiéndose el goce de toda jubilación, pensión o retiro que pudieran percibir, accesorias legales con la limitación referida a la incapacidad civil, con más las costas del proceso, por resultar autores directos penalmente responsables, por su condición de funcionarios públicos de los delitos de Infracción de Deberes Especiales: privación ilegal de la libertad doblemente agravada por tratarse de funcionarios públicos y haber sido cometido con violencia; imposición de tormentos doblemente agravado por tratarse de funcionarios públicos y la víctima un perseguido político y homicidio calificado por alevosía, en perjuicio de Carlos Alberto Moreno, los que concurren realmente entre sí

(arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 80 inc. 2, 144 bis inc. 1 y último párrafo –texto conforme Ley nº 14.616– en función del art. 142 inc. 1 –texto conforme Ley nº 20.642– y art. 144 ter párrafos primero y segundo –texto conforme Ley nº 14.616, todos del C.P. y arts. 398/9, 403, 530 y 531 del C.P.P.N.); **2º condenar a Emilio Felipe Méndez**, a la pena de quince años de prisión, accesorias legales con la limitación referida a la incapacidad civil, con más las costas del proceso, por resultar partícipe necesario en delitos de Infracción de deberes especiales: privación ilegal de la libertad agravada por haber sido cometida por funcionarios públicos con violencia; imposición de tormentos agravados en perjuicio de un perseguido político, los que concurren realmente entre sí (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 144 bis inc. 1 y último párrafo –conforme Ley nº 14.616– del C.P., y arts. 398/9, 403, 530 y 531 del C.P.P.N.); **3º condenar a Julio Manuel Méndez**, a la pena de Once años de prisión accesorias legales con la limitación referida a la incapacidad civil, con más las costas del proceso, por resultar partícipe necesario en delitos de infracción de deberes especiales: privación ilegal de la libertad agravada por haber sido cometida por funcionarios públicos con violencia; imposición de tormentos agravados en perjuicio de un perseguido político, los que concurren realmente entre sí (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 144 bis inc. 1 y último párrafo –conforme Ley nº 14.616– del C.P., y arts. 398/9, 403, 530 y 531 del C.P.P.N.); **4º** Atento lo resuelto corresponde rechazar el pedido de nulidad del auto de procesamiento, requerimiento de citación a juicio y demás actos procesales realizado por la defensa de Emilio y Julio Méndez (arts 167 inc 3 “a contrario”; 168 del C.P.P.N. y 18 C.N.); **5º** Rechazar la nulidad del proceso por haberse violado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (arts 7.5 C.A.D.H., 18 C.N.); **6º** Rechazar el pedido de prescripción de la acción penal por tratarse el caso juzgado de delitos de Lesa Humanidad (C.S.J.N. fallos “Arancibia Clavel” y “Simón”

Cámara Federal de Casación Penal

entre otros); 7º Rechazar el pedido de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en el art. 80 del Código Penal por no violentar el principio de racionalidad mínima cuando la sanción punitiva resulta aplicada respecto de Delitos de Lesa Humanidad cometidos en el marco del genocidio llevado a cabo en la República Argentina por la dictadura cívico militar que asoló al país durante los años 1976/1983 (...); 9º Atento a la magnitud de la pena impuesta a los acusados y las interferencias que desde que se cometió el hecho han dificultado su esclarecimiento, se impone mantener la detención preventiva de todos los imputados quienes deberán ser alojados en unidades dependientes del servicio penitenciario federal para lo cual deberá tenerse en cuenta las afecciones que padecen en el caso Julio Alberto Tommasi y Roque Ítalo Pappalardo; 10º Habiéndose recogido en la audiencia oral plurales elementos de convicción que permiten sospechar que integrantes del directorio de la cementera “Loma Negra” habrían inducido los delitos que damnificaron al Dr. Carlos Alberto Moreno, corresponde remitir copia de los antecedentes obrantes en el proceso a conocimiento del Sr. Juez “a quo” para que dé inicio a la pesquisa respecto de este hecho; 11º Surgiendo en el curso de la vista oral, la probable intervención de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y del Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires en funciones en abril y mayo de 1977 en la gestación del comunicado del Primer Cuerpo del Ejército en el que se documenta falsamente los hechos que motivaron la muerte violenta del Dr. Carlos Alberto Moreno, remítase copia de todo lo obrado en relación a este suceso a conocimiento del Sr. Juez Federal con asiento en la ciudad de La Plata para que se dé inicio a la instrucción del sumario pertinente; 12º Surgiendo en la audiencia oral elementos de juicio que permiten sospechar la

intervención punible del General (R) Ignacio Aníbal Verdura en los hechos juzgados en este proceso, remítanse los antecedentes respectivos al Sr. Juez "a quo" para que se dé inicio a la instrucción del sumario penal respectivo" (cfr. fs. 4601/4602vta. y fs. 4630/4668vta. –fundamentos–).

II. Que contra dicha sentencia interpusieron recursos de casación la doctora Gabriela Alejandra Maceda, Defensora *Ad Hoc* de la Defensoría General de la Nación en representación de Julio Alberto Tommasi (fs. 4689/4731); el doctor Patricio Ezequiel Varela, Defensor Público Oficial de José Luis Ojeda (fs. 4734/4758vta.); la doctora Victoria Sánchez Soulié Defensora *Ad Hoc* de la Defensoría General de la Nación en representación de Roque Ítalo Pappalardo (fs. 4759/4794vta.) y el doctor Andrés Alberto Arla, defensor particular de Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez (fs. 4795/4828vta.). Las impugnaciones fueron concedidas por el tribunal interviniente con fecha 20 de abril de 2012 (fs. 4829/4830vta.); y fueron mantenidas respectivamente a fs. 5000, 5005 y 5006.

III. 1. La doctora Gabriela Alejandra Maceda, en ejercicio de la defensa de Julio Alberto Tommasi, encauzó sus agravios por vía de ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N.

Para comenzar, la defensa aclaró que varios de los planteos formulados ante el tribunal fueron descartados sobre la base de indicar la existencia de precedentes en sentido contrario a sus pretensiones. Adujo que ese mecanismo adoptado por el sentenciante para fundamentar su decisión no permitió garantizar un ejercicio eficaz del derecho de defensa y que la omisión de dar tratamiento a las observaciones y razonamientos novedosos introducidos ha implicado una evidente situación de arbitrariedad, susceptible de corrección a través del presente recurso (cf. fs. 4694). Acompañó la fundamentación de esta aclaración previa con diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca del deber de fundamentar los

Cámara Federal de Casación Penal

pronunciamientos judiciales y un desarrollo sobre la doctrina de arbitraria fundamentación de las sentencias (fs. 4694/4697).

III. 2. Lesión al principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal. Prescripción

En primer término, la defensa cuestionó la respuesta brindada por el tribunal a su planteo relativo a la prescripción de la acción penal. Puntualmente, criticó que el sentenciante omitiera abordar sus argumentos encaminados a demostrar que al momento de los hechos no existía la costumbre internacional referida en los precedentes de la Corte Suprema citados al efecto; y consideró que tampoco fueron abordadas las razones que alegó para estimar incorrecta la aplicación del fallo “Barrios Altos” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esa dirección, explicó que la existencia de la denominada costumbre internacional al momento de los hechos que permitió sustentar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tales los aquí juzgados, no podía ser afirmada como tal, de acuerdo con las razones que acompañó en el orden siguiente.

a. Sobre la costumbre internacional

Sostuvo que al tiempo de la ocurrencia de los hechos, al menos en nuestro país no había evidencia de que existiera una costumbre en el sentido de considerar imprescriptibles los delitos contra la humanidad. Para demostrar esa afirmación consideró como datos relevantes que en el “Juicio a las Juntas” llevado a cabo ante la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires en 1985 se consideró que muchos de los hechos llevados a debate estaban prescriptos. También se refirió al recurso extraordinario federal interpuesto contra la sentencia dictada en aquella oportunidad y al dictamen del Procurador

General de la Nación, en tanto dedicaron párrafos a debatir la determinación del *dies a quo* sin hacer ninguna referencia a la imprescriptibilidad de los delitos juzgados. La misma inferencia extrajo la defensa de las citas que realizó del fallo de la Corte Suprema al resolver el recurso en la misma causa (cfr. Fallos 309, V.II, 1709; 1745; 1804) y mencionó en la misma dirección la causa nº 44 de la Cámara Federal.

Todo ello, a juicio de la recurrente, es demostrativo de que en los años '80 no existía la costumbre internacional que la Corte Suprema invoca en la actualidad.

Para reforzar su posición, la defensa aludió a diversas ocasiones en las que, según destacó, no se ha invocado la imprescriptibilidad. Mencionó el decreto nº 158/83 que reformó el Código de Justicia Militar; la Ley nº 23.049 que estableció el recurso ante la Cámara Federal; la sanción de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

Con estos argumentos, la defensa concluyó que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad no resulta aplicable al caso, no sólo porque fue aprobada por nuestro país con posterioridad a los hechos (y con ello se afectaría el principio de legalidad), sino porque no refleja la consagración convencional de una costumbre internacional (cfr. fs. 4699/4700vta.).

Con el mismo propósito de demostrar la ausencia de dicha costumbre al momento de los hechos, la recurrente remarcó que la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas tolera la prescripción de ese delito, en su artículo 8º.

b. Sobre la aplicación de la doctrina del caso "Barrios Altos" de la Corte IDH

Con respecto a la aplicación de este caso, la recurrente cuestionó los argumentos vertidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Arancibia Clavel", citado por el tribunal recurrido para desechar la pretensión de la defensa en torno de la extinción por

Cámara Federal de Casación Penal

prescripción de los delitos enjuiciados.

En este sentido, destacó que el máximo tribunal de la nación sostuvo en aquel fallo 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...” (considerando 36º). De acuerdo con ello, independientemente de la existencia de una costumbre internacional, según el fallo “Barrios Altos” son inadmisibles las disposiciones de prescripción en los casos de graves violaciones a los derechos humanos; y si no se acata lo que dice la Corte IDH, el Estado Argentino puede ser sancionado.

En relación con el impacto de los precedentes de la Corte IDH en el derecho interno, la recurrente indicó que las opiniones son disidentes y citó, en su apoyo, diversos pasajes de la opinión del Procurador General de la Nación en la causa “Acosta” (Fallos: 335:533; cf. fs. 4701vta./4702).

Concluyó así, que la jurisprudencia de los tribunales internacionales puede servir como guía para resolver los casos que se presenten, pero la obligatoriedad de seguir sus postulados se limita exclusivamente a aquellos casos en los cuales el Estado ha sido parte.

Para concluir este punto, la defensa enumeró las diferencias entre “Barrios Altos” y el caso argentino, las que, a su juicio, conducen a descartar la aplicación de ese precedente.

c. A continuación, la recurrente mencionó que su postura acerca de la inexistencia de la costumbre internacional ha sido receptada en el reciente fallo del Tribunal Supremo español en la causa en la que se juzgó por el delito de prevaricación al ex juez Baltazar Garzón y que dicha doctrina merece ser tenida en cuenta por ser autorizada y provenir de un país integrante de la comunidad

internacional. Y en su apoyo transcribió en extenso los fundamentos de dicho precedente (cf. fs. 4703/4709).

III. 3. Infracción a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable

La defensa alegó que por aplicación de la garantía contenida en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su asistido debió haber sido juzgado en un plazo razonable y que ello no ocurrió, de modo que correspondía su absolución por la insubsistencia de la acción penal.

Precisó que nos encontramos ante un proceso que lleva más de 34 años, que se inició en el año 1977, se reabrió en el año 2005; que el llamado a prestar declaración indagatoria de Julio Alberto Tommasi se produjo recién en 2008 y que el juicio se llevó a cabo durante el año 2012. Ello determinó, en su parecer, una patente violación a la garantía denunciada.

Ante la respuesta del tribunal frente al mismo cuestionamiento, la parte consideró que el imputado no era quien debía cargar con las demoras que atribuyó a distintos poderes el Estado y precisó que la actividad de las defensas y de los procesados en nada incidió para la concurrencia del juzgamiento actual de los hechos. Acompañó su petición con citas de doctrina y jurisprudencia.

III. 4. Sobre la valoración de la prueba y la determinación de los hechos

La recurrente sostuvo que en forma arbitraria e infundada se tuvo por acreditado que Julio Alberto Tommasi era total responsable del accionar del ejército en esa zona, en tanto se consideró que fueron las autoridades y personal de la Subzona 12 quienes planificaron y ejecutaron el secuestro, aplicación de tormentos y posterior homicidio de Carlos Alberto Moreno.

Recordó que, en su alegato, afirmó la falta de fundamentación en la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal como por los acusadores particulares producto

Cámara Federal de Casación Penal

de la inexistencia de elementos de prueba que vinculen al nombrado con los hechos de los que resultara víctima Moreno, la que encontró único y exclusivo sustento en el cargo que como Jefe del Área 121 y del Batallón Logístico ocupaba Tommasi, pues ni de la prueba incorporada al debate ni de los testimonios recolectados en juicio se lo mencionó ya sea por su nombre o por el cargo que ocupaba, como sí se hizo en el caso del Jefe de Área 124 (Olavarría) de apellido Verdura.

De esta forma, concluyó que la solución debía ser la absolución y en apoyo a su postura tuvo presente lo resuelto por el T.O.C.F. Nro. 5 de la Capital Federal en la causa nº 1261/1268 denominada como “Jefes de Área” (rta. el 10/12/2009), en la que se juzgaron conductas de personas que ocupaban igual cargo que su asistido, pertenecían a la Zona 1 a cargo de Alfredo Oscar Saint Jean, y dependían todas ellas por su pertenencia al Primer Cuerpo del Ejército a cargo de Suárez Mason.

Hizo mención a la prueba de cargo utilizada por los acusadores a efectos de sustentar la acusación, la que crítico.

Así, respecto de la manta verde con la que fue visto Moreno al reconocer sus familiares el cuerpo en la Morgue Judicial, indicó que la sola pertenencia al Ejército no importa que haya sido aportada por el Batallón Logístico del que estaba a cargo Tommasi en Tandil; y que el informe de fs. 175 que indica que el cadáver fue entregado por personal proveniente del área de Tandil, no implica necesariamente que dicho personal haya tenido vinculación alguna con el hecho que le diera muerte y que precedió a dicho traslado, pues el procedimiento de entrega de cadáveres estaba expresamente regulado en el reglamento RE-10-51 (artículo 3021) siendo parte de la normativa vigente.

Destacó la insistencia en la acreditación de la

participación de Tommasi en los hechos a partir de su Legajo Personal (al momento de los sucesos se desempeñó en el Área 121 -Tandil-) ya que sólo se trata de forzar la existencia de un vínculo inexistente.

Indicó que la nota a la que alude la sentencia a fs. 153/154 para atribuir responsabilidad a su defendido confirma que esa parte no fue oída al momento de alegar pues también fue utilizada por la defensa para afirmar la ajenidad de Tommasi como Jefe de Área en el secuestro de Moreno (el cual había sido llevado en otra área: Olavarría, jurisdicción del área 124, a cargo del Cnel. Verdura), en su privación de libertad y posterior muerte.

Señaló que el material probatorio existente llevaría a sostener que de existir algún tipo de responsabilidad directa por el planeamiento, coordinación y ejecución del hecho, ella debía recaer sobre la Comandancia de la Subzona y de la Zona.

En primer término, el comunicado emitido por el Primer Cuerpo del Ejército en relación a la muerte de Moreno ("operación psicológica" que trataba de "construir al subversivo"), tarea que -conforme se acreditó en la causa nº 1261 del T.O.C.F. Nro. 5- había sido diagramada desde el primer escalón de responsabilidades en la lucha contra la subversión.

En segundo lugar, adujo que resulta relevante la circunstancia que el secuestro de Moreno haya sido perpetrado en el Área 124, y su privación ilegal de la libertad y muerte hayan acaecido en jurisdicción del Área 121.

Ello, por cuanto las Áreas carecían de facultades para inmiscuirse en jurisdicción de otra, pues los únicos autorizados para ingresar a jurisdicción ajena -previa autorización solicitada a través del Centro de Operaciones Tácticas (COTCE)- eran los Comandantes de Subzona y el Comandante de la Zona (cfr. fs. 4715).

Recordó que incluso la acusación particular a cargo del Dr. Sivo en su alegato, tuvo por acreditado que las

Cámara Federal de Casación Penal

mismas personas que secuestraron a la víctima en Olavarría lo trasladaron y privaron ilegalmente de la libertad en Tandil.

Indicó que el Comando de Subzona tenía asiento en Tandil y jurisdicción en ambas localidades, y que la entrega del cuerpo de Moreno a la morgue ubicada en la Ciudad de La Plata (fs. 175) así como la destrucción de efectos que pertenecían al abogado, fue ordenada por el Comandante de Subzona, Alfredo Saint Jean (fs. 300).

Añadió que el Fiscal General también expresó en su alegato que no podía negarse la responsabilidad de Saint Jean y Suárez Mason, ya que del debate surgieron elementos que comprometen seriamente a altos mandos militares como quienes se encontraba a cargo de la Subzona 12 y de la Zona 1 del Primer Cuerpo del Ejército.

Destacó que tanto en el “Juicio a las Juntas” como en la causa nº 1261 del T.O.C.F. Nro. 5 se acreditó que el “plan criminal organizado que se gestó y ejecutó en la clandestinidad de ningún modo implicó que haya dejado de coexistir el funcionamiento del Estado Militar que regía por esas épocas dentro del marco normativo –si bien de excepción– vigente desde el gobierno constitucional anterior”, es decir, que coexistió un sistema legal y otro ilegal (cfr. fs 4716).

Luego, realizó algunas citas de la mencionada causa nº 1261 (cfr. fs. 4716vta./4717) y señaló que siguiendo el criterio allí establecido para los altos mandos militares, como podrían ser los Comandantes de Zona y de Subzonas con asiento en Tandil (en el caso que nos ocupa a cargo del Gral. Suárez Mason y el Cmte. Saint Jean), por ser quienes tuvieron responsabilidad operativa en las acciones destinadas a la represión ilegal, comprobados los resultados disvaliosos, la atribución de responsabilidad penal no requería mayor colección de pruebas directas, en tanto que el planeamiento, coordinación y ejecución del plan de la lucha contra la

subversión era inherente a sus cargos.

En tanto que, al descender en el aparato organizado de poder hasta llegar al escalón ejecutivo, se requiere en cada caso concreto una demostración de la relación causal entre el hecho y los autores, ya que por sus cargos de menor jerarquía que el Comando de Subzona, no tenían esta responsabilidad directa y sus funciones se encontraban reglamentadas dentro del marco normativo y reglamentación vigente.

De esta forma, concluyó que las genéricas afirmaciones realizadas en el resolutorio recurrido respecto de su asistido no resultan suficientes para atribuirle responsabilidad penal por la sola circunstancia de haber sido Jefe de Área en ese momento, pues no se acreditó que fuera coautor mediato de la retransmisión de órdenes ilegales, ni mucho menos su participación en los hechos. Es decir, se desconoció el principio de culpabilidad por el hecho y la condena encontró sustento en un criterio basado en responsabilidad objetiva, violatorio del *versare in re illicita*.

En relación al concepto de autor recordó el desarrollo teórico existente a los fines de su determinación, la definición del artículo 45 del C.P., y a la luz de lo expuesto adujo que desconoce cuál ha sido la conducta atribuida a Tommasi, toda vez que se omitió absolutamente la indicación y determinación de qué es lo que en concreto habría realizado, y en su caso, qué subsunción legal merece.

Consideró que la falencia apuntada tampoco fue subsanada por el *a quo* mediante la utilización de la teoría de la autoría desde la infracción del deber, porque los problemas que representaba se pasaron por alto y obviaron, atribuyendo comportamientos genéricos que están en absoluta desconexión entre sí, con particular referencia a los aportes que debieron ser configuradores de los tipos que comprometían el plan común. Es decir, si el hecho se perpetró en su faz material como una coautoría clásica debió explicarse sus

Cámara Federal de Casación Penal

aspectos configuradores en el plano de hecho y luego explicarse en qué modo esos aportes podían ser comunicados al autor mediato, lo que no ocurrió (cfr. fs. 4719vta./4720).

Agregó que también se advierte en autos la inversión de la carga de la prueba pues se presumió la coautoría en todos los hechos de su asistido en razón de su destino –Jefatura del Área 121– inadmisibles desde el punto de vista constitucional; y que, del razonamiento efectuado por el tribunal, surge que Tommasi podría haber puesto fin a la privación ilegal de la libertad de Moreno o evitar su muerte, afirmación falsa ya que, por un lado, no se acreditó que haya estado en conocimiento de los hechos, y por otro, la sentencia describe una estructura y organigrama sobre la que funcionó el plan clandestino de represión, sin alusión concreta a su actuación para sostenerla o cómo tuvo pleno dominio de una porción del mismo.

En definitiva, solicitó la revocación de la resolución recurrida por violación a los principios de culpabilidad y legalidad, y que se absuelva a su defendido.

III. 5. Pena. Proporcionalidad

La defensa de Tommasi sostuvo que la pena solicitada por los acusadores particulares resultó excesiva y desproporcionada atento a las siguientes circunstancias que no fueron tenidas en cuenta por el *a quo* a saber: la edad de Julio Alberto Tommasi (81 años), su carencia de antecedentes penales (mencionada por el Fiscal General), inexistencia de otra causa penal en trámite en la que se encuentre imputado, el tiempo transcurrido desde los hechos materia de juzgamiento (34 años) que importa que la persona juzgada no es la misma que a la época de los hechos investigados así como también que su juzgamiento luego de ese lapso de tiempo no le es imputable (vgr.: leyes de obediencia debida y punto final, su derogación, anulación o los distintos fallos

dictados en diversas instancias judiciales en uno u otro sentido). Circunstancia esta última que resulta suficiente para que en caso de recaer condena la misma no diste del mínimo legal previsto para la inmediatamente inferior a la pena de prisión perpetua, que entiende inconstitucional.

Recordó que a efectos de mesurar la pena a imponer solicitó que se recurra a la sentencia dictada en el Juicio a las Juntas (causa nº 13), también utilizada por el acusador público en apoyo de su postura al momento de alegar, hito fundacional en la lucha contra los derechos humanos en el país, que goza de reconocimiento internacional.

Que pese a ello, el *a quo* efectuó una arbitraria aplicación de las previsiones de los artículos 40 y 41 del C.P., realizó consideraciones dogmáticas, omitió el tratamiento de los planteos efectuados por esa defensa e impuso en forma automática la pena más grave.

En este orden de ideas, indicó que se infringió la garantía del *ne bis in ídem* toda vez que como agravantes: se valoró el carácter de "lesa humanidad" de los delitos imputados, que fue computado al tiempo de habilitar la prosecución de los mismos (prescripción); se consideró el cargo y funciones que su asistido tenía al momento de los hechos, extremo ponderado al tratar su participación; se evaluó que "form[ó] parte de un plan criminal gestado y llevado adelante desde el mismo Estado", circunstancia que en todo caso posibilitó la reapertura de la causa en el año 2004.

Por otra parte, en orden a la viabilidad de la imposición de pena, desde la prevención especial –concebida la pena desde su fin resocializador– crítico su necesidad a 34 años de ocurridos los hechos objeto del presente proceso y, desde la prevención general, adujo que no se advierte que la imposición de pena a su asistido constituya un instrumento para evitar que vuelvan a ocurrir hechos de la naturaleza de los aquí investigados; encontrándose proscripta la imposición de pena con fines retributivos (artículo 18 de la C.N.).

Cámara Federal de Casación Penal

Adujo que no fueron ponderadas siquiera mencionadas en la sentencia recurrida las circunstancias atenuantes alegadas por esa defensa, como ser el largo período de tiempo que llevó el proceso por circunstancias ajenas a la acción de su defendido, quien –en el caso hipotético– de haber sido juzgado y condenado con anterioridad a la promulgación de las leyes de obediencia debida y de punto final ya se encontraría en libertad, y la pena habría tenido un sentido legítimo.

A lo expuesto, añadió que el grado de incertidumbre que importa la persecución penal repercute en los derechos de los imputados (libertad, ánimo y salud) como de sus familiares; y que Tommasi cuenta en la actualidad con 81 años y se encuentra en un establecimiento penitenciario cumpliendo prisión provisional en la etapa final de su vida.

Por ello, consideró que la pena impuesta, resultó arbitraria, solicitó que la sentencia sea anulada y sin reenvío se decrete la libre absolución de su asistido.

III. 6. Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua

Indicó que oportunamente solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua contenida en el artículo 80 del C.P. a la luz de los principios de humanidad y resocialización (artículos 18 y 75 inciso 22º de la C.N.; artículo 25 de la D.A.D.D.H.; artículo 5 de la D.U.D.H.; artículos 5.2 y 5.6 de la C.A.D.H.; artículos 10.1 y 10.3 del P.I.D.C.P.; y artículo 1 de la ley 24.660).

Recordó que al momento de relacionar el planteo con el caso concreto hizo hincapié en que si bien dicha pena integra el sistema de sanciones de nuestro país –más allá de la postura de esa parte en cuanto a su inconstitucionalidad– ello no basta para entender la legitimidad de su aplicación en cualquier caso.

Sin embargo, el *a quo* consideró que la pena no era

inconstitucional, con argumentos propios de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad los que citó (cfr. fs. 4725/4725vta.), sin dar tratamiento alguno a los planteos efectuados por esa parte, lo que importa una fundamentación tan sólo aparente, toda vez que el principio de humanidad de las penas tiene especial peso en la fase de determinación.

Es que, así como existe un derecho a obtener un fallo judicial justo y acorde a la gravedad de los hechos juzgados también existe el derecho a ser penado de manera proporcional hasta un límite temporal que no debe, bajo ningún concepto, suponer una coincidencia con la vida en sí misma del condenado.

En el caso, Julio Alberto Tommasi tiene 81 años (atravesada un complicado cuadro de salud, propio de la edad), ha sido condenado a prisión perpetua y conforme el régimen legal aplicable podría recuperar su libertad, bajo la modalidad de libertad condicional, a los veinte años de prisión, es decir, que –de cumplir el plazo y exigencias legales– obtendría la misma en el año 2032, a los 101 años de edad.

Cuestionó la aplicación de una pena indivisible de prisión (con cita del voto del doctor Zaffaroni en el fallo “Estévez”), consideró que la condena impuesta se trata de un equivalente a la pena de muerte (derogada por Ley nº 26.394), que no podría restablecerse en función del principio de absorción progresiva de la C.A.D.H. según jurisprudencia de la Corte Interamericana (cfr. fs. 4726vta.).

Por lo expuesto, solicitó que se case la sentencia recurrida y se la anule, resolviendo sin reenvío, conforme a derecho.

III. 7. Errónea interpretación de los artículos 32, 33 y 34 de la Ley nº 24.660 (modificada por Ley nº 26.472) y artículo 10 del C.P.

La defensa se agravió de la decisión del tribunal por la que decidió mantener la prisión preventiva de Julio

Cámara Federal de Casación Penal

Alberto Tommasi y alojarlo en una unidad dependiente del Servicio Penitenciario Federal (cfr. punto 9º del resolutorio recurrido).

Consideró que lo decidido resulta nulo por errónea aplicación de la ley sustantiva y requirió que se case la sentencia en este aspecto (cuestionamiento que fue oportunamente resuelto por esta Sala IV a fs. 5034/5044).

III. 8. En razón de lo hasta aquí expuesto, solicitó se case la sentencia impugnada y se dicte un nuevo fallo conforme a derecho (artículos 470 y 471 del C.P.P.N.).

Hizo reserva de caso federal.

IV. 1. El doctor Patricio Ezequiel Varela, en ejercicio de la defensa de José Luis Ojeda, encauzó sus agravios por vía de ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N..

Para comenzar, la defensa reseñó el hecho objeto del proceso y efectuó consideraciones en torno a la admisibilidad del recurso. Luego indicó que, por un lado, el tribunal incurrió en arbitrariedad pues asignó responsabilidad a su asistido sin determinar cuál fue su participación en los hechos investigados, con fundamento en testimonios que refutó contradictorios y afirmaciones de igual índole efectuadas por los magistrados. Por otro, consideró que se incurrió en errónea aplicación de la ley sustantiva, al rechazar diversos planteos que, de haber prosperado, hubieran determinado su absolución.

Añadió que la omisión de dar tratamiento a las observaciones y razonamientos novedosos introducidos, mediante la utilización del argumento del precedente en modo irreflexivo y automático, implicó una evidente situación de arbitrariedad, susceptible de corrección a través del presente recurso (cf. fs. 4737).

IV.2. Lesión al principio de legalidad e

irretroactividad de la ley penal. Prescripción

En primer término, la defensa cuestionó la respuesta brindada por el tribunal a su planteo relativo a la prescripción de la acción penal. Puntualmente, criticó que el sentenciante omitiera abordar sus argumentos encaminados a demostrar que al momento de los hechos no existía la costumbre internacional referida en los precedentes de la Corte Suprema citados al efecto; y consideró que tampoco fueron abordadas las razones que alegó para estimar incorrecta la aplicación del fallo "Barrios Altos" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esa dirección, explicó que la existencia de la denominada costumbre internacional al momento de los hechos que permitió sustentar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tales los aquí juzgados, no podía ser afirmada como tal, de acuerdo con las razones que acompañó en el orden siguiente.

a. Sobre la costumbre internacional

Sostuvo que al tiempo de la ocurrencia de los hechos, al menos en nuestro país no había evidencia de que existiera una costumbre en el sentido de considerar imprescriptibles los delitos contra la humanidad. Para demostrar esa afirmación consideró como datos relevantes que en el "Juicio a las Juntas" llevado a cabo ante la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires en 1985 se consideró que muchos de los hechos llevados a debate estaban prescriptos, y mencionó en la misma dirección la causa 44 de la Cámara Federal.

Todo ello, a juicio de la recurrente, es demostrativo de que en los años '80 no existía la costumbre internacional que la Corte Suprema invoca en la actualidad.

Para reforzar su posición, la defensa aludió a diversas ocasiones en las que, según destacó, no se ha invocado la imprescriptibilidad. Mencionó el decreto n° 158/83 que reformó el Código de Justicia Militar; la Ley n° 23.049 que estableció el recurso ante la Cámara Federal; la

Cámara Federal de Casación Penal

sanción de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

Con estos argumentos, la defensa concluyó que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad no resulta aplicable al caso, no sólo porque fue aprobada por nuestro país con posterioridad a los hechos (y con ello se afectaría el principio de legalidad), sino porque no refleja la consagración convencional de una costumbre internacional (cf. fs.4738vta.).

b. Sobre la aplicación de la doctrina del caso “Barrios Altos” de la Corte IDH

Con respecto a la aplicación de este caso, la recurrente cuestionó los argumentos vertidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Arancibia Clavel”, citado por el tribunal recurrido para desechar la pretensión de la defensa en torno de la extinción por prescripción de los delitos enjuiciados.

En este sentido, destacó que el máximo tribunal de la nación sostuvo en aquel fallo 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...” (considerando 36º). De acuerdo con ello, independientemente de la existencia de una costumbre internacional, según el fallo “Barrios Altos” son inadmisibles las disposiciones de prescripción en los casos de graves violaciones a los derechos humanos; y si no se acata lo que dice la Corte IDH, el Estado Argentino puede ser sancionado.

En relación con el impacto de los precedentes de la Corte IDH en el derecho interno, la recurrente indicó que las opiniones son disidentes y citó, en su apoyo, diversos pasajes de la opinión del Procurador General de la Nación en la causa “Acosta” (Fallos: 335:533; cfr. fs. 4739/4739vta).

Concluyó así, que la jurisprudencia de los tribunales internacionales puede servir como guía para resolver los casos que se presenten, pero la obligatoriedad de seguir sus postulados se limita exclusivamente a aquellos casos en los cuales el Estado ha sido parte.

Para concluir este punto, la defensa enumeró las diferencias entre "Barrios Altos" y el caso argentino, las que, a su juicio, conducen a descartar la aplicación de ese precedente.

IV. 3. Infracción a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable

El recurrente indicó que comparte el alcance que el tribunal acordó al presente derecho –cuestión que desarrolló en el mismo sentido en su alegato– pero entendió que el imputado no era quien debía cargar con las demoras –que atribuyó a distintos poderes el Estado– ya que la actividad de las defensas y de los procesados en nada incidió para la concurrencia del juzgamiento actual de los hechos (acompañó su petición con citas de doctrina y jurisprudencia).

En este sentido, recordó que nos encontramos ante un proceso que lleva más de 34 años, que se inició al día siguiente de la privación ilegítima de la libertad que sufriera el Dr. Moreno. En corto plazo pasó a sede militar, en septiembre de 1985 el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas envía las actuaciones a la justicia federal, y en octubre de 1986 en la C.N.C.C.F. prestan declaraciones varios testigos del hecho en esta causa. Luego, en mayo de 2006 se notifica a Ojeda de la formación de la causa; y en agosto de 2008 se lo detiene, días después de su primera declaración indagatoria. Ello determinó, en su parecer, una patente violación a la garantía denunciada.

IV. 4. Sobre la valoración de la prueba y la determinación de los hechos

El recurrente sostuvo que en forma arbitraria e infundada se tuvo por acreditado que José Luis Ojeda fue uno de los ejecutores materiales de los delitos cometidos en

Cámara Federal de Casación Penal

perjuicio de Moreno.

Consideró que el silogismo efectuado por el tribunal a tal fin resultó erróneo pues de los seis testimonios utilizados, tres (Neri María Bulfoni, Roberto Rubén Pérez y Fernando Antolín Sánchez) no mencionaron el nombre de “Ojeda”, casi no recordaban los hechos y efectuaron descripciones genéricas (que detalló –cfr. fs. 4744/4744vta. –), circunstancia no subsanable con la ratificación genérica de sus declaraciones en el año 1977, en violación a los principios de bilateralidad e inmediación.

En relación a los tres testimonios incorporados por lectura (Valentín Bulfoni fs. 64/75, Carlos Leonardo Marchioni fs. 115/117 y Bautista Fittipaldi fs. 118/118vta.) recordó que –como sostuvo en su alegato– carecen de valor probatorio (en apoyo a su postura citó el fallo “Benítez” de la C.S.J.N. y el artículo 8.2.f. de la C.A.D.H.) pues de lo contrario se violaría el derecho de defensa de su asistido.

Es que en el año 1977 tres individuos mencionaron al “Cabo Ojeda” en sus declaraciones como la persona que captura a Moreno. De ellos, Sánchez, quien compareció al debate no aportó nada, en tanto que, José Osmar Juárez, fue detenido por falso testimonio.

Por otra parte, arguyó que resulta inexacto –como lo afirmó el tribunal– que se haya probado que Ojeda tuvo un rol activo en la “lucha contra la subversión” pues solo Jorge Puggioni lo mencionó, testimonio que ninguno de los cuatro acusadores utilizó al estructurar su alegato y por ende no puede ser utilizado como prueba de cargo. Testimonio cuestionable por su calidad de víctima y porque en audiencia de debate relató haber sido torturado por Ojeda (integrante de un grupo militar) en el año 1977, a quien no mencionó en declaraciones anteriores (causa nº 30.615 del Juzgado Federal de Azul, legajo 65).

En relación a las claras diferencias fisonómicas que describieron los testigos respecto del captor de Moreno, desvirtuadas por el tribunal al considerar que en su persecución participaron más de tres personas (cfr. fs. 4746), la defensa recordó que se encuentra acreditado en autos —y no fue cuestionado— que Ojeda usó bigotes desde que terminó la Escuela de Suboficiales en el año 1974 hasta el día de la fecha, y no posee ni poseyó “cicatriz en la frente” o “una depresión en el medio de la frente” (conforme informe pericial).

Concluyó que las divergencias fisonómicas apuntadas determinan que el nombrado no estuvo presente el 3 de mayo en las cercanías de la Cantera Albión, y por ende, no fue quien apresó a Moreno.

Es que la única circunstancia por la que su asistido fue llevado a juicio fue porque tres preventores habrían detenido a un individuo vestido de civil que se identificó como el “Cabo 1º Ojeda”, circunstancia que cae por su propio peso pues no poseía identificación alguna.

Ello, sumado a la clandestinidad que caracterizó el accionar de estos grupos, que la vestimenta del detenido descarta que se haya tratado de un militar (cfr. fs. 4746vta.) y que no se ha verificado la posibilidad de que Ojeda haya sido efectivamente identificado vía radial desde la Brigada (cfr. fs. 4747); permite concluir que no se venció el estado de inocencia de su defendido y, por ende, corresponde su absolución.

IV.5. Existencia de una causal justificación. Obediencia debida

Recordó que el tribunal con cita del fallo “Simón” de la C.S.J.N. consideró los hechos imputados a Ojeda como delitos de lesa humanidad, que el nombrado actuó en el marco del terrorismo de Estado que asoló al país en que las órdenes eran manifiestamente ilegales y, por ende, su conducta no resulta justificada ni la culpabilidad disminuida.

Indicó que el sentenciante no rebatió los

Cámara Federal de Casación Penal

argumentos expuestos en su alegato en cuanto entendió que su asistido obró al amparo de causa de justificación como lo es la obediencia debida (artículo 34, inciso 5º del C.P., prevista en la Ley nº 23.521 cuya constitucionalidad fue confirmada por el Alto Tribunal en el fallo "Camps" del año 1987. En apoyo de su postura recordó también el dictamen del Procurador General de la Nación en dicho precedente –cfr. fs. 4748vta./47479–).

Sostuvo que al momento de los hechos no existía limitación legal alguna para su utilización y que, desde lo jurídico, que la ley haya sido declarada insanablemente nula –a lo sumo– deja sin efecto la presunción *iuris e de iure* que establecía pero no significa que la eximente haya sido derogada (cfr. fs. 4747vta.). Es decir, en el contexto imperante en mayo de 1977 dentro de los cuadros del Ejército, Ojeda, en su condición de Suboficial –Cabo– cumplió órdenes cuya ilegalidad no podía revisar.

En este sentido, tuvo presente que cualquier alejamiento de los subordinados de las órdenes emanadas por el superior era reprimida con gravísimas penas, conforme lo dispuesto en los artículos 514 y 622, inc. 5º del Código de Justicia Militar en función del artículo 2 del C.P..

Luego, en el año 1984 se modificó el código castrense por Ley nº 23.049 (artículo 11, a partir del cual el artículo 34, inc. 5º del C.P. debía ser interpretado conforme el artículo 514 del Código de Justicia Militar) y la Ley nº 23.521 (que más allá de ser considerada de amnistía en el mensaje de elevación del proyecto se la consideró "interpretativa del deber de obediencia").

De esta forma, entendió que declarada nula la Ley nº 23.521, quedan aún vigentes las disposiciones previas mencionadas, es decir, el artículo 524 del C.J.M., el artículo 11 de la Ley nº 23.049 y el artículo 34, inc. 5º del

C.P..

Indicó, que la limitación del artículo 11 de la Ley nº 23.049 dictada con posterioridad a los hechos (que excluía la obediencia debida de hechos atroces y aberrantes), resulta una ley *ex-post facto*, y por ende, inaplicable (art. 2 del C.P. y artículo 18 de la C.N.).

Adujo que el artículo 514 del Código de Justicia Militar es una norma fundamental del derecho militar argentino, en la que se establece el principio de obediencia debida que un inferior debe a un superior en "acto de servicio" (artículo 878 C.J.M.), pilar fundamental de la disciplina militar, base de orden y garantía en el cumplimiento de la misión del único brazo armado del Estado.

En dicho contexto, reflexionó acerca de la posibilidad de exigir a Ojeda otra conducta, más aun cuando la justicia hacía caso omiso de las denuncias que se presentaba por desapariciones a manos de la fuerza de seguridad (en este sentido recordó el punto 11 del veredicto), y concluyó que dicha situación genera un grave problema de atribuibilidad pues no puede negarse la existencia de una situación de peligro inminente que se cernía sobre cada uno de los subordinados en caso de no cumplir con la función asignada.

Por otra parte, arguyó que resulta válido considerar que Ojeda ha sido amnistiado y no sobrevive acción alguna (artículo 59, inciso 2º del C.P.), solicitó la aplicación de la Ley nº 23.521 como el precedente "Camps" de la C.S.J.N. (ya que la inconstitucional Ley nº 25.779 no resulta óbice alguno —cfr. fs. 4750—) y recordó que existen razones que hacen inaplicables al caso la doctrina sentada por la C.I.D.H. en el caso "Barrios Altos" (a las que se remitió —cfr. punto IV.2.b.—).

En definitiva, consideró aplicable a Ojeda la obediencia debida prevista en el artículo 34, inciso 5º del C.P..

IV. 6. Existencia de una causal de inculpabilidad.

Cámara Federal de Casación Penal

Error de prohibición

En forma subsidiaria, la defensa entendió que Ojeda habría recaído en un error sobre la existencia de la causal desarrollada en el punto (IV.5 –obediencia debida–) que lleva a la exclusión de su culpabilidad o a su disminución, circunstancia que oportunamente alegó y que el tribunal no respondió.

En este sentido, recordó el adiestramiento y educación que formaron la personalidad de su asistido desde el año 1972, que transformó su manera de pensar y actuar, lo que produjo un error en la falsa noción de su accionar y le impidió la comprensión de la antijuricidad, es decir, existió en el caso un error de prohibición inevitable (en apoyo de su postura citó doctrina así como el dictamen del Procurador General de la Nación –a efectos de ilustrar qué debe entenderse por “Doctrina Militar” – en fallos 310:1162 –cfr. fs. 4751/4751vta. –).

Reflexionó acerca de la posibilidad de exigirle a Ojeda la realización de otra conducta (en el contexto descripto en el cual no se habían incorporado los tratados y convenciones sobre derechos humanos, no se le había instruido –como agente del Estado– sobre la existencia y alcances del *ius cogens*, no conocían la doctrina de Roxin así como tampoco la existencia de delitos de lesa humanidad) cuando su función era completamente fungible (en sustento de lo expuesto citó doctrina), y concluyó que Ojeda resulta inculpable en relación a las conductas reprochadas, y por ende, debe ser absuelto (artículos 2 y 34, inciso 5º del C.P.; y artículos 18 y 75, inciso 22º de la C.N.).

IV. 7. Participación secundaria

En forma accesoria a los cuestionamientos realizados con anterioridad planteó que la responsabilidad de Ojeda debe ser limitada exclusivamente a una participación

secundaria (artículo 46 del C.P.) a la privación ilegítima de la libertad de la que fue víctima Moreno y reiteró que los planteos efectuados sobre el particular –como en otras ocasiones– no tuvieron reflejo en la sentencia cuestionada.

Consideró que ni en la sentencia ni en el plexo probatorio existente se ha logrado demostrar la existencia de prueba directa que demuestre la participación de Ojeda en la imposición de tormentos y el homicidio de Moreno (cfr. punto IV. 4), pues desde el 3 de mayo al mediodía (última vez que fue vista con vida la víctima) hasta la entrega de su cadáver en La Plata, transcurrieron 20 días y múltiples hechos pudieron haber acaecido.

Recordó que el aporte de Ojeda ha sido inocuo y perfectamente fungible, ya que no tenía capacidad de evitación del hecho ejecutado por otro y su intervención no puede ser entendida como la realización de un aporte material significativo para la empresa criminal (citó en apoyo de su postura doctrina y jurisprudencia –cfr. fs. 4753/4753vta.–).

Concluyó que el cumplimiento de una orden de captura de un individuo no abasteca los requerimientos propios de la autoría en sus aspectos objetivos y subjetivos, por lo que solicitó la modificación de la sentencia en esos términos.

IV.8. Pena. Proporcionalidad

La defensa de Ojeda tuvo presente que su alegato en relación a la pena a imponer giró en torno a tres cuestionamientos, dos de los cuales (inconstitucionalidad del artículo 12 del C.P. y modalidad de pena –reclusión–) fueron hechos ha lugar (cfr. puntos 1 y 8 de la sentencia), no así el restante, esto es, la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

Al respecto, expuso los fundamentos del tribunal a efectos de rechazar su pedido (cfr. fs. 4754/4755) y destacó que ninguna defensa cuestionó el carácter de lesa humanidad de los hechos investigados sino que esa parte cuestionó la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua (artículo 5

Cámara Federal de Casación Penal

de la C.A.D.H., el artículo 7 del P.I.D.C.P. y el artículo 75, inciso 22º de la C.N.).

Adujo que el pronunciamiento atacado resulta arbitrario pues se impuso en forma automática la pena más grave, que tiene un fin netamente retribucionista (falta de proporcionalidad) y no permite evaluar numerosas cuestiones que, en el caso, serían atenuantes del reproche realizado.

Es que la modalidad escogida no tiene en cuenta que gran parte de los fines de resocialización se encuentran cumplidos, toda vez que su asistido no cometió nuevos delitos, cumplió parte de la pena sin condena y continuó trabajando en el Complejo Penitenciario Federal de Marcos Paz (artículo 5.6 de la C.A.D.H., artículo 10.3 del P.I.D.C.P. y artículo 1 de la Ley nº 24.660).

Aunó a lo expuesto, la falta de proporcionalidad, toda vez que al ser una pena absoluta no permite evaluar cuestiones presentes en el caso para fundar adecuadamente los aspectos esencialmente personales que marcan la determinación punitiva, en virtud de lo cual postuló su inconstitucionalidad (artículo 5 C.A.D.H., artículo 7 del P.I.D.C.P. y artículo 75, inciso 22º de la C.N.; y citó en apoyo de su postura el caso “Hilaire, Constantine vs. Trinidad y Tobago”, sentencia del 21 de junio de 2002 –cfr. fs. 4756/4756vta. –).

En el caso, señaló que por un lado, Ojeda tiene 59 años de edad, carece de antecedentes penales, los hechos materia de juzgamiento transcurrieron hace aproximadamente 34 años, era un suboficial de baja jerarquía en el Ejército Argentino, su detención en forma preventiva fue por lapsos exorbitantes, el Estado tardó un largo período en someterlo a juicio por razones ajenas a su accionar y su culpabilidad debió ser evaluada en el contexto histórico en que le tocó vivir, que pudo hacer nacer la falsa creencia de una causa de

justificación; y, por otro, que el carácter de "lesa humanidad" de los delitos atribuidos fue invocado a la hora de habilitar la prosecución de la causa, por lo que existió doble valoración.

Recordó los delitos imputados y la pena impuesta en la causa nº 13 a los Comandantes Lambruschini y Agosti, y estimó que en el caso la sanción impuesta resulta desmesurada (a título de ejemplo mencionó las aplicadas por los Tribunales Internacionales).

De esta forma, concluyó que la pena de prisión perpetua debe ser declarada inconstitucional y que la interpretación propuesta coincide con el límite máximo de las penas temporales (artículo 55 del C.P.), por lo que la sanción a imponer no debe superar los veinticinco años, escala dentro de la cual deben ponderarse las circunstancias atenuantes mencionadas, razonamiento que en la determinación de la pena de Ojea estuvo ausente, por lo que resulta arbitraria.

IV. 9. En definitiva, solicitó que se case la sentencia impugnada, se dicte una nueva conforme a derecho e hizo reserva de caso federal.

V.1. La doctora Victoria Sánchez Soulié, en ejercicio de la defensa de Roque Ítalo Pappalardo, encauzó sus agravios por vía de ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N..

Para comenzar, la defensa recordó el hecho objeto del proceso, el trámite de las presentes actuaciones, los planteos realizados en la discusión final, la sentencia —en lo pertinente— recurrida y efectuó consideraciones en torno a la admisibilidad del recurso (cfr. fs. 4759/4764).

V.2. Prescripción

En primer término, la defensa cuestionó la respuesta brindada por el tribunal a su planteo relativo a la prescripción de la acción penal. Puntualmente, se quejó de que la remisión a los precedentes "Arancibia Clavel" y "Simón" de la C.S.J.N. careciera de evaluación y que los

Cámara Federal de Casación Penal

argumentos utilizados no guardaron unidad lógica, toda vez que –a su juicio– se sumaron razones posibles sin seleccionar una teoría unívoca (cfr. fs. 4765).

Sostuvo que en el caso se aplicó la ley penal más gravosa en forma retroactiva, que impone un rechazo al criterio sentado en ambos precedentes, más aun teniendo presente la remisión que se efectúa a la Convención contra la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Ley nº 24.584, que adquirió jerarquía constitucional con la Ley nº 25.778 –B.O.3/09/03–), infringiendo el artículo 63 del C.P..

Sin perjuicio de ello, la defensa identificó los argumentos utilizados en el discurso jurídico, los cuales analizó:

a. Responsabilidad del Estado por compromisos asumidos

Adujo que el argumento de la obligatoriedad de los compromisos internacionales asumidos no resulta apto en términos constitucionales para acotar los derechos del imputado. Éstos –opinó– no pueden sucumbir frente a políticas públicas en desmedro de la seguridad jurídica (en apoyo de su postura citó doctrina).

Reflexionó sobre el criterio a utilizar en caso de conflictos de normas y recordó que el mismo derecho internacional establece un límite en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, disposición que resulta armónica con el artículo 75, inciso 22º de la C.N.. Es decir, se establece la complementariedad que debe regir en la interpretación, como también que los deberes contenidos en el texto de las normas internacionales no nacen sino hasta la expresión explícita del Estado, y conforme a nuestra ley fundamental, hasta su elevación en carácter de tal.

b. Sobre la costumbre internacional y el *ius cogens*

Sostuvo que en la utilización de este argumento subyace la apelación al derecho natural, cuyo contenido resulta determinado por ideologías hegemónicas y su habilitación –aunque loable– puede sucumbir al peligro de la irracionalidad.

Indicó que las normas y principios penales internacionales en los que el Alto Tribunal funda su decisión en el fallo “Simón”, no tenían, al momento de los hechos objeto de proceso o cuando fueron amnistiados, el grado de certeza exigible en materia constitucional (ley escrita y previa).

Consideró que resulta inadmisibile el argumento de que la norma consuetudinaria del *ius cogens* sea considerada “imperativa” para los Estados “independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula”, ya que la costumbre internacional requiere dos elementos: 1) la regularidad en la práctica; y 2) el punto de vista interno, conciencia de la obligatoriedad (citó doctrina y lo resuelto en la causa nº 13 respecto del pedido de la defensa de Agosti).

c. El problema de la irretroactividad

Recordó que en el año 2003 la Ley nº 24.584 fue elevada a rango constitucional, por lo que a la fecha de los hechos objeto de proceso no existía (artículo 18 de la C.N.) e indicó que la contracara del principio bajo análisis es la ultraactividad de la ley penal más benigna, consagrado a nivel constitucional y convencional (cfr. fs. 4768/4769).

Adujo que la afectación de principios constitucionales en el caso se manifiesta mediante la violación al principio de igualdad (artículo 16 de la C.N.), circunstancia que obliga a advertir en el interior de nuestro sistema constitucional una posibilidad teórica inviable, la presencia de dos derechos penales: uno de los ciudadanos y otro del enemigo (en apoyo de su postura citó doctrina).

Tuvo presente la progresividad que rige en materia

Cámara Federal de Casación Penal

de derechos humanos y consideró que aun recurriendo a una interpretación literal de la norma aplicable al caso, debe declararse la prescripción de la acción penal de los delitos imputados a Pappalardo (artículo 62, inciso 2º del C.P.).

V. 3. Plazo razonable.

Indicó que en autos se violó la garantía de ser juzgado en un plazo razonable (artículo 8.1 de la C.A.D.H.), ya que si bien coincide con el marco teórico efectuado por el tribunal sobre el alcance del derecho (citó jurisprudencia), recordó los argumentos del sentenciante a efectos de rechazar su pretensión (cfr. fs. 4770vta.) y entendió que puso en cabeza de su asistido demoras que son atribuibles al Estado, ya sea mediante la decisión de suspender los procesos como en la actividad jurisdiccional en el trámite de este tipo de causas.

Hizo mención de los motivos por los cuales debe entenderse violado el plazo en el caso de autos: 1) un proceso que lleva más de 34 años, cuyo cierre y reapertura – como sostuvo– no es atribuible a su asistido; 2) Pappalardo fue llamado a prestar declaración indagatoria a veintiun años del hecho, oportunidad en que se dictó su prisión preventiva; 3) recién en el año 2010 el Ministerio Público Fiscal y los querellantes requirieron la elevación a juicio; 4) el debate se inició a 34 años de ocurridos los hechos; y 5) no han existido conductas dilatorias de su defendido.

En definitiva, solicitó la absolución de Pappalardo.

V. 4. Fundamentación. Insuficiencia probatoria. Error dogmático. Favor rei

En primer término, la defensa realizó consideraciones en torno al estado de inocencia que debe primar en estos procesos en los que la naturaleza de los hechos investigados no debe servir para apartarse de las

reglas jurídicas comunes como el estado de certeza que requiere una sentencia condenatoria.

Luego, hizo referencia a los puntos del fallo que se refieren específicamente a su asistido:

a. Comunicación radial

Indicó que de la lectura de las actuaciones surge que la única vinculación que existiría entre Pappalardo y el hecho investigado en autos es una supuesta comunicación radial que personal policial habría tenido con aquél.

Que a solicitud de esa defensa el tribunal requirió a la Policía de la Provincia de Buenos Aires y al Ejército Argentino que informen con qué equipos de comunicación radial contaban en el año 1977, a partir de los cuales solicitó que se practique una pericia a fin de determinar si podían establecerse comunicaciones entre los equipos que contaban los móviles de la policía bonaerense y los equipos fijos con lo que contaba el Ejército.

Destacó que en los años que llevó la tramitación de la causa no se pudo establecer si ello era posible y que "de la pericia practicada se desprende que en un caso esa comunicación era **imposible** y que en el otro **no puede determinarse**" (el resaltado consta en el original).

Afirmó que los jueces realizaron una interpretación arbitraria de las conclusiones del perito en comunicaciones, cuya duda fue interpretada en contra de Pappalardo, es decir, la defensa no niega que los móviles policiales tuvieran equipos de radio sino que haya podido cursarse con los mismos una comunicación directa con los equipos de radio del Ejército.

A continuación, el recurrente analizó los dichos de los testigos sobre cuya base los sentenciantes afirmaron la existencia de la comunicación radial como también que esta fue mantenida con Pappalardo.

En este sentido, respecto de Fernando Antolín Sánchez indicó que el testigo solo afirmó con seguridad que desde los móviles podían comunicarse a la seccional de la

Cámara Federal de Casación Penal

policía y no recordó si ello era posible con el Ejército.

En relación a Alfredo José Menéndez sostuvo que sus dichos no aportan evidencia alguna ya que ningún otro policía ni los organismos de superintendencia señalaron que la comunicación sea posible (como tampoco lo era que los móviles policiales pudieran contar con el mismo equipo que el Ejército, que por su tamaño ocuparía el lugar de una persona) y, en caso que lo fuera, no sabían quién recibía la comunicación del otro lado pues suponían que era un operador.

Por otra parte, Menéndez señaló que podía saber si era Pappalardo quien hablaba por radio porque le conocía la voz pero la defensa recordó que la comunicación la efectuó el oficial Juárez en la zona de la cantera mientras Menéndez se encontraba en la Seccional 1ra., por lo que su testimonio debía ser desestimado.

Añadió el recurrente que Rubén Pérez declaró que no escuchó comunicación alguna con el Ejército y que de la declaración del oficial Bautista Fittipaldi (incorporada por lectura) no surge imputación concreta a su asistido, quien conoció la supuesta comunicación por los dichos de Juárez (citó jurisprudencia en apoyo de su postura).

Por lo hasta aquí expuesto, consideró que la imputación dirigida a Pappalardo en calidad de coautoría (haber recibido la comunicación radial cursada por el oficial Juárez e indicar a este último que libere a Ojeda porque se encontraba realizando un operativo) cayó, por lo que corresponde la absolución (artículo 3 del C.P.P.N.).

b. Posición funcional

La defensa consideró que, al no existir evidencia que vincule a Pappalardo con los hechos objeto de proceso, el tribunal fundó gran parte de la condena en la posición que ocupó en el Ejército.

Así, recordó que Roque Ítalo Pappalardo tenía el

cargo de Mayor y se desempeñó como Jefe de Operaciones en el Batallón Logístico Nº1 de Tandil y a la fecha de los sucesos dependía funcionalmente de varias personas: "un segundo jefe que era el mayor Creado, un jefe que era el teniente coronel Tommasi", el Cdte. que era Saint Jean y el Cdte. del Cuerpo que era Suárez Mason. Este era el cuadro de mando mirado hacia "arriba" pues mirado hacia los "costados" existía personal con jerarquía superior a él.

Sostuvo que si lo que se pretende es construir una hipótesis imputativa en razón del cargo, no se entiende por qué un Mayor que formaba parte de una de las tantas dependencias militares que dependían del Comando de la Primera Brigada de Caballería Blindada a cargo del General Saint Jean, deba responder en calidad de ejecutor de una conducta que en modo alguno ha sido definida en la sentencia.

Indicó que con base en un oficio emitido por el General de Brigada Saint Jean, que reconoció la existencia de un supuesto enfrentamiento en el que perdió la vida Moreno, los sentenciantes afirmaron que Pappalardo por pertenecer a la Plana Mayor no podía desconocer las circunstancias ocurridas en dicha Área.

De esta forma, reiteraron que su condena en autos responde a una posición funcional ya que no se ha acreditado su efectiva participación en el hecho investigado, se utilizó un criterio extensivo de autoría que violenta el principio de culpabilidad, no existió acusación válida en este aspecto y, en consecuencia, corresponde su absolución (en sustento de su postura citó doctrina y jurisprudencia -cfr. fs. 4779/4779vta.-).

Arguyó que la falencia apuntada -falta de determinación de la conducta atribuida- no se subsana mediante la apelación a la teoría de la autoría desde la infracción de deber.

Es que, en autos se obvió el análisis de los aportes concretos, es decir, si el hecho se perpetró en la faz material como una coautoría clásica debió explicarse sus

Cámara Federal de Casación Penal

aspectos configuradores en el plano del suceso y luego explicarse de qué modo esos aportes podían ser comunicados al autor mediato, lo que se no hizo.

Por ello, solicitó que se revoque la sentencia recurrida por violación a los principios de culpabilidad y legalidad, y se absuelva a su asistido.

V. 5. Calificación legal

El recurrente señaló que en oportunidad de formular su alegato realizó una específica referencia a los tipos penales imputados y los motivos por los que correspondía aplicar algunas agravantes y otras figuras penales, a los cuales el tribunal no realizó referencia alguna.

a. Homicidio agravado por haber sido cometido con alevosía (artículo 80, inciso 2º del C.P.)

La defensa sostuvo que en el debate no existió prueba alguna que permita siquiera sostener la imputación a Pappalardo como tampoco conjeturas acerca de las personas que intervinieron para perpetrar el homicidio agravado.

Es que en autos sólo se encuentra probado cuándo fue secuestrada la víctima –que habría sido vista con posterioridad en una ocasión– mas no la fecha fehaciente de su fallecimiento como tampoco se probó que Moreno haya muerto de “dos disparos”, que haya sido víctima de tormentos o haya recibido golpes de pala o que haya sido llevado de regreso a la chacra propiedad de los hermanos Méndez.

Todas estas circunstancias son –a entender de la parte– meras conjeturas que no permiten afirmar el elemento subjetivo requerido para el agente a fin de tener por configurada la alevosía (cuyo concepto recordó).

b. Perseguido político (artículo 144 ter, segundo párrafo del C.P. –texto conforme Ley nº 14.616–)

Consideró que la agravante en examen no rige en el caso, toda vez que: 1) fue derogada por la Ley nº 23.097 y

por aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna no se aplica (artículo 2 y 18 de la C.N.); y 2) la figura actual de torturas (144 ter) no la contempla como tampoco lo hace ninguna de las figuras de los delitos contra la libertad individual, ni se encuentra prevista como agravante genérica en el digesto de fondo.

En el caso, la defensa destacó que la mayoría de los testigos así como los acusadores en sus alegatos fueron contestes en señalar que si bien Moreno tenía ideas contrarias a las del gobierno de la época no militaba en partido político alguno aunque era abogado de sindicatos de la zona de Olvarría. También que su secuestro y muerte fue por juicios que llevaba adelante contra de la empresa "Loma Negra".

c. Imposición de tormentos. Privación ilegal de la libertad. Concurso

En primer término, la defensa consideró que si las violencias a las que habría sido sometido Moreno son de carácter permanente, no pueden ser consideradas tormentos, porque este último es un delito instantáneo, motivo por el cual tampoco puede sostenerse su configuración con sustento en las condiciones inhumanas de detención que le fueran impuestas.

En segundo lugar, reparó que la condena de Pappalardo respecto a la privación ilegal de la libertad resultó agravada por uno de los modos de comisión, esto es violencia y amenazas, las que siendo parte de un delito permanente, revisten igual jerarquía. De esto se sigue, que si ambas son utilizadas a efectos de configurar los delitos bajo análisis (como agravante en una figura y como sustento para su configuración en la otra), en el caso existió una doble valoración de las circunstancias, extremo prohibido.

En tercer lugar, arguyó que aun cuando pueda considerarse que las condiciones de detención son un tormento en sí mismo y como tales configuran un delito permanente, lo cierto es que la privación ilegítima de la libertad prevé la

Cámara Federal de Casación Penal

agravante con motivo de la duración, lo que no ocurre respecto de los tormentos, ergo este delito no reviste el carácter de permanente.

En cuarto lugar, consideró que el delito de tormentos no puede sostenerse “toda vez que la autopsia no da cuenta de la existencia de sevicias, golpes o fracturas, siendo la lesión descrita en la pericia de fs. 954/62 producto de un solo evento traumático (disparo de arma de fuego) que culminó con la muerte del Dr. Carlos Alberto Moreno”.

Tuvo presente las alegaciones efectuadas por los acusadores a efectos de tener por acreditado el delito, que no encuentran sustento en el plexo probatorio, e indicó que los dichos de Neri Bulfoni no alcanzan para fundar la tipicidad objetiva del mismo sino que –a lo sumo– pueden ser considerados vejaciones, severidades o apremios ilegales.

Por todo ello, consideró que no corresponde el concurso real entre los delitos de privación ilegal de la libertad y tormentos.

V.6. Pena

a. Prisión Perpetua

La defensa realizó consideraciones de igual tenor que la asistencia técnica de Ojeda en orden a lo excesivo de la pena impuesta, su razonabilidad, las diversas circunstancias que atravesaron estos procesos, el fin resocializador de la modalidad escogida y la doble valoración que se efectuó en cuanto al carácter de lesa humanidad de los delitos atribuidos como del cargo que su asistido ocupó y su participación en el plan criminal gestado y ejecutado desde el Estado.

Estimó que no se evaluaron como atenuantes en favor de Pappalardo: su edad (74 años de edad), la carencia de antecedentes penales, el largo período que llevó el proceso y

el estado de incertidumbre sufrido en consecuencia, las distintas circunstancias que sufrió la legislación imperante en la materia y el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos objeto de proceso.

Así, consideró que el razonamiento que debió existir a tenor de lo expuesto por los artículos 40 y 41 del C.P. en el caso estuvo ausente, la pena medida resultó arbitraria, solicitó la anulación al respecto y que sin reenvío se disponga la absolución de su asistido.

b. Inconstitucionalidad de la pena perpetua

El recurrente realizó consideraciones teóricas de igual tenor a las efectuadas por la defensa de Ojeda sobre la constitucionalidad de esta clase de pena (cfr. fs. 4788vta./4790) y estimó que la gravedad de los hechos juzgados no pueden constituir un principio absoluto en desmedro de la humanidad del destinatario.

Explicó que Pappalardo cuenta con 74 años de edad, que recién podría recuperar su libertad –bajo la modalidad de libertad condicional– a partir de los veinte años de prisión y reuniendo el resto de las exigencias legales, lo que podría implicar que su defendido nunca más esté en libertad teniendo presente también su complicado cuadro de salud.

Estimó que en autos la pena aplicada es asimilable a la pena de muerte, expresamente derogada por Ley nº 26.394, la que **no podría reestablecerse en función del principio de absolución progresiva** de la C.A.D.H. según jurisprudencia de la Corte Interamericana (el destacado consta en el original).

Recordó que por los argumentos expuestos oportunamente solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, argumentos que no fueron considerados al tiempo de resolver, por lo que corresponde casar la sentencia, anularla sin reenvío y resolver conforme a derecho.

c. Errónea interpretación de los artículos 33 y 34 de la Ley nº 24.660 (modificada por Ley nº 26.472) y artículo 10 del C.P.

Cámara Federal de Casación Penal

La defensa se agravió de la decisión del tribunal por la que decidió mantener la prisión preventiva de Roque Ítalo Pappalardo y alojarlo en una unidad dependiente del Servicio Penitenciario Federal (cfr. punto 9º del resolutorio recurrido).

Consideró que lo decidido resulta nulo por errónea aplicación de la ley sustantiva y requirió que se case la sentencia en este aspecto (cuestionamiento que fue oportunamente resuelto por esta Sala a fs. 5034/5044).

V.7. En razón de lo hasta aquí expuesto solicitó que se case la sentencia impugnada y se dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

Hizo reserva del caso federal.

VI. 1. El doctor Andrés Alberto Arla, en ejercicio de la defensa de Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez, encauzó sus agravios por vía de ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N..

Para comenzar, la defensa efectuó consideraciones en torno a la admisibilidad del recurso y aclaró que por cuestiones metodológicas iniciaría su exposición por los vicios *in procedendo* (cfr. fs. 4795/4797).

VI.2. Violación al principio de congruencia

La defensa señaló que en oportunidad de exponer sus alegatos, requirió la anulación parcial y absoluta de los requerimientos de elevación a juicio y acusaciones respecto de los imputados Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez, por violación al principio de congruencia, planteo que fue desestimado y luego rechazado en la resolución definitiva (cfr. fs. 4797 vta.).

Recordó la descripción fáctica del hecho intimado a sus asistidos así como los delitos y el grado de participación atribuida en los procesamientos ordenados (privación de libertad agravada en concurso real con

tormentos agravados en calidad de partícipes secundarios), resolución que fuera recurrida y confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata.

Sostuvo que en ocasión de requerir la elevación a juicio de las actuaciones los acusadores (público y privados) modificaron la plataforma fáctica como también la calificación legal y grado de responsabilidad de sus asistidos (tres hechos diferentes en calidad de partícipes secundarios), los que fueron luego "sostenidos" en las acusaciones del día 9/2/12 aunque agravándose aún más la hipótesis inculpativa (se los consideró partícipes primarios).

Aclaró que la defensa oficial de los encausados en la etapa de instrucción oportunamente solicitó la nulidad de las piezas respectivas con fundamento exclusivo en la ambigüedad de los términos utilizados para formular la imputación pero no denunció la variación en la plataforma fáctica ya descripta.

Estimó que la conducta enrostrada a los Sres. Méndez –conforme al hecho intimado– consistió en una "facilitación" para un "ocultamiento", es decir, un caso típico de encubrimiento, que importa un delito autónomo del hecho principal (en el caso: privación ilegítima de la libertad, tormentos y homicidio en perjuicio de Moreno) que afecta a la administración pública lo que, a su vez, encuentra correlato en la pena a imponer.

Tuvo presente los argumentos del tribunal a efectos de rechazar lo solicitado (cfr. fs. 4800), los que –a su entender– no pueden ser confirmados y reiteró que la mutación de la plataforma fáctica aludida es clara ya que se pasó de "facilitar con el fin de ocultar" a "facilitar para" la comisión de otros delitos.

De esta forma, el objeto procesal conformado (indagatoria-procesamiento-requerimiento de elevación a juicio) debió mantenerse durante toda la etapa instructoria y en los actos fundamentales del juicio (acusación-defensa-

Cámara Federal de Casación Penal

prueba-sentencia), secuencia en la que mejor se advierte que el proceso penal se integra de una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto (en apoyo de su postura citó doctrina y jurisprudencia).

Adujo que resulta desacertada la afirmación efectuada por el Tribunal respecto a que no se manifestó cuáles habrían sido las defensas que no se pudieron articular como consecuencia de la mutación de los hechos pues se alegó que el derecho de defensa había sido “desbaratado” ya que la alteración apuntada condujo a enfrentar hipótesis contradictorias, motivo por el cual también solicitó que el planteo fuera resuelto en forma previa a la exposición de esa parte en relación al fondo de la cuestión (citó jurisprudencia).

En definitiva, solicitó se case el fallo impugnado, se declare la nulidad absoluta y parcial de los requerimientos de elevación a juicio obrantes a fs. 2535/2574, 2433/2446, 2480/2489 y 2462/2466 respecto de sus defendidos como también de las acusaciones realizadas en audiencia de debate y del veredicto y sentencia dictados en consecuencia.

VI.3. Inobservancia del procedimiento previsto en el artículo 381 del C.P.P.N.

La defensa reiteró los hechos por los cuales fueron intimados sus asistidos así como la calificación legal y grado de responsabilidad atribuida en la indagatoria, procesamiento, requerimiento de elevación a juicio, auto de elevación, acusación y sentencia.

Insistió en que se agravó la imputación de Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez pues se elevó a juicio las actuaciones por considerarlos partícipes secundarios (cfr. fs. 2631/2638vta.) pero luego se los acusó de haber

tomado intervención en los tres hechos y en calidad de partícipes necesarios.

Sostuvo que el tribunal debió advertir a la defensa de tal agravamiento y sus consecuencias, ofreciéndole la posibilidad de suspender el debate y producir prueba, lo que no ocurrió con el consiguiente desmedro al derecho de defensa (en sustento de su postura citó doctrina y jurisprudencia de la CIDH –cfr. fs. 4806/4807–).

VI. 4. Arbitrariedad

Estimó que la sentencia recurrida carece de fundamentación suficiente y no constituye una derivación razonada del derecho vigente tanto en la determinación de la materialidad ilícita como en la participación de los imputados en los hechos y su vinculación subjetiva con los mismos.

a. Materialidad de los hechos. Prueba

Recordó que sus defendidos fueron acusados en calidad de partícipes necesarios en sendos delitos de infracción de un deber especial (privación ilegal de la libertad agravada, tormentos agravados y homicidio agravado) por haber facilitado una chacra de su propiedad ubicada cerca de la ciudad de Tandil, Pcia. de Bs. AS., con la finalidad de que allí se cometieran tales hechos.

Indicó que no se encuentra cuestionado que el Dr. Carlos Moreno fue privado de su libertad por desconocidos en la ciudad de Olavarría, el 29 de abril del año 1977, en horas de la tarde y en oportunidad en que regresaba a su domicilio pero la defensa negó toda vinculación material o intelectual de Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez con la privación ilegal de la libertad de la víctima.

En este sentido, consideró que una incorrecta apreciación de lo expresado literalmente por el testigo Valentín Bulfoni (primera y única persona a quien la víctima le manifestó haber estado secuestrado aunque sin precisar por quién o dónde) condujo a tener por acreditado en forma indebida el primer hecho, esto es, el alojamiento clandestino

Cámara Federal de Casación Penal

en la propiedad de sus asistidos (la víctima le habría manifestado que había recorrido unas diez cuadras, señalando con el brazo hacia la ruta “pasando” el paraje “El paraíso”).

Añadió que tampoco se encuentra probado que luego de ser recapturado, Moreno fue reconducido a la chacra en cuestión pues tanto Marchioni como Neri Bulfoni vieron por última vez a la víctima en la zona de la cantera Albión, cerca de sus captores, cuando se dirigían a radicar la denuncia policial en la Comisaría Primera de la Ciudad de Tandil.

Por otra parte, la defensa indicó que es correcta la afirmación que se realizó en punto a que la persona armada que se identificó ante los moradores como autoridad federal, les ordenó a Neri Bulfoni y Roberto Pérez, quienes habían llegado minutos antes a la quinta de Valentín Bulfoni, que se dirigieran a buscar refuerzos a “la casa de los Méndez” pero consideró que de ello no puede inferirse válidamente que Moreno estuvo provisoriamente allí alojado o que fue reconducido al lugar.

En cuanto a los tormentos que Moreno habría recibido en dicha propiedad afirmó que no existe elementos probatorios que permitan sostener tal extremo ya que ninguno de los testigos relató haber visto a la víctima en el interior de la vivienda, el perímetro o el parque de la chacra que pertenecía a los Méndez; aseveración que tampoco puede efectuarse en relación a su muerte.

Es que la testigo Petronila Paula García de Pozal habría escuchado lamentos y pedidos de auxilio en el lugar quince días antes que Moreno fuera privado ilegalmente de su libertad y manifestó que la persona que fue alojada en la chacra junto con una mujer no sería la víctima.

Sostuvo la defensa que de los dichos de la familia Pozal, se llegó a concluir que en la propiedad de sus

defendidos existió un "Centro Clandestino de Detención", lo que junto con la identificación "genérica y carente de todo sustento probatorio" que se efectuó —en el fallo— de los imputados como personas "económicamente activas" y con "fluidos contactos" con las autoridades militares, llevó a concluir el conocimiento que tendrían sobre lo que ocurría en el lugar.

Consideró que los testimonios mencionados incurrieron en severas contradicciones, omisiones, exageraciones y falsedades en punto a una supuesta presencia militar —y actividades conexas— en la chacra de sus defendidos (negada por otros testigos), la existencia de un episodio ocurrido el 4 de mayo de 1977 en que habrían matado a dos personas en el lugar (cuando a 400 mts. el juez penal de Azul y otros funcionarios públicos se encontraban tomando declaraciones por lo ocurrido el día anterior —huida y recaptura de Moreno— quienes no percibieron los movimientos militares relatados) como también lo que observaron al ingresar a la finca luego de ser desocupada por los militares y un supuesto enfrentamiento entre la policía y el ejército (cfr. fs. 4812/4815).

Añadió que la chacra tenía una arboleda frondosa que rodeaba el perímetro, por lo que desde la casa de los Pozal, es decir, desde el Club "Los Cardos" (situado a unos 60 u 80 mts. de distancia) resultaba imposible divisar el interior del terreno o de la propiedad más aún porque en la parte posterior del terreno existía un galpón con chapas que obstaculizaba la visión entre el club y la vivienda emplazadas en la casa quinta.

De esta forma, concluyó que resulta inverosímil que el Ejército Argentino o quien fuera haya instalado un centro clandestino de detención en el lugar en forma visible por 3 ó 4 días para alojar a una sola persona y hayan realizado maniobras a plena luz del día cerca de un club concurrido.

b. Tipo subjetivo. Participación criminal

La defensa explicó —conforme ya expuso— que a

Cámara Federal de Casación Penal

partir de cuestionables argumentos el tribunal consideró que en la chacra perteneciente a sus defendidos funcionó un centro clandestino de detención.

Remarcó la contradicción lógica incurrida al aseverar dicha circunstancia y ponderar a tal fin testimonios que dan cuenta de la existencia a escasos metros de un club de rugby con mucho movimiento frente a las maniobras que en el lugar habrían realizado militares a plena luz del día (por espacio de 3 ó 4 días).

Criticó el fallo recurrido por no contemplar en los fundamentos los argumentos esbozadas por dicha parte en cuanto a la falta de inclusión de la chacra en las investigaciones llevadas a cabo a nivel nacional o local respecto a la existencia de dichos centros.

Recordó que oportunamente ofreció y fue aceptado como prueba el legajo nº 20 formado a partir de una denuncia ante el Juzgado Federal de Azul por el entonces Subsecretario de Derechos Humanos de la Nación, Dr. Rabossi, quien puso en conocimiento del juez los centros clandestinos de detención que funcionaron en las áreas militares de los Partidos de Azul, Tandil, Las Flores y Olavarría, durante los años 1976/1983 (cfr. fs. 346/348).

Añadió que para esa época ya se había sustanciado el “Juicio a las Juntas” (en revisión ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y que la testigo Petronila Paula García de Pozal había concurrido al CONADEP a radicar la denuncia de fs. 359/361.

Aunó a lo expuesto, que algunos testigos que declararon en audiencia de debate figuran como víctimas detenidas o torturadas en los centros descritos a fs. 347/348 pero no hicieron mención al inmueble de sus defendidos, que tampoco fue relevado por la Municipalidad de Tandil (en sustento de su postura citó el testimonio de

Oswaldo Ernesto Gutiérrez).

Por otra parte, la defensa sostuvo que la falencia apuntada –contradicción– también se advierte en el análisis que se efectuó en cuanto a la determinación del dolo.

Es que el tribunal partió de considerar la existencia de un centro clandestino de detención en la chacra y que carecía de razón que las Fuerzas Armadas ocuparan una vivienda para su instalación, cuando en realidad la presunta ocupación del inmueble en estado de abandono y por escaso lapso temporal, pudo ser desconocida por los imputados, quienes en dicho contexto mal pudieron efectuar una denuncia policial, más aun teniendo en cuenta el marco histórico en el cual –conforme sostuvo el sentenciante– tuvieron lugar los hechos (en este sentido, recordó que tanto la familia Pozal como otras personas habrían ingresado, sin el consentimiento de los dueños –cfr. fs. 4818 vta./4821–).

En este orden de ideas, criticó el razonamiento efectuado por el *a quo* a partir del señalamiento que uno de los captores efectuó a Neri Bulfoni de que vaya a buscar refuerzos a la chacra de los Méndez porque la presencia de personal militar –contemplado el hecho desde una perspectiva histórica– no autoriza una deducción de tamaña consecuencia; y realizó críticas de igual tenor respecto de la aseveración efectuada en punto a que se demostró que las aberturas de la finca no se encontraban violentadas (si bien estaban en regular estado) a casi treinta y cinco años del hecho.

A continuación cuestionó que se haya extraído como conclusión que el préstamo de la chacra se perfeccionó en el marco de la “estrecha relación” que los imputados tenían con personal militar. Ello, por un lado, con sustento en el descargo efectuado por Emilio Méndez quien reconoció haber tenido una relación “protocolar” con distintos militares, entre ellos el Tte. Cnel. Tommasi y el Mayor Pappalardo, en su condición de Gerente del Banco Comercial y luego integrante del órgano administrador de la Usina de Tandil, ya que su asistido tuvo igual trato con personal policial,

Cámara Federal de Casación Penal

autoridades municipales, gremios, etc.; y por otro, en su participación en calidad de testigo de actuación en una diligencia que se realizó en el lugar días después de la desaparición de Moreno, en la cual también participaron otros dos testigos de actuaciones (cfr. fs. 4823/4823vta.). Conocimiento presunto que fue indebidamente extendido a su hermano Julio quien, conforme se encuentra probado, no tuvo trato con militares.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, reflexionó sobre la entidad del aporte material que se le endilga a sus asistidos (participación primaria) y estimó que los hechos objeto de proceso (secuestro, tortura y muerte de Moreno) podrían haberse cometido sin su intervención, teniendo en cuenta la existencia en la zona de otros centros clandestinos de detención.

De esta forma, más allá de que no se acreditó el aporte material –inmueble– que efectuaron sus asistidos, la defensa consideró que debió primar la imputación originaria que se les efectuó en instrucción, esto es, autoría del delito de encubrimiento y no una participación que equivale a la autoría material de la privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravados por la que fueron condenados, y de la que resultó excluida el delito de homicidio –aspecto este último que si bien no controvierte– carece de fundamento (cfr. fs. 4824/4824vta.).

VI. 5. Autoría y participación criminal. Teoría de los delitos de infracción de deber. Consecuencias

La defensa explicó que la teoría utilizada en autos a efectos de fundar la responsabilidad atribuida a sus asistidos no considera el dominio del hecho a efectos de establecer la distinción entre autores y partícipes sino el grado en la configuración en el suceso típico, resultando sus conductas convergentes, más allá del aporte material que

realicen, diferencia relevante únicamente a la hora de establecer la pena (en apoyo de su postura citó doctrina).

Entendió que nuevamente el tribunal incurrió en una inconsistencia dogmática, toda vez que si no rige la accesoriedad propia de la participación no se explica válidamente por qué se consideró tan relevante el supuesto aporte material de sus asistidos.

Más allá de lo apuntado, consideró que la utilización de la teoría en análisis lesiona los principios de legalidad y culpabilidad (artículos 45 y ccdtes. del C.P.) y recordó los peligros que conlleva su utilización (con fundamento en doctrina –cfr. fs. 4825/4827vta.–)

VI. 6. Tipicidad subsidiaria

Insistió el recurrente en que existió insuficiencia probatoria a fin de sostener objetiva y subjetivamente una participación criminal, lo que debió conducir a la absolución de Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez o, en todo caso que, de haber efectuado el supuesto aporte criminal, los imputados no adhirieron a ningún plan sino cooperar en un hecho menos grave (ocultamiento posterior de la víctima).

Indicó que la aplicación al caso de la teoría –analizada en el acápite anterior– importó la asimilación de los partícipes al autor y, en consecuencia, no permitió una adecuada subsunción típica.

Por ello, solicitó que en caso de no hacer lugar a los planteos efectuados, se case el resolutorio recurrido en este aspecto, y se recalifique la conducta de los imputados como autores del delito de encubrimiento agravado y/o partícipes del delito de privación ilegal de la libertad agravada (artículos 277 y 144 bis, inciso 1º, último párrafo del C.P. –texto según ley 14.616–).

VI. 7. Pena

Por último, la defensa adujo que la pena impuesta en autos se realizó sin consideración alguna de las pautas mesurativas de la pena contempladas en los artículos 40 y 41 del C.P., tomándose en cuenta el máximo legal previsto, por

Cámara Federal de Casación Penal

lo que solicitó que se case la sentencia en este aspecto y, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto de los restantes cuestionamientos efectuados, se readecue el monto de la pena en orden a los factores omitidos en la sentencia de acuerdo al grado de culpabilidad efectivamente comprobado (artículo 18 de la C.N. –cfr. fs. 4848/4828vta.–).

VI. 8. En definitiva, peticionó que se case la sentencia recurrida, se disponga la absolución de sus defendidos y se ordene la inmediata libertad de los mismos.

Hizo reserva de caso federal.

VII. Que en el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 5068/5094 el Fiscal General ante esta Cámara, doctor Raúl Omar Pleé; y a fs. 5095/5104 vta. y 5105/5113 vta. los Defensores Ad-Hoc, doctores Matías Pablo Piñeiro y Enrique Comellas.

VII. 1. El señor Fiscal General recordó la sentencia recurrida y repasó brevemente los cuestionamientos realizados en sus presentaciones por las defensas oficiales de los imputados Julio Alberto Tommasi, José Luis Ojeda y Roque Ítalo Pappalardo como también la asistencia técnica particular de los imputados Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez; y aclaró que por razones expositivas trataría en primer término los agravios comunes a las defensas para luego ingresar sobre los cuestionamientos particulares.

En este orden de ideas, en primer término consideró que los planteos realizados respecto a la violación del principio de legalidad –por considerar los hechos objeto de proceso como delitos de lesa humanidad–, la extinción de la acción penal por prescripción y la validez de las leyes de obediencia debida y punto final, recibieron adecuado tratamiento por el tribunal (cfr. fs. 247 y ss.) quien fundó el rechazo de los cuestionamientos oportunamente realizados

por las partes en los precedentes de la C.S.J.N. (fallos "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo" y "Astiz") con sustento en que las cuestiones propuestas han sido resueltas en sentido contrario al pretendido por los impugnantes sin que introduzcan nuevos argumentos para que permitan apartarse de ellos, en virtud de la doctrina del leal acatamiento.

Indicó que las razones expuestas al tratar la extinción de la acción penal determinan, en el caso, el rechazo de los agravios relativos a la vulneración de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable (más aun cuando el Alto Tribunal ha reconocido que aquel instituto es un instrumento válido para hacer valer ese derecho) y que, sin perjuicio de que resulten aplicables los fallos citados por los sentenciantes a efectos de descartar la irrazonabilidad de los tiempos procesales, lo cierto es que las partes sustentan su petición a partir de la fecha de comisión de los hechos y no desde el inicio de la persecución penal siendo el estado de incertidumbre aludido normal en el desenvolvimiento de la vida de los imputados en todo proceso penal.

En segundo término, respecto a la acreditación de los hechos materia de juzgamiento, tuvo presente el marco histórico en el que sucedieron y la instrumentación del plan sistemático de represión ilegal (comprobado en la causa n° 13/84).

En lo sustancial, el Fiscal General estimó que las defensas cuestionaron la verosimilitud de las declaraciones testimoniales prestadas en la audiencia, ya que consideraron que el tribunal soslayó las observaciones que realizaron en relación a las mismas (tiempo transcurrido y contradicciones), siendo sus planteos solo una mera discrepancia con la entidad convictiva que el *a quo* acordó al plexo probatorio reunido en el proceso.

Luego, tuvo presente la citada causa n° 13/84 en punto al valor que cabe dar a la prueba testimonial en orden a la naturaleza de los hechos aquí investigados y reflexionó que algunas contradicciones en las que pudieron haber

Cámara Federal de Casación Penal

incurrido los testigos no obstan a la imputación atribuida ya que la uniformidad pretendida en sus relatos por las defensas no hacen a la naturaleza de este tipo de prueba, caracterizada por su espontaneidad e indefectiblemente limitada por los alcances de la percepción humana, cuya veracidad ponderó el sentenciante y en lo sustancial permaneció inalterable pues las omisiones apuntadas pudieron ser producto de la forma en que oportunamente se las interrogó o las circunstancias en que ello tuvo lugar.

No obstante lo expuesto, recordó la jurisprudencia de la C.S.J.N. en el fallo "Casal" en punto al máximo esfuerzo revisor, los hechos que el tribunal tuvo por probado y señaló que el resolutorio atacado carece de la tacha de arbitrariedad alegada pues encontró sustento en diversos elementos probatorios que valorados en su conjunto permitieron arribar con el grado de certeza necesaria a la responsabilidad atribuida a los imputados Tommasi y Pappalardo (cfr. fs. 5079vta./5082).

En relación al planteo de la defensa de Ojeda en cuanto a que su imputación encontró sustento en el testimonio de seis personas que sólo hicieron descripciones genéricas de la situación sin mencionarlo, recordó nuevamente los fundamentos del tribunal a efectos de atribuir responsabilidad al nombrado en los hechos investigados, y descartó la pretensión del recurrente.

En este sentido, recordó que los testigos Marchioni, Bulfoni y Pérez reconocieron al imputado, quien se encontraba detenido en el móvil policial, como la persona que momentos antes había perseguido a los tiros a Moreno; y que al momento de su aprehensión, conforme los dichos de los testigos Fittipaldi y Sánchez, se identificó como el Cabo 1ro. del Ejército Ojeda, extremo este último que se condice con las constancias obrantes en su legajo personal.

A continuación, el Fiscal General descartó el agravio de la parte en punto a la incorporación por lectura de testimonios e hizo lo propio en relación a los cuestionamientos realizados en torno al relato de testigos-víctimas.

En tercer término, respecto de los planteos referidos a la existencia de la causal de obediencia debida (artículo 34, inciso 5º del C.P.), consideró que no cabe duda que las órdenes emanadas desde los altos mandos del aparato organizado de poder eran manifiestamente ilegítimas por tratarse de hechos aberrantes contra la dignidad humana por lo que los ejecutores, funcionarios de inteligencia de las fuerzas armadas y de seguridad, con un saber específico previo, debieron revisar la entidad de las mismas, causando daños cuya intensidad fue evidentemente mayor que las consecuencias previstas para el desobedecimiento de esas directivas.

Por otra parte, consideró inaceptable el error de prohibición invencible alegado por la defensa con sustento en que los crímenes contra la humanidad son delitos *mala in se* por antonomasia, cuya ilicitud resulta tan manifiesta, que la alegación de un error sobre tal carácter sólo puede encontrar amparo en un agente cuyas capacidades psíquicas se han comprometidas a punto tal que no es capaz de comprender el concepto mismo de la dignidad humana, en cuyo caso sería la patología y no el error, aquello que justifica la exclusión de la disminución de la culpabilidad, lo que en autos no ocurrió (en sustento de su postura citó jurisprudencia).

En cuarto lugar, respecto de la comunicación radial que el personal policial habría tenido con el imputado Pappalardo, cuya existencia fue cuestionada por la defensa, el representante del Ministerio Público Fiscal recordó el informe que hace referencia a la existencia de equipos radiales en la zona de Tandil asignados a la policía, las declaraciones testimoniales que dan cuenta de la existencia de dicha comunicación como también el informe pericial

Cámara Federal de Casación Penal

efectuado por la División Comunicaciones Convencionales VHF-UHF de la Policía Federal Argentina que no descartó la posible existencia de la misma; y concluyó que en virtud del cargo que ostentaba Pappalardo a la época de los hechos objeto de proceso, su accionar, es decir, ordenar la liberación de Ojeda quien había recapturado a Moreno, selló definitivamente la suerte de la víctima.

En quinto lugar, en cuanto a la calificación legal escogida, en particular, los planteos referidos al homicidio calificado por alevosía (artículo 80, inciso 2º del C.P.), el Fiscal General indicó que existe consenso en doctrina en cuanto a que, en esencia, se trata de la marcada ventaja a favor de quien mata, como consecuencia de la oportunidad escogida, quien quiere actuar sobre seguro, lo cual requiere una preordenación para actuar con seguridad (en apoyo de su postura citó doctrina y jurisprudencia). En el caso de autos, consideró que asiste razón al sentenciante, ya que la víctima fue muerta encontrándose privada ilegítimamente de la libertad y en estado de indefensión, no como se hizo saber en un comunicado oficial (evasión).

Respecto de la privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida con violencia, recordó que se ha establecido (causa nº 13/84) que el ingreso a los centros clandestinos de detención implicó el sometimiento a una serie de tratos crueles, inhumanos y degradantes, que en sí mismos, más allá de las vejaciones que pudieran sufrir, implicaron la aplicación de tormentos (artículo 144 ter del C.P.).

En sexto lugar, tuvo presente que la defensa de los imputados Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez alegó violación al principio de congruencia y solicitó la nulidad parcial de los requerimientos de elevación a juicio y alegatos. En tal sentido, recordó que es requisito

fundamental para la declaración de nulidad de un acto procesal la existencia de un perjuicio concreto (principio de trascendencia), lo que en autos no ocurrió pues la plataforma fáctica se mantuvo inalterable a lo largo de los actos procesales relevantes y lo expuesto resultó una reedición de los planteos oportunamente efectuados que fueron rechazados por el tribunal, no existiendo tampoco déficit fáctico para articular las agravantes finalmente aplicadas.

En cuanto a la alegada arbitrariedad por infracción a las reglas de la sana crítica en la ponderación de los hechos y en la valoración del material probatorio, en particular al calificar la chacra de los imputados como un centro clandestino de detención, el representante del Ministerio Público Fiscal recordó los fundamentos del tribunal a efectos de realizar dicha aseveración (testimonios de Ana María Pozar, Daniel Ángel Pozar, Neri María Bulfoni y Roberto Rubén Pérez; copias de declaraciones testimoniales en causa nº 42340 de Valentín Bulfoni y Carlos Leonardo Marchioni; la denuncia efectuada ante el CONADEP por Petronila García de Pozal y su declaración testimonial) y entendió que el aporte realizado por los imputados resultó esencial en virtud del lugar en donde se encontraba asentada la finca a efectos de ejecutar los hechos que tuvieron por víctima a Moreno, habiéndose acreditado asimismo el conocimiento que ambos tenían sobre lo que ocurría en la chacra pues era habitual a la época de los hechos ver a toda hora personal militar en dicha propiedad.

En séptimo lugar, el Fiscal General discrepó con las críticas efectuadas por la defensa en torno a la atribución de responsabilidad con sustento en la teoría de los delitos de infracción de deber pues no corresponde expedirse en abstracto sobre su validez y la postura de la parte no importa más que una mera discrepancia con lo resuelto en la sentencia, pues la elección de una teoría dogmática para la solución del caso, en la medida en que se encuentre debidamente aplicada, no puede sustentar un vicio

Cámara Federal de Casación Penal

de fundamentación.

Por último, en relación a las penas impuestas, estimó que los agravios relativos a su falta de fundamentación deben ser rechazados ya que el *a quo* efectuó un tratamiento pormemorizado de las distintas circunstancias que llevaron a dichos montos. En este sentido, desestimó la ponderación de las atenuantes alegadas por las defensas (edad, tiempo transcurrido y proporcionalidad) con cita de jurisprudencia.

En este orden de ideas, desestimó las consideraciones efectuadas por la defensa en torno a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua (artículo 80 del C.P.), que no infringe disposición convencional alguna, conforme una interpretación armónica de la norma y de los preceptos legales del digesto de fondo en lo que hace a la imposición de penas y la posibilidad de acceder a una excarcelación o libertad condicional.

Concluyó que lo que se encuentra prohibido es la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y azotes (artículo 18 de la C.N.); y no la pena privativa de la libertad aunque esta sea de carácter perpetuo, siempre que guarde proporcionalidad con el injusto cometido, existiendo en nuestro sistema –como ya apuntó– un límite temporal.

En definitiva, solicitó que se rechacen los recursos interpuestos.

VII. 2 El Defensor *Ad- Hoc*, doctor Piñeiro, en representación de los imputados Tommasi y Pappalardo, indicó que mantenía todos y cada uno de los agravios impetrados por su par en la instancia y que solo haría mención a algunos de ellos para evitar repeticiones innecesarias.

a. Inconstitucionalidad de la Ley nº 25.779

Sostuvo que la Ley nº 25.779 es inconstitucional ya que se infringió el sistema republicano de división de

poderes, toda vez que el Congreso de la Nación se arrogó una facultad propia del Poder Judicial al nulificar leyes, y por ende todo acto procesal que haya surgido como consecuencia de la misma, debe ser sancionado de nulidad (artículos 168 y 172 del C.P.P.N.).

En apoyo de su postura, recordó que la inhabilidad general del Poder Legislativo para anular leyes penales sancionadas mediante el proceso constitucionalmente establecido fue ampliamente reconocida en el debate de la cuestionada norma, que cuatro integrantes de la actual C.S.J.N. afirmaron en sus votos que la misma afectó la división de poderes y que los argumentos a favor de la ley han discurrido sobre la base de que se trata de una circunstancia extremadamente excepcional, la que debe ser analizada seriamente.

Arguyó que pese a todas las objeciones existentes se convalidó una ley con el argumento del hecho nuevo del principio de jurisdicción internacional, dejando en letra muerta el control de legalidad por parte de los tribunales.

En definitiva, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la ley como la nulidad de los actos procesales que hayan surgido como consecuencia (artículos 166, 167, inciso 2º 172 del C.P.P.N.).

b. Prescripción

Arguyó que los hechos objeto de proceso se encuentran prescriptos y que el tribunal rechazó lo solicitado con cita en los precedentes "Arancibia Clavel", "Simón" y "Mazeo" de la C.S.J.N. con fundamento en la existencia de un presunto *ius cogens* (artículo 118 de la C.N.), desconociendo la normativa existente (artículo 62, inciso 1º del C.P.); y consideró que se tuvo por probada la existencia de una norma consuetudinaria de carácter dogmático, sin analizar el comportamiento del Estado Nacional antes y después de los hechos investigados.

De esta forma, siguiendo los precedentes del Alto Tribunal en los casos "Balbuena" y "Cerámica San Lorenzo"

Cámara Federal de Casación Penal

estimó que existen nuevos argumentos no tratados en los precedentes citados. Es decir, conforme doctrina especializada, una norma consuetudinaria se encuentra formada por dos elementos (material –práctica común y reiterada– y psicológico –aceptación de esa práctica como derecho–), que se encuentran ausentes en el caso de la imprescriptibilidad de hechos calificados como de lesa humanidad en el Estatuto de Roma (año 1998).

En este sentido, recordó el a quo no demostró que el Estado Argentino haya tenido una actividad a nivel internacional y nacional conteste con esta postura: a) posición del representante argentino en el debate de la Resolución 3074 del 3/12/1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; b) decreto 185/83 del 13/12/1983; c) ley nº 23.049, promulgada el 15 de febrero de 1984; d) postura del Ministerio Público Fiscal en la causa nº 13/84 y prescripción de algunos delitos; e) resolución de la C.S.J.N. que confirmó la prescripción y dispuso preescribir otros hechos; f) la reserva efectuada por el Estado Nacional al suscribir el P.I.D.C.P.; g) lo resuelto por la C.N.A.C.C.F. en la causa “Hagelin” que fuera confirmado por el Alto Tribunal (Fallos 311:175); y h) lo decidido por la última Convención Constituyente de no incorporar un párrafo al artículo 75, inciso 22º de la C.N.. Estos comportamientos realizados en período de democracia permiten afirmar –a su entender– que la Convención contra la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no reconoció una norma consuetudinaria de derecho internacional previamente existente.

Explicó que los hechos objetivos de órganos democráticos que fueron mencionados no han sido materia de examen por la C.S.J.N. (fallos citados al inicio de la exposición) como tampoco por el sentenciante, por lo que esta

Cámara debe dar adecuado tratamiento a la cuestión, lo que solicitó.

c. Nulidad de la sentencia. Teoría de la infracción de deber

Indicó que sin perjuicio de los agravios relativos a la orfandad probatoria para endilgar responsabilidad a los imputados Tommasi y Pappalardo, la fórmula dogmática utilizada a tal fin es pasible de severas críticas, ya que un concepto de autoría respetuoso de los principios constitucionales no permitiría arribar una solución condenatoria (en apoyo de su postura citó doctrina como también el voto en disidencia del fallo "Antognazza" de la C.S.J.N. -cfr. fs. 5100/5102-).

Tuvo presente las objeciones que la mayoría de la doctrina nacional realiza a los delitos de infracción de deber, esto es: 1) extensión *contra legem* del ámbito de la autoría punible; 2) transformación de tipos penales cerrados en abiertos (*lex stricta*); 3) lesión al principio de acto; 4) violación al principio de legalidad; 5) lesión al principio de proporcionalidad; y 6) lesión al principio de culpabilidad.

Por lo expuesto, solicitó que se case el fallo cuestionado, por cuanto su lógica y fundamentación resultan contrarias a derecho e hizo reserva de caso federal.

VII. 3. El Defensor *Ad-Hoc*, doctor Comellas, en representación del imputado Ojeda, indicó que mantenía todos y cada uno de los agravios imputados por su par en la instancia y que solo haría mención a algunos de ellos para evitar repeticiones innecesarias.

La defensa de Ojeda realizó consideraciones de igual tenor a las efectuadas por la asistencia técnica de los imputados Tommasi y Pappalardo sobre la inconstitucionalidad de la Ley nº 25.779 y la extinción de la acción penal por prescripción (cfr. fs. 5105/5109).

Por otra parte, los cuestionamientos realizados en torno a la arbitraria valoración de la prueba y las

Cámara Federal de Casación Penal

afirmaciones dogmáticas efectuadas por el tribunal en torno a la autoría y participación de Ojeda en los hechos objeto de proceso, son contestes –en lo sustancial– a los desarrollados por su par en la instancia (cfr. fs. 5109/5113vta. –y punto IV. 4 del presente–).

Hizo reserva de caso federal.

VIII. Celebrada la audiencia prevista por los artículos 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia a fs. 5164, la doctora Magdalena Laiño, asistiendo a Julio Alberto Tommasi y Roque Ítalo Pappalardo, además de su exposición *in voce*, presentó breves notas (cfr. fs. 5148/5159vta.), reiterando –en lo sustancial– los agravios expuestos por las defensas públicas en la instancia; asimismo, el doctor Di Meglio, asistiendo a José Luis Ojeda, junto a su exposición *in voce*, presentó documentación en cuatro fojas (cfr. 5160/5163), que fueron incorporadas en el acto a la causa. Superada esta etapa procesal, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky.

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

I. Inicialmente, corresponde señalar que los recursos de casación concedidos, interpuestos por las defensas, 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 (arts. 457, 458, 459 y 460 del C.P.P.N) y se han cumplido los requisitos de tempestividad y de fundamentación exigidos por el artículo 463 del citado código procesal.

II. En la última dictadura, el país fue subdividido geográficamente en Zonas, Subzonas y Áreas. Los hechos objeto

de este juicio ocurrieron en el ámbito de la Zona 1, a cargo del Primer Cuerpo del Ejército, Subzona 12, Área 121 con jurisdicción en los partidos de Tandil, Juárez y Ayacucho de la Provincia de Buenos Aires.

En el pronunciamiento que resulta materia de impugnación se analizó la responsabilidad que les cupo a Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda en los hechos de privación ilegal de la libertad agravada, tormentos agravados y homicidio calificado por alevosía en perjuicio de Carlos Alberto Moreno, ocurridos a partir del 29 de abril de 1977 hasta el 10 de mayo del mismo año, fecha en que se consignó su muerte. También se examinó la participación de Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez en los mismos sucesos, con relación a la privación ilegal de la libertad agravada y la imposición de tormentos agravados.

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

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

IV. Sobre las leyes nº 23.492 y nº 23.521 (de "punto final" y de "obediencia debida") y la constitucionalidad de la Ley nº 25.779

Las defensas de los acusados Tommasi, Pappalardo y Ojeda postularon que se proclame la inconstitucionalidad de la Ley nº 25.779 —mediante la cual se declararon insanablemente nulas las leyes denominadas de "punto final" y de "obediencia debida"— por su incompatibilidad con el principio de división de poderes.

A su vez, cuestionaron puntualmente la doctrina de la Corte Suprema establecida en el precedente "Simón"

Cámara Federal de Casación Penal

(Fallos: 328:2056) en relación con la inconstitucionalidad de dichas leyes. Con sustento en la opinión de la minoría de la Corte, es que reclamaron la declaración de invalidez constitucional de la Ley nº 25.779 y el consecuente sobreseimiento de sus representados.

Los argumentos expuestos no pueden prosperar.

Ello, en razón de 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 de este Tribunal, entre otros– ya he tenido oportunidad de expedirme sobre algunas de las cuestiones medulares con relación a 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; causa nº 5488, “Rodríguez Valiente, José Francisco s/ recurso de inconstitucionalidad”, registro nº 8449.4, del 26/03/07; y causa nº 9673 “Gallone, Carlos Enrique y otros s/recurso de casación”, registro nº 13.969.4, del 30/09/10).

Aquella posición que, vale la pena señalar, fue respaldada oportunamente en el erudito voto de la Sra. Ministro Carmen Argibay en la causa “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”; M. 2333. XLII. del 13 de julio de 2007 (Fallos: 330:3248); así como en la no menos versada y fundada postura anterior del Ministro Carlos S. Fayt en el multi-citado caso “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, S. 1767. XXXVIII, del 14 de junio de 2005 (Fallos: 328:2056) ha sido

actualmente superada; pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación –así como esta Cámara Federal de Casación Penal– ha sido categórica en estos casos decididos por amplias mayorías.

La contundencia de los desarrollos argumentales allí plasmados junto a la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico y del debate jurisprudencial y doctrinario al respecto, más allá de las razones de economía procesal y sentido práctico para la mejor administración de justicia, indican la pertinencia de seguir dicha insoslayable doctrina judicial (en ese sentido ver mi voto en causa nº 5196, "Marenchino, Hugo Roberto s/ recurso de queja", registro nº 9436.4, del 19/10/07; causa nº 8317, Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ recurso de queja", registro nº 9272.4, del 28/09/07; causa nº 8293, "Yapur, Tamer s/ recurso de queja", registro nº 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, entiendo que el planteo efectuado por las defensas técnicas no puede ser recibido favorablemente, pues se limita a reeditar cuestionamientos que no logran conmover el criterio sostenido por la C.S.J.N. respecto de la constitucionalidad de la Ley nº 25.779 en el ya citado fallo "Simón", así como en "Mazzeo" en el cual, a su vez, se recordaron los fundamentos que llevaron al Alto Tribunal a *"...reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad ('Arancibia Clavel', Fallos: 327:3312); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final ('Simón', Fallos: 328:2056); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos ('Urteaga', Fallos: 321:2767); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos ('Hagelin', Fallos: 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía*

Cámara Federal de Casación Penal

de cosa juzgada compatible con los delitos investigados ('Videla' Fallos: 326:2805)".

Puntualmente, en lo que hace a la alegada infracción al principio de división de poderes, es apropiado resaltar que los ministros de la Corte descartaron ese argumento al considerar sustancialmente que la sanción de la ley cuestionada constituyó una decisión adecuada desde distintas perspectivas.

Ello así, el juez Petracchi entendió, en definitiva que la ley no priva a los jueces de la decisión final sobre el punto, amén de que consagra la doctrina correcta, es decir la nulidad insanable de las leyes de punto final y obediencia debida (considerando 34º). Por su parte, el juez Maqueda concluyó que el pronunciamiento del Congreso Nacional encontró sustento en que, en su condición de poder constituido alcanzado por las obligaciones nacidas a la luz de los tratados y jurisprudencia internacional en la materia, estando en juego la eventual responsabilidad del Estado argentino y con el fin último de dar vigencia efectiva a la Constitución Nacional, ha considerado oportuno asumir la responsabilidad institucional de remover los obstáculos para hacer posible la justiciabilidad plena en materia de delitos de lesa humanidad, preservando para el Poder Judicial el conocimiento de los casos concretos y los eventuales efectos de la ley sancionada (considerando 21º). A la vez, el juez Zaffaroni culminó su exposición interpretando que el Congreso de la Nación no ha excedido el marco de sus atribuciones legislativas, como lo hubiese hecho si indiscriminadamente se atribuyese la potestad de anular sus propias leyes, sino que se ha limitado a sancionar una ley cuyos efectos se imponen por mandato internacional y que pone en juego la esencia misma de la Constitución Nacional y la dignidad de la Nación Argentina (considerando 36º). En la misma dirección se

pronunciaron la jueza Highton de Nolasco en el considerando 29º de su voto y el juez Lorenzetti, también en su considerando 29º.

Los argumentos de los recurrentes, como puede advertirse, no resultan novedosos de modo que no son aptos para rebatir la doctrina establecida.

Es oportuno recordar además, 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 11º; Fallos: 319:1840, considerando 8º, Fallos: 327:3312, considerando 11º; disidencia parcial del juez Maqueda en *“Gualtieri Rugnone de Prieto”*, G. 291 XLIII, considerando 22º).

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.

Ese comité, específicamente al referirse al caso argentino, consideró que las leyes de punto final y de

Cámara Federal de Casación Penal

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”, citado *supra*).

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 nº 23.492 y nº 23.521, y por el decreto nº 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. Así, con referencia al valor de los informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –pese a indicar que “... de acuerdo con el criterio ya establecido (Caso Loayza Tamayo, *supra* 50, párr. 82)... la infracción del artículo 51.2 de la Convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, por

cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo”—, ha considerado sin embargo, que “... en relación con el artículo 50, la Corte ya ha señalado que 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 (Caso Loayza Tamayo, supra 50, párrs. 80 y 81)”, (caso Caso Blake vs. Guatemala, Sentencia sobre el fondo del 24 de enero de 1998, parágrafo 108).

En el precedente al que remite, (Loayza Tamayo), la Corte IDH, había establecido que “... 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 si trata 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 Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111). Y a continuación entendió que “... 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” (caso Loayza Tamayo vs. Peru, sentencia sobre el fondo del 17 de septiembre de 1997, párrafos 80 y 81).

En este sentido, cabe destacar el pronunciamiento reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el

Cámara Federal de Casación Penal

caso “C. 568. XLIV y C. 594. XLIV. Recursos de Hecho Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut”, sentencia del 6 de agosto de 2013 en la que sus integrantes profundiza el examen sobre el valor que cabe asignarle a los informes finales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitidos en razón del artículo 51 de la CADH.

En este pronunciamiento, a excepción de la Jueza Argibay, los restantes ministros han considerado que dichos informes tienen indudablemente algún tipo de relevancia sobre el comportamiento de los Estados a quienes se dirigen, aunque en sus fundamentos pueden distinguirse matices y posicionamientos bien diferenciados; ya sea –en prieta síntesis– a favor de la obligatoriedad de las recomendaciones (jueces Zaffaroni y Fayt considerando 18º); sea exigiendo alguna verificación sobre los esfuerzos del Estado por atender a la recomendación en virtud del principio de buena fe que rige la actuación del Estado en el cumplimiento de sus compromisos internacionales (juez Petracchi, considerando 14º), recurriendo a los mecanismos y procedimientos que el Estado estime más convenientes a ese fin (juez Maqueda, considerando 11º); o simplemente, reconociendo su indudable valor y el deber de los Estados de tomar en consideración y atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes (jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, considerando 12º).

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 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).

De este modo, pues, la conclusión que se impone es que la Ley nº 25.779, lejos de resultar inconstitucional — como pretenden las recurrentes— es tributaria y recoge los lineamientos de los organismos supranacionales encargados de monitorizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino y, de hecho, sería su *inobservancia* aquello que podría constituir una violación a los tratados internacionales de derechos humanos y que, por su integración en el bloque de constitucionalidad (conf. art. 75, inc. 22 de la C.N.) podría ameritar un reproche de esa índole, e incluso sujetar al Estado a responsabilidad internacional.

A mayor abundamiento, recuérdese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que el Estado chileno había violado sus obligaciones a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud, incluso, de que ciertas cláusulas *constitucionales* de ese país contravenían disposiciones convencionales (ver, en este sentido, Corte IDH, Caso "La última tentación de Cristo", — Olmedo Bustos y otros vs. Chile—, Sentencia del 5 de febrero de 2001 sobre el fondo, reparaciones y costas).

Cámara Federal de Casación Penal

En razón de todo lo expuesto, cabe concluir que las defensas no han podido demostrar que fueran desacertadas las respuestas recibidas a sus cuestionamientos –elaboradas conforme la doctrina de la C.S.J.N. aplicable al caso– así como tampoco, que el contenido de la doctrina emergente del caso “Barrios Altos” de la Corte I.D.H., no resulte aplicable a situaciones como las que aquí se juzgan, pese a las diferencias fácticas que puedan hallarse presentes en los diversos casos.

En consecuencia corresponde rechazar la pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la Ley nº 25.779.

V. Sobre la prescripción y el principio de legalidad

V.1. Sintéticamente, las defensas de Tommasi, Ojeda y Pappalardo se refirieron a esta cuestión criticando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas “Arancibia Clavel” y “Simón”, ya citadas.

Consideraron que la aplicación en el caso del instituto de la imprescriptibilidad de la acción penal infringió el principio de legalidad reconocido en la Constitución Nacional.

Entendieron que la aplicación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad no se encontraba vigente en nuestro país al momento de los hechos, de modo que su aplicación afectó el principio de irretroactividad de la ley penal.

Argumentaron acerca de la inexistencia de una costumbre internacional que permitiera afirmar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y expusieron como datos relevantes en ese sentido –entre otros– que en el “Juicio a las Juntas” llevado adelante por la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires se

consideraron prescriptos diversos hechos enjuiciados (tanto en las sentencias como en las impugnaciones).

Consideraron incorrecta la aplicación al caso de la doctrina emergente del precedente "Barrios Altos" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por no resultar obligatoria y por sus diferencias con el caso argentino.

V.2. Viene sobradamente explicado en el pronunciamiento recurrido —y ello no ha sido objeto de controversia— que los hechos materia de juzgamiento en el presente expediente han ocurrido en el marco de la última dictadura, en jurisdicción del Comando de la Zona 1, bajo la órbita operacional del Primer Cuerpo de Ejército que abarcaba las jurisdicciones de las Provincias de Buenos Aires, La Pampa y Capital Federal, conforme surge de la Orden Parcial nº 405/76. Dicho Comando de Zona 1 se hallaba dividido en siete subzonas, la llamada "Capital Federal" y el resto identificadas con los números 11, 12, 13, 14, 15 y 16 que a su vez se dividían en áreas. Por su parte, la subzona 12, que abarcaba entre otros el territorio de los Partidos de Tandil y Olavarría, se subdividió en las áreas 121, 122, 123, 124 y 125 bajo la dependencia del Comando de la Primera Brigada de Caballería Blindada con asiento en Tandil. En lo que aquí interesa, el área 121 tenía su asiento en el Batallón Logístico I de Tandil, mientras que el área 124 lo tenía en el Regimiento de Caballería de Tanques 2 "Lanceros Gral. Paz" de Olavarría. En la sentencia examinada, como ya destaqué, se analizó la responsabilidad que tuvieron Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo, José Luis Ojeda, Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez en la privación ilegítima de la libertad, los tormentos y el homicidio sufridos por Carlos Alberto Moreno, a partir del 29 de abril de 1977 hasta el 10 de mayo del mismo año, fecha en que se consignó su muerte (cfr. fs. 4644/4647).

Resulta ostensible, pues, que los hechos examinados en las presentes actuaciones han sucedido en el contexto de la represión ilegal, ejecutada *"en forma generalizada y por*

Cámara Federal de Casación Penal

un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal” (cfr. Fallos: 309:33); que fundamentalmente consistió en “a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones con la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar de alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno...” (Fallos 309:1694, causa nº 13/84).

Sobre este asunto, debo destacar que las reglas prácticas sancionadas por esta Cámara convocan a evitar la reiteración de la tarea de acreditación de hechos notorios no

controvertidos (Ac. C.F.C.P. nº 1/12, Regla Cuarta).

V.3. Establecido lo anterior, el carácter de lesa humanidad de los delitos imputados resulta, entonces, ineludible. Sobre esta cuestión –que no ha sido puesta en tela de juicio en esta etapa recursiva– ya he tenido la oportunidad de desarrollar mi opinión en la causa nº 9822, “Bussi, Antonio Domingo s/ recurso de casación”, registro nº 13.073.4, del 12/03/2010 y en los aportes posteriores que he formulado, destinados a establecer criterios-guía para determinar las condiciones que debe satisfacer una conducta para constituir un crimen contra la humanidad, luego de haberse establecido que concurre en el caso un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Sobre esa cuestión, por razones de brevedad, me remito a lo establecido en 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.

V.4. En lo que se refiere a la denunciada infracción al principio de legalidad, tal como he examinado al votar en la causa nº 12.083 “Olivera Róvere” ya citada, el máximo tribunal ha reiterado en diversas ocasiones no sólo que la categoría de crímenes de lesa humanidad pertenece actualmente a nuestro derecho, sino que también lo hacía al momento de los hechos objeto de estudio (por lo que su aplicación no violenta el requisito de *ley previa*). Además, al reconocer la existencia de la categoría con base en normas imperativas del derecho internacional no contractual, también se desprende que la Corte Suprema consideró que ello no implicaba la violación a la *ley escrita*.

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

Cámara Federal de Casación Penal

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

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

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

prohibidos como crímenes de lesa humanidad y que la codificación más moderna —el Estatuto de Roma— no ha restringido el espectro de lo aceptado como crímenes de lesa humanidad.

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

Así, en alusión a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (con jerarquía constitucional desde la sanción de la Ley nº 25.788), 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"* (C.S.J.N. "Arancibia Clavel", Fallos 327:3312, considerandos 27º, 28º y 29º).

El carácter de ley previa a los hechos en juzgamiento del instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad resulta, entonces, indiscutible

Cámara Federal de Casación Penal

por imperio de la costumbre internacional; de modo que no se verifica afectación del principio de legalidad desde esa perspectiva.

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

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

comunidad internacional (cfr. Ziffer, Patricia, *El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad*, en *Estudios sobre Justicia Penal*, Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 753).

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

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

En esa línea, resulta claro que si aceptamos derecho consuetudinario, aceptamos que exista un derecho o una fuente normativa que no provenga de la legislatura. Y en ese mismo camino, la aceptación del derecho de gentes como tal es esencialmente la admisión de un derecho no escrito. Su consagración positiva en la Constitución Nacional, en efecto, "... permite considerar que existe un sistema de protección de

Cámara Federal de Casación Penal

derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa” (C.S.J.N., “Mazzeo”, considerando 15º, Fallos 330:3248).

Lo expuesto, a su vez, conduce a descartar el intento de las defensas de poner en crisis el carácter de norma integrante del derecho internacional general de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. La pretensión se fundó en diversos acontecimientos jurídicos de nuestro país en los que se consideraron prescriptos hechos de esta naturaleza o en los que no fue mencionada la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad. Sin embargo, dejando a un lado otras consideraciones que podrían formularse alrededor de dichos argumentos, lo cierto es que la recurrente no ha logrado poner de manifiesto cómo repercuten tales acotadas circunstancias, frente a la contundencia de la doctrina de la Corte Suprema elaborada con posterioridad a esos acontecimientos, y en la que se ha afirmado indiscutidamente la existencia de una costumbre internacional imperativa que impide la prescripción de los crímenes contra la humanidad.

En efecto, la mención que efectúan los recurrentes de distintos acontecimientos jurídicos en los que no fue mencionada la categoría de delitos de lesa humanidad o en los que no se habría hecho referencia a la imprescriptibilidad no permite inferir en forma alguna una posición contraria a su

existencia por parte del Estado argentino. En otras palabras, la circunstancia de que en los sucesos que describen las defensas no se hiciera alusión a la costumbre internacional en materia de imprescriptibilidad no significa que ella no existiera. Sin perjuicio de que las razones de tales acontecimientos exceden largamente el margen del examen casatorio aquí debido, lo cierto es que, de cualquier modo, la afirmación de que en los `80 no existía la costumbre internacional que la Corte Suprema hoy invoca" resulta una alegación desprovista de todo respaldo que la avale.

Por lo demás, con respecto a la revisión del criterio adoptado por el Alto Tribunal en los citados precedentes "Arancibia Clavel" y "Simón", cabe reiterar que los planteos introducidos como novedosos han sido materia de consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pues, más allá de la apreciación de las defensas sobre los acontecimientos particulares señalados, 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 (cfr. 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*

Cámara Federal de Casación Penal

Cevallos” – cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6º y 7º)” (cfr. C.S.J.N. “Arancibia Clavel”, cit., voto concurrente de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, considerando 36º; y voto del juez Petracchi, considerando 23º; en términos similares, voto del juez Maqueda, considerandos 43º y 74º).

Una última aclaración se impone realizar alrededor de la alegada inexistencia de la costumbre internacional. Los recurrentes manifestaron que una expresión de ello podía encontrarse en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ya que dicho instrumento admite que los Estados reglamenten la prescripción de las acciones nacidas en virtud de ese delito.

Sin embargo, el argumento se desbarata con una sencilla lectura del texto convencional.

Ello así, por cuanto el citado instrumento establece un conjunto de derechos de las personas y de deberes estatales en torno de la protección, prevención y sanción adecuada del delito de desaparición forzada, tanto en el caso de que se cometa como un delito común como para el supuesto en que pueda caracterizarse como crimen de lesa humanidad (cf. el preámbulo de la convención, en particular el párrafo quinto).

Luego, al determinar las pautas que deben seguir los Estados para establecer los regímenes de prescripción, el artículo 8º señala la siguiente frase: “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5,” y sigue: “1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias...”. El artículo 5 estipula: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho

internacional aplicable".

Como puede advertirse, el art. 5 asienta que en determinados casos la desaparición forzada puede constituir un crimen de lesa humanidad y en tales supuestos rigen las reglas y consecuencias del derecho internacional aplicable (v. gr. imprescriptibilidad) y esto es, precisamente, aquello que queda al margen del establecimiento de los estándares para la prescripción en el artículo octavo.

La claridad del texto convencional impide otorgar verosimilitud a la interpretación propuesta en el argumento de la defensa, el que, a raíz de su recorte parcial omite considerar la totalidad de las previsiones reguladas en la norma internacional examinada.

En otras palabras, el instrumento internacional citado no tolera, como sugiere la defensa, la prescripción de los delitos contra la humanidad; sino, que prevé indicadores que deben ser observados por los Estados, cuando establezcan regímenes de prescripción en oportunidad de tipificar al delito de desaparición forzada como delito común en el orden interno.

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

De conformidad con ello, concluyo que a los efectos de declarar la punibilidad de los actos aquí juzgados no constituye óbice para considerar aplicable la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad la ausencia de ley escrita emanada del Congreso Nacional (ley

Cámara Federal de Casación Penal

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

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

Sobre la previsibilidad de las normas punitivas ha dicho la Corte Interamericana que "*... en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos*

deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste", (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia del 2 de febrero de 2001, parág. 106).

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

Todo lo expuesto determina el rechazo de la

Cámara Federal de Casación Penal

pretensión examinada.

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

Las defensas de Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda denunciaron que en el caso se infringió la garantía de ser juzgados en un plazo razonable.

Considero que la pretensión no puede prosperar, pues las recurrentes no han logrado poner en evidencia que la duración del presente proceso, con las características peculiares que presenta, pueda ser calificada de excesiva a la luz de los parámetros que la doctrina judicial vigente considera relevantes para su evaluación (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): 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 tribunal 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).

Esta Sala IV, en el mismo orden de ideas, 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; 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 —como se ha verificado en oportunidades anteriores frente a circunstancias similares a las de la presente causa— que no es factible soslayar la suma complejidad de este tipo de procesos, en los 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 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

Cámara Federal de Casación Penal

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 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, entre otras).

Así pues, el juzgamiento de este tipo de sucesos que incluyen cantidad de víctimas involucradas y de hechos examinados, la diversidad y calidad de los imputados sometidos a juicio, la complejidad de este tipo de investigaciones, en un marco generalizado de ocultamiento probatorio –como se ha observado reiteradamente (Ac. C.F.C.P. n° 1/12, Regla Cuarta)–; son todas circunstancias que, evaluadas en el contexto descripto en los párrafos precedentes no permiten extraer otra conclusión que no sea el rechazo de la pretensión examinada. Es que no se advierte la existencia de dilaciones aptas para calificar de irrazonable el plazo de duración del presente caso.

VII. Sobre la violación al principio de congruencia y la inobservancia del procedimiento previsto en el artículo 381 del C.P.P.N.

a. La defensa de los imputados Méndez sostuvo que,

en oportunidad de alegar, requirió la anulación parcial y absoluta de los requerimientos de elevación a juicio y acusaciones respecto de sus asistidos por violación al principio de congruencia, planteo que fue desestimado y luego rechazado en forma definitiva.

En tal sentido, tuvo presente los argumentos del tribunal a efectos de rechazar lo solicitado, que –según su entender– no pueden ser confirmados y reiteró que la mutación de la plataforma fáctica es clara ya que se pasó de “facilitar con el fin de ocultar” a “facilitar para” la comisión de otros delitos.

Por último, concluyó que resulta desacertada la afirmación efectuada por el sentenciante respecto que no manifestó las concretas defensas de las que se vio privado, pues el derecho resultó “desbaratado” al enfrentar hipótesis contradictorias. Solicitó así la nulidad absoluta y parcial de los requerimientos de elevación a juicio respecto de sus asistidos, como también de las acusaciones y del veredicto dictado en consecuencia.

A efectos de realizar un adecuado análisis del cuestionamiento realizado, corresponde recordar los argumentos del tribunal en orden a su rechazo.

Así el a quo consideró que la defensa centró su embate en que sus asistidos “*fueron convocados a indagatoria por haber facilitado un lugar para alojar al Dr. Moreno y luego ésa, a su criterio, única imputación fue desdoblada en diversos comportamientos punibles*” (cfr. fs. 4653).

En esa dirección, el tribunal explicó que “[e]l acontecimiento histórico que diera lugar a la formación del proceso en relación a los hermanos Méndez no es asimilable a la unidad y pluralidad de delitos propia del derecho penal sustantivo. Los hermanos Méndez facilitaron su chacra en la que fue alojado y torturado el Dr. Carlos Alberto Moreno y ello está perfectamente incluido como complejo histórico unitario en el hecho que intimara el Sr. Juez Federal al

Cámara Federal de Casación Penal

convocarlos a prestar declaración indagatoria. Y ello con independencia de la pluralidad delictiva que pueda exhibirse en el auto de procesamiento y en el requerimiento de elevación a juicio” (cfr. fs. 4653).

Es por ello que –en sustento de su postura– el a quo consideró que la defensa “no pudo denunciar ninguna defensa puntual de la que se haya visto privado alguno de sus pupilos y sólo alegó una genérica violación al derecho de defensa en juicio cuando tuvo a su disposición todos los medios materiales para que en la audiencia oral pudiera aclararse desde el punto de vista jurídico procesal y punitivo la intervención de los hermanos Emilio y Julio Méndez”; y concluyó que sin agravio concreto no hay nulidad ni actos procesales que correspondan ser invalidados (cfr. fs. 4653).

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 parcial de los requerimientos de elevación a juicio y acusaciones debe ser rechazado. Ello por cuanto el tribunal, por un lado, brindó los concretos motivos en los que sustentó el rechazo de lo solicitado; por otro, explicitó que la parte contó con la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa en las distintas etapas procesales.

Por lo expuesto, el agravio impetrado no resulta procedente.

b. La defensa de los imputados de Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez reiteró que se agravó la imputación formulada contra ellos ya que las actuaciones fueron elevadas a juicio a su respecto por considerarlos partícipes secundarios (cfr. fs. 2631/2638vta.), pero luego se los acusó de haber tomado intervención en calidad de partícipes necesarios. En tal sentido, sostuvo que el

tribunal debió advertir a la defensa de tal circunstancia así como sus consecuencias, ofreciéndole la posibilidad de suspender el debate y producir prueba, lo que no ocurrió en desmedro del derecho de defensa.

Considero que el presente cuestionamiento no puede prosperar.

Por un lado, conforme surge del auto respectivo (cfr. fs. 2631/2638vta. –punto II–) el magistrado interviniente dispuso la clausura de la instrucción y elevación de las actuaciones con relación a todos los imputados por los delitos y según los grados de participación criminal descriptos en el apartado III-a de dicho auto (cfr. fs. 2633/2633vta.). En dicho apartado se precisó que las acusaciones –pública y privadas– formularon requerimiento de elevación a juicio respecto de los hermanos Méndez en calidad de partícipes primarios en orden a los artículos 144 bis inciso primero en función del artículo 142 inciso primero (texto según ley 20.642), en concurso real con el artículo 144 ter párrafos primero y segundo (texto según ley 14.616).

Por otro, según se desprende de la sentencia recurrida, al realizar los alegatos, tanto las querellas como el Ministerio Público Fiscal acusaron a los nombrados por igual calificación y grado de participación (cfr. fs.4592vta./4595vta. –acta de debate– y fs. 4630/4633–sentencia–).

De esta forma, como puede advertirse de las constancias citadas, no surgía ninguna necesidad de recurrir al procedimiento previsto en el artículo 381 del C.P.P.N. – sugerido por la defensa– pues no se verificaron en el caso hechos nuevos o circunstancias agravantes que indicaran su procedencia. De tal modo, no se advierte afectación alguna al derecho de defensa de los acusados recurrentes, por lo que el agravio debe ser rechazado.

VIII. Sobre los hechos y la prueba

a. Hechos

A efectos de una mayor claridad expositiva, habré

Cámara Federal de Casación Penal

de recordar que en primer término los hechos que el tribunal tuvo por acreditados: “[q]ue el día 29 de abril del año 1977, aproximadamente a las 22 horas, el abogado Carlos Alberto Moreno fue secuestrado en la intersección de las calles Lamadrid y Dorrego de Olavarría por al menos dos personas armadas que se movilizaban en un automóvil anaranjado, con patente colocada 017.333 sin determinarse su letra inicial, cuando el nombrado regresaba a su domicilio en la calle Lamadrid 2986 de la citada ciudad, luego de cumplir un trámite administrativo en el Instituto Nacional de Comercio Álvaro Barros encomendado por su esposa” (cfr. fs. 4636).

Luego, “[q]ue en la mañana del día 3 de mayo del mismo año, el Sr. Valentín Bulfoni advirtió a un individuo que venía huyendo en muy mal estado de salud, tambaleante, con barba de varios días y en condiciones físicas sumamente precarias, quien se hizo presente en su vivienda situada en el Barrio “Los Laureles”, entrada a la Cantera Albión próxima a la ruta 226 de la ciudad de Tandil, requiriendo agua y auxilio. Que luego de identificarse como el abogado Moreno de Olavarría expresó que hacía cuatro días lo tenían secuestrado aproximadamente a diez cuadras del lugar, indicando con su brazo hacia la ruta y el paraje “El Paraíso”, continuando posteriormente su fuga hacia la cantera donde fue recapturado en presencia de los testigos Valentín y Neri María Bulfoni, Carlos Marchioni y Roberto Pérez, por un grupo de personas armadas vestidas de civil entre las cuales se encontraba el Cabo 1º Ojeda del Ejército”. En esa oportunidad quien era perseguido recibió fuertes golpes en su espalda con una pala arrebatada del vehículo de uno de los testigos, siendo inmediatamente reconducido al lugar en el cual lo tenían privado de su libertad” (cfr. 4637).

Se indicó que con posterioridad a “...observar por última vez a Carlos Alberto Moreno, Carlos Marchioni y Neri

Bulfony se dirigieron a la seccional policial con el objeto de radicar la denuncia, regresando al lugar detrás de una comisión policial que se desplazaba a bordo de una camioneta Estanciera, guiada hacia las cercanías de la cantera Albión por Roberto Rubén Pérez, quien había llegado en primer término a la dependencia" (cfr. 4637/4637vta).

Asimismo, se tuvo por acreditado "...que aproximadamente a cien metros luego de pasar el acceso a la cantera Albión, por indicación de Ricardo Pérez, los uniformados detuvieron a la persona que fuera vista armada persiguiendo a Moreno, quien en oportunidad de ser desarmado y esposado en el interior del vehículo policial se identificó como el Cabo 1º Ojeda del ejército, no pudiendo observar allí la presencia de Carlos Alberto Moreno. Que en ese momento, el oficial Juárez se comunicó con el batallón logístico mediante la radio del móvil policial, la cual tenía banda abierta con el regimiento existente en Tandil, a los fines de establecer la identidad del detenido, siendo informado a través de ese medio por el Mayor Pappalardo que efectivamente la persona detenida por los efectivos era el Cabo 1º José Luis Ojeda, quien se encontraba en operaciones –ejercicio de cerco–, debiendo inmediatamente ser liberado" (cfr. fs. 4638/4638vta.).

Que "...luego de su secuestro, Carlos Alberto Moreno permaneció ilegalmente privado de su libertad, en condiciones inhumanas y sometido a cruentas sesiones de tortura, en la chacra utilizada por las fuerzas armadas como centro clandestino de detención, ubicada en la Circ. I Sec. D. Chacra 93 Manzana 93 del Partido de Tandil, cerca del club de rugby "Los Cardos", indicada por Moreno con su brazo al Sr. Bulfony en su intento de fuga, la cual..., era propiedad en esa época de los hermanos Julio Manuel y Emilio Felipe Méndez, personas económicamente activas en la zona y con fluidos contactos con las autoridades militares" (cfr. fs. 4638vta.).

Finalmente, se tuvo por acreditado que Moreno "...result[ó] muerto por el accionar de las fuerzas armadas

Cámara Federal de Casación Penal

entre los días 3 y 4 de mayo del mismo año en total estado de indefensión” y que “[e]l día 23 de mayo de 1977 a las 11:30 horas el cuerpo de Carlos Alberto Moreno fue entregado a sus familiares en la Jefatura de Policía de la Provincia de Buenos Aires con sede en La Plata, con graves signos de tortura, una herida de bala en el pecho y envuelto en una frazada verde del ejército, consignándose en el certificado de defunción fechado el 10 de mayo de ese año, muerte por hemorragia interna intratorácica por heridas de arma de fuego” (cfr. fs. 4639 vta.).

b. Prueba

En primer término, cabe recordar que el C.P.P.N. ha adoptado el sistema de la sana crítica racional –artículo 398, 2º 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

Cámara Federal de Casación Penal

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 casos signados por la duda (cfr. causa “Pla”, nº 11.076, registro nº 14.839.4, del 2/05/11).

En este orden ideas, debe tenerse presente que las defensas centraron sus embates en torno a que Pappalardo haya sido quien efectivamente identificó mediante una comunicación radial –cuya existencia también se encuentra cuestionada– a Ojeda como personal que se encontraba en la zona –donde fue recapturado Moreno– realizando un operativo cerco, y que este último haya sido quien efectivamente participó en dicho procedimiento.

Por otra parte, se encuentra cuestionado en autos que la chacra perteneciente a los hermanos Méndez haya sido el lugar del cual Moreno logró fugarse luego de ser detenido, a la que habría sido reconducido al ser nuevamente aprehendido y en el que habría sido sometido a tormentos. Veamos.

b.1. Sobre la comunicación radial

La defensa de Roque Ítalo Pappalardo consideró que la prueba de autos no fue valorada conforme a las reglas de la sana crítica racional, toda vez que se tuvo por acreditada la existencia de una comunicación radial, mediante la cual Pappalardo habría identificado a uno de los sujetos que recapturaron a Moreno como el Cabo 1º Ojeda, único elemento que –a su entender– vincularía a su asistido con el hecho investigado en autos.

A ese marco ceñido, con respecto a la existencia de la mentada comunicación radial, el tribunal ponderó que, por

un lado, los testigos Fernando Antolín Sánchez como Alfredo José Menéndez (personal policial —que intervino en el procedimiento en el cual se detuvo a Ojeda— y Comisario respectivamente, ambos de la Comisaría Primera de Tandil al momento de los hechos), al declarar en la audiencia de debate fueron contestes al sostener su existencia. También surgió de sus dichos que la comunicación se mantuvo —a efectos de corroborar la identidad de la persona que había sido detenida— entre el Oficial Principal José Osmar Juárez y el Mayor del Ejército Pappalardo, y que este último informó que el Cabo 1º Ojeda se encontraba en el lugar cumpliendo funciones y ordenó su inmediata libertad, lo que ocurrió (cfr. fs. 4647vta./4648). Esas manifestaciones —en lo sustancial— resultan contestes con la declaración testimonial (incorporada por lectura) de Bautista Fittipaldi (f), personal policial de la mencionada dependencia, obrante a fs. 118vta., oportunamente presentada ante el Juez Federal de Primera Instancia de Azul, doctor Pagliere, en la causa Nro. 42.340 “Dr. Rocha Campos denuncia privación ilegal de la libertad individual. Víctima Dr. Carlos Alberto Moreno —Olavarría—” (cfr. fs. 4647vta./4648).

Por otro, el sentenciante ponderó el informe obrante a fs. 2108/2113 remitido por la Policía Departamental de Azul que comunicó que entre los años 1977 y 1978 existían equipos de radio portátiles marca Motorola que habían sido asignados a la zona de Tandil, como también el informe pericial obrante a fs. 4314/4316 efectuado por la División Comunicaciones Convencionales VHF-UHF de la Policía Federal Argentina —incorporado como prueba documental al debate— en el que no se descarta la posibilidad de que los equipos VHF del Ejército pudieran entablar comunicación con aquéllos que contaba la Policía de la Provincia de Buenos Aires (cfr. fs. 4647vta./4648).

De esta forma, el tribunal concluyó que la cuestionada comunicación radial existió, que ésta fue mantenida con el Mayor Pappalardo (Oficial de Operaciones del

Cámara Federal de Casación Penal

Batallón Logístico I del Área Militar 121 de Tandil), quien identificó al Cabo 1º Ojeda, avaló el operativo realizado y ordenó la liberación de este último (cfr. fs. 4648).

Por ello, si bien es cierto que el informe técnico de fs. 4314 no da certezas acerca de la existencia de la comunicación, también lo es que dicho extremo ha sido despejado por la declaración testimonial brindada en audiencia de debate por los testigos Sánchez y Menéndez.

En efecto, más allá de lo sostenido por el tribunal en el resolutorio recurrido, lo cierto es que del debate surge que el testigo Sánchez no sólo confirmó la existencia de radios en los móviles policiales –extremo no cuestionado por la defensa–, sino que también ratificó sus dichos en instrucción en cuanto a que Juárez estableció comunicación con el Ejército, en particular con el Mayor Pappalardo.

Esta circunstancia se condice –en lo pertinente– con los dichos del testigo Menéndez quien, si bien no se encontraba en el lugar, declaró en debate que le dijo a Juárez que por medio del radio que tenía en el móvil se comunique con el área militar de la cual dependían, que tenía la misma frecuencia, a efectos de establecer si el detenido se encontraba de servicio, lo que le fue confirmado.

En este sentido, si bien el testigo Menéndez dijo que en general suponían que la comunicación radial la recibía un operador y que cree que a Pappalardo le conocía la voz, en particular aclaró que si de su declaración surge que Juárez estableció la comunicación radial esto debió ser así porque, además, era este último quien tenía que resolver sobre la detención en el lugar ya que de lo contrario debían trasladar a la persona a la dependencia.

Aúna lo hasta aquí expuesto, la declaración testimonial de Bautista Fittipaldi prestada en sede de instrucción, quien integró la comisión policial que junto con

el Oficial Principal Juárez, el oficial Sánchez y Roberto Rubén Pérez, partió de la mencionada dependencia policial y llevó a cabo la detención de Ojeda. El testigo en su relato aludió a que el Oficial Juárez se comunicó por el equipo de radio con el Batallón a efectos de confirmar la condición de militar del detenido, la que fue confirmada por un Mayor del Ejército así como también que el detenido se encontraba de servicio en esa zona.

De esta forma, si bien en audiencia de debate el testigo Roberto Rubén Pérez declaró no haber escuchado que se estableciera comunicación alguna y que nada se comentó al respecto, su testimonio no resulta suficiente a efectos de desvirtuar lo hasta aquí expuesto, como tampoco lo es la ausencia de memoria y contradicciones del testigo José Omar Juárez sobre las circunstancias del caso, hecho que llevó al tribunal a ordenar su detención por haber incurrido en el delito de falso testimonio.

Por las consideraciones hasta aquí efectuadas, el presente cuestionamiento debe ser rechazado.

b.2. Sobre la "Chacra Méndez".

La defensa de Julio Manuel y Emilio Felipe Méndez consideró que no se encuentra acreditado en autos que luego de ser privado ilegítimamente de su libertad Moreno haya sido alojado en forma clandestina en la propiedad de sus asistidos ni que luego de ser recapturado haya sido nuevamente conducido a dicho lugar.

Consideró que los testimonios ponderados por el tribunal a efectos de tener por acreditada una supuesta presencia militar —y actividades conexas— en la chacra de sus asistidos resultaron contradictorios.

Con el objeto de realizar un adecuado análisis de los agravios impetrados por el recurrente, corresponde recordar que el tribunal tuvo presente que los centros clandestinos de detención constituyeron un engranaje fundamental en el plan sistemático de represión ilegal existente a la época de los hechos objeto de estudio pues en

Cámara Federal de Casación Penal

ellos –en la mayoría de los casos– se sometía sistemáticamente –entre otras cosas– a los detenidos a tormentos físicos y psíquicos (cfr. fs. 4653vta.).

A tal fin, se utilizaron dependencias que ya tenían como destino la detención de personas y, en otros casos, locales civiles o policiales e inclusive asentamientos de las propias Fuerzas Armadas acondicionados para ese destino.

La ubicación de dichos centros, conforme sostuvo el sentenciante, era estratégica y funcionaban en lugares secretos o bien se ocultaban bajo una fachada de legalidad (vgr.: comisarías, unidades penales, etc.), bajo el control directo de la autoridad militar o policial responsable de la zona o área.

En relación con los hechos objeto de proceso, el tribunal tuvo por acreditado la existencia de un centro clandestino de detención en la chacra propiedad de los hermanos Méndez, ubicada en la intersección de la Avda. Juan Manuel de Rosas y calle Scavini, frente a las instalaciones del Club de Rugby “Los Cardos”, paraje “Los Laureles” de la ciudad de Tandil. Lugar en el que, luego de ser privado ilegítimamente de la libertad, el doctor Carlos Alberto Moreno permaneció en cautiverio, fue sometido a tormentos, recapturado –luego de un intento de fuga– y posteriormente ejecutado (cfr. fs. 4653vta.).

A tal fin el *a quo* ponderó las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por Ana María Pozal, Daniel Ángel Pozal, Neri María Bulfoni y Roberto Rubén Pérez; que a su vez se condicen con los dichos (incorporados por lectura) de Valentín Bulfoni (f) y Carlos Leonardo Marchioni (f) ante el Juez Federal de Primera Instancia de Azul, doctor Pagliere, en la ya citada causa Nro. 42.340 (cfr. fs. 64/65 y 115/177 respectivamente), como también por la denuncia (incorporada como prueba al debate) formulada por

Petronila García de Pozal ante la CONADEP en fecha 15/5/1984 y su posterior ratificación (cfr. fs. 358/361 y 371/371vta. (testigo inhabilitada para declarar en este juicio).

En efecto, por un lado, al exponer sobre lo ocurrido el 3 de mayo de 1977, Neri Bulfoni, Valentín Bulfoni y Roberto Rubén Pérez, relataron que quien se identificó como policía, al quedarse sin balas, solicitó que fueran a buscar refuerzos a la chacra, ya que allí se encontraban sus compañeros; circunstancia que se condice, con lo manifestado por Fernando Antolín Sánchez, Bautista Fittipaldi y Carlos Leonardo Ojeda (personal policial de la Comisaría Primera de Tandil), quienes indicaron que la detención de Ojeda se produjo en la entrada de la finca en cuestión (cfr. fs. 4654).

Por otro que, conforme sostuvo el tribunal, “[l]os integrantes de la familia Pozal fueron contestes en declarar que en la chacra mencionada se observaron diariamente movimientos de vehículos particulares y otros pertenecientes al ejército, también soldados de uniforme y otras personas de civil que hacían guardia en las inmediaciones de la misma” y que “...desde que el personal militar arribó al lugar era habitual por las noches escuchar gritos, quejidos y lamentos angustiosos de mujeres y hombres” (cfr. fs. 4654).

En este sentido, el sentenciante recordó que tanto Ana María Pozal como Daniel Ángel Pozal y Petronila García de Pozal, relataron que días después del 3 de mayo de 1977, una vez que el personal militar había abandonado la finca, observaron dentro de la misma: “cantidad de gasas, compresas y algodones ensangrentados, un elástico de cama metálico con gomas, cables que iban desde el elástico al enchufe, un teléfono, diversas manchas de sangre, entre otros”. Extremo que resulta conteste con lo manifestado en audiencia de debate por Neri Bulfoni, quien también visitó el lugar una vez que el personal militar se retiró (cfr. fs. 4654).

Es en dicho contexto en el que deben ser analizados los concretos cuestionamientos efectuados por la defensa, en

Cámara Federal de Casación Penal

cuanto a que a partir de una incorrecta interpretación de los dichos de Valentín Bulfoni, única persona a quien la víctima dijo estar secuestrada, se habría llegado a la errónea conclusión de que en la finca de los hermanos Méndez era el lugar en que Moreno estuvo privado ilegalmente de su libertad.

En este sentido, entiendo que la observación realizada por el recurrente debe ser descartada, pues parte de una apreciación parcial del plexo probatorio existente en autos; también extensible a la afirmación realizada por la defensa en punto a que no se encontraría probado en autos que luego de ser recapturada la víctima haya sido trasladada nuevamente a la mentada finca, toda vez que Neri Bulfoni y Marchioni vieron a Moreno por última vez en la zona de la cantera.

En efecto, el testigo Valentín Bulfoni –en lo que aquí interesa– relató a fs. 63/64 que el día 3 de mayo de 1977 se hizo presente en su domicilio una persona joven desaliñada (vestida con un saco a rayas, oscuro, con el pecho descubierto, un pantalón y descalzo) y herida (en el dedo gordo del pie derecho, con una parte negra con principio de infección), moviéndose tambaleante, quien se identificó como Moreno, dijo ser de Olavarría, de profesión abogado y le manifestó que hacía cuatro días lo tenían secuestrado, que venía desde unas diez cuadras, señaló con su brazo la ruta pasando "El paraíso" y salió caminando para la cantera "Albión".

Luego, el testigo relató el paso de un vehículo a baja velocidad, proveniente del lado de la ruta con dirección a la cantera, con tres sujetos en su interior, que al rato pasó nuevamente con sólo dos ocupantes. También narró –entre otras cosas– cómo a su hija le llamó la atención y observó a un sujeto que perseguía a Moreno –quien en un momento quedó

con el torso descubierto— a los tiros. Que el sujeto que seguía a Moreno, en un momento se identificó como “Policía Federal Militar”, le manifestó que se quedó sin balas, tomó a su hija del brazo y le ordenó que fuera hasta “Los Cardos” a buscar a sus compañeros que se encontraban en la casa de los Méndez (cfr. fs. 63/64).

También declaró que cuando “el titulado Policía” vio que Moreno se dirigía a la loma, salió corriendo en dirección a la casa de los Méndez en busca de refuerzos (cfr. fs. 64).

Finalmente el testigo también hizo referencia a un episodio en el cual vio a vehículos policiales y la camioneta de Marchioni estacionada en la casa de los Méndez, como también al desconocido que se identificó como “policía federal militar” esposado, a quien —según cree— luego lo liberaron porque al concurrir a la Comisaría no lo vio más (cfr. fs. 64/64vta.).

Sus dichos, en lo que aquí interesa, esto es, la individualización de la finca perteneciente a la familia Méndez como el lugar en el que se encontraba privado de la libertad Moreno y al que la víctima fue reconducido luego de ser recapturado, son contestes —en lo sustancial— con el relato efectuado en debate oral por su hija, Neri María Bulfoni quien dijo saber que a Moreno lo tenían en la casa de los Méndez porque el muchacho que lo traía le dijo que lo tenían ahí por ser un “subversivo”. La testigo también se refirió a un episodio ocurrido con una pala, luego del cual se dirigieron con Marchioni a la Comisaría a informar lo ocurrido, dependencia desde la cual partió una comitiva policial que se dirigió a la finca en cuestión y ratificó sus dichos en sede instructora.

Por su parte, el testigo Marchioni recordó a fs. 115/117, que el día 3 fue a tirar basura a la chacra que su padre posee a la entrada de la cantera “Albión”. Que cuando estaba lavando su camioneta apareció la hija de Bulfoni, quien llorando le relató que dos hombres querían agarrar a un

Cámara Federal de Casación Penal

tercero, por lo que deciden concurrir a la Comisaría.

Al salir de la chacra para abrir la tranquera, vieron en el asfalto a un sujeto con pistola en mano quien dijo ser de “la Federal”, que estaban haciendo un procedimiento y que se les había escapado un “delincuente subversivo”, a quien la chica indicó como “ese es el hombre” (cfr. fs. 115).

Agregó que a continuación se acercó otro sujeto, no identificándose ninguno de los dos (el primero de ellos le comentó al segundo que se había quedado sin balas), con quienes en la caja de la camioneta volvió hacia atrás, cruzó una loma y una bajadita. Los sujetos le piden que pare, bajan (uno de ellos tomó la pala que había llevado para descargar basura), cruzan la ruta y le apuntan a un sujeto con el torso desnudo, a quien rodean, colocan en el medio y con quien se dirigen rumbo al “Paraíso” (cfr. fs. 115/115vta.).

Luego, el testigo relató –entre otras cosas– que – pese a lo que estos sujetos le indicaron– se dirigieron a la Comisaría 1ra., donde explicaron lo ocurrido, lugar desde el cual partió una comitiva policial, con la que llegaron a una chacra propiedad de “Barbería” (cuyo propietario actual ignora), donde vio su pala –que recuperó– así como también al primer hombre que mencionó en el interior de un celular esposado (cfr. fs. 115vta./116).

Lo hasta aquí expuesto permite descartar –como ya adelanté– el agravio del recurrente respecto a que de una interpretación literal de lo manifestado por la víctima a Valentín Bulfoni se arribó a la errónea conclusión de que la chacra Méndez era el lugar donde Moreno permaneció cautivo.

Es que del relato efectuado por el testigo en sede instructora surge no sólo dicha circunstancia, sino también que el sujeto que persiguió a Moreno a los tiros habría ordenado a su hija que busque refuerzos en “los Cardos”, ya

que sus compañeros estaban en la chacra Méndez, circunstancia esta última que es conteste con el relato efectuado en audiencia de debate por Neri Bulfoni.

Ello, sumado a que la pala que habrían utilizado los sujetos que redujeron a Moreno en la cantera "Albión" fue recuperada por su dueño, Marchioni, en el acceso de la mentada finca (recuérdese que de su relato surge que el grupo integrado por la víctima y sus captores se encaminó rumbo al "Paraíso"), a la cual se dirigió con la comitiva policial que detuvo a Ojeda en el lugar; son elementos todos estos que valorados en su conjunto, permiten convalidar plenamente la conclusión afirmada por el tribunal respecto a que en la chacra de Méndez, Moreno permaneció ilegítimamente privado de su libertad como también que allí fue nuevamente conducido al ser recapturado.

Por lo demás, la genérica afirmación efectuada por el recurrente en punto a que la directiva brindada a la hija de Bulfoni para que buscara refuerzos en la finca en cuestión no implica que Moreno haya estado detenido en el lugar, no obsta a la conclusión a la que arribó el sentenciante, pues la alegación realizada no encuentra sustento en los concretos elementos probatorios obrantes en autos.

Resta efectuar una última consideración en relación con las apreciaciones formuladas por la defensa respecto a los testimonios de los integrantes de la familia Pozal que fueron tildados por la parte como contradictorios, exagerados y falases.

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 en el marco de un ataque generalizado y sistemático a la población civil, crímenes que fueron cometidos por integrantes del Estado bajo su cobertura y amparo, y que trataron de ocultar toda huella

Cámara Federal de Casación Penal

que permita probar la existencia de los mismos (en igual sentido: Fallos 309-I- 319).

De esta forma, las aparentes contradicciones en la que los testigos pudieron haber incurrido no revisten tal entidad pues en lo sustancial, los miembros de la familia Pozal fueron contestes en señalar que antes de la llegada del personal militar a la denominada finca Méndez el lugar se encontraba deshabitado, que a partir del arribo de los mismos al lugar, por las noches, se oían gritos y pedidos de auxilio; como también aludieron a un concreto episodio que habría tenido como protagonistas a militares y personal policial, a partir del cual los primeros se habrían retirado del lugar, al que ingresaron y en el que encontraron diversos elementos que permitirían suponer que allí habría sido torturada gente (vgr: gasas, medicamentos, algodones ensangrentados, elásticos de cama con gomas, cables que iban desde el elástico al enchufe, un teléfono y manchas de sangre, etc.).

En particular, respecto a la afirmación efectuada por la defensa en punto a que otros testigos negaron la presencia en el lugar de personal militar, cabe destacar que por el contrario, en audiencia de debate, la testigo Ana María Pozal indicó que desde la llegada de estos efectivos a la finca Méndez durante el día no había mucho movimiento sino que todo ocurría mayormente de noche; y precisó que el club no tenía mucho movimiento durante la semana (en este sentido, recuérdese que la testigo relató que el episodio al que alude en su declaración habría transcurrido en el curso de la misma).

Lo expuesto, junto al hecho de que la familia Pozal no sólo trabajaba, sino que también vivía en el lugar, permite dar un mayor grado de veracidad a sus dichos, sin que por ello pueda tildarse de mendaz al relato que otros

testigos pudieron realizar respecto de su paso por las inmediaciones de la finca en cuestión, más aún si se tiene presente que en la mayoría de los casos su presencia en la zona era circunstancial o bien en horario diurno.

Finalmente, tanto Ana María como Daniel Ángel Pozal fueron contestes en señalar en audiencia de debate, ante el concreto requerimiento efectuado, que desde el club se tenía una visión limpia de la finca Méndez, afirmación que no logra ser desvirtuada por el recurrente con las vistas fotográficas a las que alude en su escrito recursivo (algunas de las cuales datan de un período muy posterior a los hechos objeto de proceso).

Por ello, en razón de las consideraciones hasta aquí expuestas, los cuestionamientos analizados deben ser rechazados.

b.3. Sobre la acreditación de los tormentos y el homicidio.

La defensa de Julio Manuel y Emilio Felipe Méndez sostuvo que no se encuentra acreditado en autos que Moreno haya sido víctima de tormentos en la finca propiedad de sus asistidos, pues no fue visto en su interior o inmediaciones, aseveración extensible a su muerte.

En primer término, si bien no ha sido materia de controversia, corresponde recordar en relación a los tormentos de los que fue víctima Moreno, que el día 3 de mayo de 1977 Valentín Bulfoni advirtió a un sujeto que huía en muy mal estado de salud, tambaleante, con barba de varios días y en condiciones físicas sumamente precarias, a quien la víctima se le identificó como Moreno (cfr. fs. 4637). En tanto que, Neri Bulfoni *"hizo referencia en el debate al grave estado físico en el que se encontraba el nombrado, describiendo los hematomas observados en su espalda y cuello y una herida con principio de infección en uno de sus dedos del pie"* (cfr. fs. 4637vta.).

Por otra parte, el tribunal señaló que el cuerpo de la víctima fue entregado a sus familiares en la Jefatura de

Cámara Federal de Casación Penal

Policía de la Provincia de Buenos Aires con sede en La Plata, con graves signos de tortura *“una herida de bala en su pecho”* consignándose en el certificado de defunción fechado el 10 de mayo de dicho año *“muerte por hemorragia interna intratorácica, por heridas de arma de fuego”* (cfr. fs. 4639).

Con relación al estado en que se encontraba el cuerpo de Moreno al ser entregado a sus familiares, Pedro Osvaldo Hardoy describió en audiencia de debate (mediante videoconferencia) *“las graves heridas visualmente percibidas en el cuerpo de Moreno, refiriendo que se encontraba con el torso desnudo y con una herida de bala pequeña, a su criterio debido a la cercanía con la que se efectuó el disparo del arma de fuego”*, relato que en lo sustancial fue conteste con lo declarado en igual ocasión por Susana Mabel Loufedo y Héctor Alfredo Moreno, esposa y hermano de la víctima respectivamente, siendo que el último de los nombrados afirmó *“que recibió el cuerpo de su hermano en pésimas condiciones, con un fuerte golpe en el rostro, dos heridas de bala y la lesión profunda en el dedo del pie”* (también percibida por Neri Bulfoni), sobre la cual tenía un apósito (cfr. fs. 4640).

De esta forma, habiéndose acreditado en autos que Moreno permaneció ilegítimamente privado de su libertad en la finca perteneciente a los Méndez, lugar del cual se fugó y al que fue conducido nuevamente luego de ser recapturado (en este sentido a efectos de evitar repeticiones innecesarias me remito a lo expuesto en el punto VIII.b.2 del presente voto), resulta ineludible concluir, como lo hizo el sentenciante, que en la chacra en cuestión fue sometido a tormentos físicos (recuérdese que la víctima fue vista en condiciones físicas deplorables, con una *“lesión profunda”* en uno de sus pies), más aun teniendo presentes los elementos observados en el lugar (por ejemplo: gasas, medicamentos, algodones

ensangrentados, etc.) por los integrantes de la familia Pozal, luego de que el personal militar se retiró del sitio.

Pero más allá de lo expuesto, 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 el nivel antes descripto, físico –maltratos– como psicológico –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.].

Es que, “[e]l tipo penal no se agota únicamente en la aplicación a la víctima de un maltrato corporal o material sino que abarca todo tipo de padecimiento grave de índole psíquico o moral”, por lo que “...junto a los maltratos físicos, adquieren relevancia las técnicas de desorientación temporo-espacial, el uso del lenguaje, el manejo de los sentimientos de la víctima, y la continua incertidumbre sobre su futuro, todas ellas productoras de sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas que la colocan en una situación de particular vulnerabilidad, acrecentado el riesgo de agresión y arbitrariedad” (cfr. fs. 4658vta.).

Las circunstancias anteriormente descriptas se condicen claramente, en lo que al aspecto psicológico se refiere, con los hechos objeto de proceso, pues no otra cosa implicó el secuestro de la víctima en medio de la noche, su traslado a una chacra ubicada en una zona despoblada y en las afueras de una ciudad distinta a la que vivía, en la que fue sometida a tratos inhumanos y degradantes (cuyas secuelas fueron descriptas), perseguida a los tiros y recapturada

Cámara Federal de Casación Penal

mediante diversas amenazas de muerte (cfr. fs. 4659); elementos todos estos que permiten descartar el cuestionamiento efectuado por la defensa en este aspecto.

Ahora bien, resta analizar la objeción realizada por el recurrente en punto a que tampoco se encuentra acreditado en autos que la muerte de la víctima ocurrió en la chacra propiedad de sus asistidos.

Al respecto, vale recordar una vez más que, por un lado, se encuentra acreditado en autos que Moreno permaneció detenido en la chacra Méndez, lugar del que se fugó y al que fue nuevamente trasladado al ser recapturado con vida; y, por otro, que desde esta última circunstancia hasta que su cuerpo fue entregado a sus familiares en la Jefatura de Policía de la Provincia de Buenos Aires con sede en La Plata (surgiendo del Libro de Entrega de Cadáveres de la Dirección Sanidad de esa policía, el ingreso de un cadáver N.N. o Carlos Alberto Moreno, procedente de Tandil "*traído por personal militar del área, en un ataúd*" –cfr. fs. 175 y fs. 4639 vta./4640–), seguramente –como lo sostuvo el tribunal– producto de las gestiones realizadas por sus familiares, colegas y el magistrado a cargo de la investigación por su desaparición, no se tuvo ninguna otra noticia sobre su paradero.

Ello, sumado a que resulta por todos conocido que el destino de las víctimas podía ser la liberación, legalización o eliminación física (cfr. en este sentido la causa nº 13/84); corrobora la conclusión del sentenciante acerca de que la muerte de Moreno se produjo tal como lo tuvo por acreditado por el tribunal.

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

IX. Sobre la calificación legal

a. Homicidio. Agravantes.

a.1. Alevosía

Se agravia la defensa de Pappalardo de que no existen en autos elementos probatorios que permitan sustentar la imputación del homicidio calificado por alevosía a su defendido, como tampoco conjeturas acerca de las personas que intervinieron para su perpetración, ni elementos que permitan determinar cuándo falleció la víctima o que haya muerto de "dos disparos". Todas esas circunstancias son presunciones que —a su entender— impiden afirmar el elemento subjetivo requerido para el agente a fin de tener por configurada la agravante.

A ese marco ceñido, corresponde recordar, que el tribunal de juicio consideró que la calificación en examen resultaba procedente, con sustento en el estado deplorable en que fue visto Moreno en su intento de fuga, con signos evidentes de agotamiento, producto de los tormentos padecidos, perseguido mediante disparos de arma de fuego y apresado nuevamente por sus captores, quienes lo redujeron a golpes de pala (cfr. fs. 4660 vta.).

El sentenciante consideró que la muerte de la víctima se produjo mientras se encontraba privado ilegítimamente de la libertad, en total estado de indefensión (en tal sentido a efectos de evitar repeticiones innecesarias debe tenerse presente las consideraciones realizadas en el punto VIII. b.2 —chacra—) y que su deceso no ocurrió como fue descrito en el comunicado emitido por el Comando de la Zona 1, esto es, al intentar evadirse con motivo de un traslado, resistir la orden de detención impartida y ser abatido (cfr. fs. 4660 vta.).

En este sentido, el tribunal indicó que el *modus operandi* descrito "fue utilizado de manera generalizada en todo el país como parte del plan de exterminio de presos políticos ocasionando la muerte en oportunidad de efectuarse traslados o disposiciones de libertad, montando falsos enfrentamientos o, como en el caso de autos, intentos de fuga de los detenidos" (cfr. 4660vta.).

De esta forma, el a quo concluyó que "[l]os

Cámara Federal de Casación Penal

ejecutores de Moreno actuaron sobre seguro: tras un prolongado cautiverio en el que fue sometido a todo tipo de tormentos que le provocó un grave deterioro físico y psíquico y luego de haberlo perseguido, recapturado y golpeado, lo asesinaron de dos tiros efectuados a muy corta distancia aprovechándose del total estado de indefensión en que se encontraba” (cfr. fs. 4660vta.).

En virtud de lo expuesto, entiendo que la aplicación de la calificación jurídica cuestionada por la defensa encontró sustento en las concretas circunstancias del caso expuestas por el sentenciante, que resultan coincidentes con la postura que he seguido al sostener 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”*. Anota D’Alessio que *“... para que exista la alevosía como agravante del homicidio, es necesario que la víctima se encuentre en un estado de indefensión que le impida oponer 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. En igual sentido, cfr. causa *“Bussi”* –ya citada– registro 13.073.4, del 12/03/2010 –entre muchas otras–).

En efecto, como se indicó, el secuestro de la víctima en una chacra ubicada en una zona despoblada, en las afueras de una ciudad distinta a la que vivía, en la que fue sometida a diversas clases de tormentos y tratos inhumanos y degradantes, producto de lo cual se encontraba en condiciones físicas deplorables –con una lesión profunda en uno de sus pies– y su muerte producto de lesiones compatibles con un arma de fuego, no permiten arribar a otra conclusión que la sostenida en la sentencia cuestionada, que no logra ser conmovida con las genéricas observaciones realizadas por el

recurrente.

Es que, una vez acreditados los tormentos, la muerte y el funcionamiento de la chacra Méndez como centro clandestino de detención, lugar en el que Moreno permaneció privado ilegítimamente de su libertad, conforme lo expuesto en el punto VIII.b.2 del presente voto, la evaluación en su conjunto de todas esas circunstancias resultan suficientes a efectos de afirmar la configuración de la agravante en análisis y esto más allá de la cantidad de disparos que ocasionaron la muerte de la víctima.

En virtud de lo expuesto, el presente agravio debe ser rechazado.

a.2. Tormentos. La calidad de perseguido político.

Ley más benigna

La defensa de Pappalardo sostuvo que la agravante en examen no resulta procedente por aplicación del principio de ley penal más benigna, toda vez que fue derogada por Ley nº 23.097 (en este sentido arguyó que la figura actual de torturas –artículo 144 tercero del C.P.– no contempla la agravante como tampoco lo hace ninguna de las figuras de los delitos contra la libertad individual ni se encuentra prevista como agravante genérica); y por otro, que no basta con ser un “opositor político” para su configuración sino que este debe ser el motivo por el cual se llevó a cabo la conducta prohibida (indicó que Moreno no militaba en partido político alguno a la época de los hechos investigados en autos aunque era abogado de sindicatos en la zona de Olavarría).

Así las cosas, habré de señalar en primer término que la pretendida aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna sostenida por la defensa no puede prosperar.

Es que la parte omite considerar que aun cuando la redacción actual del artículo 144 tercero del digesto de fondo no contemple la agravante en examen, lo cierto es que con sustento en los hechos que el tribunal tuvo por

Cámara Federal de Casación Penal

acreditados, sería en principio procedente la aplicación de la figura base, que en abstracto prevé para esta clase de delitos –tormentos– una pena que –contrario a lo sostenido por el recurrente– resulta más grave que aquella contemplada en su redacción original; y esto más allá, que la mentada agravante –perseguido político– esté contemplada o no entre los delitos contra la libertad individual o sea una disposición de carácter genérico.

En efecto, el artículo 144 *ter* –texto conforme Ley nº 14.616– del C.P., vigente al momento de los hechos objeto de proceso, establecía que: “Será reprimido con **reclusión o prisión de 3 a 10 años e inhabilitación absoluta y perpetua** el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento” y dispone –entre otras cosas– que “[e]l máximo de la pena se elevará hasta 15 años si la víctima fuese un perseguido político” (el resaltado no consta en el original).

En tanto que, el artículo 144 *tercero* –Ley nº 23.097– del Código Penal en su actual redacción dispone que: “1º Será reprimido con **reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua** el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentra jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquella poder de hecho...” y –entre otras cosas– establece que: “3º Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente” (el resaltado no consta en el original).

Lo expuesto, junto con el simple cotejo de ambas disposiciones legales, permite sin más el rechazo del presente agravio pues un agravio similar fue resuelto por

esta Sala IV en la causa nº 13.667 "Greppi, Néstor Omar y otros s/recurso de casación" (registro nº 1404/12, del 23/08/12).

Sentado ello, resta analizar si conforme lo alega el recurrente, para que se configure la agravante en cuestión, la calidad de perseguido político de la víctima debe ser lo que motive la conducta prohibida.

En este sentido, cabe recordar una vez más que los hechos examinados tuvieron lugar en el contexto de una represión ilegal, ejecutada en forma generalizada y sistemática mediante el aprovechamiento clandestino del aparato estatal (cfr. Fallos: 309:33), que —entre otras cosas— tuvo por objeto la *"capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia..."* (Fallos 309:1694, causa nº 13/84).

De esta forma, toda vez que es un hecho notorio no controvertido (Ac. C.F.C.P. nº 1/12, Regla Cuarta) que la represión ilegal tuvo por objeto la persecución de estos sujetos, dicha circunstancia permite afirmar la calidad de perseguido político de la víctima pues su detención encontró sustentó en esa particularidad.

Es en este sentido, que el tribunal sostuvo que *"el término "elemento subversivo" utilizado por los integrantes del plan sistemático de represión era totalmente impreciso y abarcaba a todo aquél que no respondía a los intereses pretendidos por las Fuerzas de Seguridad. Si bien puede decirse que principalmente eran catalogados de tales quienes detentaban ideas de izquierda, donde por supuesto se encontraban quienes [bregaban] por los derechos de los trabajadores, también quedaban comprendidas personas que simplemente tenían un legítimo interés contrapuesto con un elemento del sistema represivo o vinculado a este"* (cfr. fs. 4659vta.).

Es que *"[p]erseguido político no es sólo el imputado de un delito por causa política, sino también el individuo arrestado o detenido por motivo político, como es*

Cámara Federal de Casación Penal

el de ser opositor al régimen establecido o a las personas que ejercen el gobierno" (Nuñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV-Parte Especial, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1989, pág. 57).

Más allá de lo expuesto, en el caso particular de autos, conforme sostuvo el tribunal "Carlos Alberto Moreno, abogado de profesión, militó en la Juventud Peronista durante sus años universitarios y al momento de ocurridos los hechos era Asesor de la Asociación de Obreros Mineros de la Argentina –AOMA–, entre otras en las empresas "Loma Negra S.A." Y "Cal Piedras". Mantuvo durante toda su vida un profundo compromiso social que se cristalizó en la decisión que tomara al finalizar sus estudios de defender los intereses de la parte obrera". Ello, con sustento en los testimonios de Susana Mabel Loufedo, Héctor Alfredo y Margarita Julia Moreno, Blanca Rodríguez y Carlos Santiago, entre muchos otros (cfr. fs. 4659vta.).

Añadió que de la prueba documental (incorporada al debate) obrante a fs. 1251/1288 surge la existencia de tres fichas, a nombre de la víctima (en la última de las cuales fue etiquetado como "ds": delincuente subversivo), elaboradas por la ex-Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (DIPBA); y que el Comando de la Zona I informó mediante un comunicado (cfr. fs. 234/235 incorporada como prueba al debate) que las fuerzas legales habrían logrado capturar al delincuente subversivo Carlos Moreno que pertenecía a la columna centro de la banda marxista Montoneros, quien desarrolló una intensa actividad en fabricación de bombas y en el transporte de armamento (cfr. fs. 4659vta./4660).

Aunó a lo expuesto los dichos en audiencia de debate de familiares y amigos para quienes eran notorias las amenazas y persecución de la cual era víctima, incluso, que

días antes de su secuestro, llevó a casa de un amigo una bolsa de nylon tipo consorcio llena de libros relacionados con el movimiento obrero y peronista, solicitándole como favor personal que se deshaga de ellos, porque “estaba jugado” (cfr. fs. 4660).

En este sentido, el tribunal tuvo presente que *“en atención a la labor que desarrollaba el Dr. Carlos Alberto Moreno al momento de su secuestro –abogado, asesor de la AOMA, propulsor de diversas causas contra la cementera Loma Negra por enfermedades ocupacionales y reclamos por la implementación de medidas de seguridad e higiene que resultaban esenciales–, constituía también una molestia para el poder económico de aquella época”* (cfr. fs. 4660).

Por último, indicó que en el marco de la persecución ideológica que se llevaba a cabo en la época, debía ser analizado el allanamiento que, luego de su muerte, se efectuó en su vivienda como la condición impuesta por el ejército a la viuda de Moreno para entregarle su cuerpo de no llevarlo a Olavarría (cfr. fs. 4660).

En razón de hasta aquí dicho, considero que la agravante en examen ha sido correctamente aplicada al caso por el tribunal, por lo que el cuestionamiento realizado debe ser rechazado.

a.3. Privación ilegal de la libertad. Tormentos. Ne bis in ídem. Concurso

a.3.1. La defensa de Pappalardo consideró que si las violencias a las que fue sometido Moreno para ser privado de su libertad son de carácter permanente no pueden ser consideradas tormentos, porque este es un delito instantáneo, motivo por el cual tampoco puede sostenerse su configuración con sustento en las condiciones inhumanas de detención que le fueran impuestas.

Indicó que si las violencias fueron utilizadas a efectos de la configuración de los delitos en análisis, como agravante en una figura y como apoyo para su procedencia en otra, existió en autos una doble valoración.

Cámara Federal de Casación Penal

Sostuvo que aun cuando las condiciones de detención puedan ser consideradas un tormento en sí mismo y como tal un delito permanente, lo cierto es que la privación ilegal de la libertad prevé la agravante con motivo de la duración, no así los tormentos, por lo que este último delito no reviste el carácter de permanente.

Tuvo presente las lesiones descritas en la pericia de fs. 954/962, como la prueba existente en autos, y consideró que no puede sostenerse la configuración del delito de tormentos.

En definitiva consideró que no corresponde la aplicación de la privación ilegal de la libertad y tormento en concurso real.

a.3.2. A efectos de una mayor claridad expositiva, habré de invertir el orden de tratamiento de los cuestionamientos impetrados por la parte, pues de su favorable recepción o no, dependerá el ingreso a los restantes.

En primer término, corresponde recordar que Roque Ítalo Pappalardo fue condenado por los delitos de privación ilegal de la libertad doblemente agravada por tratarse de funcionarios públicos y haber sido cometido con violencia, imposición de tormentos doblemente agravado por tratarse de funcionarios públicos y la víctima de un perseguido político, y homicidio calificado por alevosía, en perjuicio de Carlos Alberto Moreno, todo ello en concurso real.

En segundo lugar, sobre la existencia del delito de tormentos, corresponde recordar que los mismos se tuvieron por acreditados tanto en el nivel físico (la víctima fue vista en condiciones físicas deplorables, con una “lesión profunda” en uno de sus pies) como psicológico (secuestro en el medio de la noche, traslado a una chacra ubicado en una zona despoblada y en las afueras de una ciudad distinta a la

que vivía y sometimiento a tratos inhumanos y degradantes, persecución a los tiros y recaptura), por lo que a efectos de evitar repeticiones innecesarias me remito a las consideraciones realizadas en el punto VIII. b.3. del presente voto.

Sentado ello, el cuestionamiento realizado por la parte en orden a la doble valoración de las violencias como agravante de la privación ilegal de la libertad (delito permanente) y sustento a efectos de la configuración del delito de tormentos (delito instantáneo), no puede prosperar; como tampoco el agravio relativo a la forma concursal utilizada.

En efecto, el artículo 142, inciso 1º del C.P. – texto según ley 20.642– calificaba la conducta base “[s]i el hecho se cometiere con violencias y amenazas...”.

Explica Soler que el concepto es genérico y “...no absorbe en sí más que aquellas lesiones necesariamente presupuestas por la figura, toda vez que generalmente ha de tratarse de violencias sobre el cuerpo de la víctima (equimosis, pequeñas escoriaciones)...”; y añade que todo aquello que excede dicho nivel, concurre materialmente (Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, TIV, Ed. Tea, Bs. As., 1967, pág. 45).

De esta forma, toda vez que –conforme se sostuvo con anterioridad– se encuentra acreditado en autos que la víctima fue sometida a tormentos (físicos y psicológicos), violencia que excedió a la estrictamente necesaria a efectos de privarla ilegítimamente de la libertad, no existió en autos una doble valoración prohibida, conforme sostuvo el recurrente.

Por otra parte, en razón de la naturaleza propia de los delitos analizados, en particular de la privación de la libertad que reviste el carácter de delito permanente, no cabe duda que nos encontramos frente a acciones diferentes, cuyos lapsos temporales de desarrollo no coinciden más que en un momento determinado (cfr. mi voto en la causa nº 15.660

Cámara Federal de Casación Penal

“Martínez Dorr, Roberto José s/recurso de casación”, registro nº 872/13, del 31/05/13).

Finalmente la alegación efectuada por la defensa con sustento en el informe pericial obrante a fs. 954/962 relativo a las lesiones verificadas no puede prosperar pues parte de una observación parcial del plexo probatorio existente en autos. Ello, teniendo presente las consideraciones efectuadas al analizar la existencia de tormentos (cfr. punto VIII.b.3. del presente voto), a las que me remito a fin de no resultar reiterativo.

Por lo hasta aquí expuesto, el presente agravio debe ser desechado.

X. Sobre la autoría y la participación

a. 1. La defensa de Julio Alberto Tommasi sostuvo que la sentencia recurrida tuvo por acreditada en forma arbitraria e infundada la responsabilidad de su asistido en los hechos objeto de proceso, la que encontró sustento única y exclusivamente en el cargo que ocupó como Jefe del Área 121 y del Batallón Logístico 1 (en apoyo de su postura citó lo resuelto en la causa nro. 1261/1268 resuelta por el T.O.C.F. Nro. 5 de la Capital Federal).

Hizo mención a la prueba de cargo utilizada por los acusadores a efectos de sustentar la acusación, la que crítico, y concluyó que de existir algún tipo de responsabilidad directa por el planeamiento coordinación y ejecución del hecho, ella debía recaer sobre la Comandancia de la Zona y Subzona pues las Áreas carecían de facultades para inmiscuirse en jurisdicción de otras, y al descender en el aparato organizado de poder se requiere una demostración causal entre el hecho y los autores.

Por otra parte, adujo en relación al concepto de autor, que desconoce cuál ha sido la conducta atribuida a su asistido, falencia que –a su entender– no se subsana mediante

la utilización de la teoría de la autoría por infracción al deber, ya que se atribuyeron comportamientos genéricos con absoluta desconexión entre sí, sin referencia a los aportes que debieron ser configuradores de los tipos que comprometían el plan común.

En definitiva, solicitó la revocación de la resolución por violación a los principios de legalidad y culpabilidad y que se absuelva a su asistido.

a.2. Por su parte, la defensa de José Luis Ojeda consideró que en forma arbitraria e infundada se tuvo por acreditado que Ojeda fue uno de los ejecutores materiales de los delitos cometidos en perjuicio de Moreno y cuestionó los testimonios utilizados a tal fin.

a.3. La defensa de Roque Ítalo Pappalardo sostuvo que el tribunal fundó la condena de su asistido en la posición que ocupó en el Ejército.

Recordó que si bien su asistido tenía el cargo de Mayor y Jefe de Operaciones del Batallón Logístico Nº 1 de Tandil, a la fecha de los sucesos investigados dependía funcionalmente de varias personas.

Afirmó que no se encuentra acreditada su participación en el hecho, que se utilizó un concepto extensivo de autoría que violenta el principio de culpabilidad, por lo que no existió acusación válida a tal fin.

Realizó consideraciones de igual tenor a las efectuadas por la defensa de Tommasi en torno a la teoría de la autoría por infracción al deber (falta de determinación de la conducta atribuida) y solicitó también la absolución de su asistido.

a.4. Por último, la defensa de Julio Manuel y Emilio Felipe Méndez crítico los argumentos por los cuales el tribunal consideró que en la chacra de sus asistidos funcionó un centro clandestino de detención, falencia que también advirtió en la determinación del dolo pues la presunta ocupación del inmueble –en estado de abandono– pudo ser

Cámara Federal de Casación Penal

desconocida por los imputados.

Cuestionó la aseveración realizada en la sentencia respecto de la “estrecha relación” que los imputados tenían con personal policial y reflexionó sobre la entidad del aporte material que se les endilga (participación primaria), ya que los hechos objeto de proceso (secuestro, tortura y muerte) podrían haber sido cometidos sin su intervención.

Indicó que la aplicación al caso de la autoría por infracción al deber importó la asimilación del partícipe al autor y, en consecuencia, no permitió una adecuada subsunción típica.

En definitiva, solicitó que se case el resolutorio recurrido, se recalifique la conducta de los imputados como autores del delito encubrimiento agravado y/o partícipes del delito de privación ilegal de la libertad agravada.

b.1.1. Con el fin de dar una adecuada respuesta a los cuestionamientos realizados por la defensa de Tommasi habré de recordar brevemente lo expuesto en mi voto en la causa nº 12.038 “Olivera Róvere, Jorge Carlos s/recurso de casación” (registro nº 939/12, rta. el 13/06/12), en la que concluí que era procedente la responsabilidad de los jefes de Área –en este caso de quienes revestían en la Subzona Capital Federal– como co-autores mediatos con co-dominio funcional (de la configuración) de los hechos investigados.

En efecto, en primer término, recordé que la teoría del dominio del hecho postula que además del dominio del hecho formal existe el dominio del hecho material como dominio de la decisión y el dominio del hecho material como dominio de la configuración (cfr. Jakobs, Günther “*Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*”, 2º edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 741), o en otras palabras, que “El dominio del hecho puede darse: a través del dominio de la acción cuando el sujeto es la figura

central del acontecimiento y tiene 'las riendas' de la acción típica; a través del dominio funcional del hecho en las hipótesis de coautoría en virtud de una división de tareas; y por medio del dominio de la voluntad de otro en los supuestos de autoría mediata" [Andrés José D'Alessio (director) y Mauro A. Divito (coordinador), "Código Penal de la Nación comentado y anotado", Tomo 1, 2ª edición, La Ley, 2009, pág. 734].

De esta forma, para esta teoría, a los efectos de considerar a alguien autor, no es necesario que haya ejecutado acciones típicas, lo que tiene efectos en la coautoría pues puede haber, entonces, una coautoría del hecho material como dominio de la configuración [dominio funcional (Jakobs, ob. cit., pág. 742 y ss.)].

Es que, como he dicho en anteriores ocasiones "...en la coautoría por división de funciones no siempre cada uno de los coautores ejecuta de propia mano la acción descrita en el verbo típico, al menos en parte, pues el aporte de alguno de los coautores puede no significar una ejecución de la acción típica" (conf. mi voto en causa N°8545, "Torres", registro 13361, del 3/05/2010).

En segundo lugar, tuve presente el concepto de autoría mediata por aparato organizado de poder, en la que es autor mediato quien actúa mediante la utilización de un agente que actúa como un mero instrumento (estructura bifronte: autor detrás del 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" (cfr. Roxin, Claus "La autoría mediata por dominio en la organización", en Revista de Derecho Penal 2005-2, Ed.

Cámara Federal de Casación Penal

Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 9). La coacción o el engaño no es necesaria en esta última clase de autoría mediata porque el aparato de poder organizado tiene a su disposición a eventuales ejecutantes de la orden en caso que un individuo particular se niegue a ejecutarla [fungibilidad del autor directo (En sentido coincidente, cfr.: Stratenwerth, Günter “Derecho Penal, Parte General I”, 2º edición, Ed. Di Plácido, Bs. As., 1999, pág. 242; y Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo “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 N° 9822, “Bussi”, registro 13.073.4 del 12/03/2010).

En tercer lugar, respecto a la responsabilidad de los Jefes de Área, entendí que la aplicación al caso de los institutos expuestos, esto es, el dominio del hecho como constitutivo de la [co]autoría y la autoría mediata por aparato organizado de poder, genera que no sólo la emisión de la orden de secuestrar o torturar pueda acarrear responsabilidad en el Jefe de Área. La realización de aportaciones que concretan los hechos (aunque no sean típicas) puede convertir al que las ordena en coautor mediato por co-dominio funcional del hecho.

En este orden de ideas, en el precedente mencionado indique que logró probarse que los jefes de Área liberaban sus respectivas áreas para que los delitos investigados pudieran llevarse a cabo.

La liberación del área no sólo implicaba la orden

de no interferencia (esencial para la comisión de los delitos imputados), sino también el actuar con el respaldo que brindaba toda una logística militar y patrulleros policiales, que, muchas veces, realizaban un corte de tránsito o cerco del barrio en forma conjunta para que las "patotas" pudieran actuar libremente, a fin de realizar operativos ilegales y evitar el choque entre los distintos grupos y militares.

Recordé que *"las operaciones ilegales contaban frecuentemente con un aviso previo a la autoridad de la zona en que se producían, advirtiéndose incluso, en algunos casos, el apoyo de tales autoridades al accionar de esos grupos armados. Esto se vincula con la denominada 'área libre' que 'permitía que se efectuaran los procedimientos sin la interferencia policial, ante la eventualidad de que pudiera ser reclamada para intervenir'". "La circunstancia de resultar negativos los pedidos que se hacían a las autoridades policiales para que intervinieran y más aún, la total pasividad que éstas adoptaban cuando los operativos se hacían en zonas con vigilancia policial, permiten suponer que los referidos procedimientos ilegales contaban con el conocimiento previo de aquéllas. No sólo adoptaban esas precauciones con las autoridades policiales en los lugares donde debían intervenir, sino que en muchas ocasiones contaban con su colaboración para realizar los procedimientos como así también para la detención de las personas en las propias dependencias policiales"* (causa nº 13/84, Capítulo XI "La Sentencia", pág. 97 y ss.).

Se comprobó en aquella ocasión que los jefes de Área tuvieron una relevancia activa en la llamada "lucha contra la subversión". *"Su cargo fue creado exclusivamente para tales fines, y por tal motivo, dependían operacionalmente de aquellos superiores responsables de los centros clandestinos de detención y de los secuestros que se realizaban en la ciudad, como fue el Jefe de Subzona Olivera Róvere..."*.

Ello se fundó, entre otras cosas, *"...de la Directiva*

Cámara Federal de Casación Penal

404/75 y las que le siguieron, todas ellas elementos de juicio. La coordinación para solicitar el procedimiento de área libertada surge de la Orden de Operaciones 9/77, de donde se desprenden también las vías de comunicación para comunicarse con las Áreas, las tareas y el rol que cumplían esas estructuras en este procedimiento" (cfr. causa "Olivera Rovére" –ya citada–).

A continuación, se repasó el marco normativo imperante en la época [entre ellas cabe mencionar: "Directiva del Consejo de Defensa nº 1/75 (Lucha contra la subversión)"; Directiva del Comandante General del Ejército nº 404/75; Orden Parcial nº 405/76 (titulada "Reestructuración de jurisdicciones y adecuación orgánica para intensificar las operaciones contra la subversión"); Directiva nº 504/77 ("Continuación de la ofensiva contra la subversión durante el período 1977/1978"); Orden de Operaciones nº 9/77 ("Continuación de la ofensiva contra la subversión durante el período 1977"), su Anexo 4 (Ejecución de blancos) y los Apéndices 1 y 2] y se tuvieron en cuenta –entre otros elementos– los dichos de Carlos G. Suarez Mason (Comandante de la Zona 1) y las manifestaciones de Roberto L. Roualdes (Segundo Cte. De la Subzona de la Capital Federal desde agosto de 1976 hasta agosto de 1978).

De esta forma, se tuvo por acreditado el dominio territorial de los jefes de Área.

Por otra parte, se sostuvo que, además de la liberación del área, los jefes de Áreas realizaron otros aportes a los hechos investigados, derivados de la actuación de las Áreas militares con posterioridad a la ejecución de algunos de los delitos imputados (ingresaban a la morgue judicial cadáveres de víctimas de delitos de lesa humanidad, entregaban objetos de las víctimas de los delitos allí investigados a familiares como también los hijos menores de

víctimas de la represión); y que *"...si bien es cierto que la actuación posterior a un hecho no forma parte de la ejecución de ese hecho en particular, la reiteración de la actuación posterior en beneficio de la ejecución del delito puede tener efectos en la consumación de los delitos siguientes. Esto es, quienes ejecutaban de propia mano los delitos, o quienes emitían la orden de ejecutar el delito, contaban con que las Áreas llevarían a cabo ciertas conductas con posterioridad a la ejecución del delito"* (cfr. causa "Olivera Róvere" —ya citada—).

Así, se concluyó que la estructura de funcionamiento de la llamada "Lucha contra la Subversión" estaba detalladamente organizada y las funciones de los distintos eslabones perfectamente determinadas.

En definitiva, se probó que mediante la emanación de las órdenes de liberación de las áreas de las que estaban a cargo y de la ejecución de los aportes señalados, los jefes de Área co-dominaron los hechos a través de un dominio funcional de los acontecimientos en virtud de una división de tareas previamente establecida.

De esta forma, resultó aplicable el artículo 45 del C.P. que expresa que son coautores aquellos que toman participación en la ejecución del hecho, sin requerir la determinación de quien ha efectuado tal o cual conducta (cfr. mi voto en la causa n° 8545 "Torres", registro 13.361, del 3/05/10); y por ello, son co-autores mediatos de los hechos investigados (análisis que —conforme señale en dicha oportunidad— no resulta novedoso en el ámbito en el derecho internacional).

b.1.2. Sentado ello, corresponde recordar el razonamiento efectuado por el tribunal a fin de tener por acreditada la participación de Tommassi y Pappalardo en los hechos objeto de proceso.

Así, conforme surge de los considerandos de la resolución recurrida (Acápito II- Participación) el sentenciante [luego de realizar una: a) breve referencia en

Cámara Federal de Casación Penal

punto al contexto en que se produjeron los hechos objeto de proceso, b) la superación del pasado a través del Derecho Penal, c) la subsunción de la teoría de los delitos de infracción de deberes especiales y de la elevada disposición al hecho en el terrorismo de Estado en Argentina; como también efectuar: d) consideraciones jurídicas sobre la estructura de la represión en la dictadura en la argentina y e) esbozar el marco de actuación del personal militar en la lucha contra la subversión y organigrama funcional de las fuerzas armadas en el ejército] analizó en el punto f) la autoría penalmente responsable de los nombrados (cfr. fs. 4647 y ss.).

En primer término, el tribunal tuvo por acreditado (con remisión al desarrollo que efectuó en el Acápite I- Materialidad de los hechos investigados) que *“fueron las autoridades y personal de la subzona 12 quienes planificaron y ejecutaron el secuestro, aplicación de tormentos y posterior homicidio de Carlos Alberto Moreno, en circunstancias en que el nombrado se encontraba privado ilegalmente de su libertad y en absoluto estado de indefensión y que ello formó parte del plan criminal del gobierno de facto que se desarrolló en nuestro país durante los años 1976 a 1983”* (cfr. fs. 4647).

A continuación el sentenciante consideró necesario analizar la situación que revestían los imputados en el marco de actuación descripto y su participación en los hechos investigados, para lo cual estimó que debía integrar las estructuras y organigramas detallados en el punto e).

En tal sentido, en relación a Tommasi, recordó que de la copia certificada de su *“Legajo Personal Original- Ejército Argentino”*, surge que durante el período 1976-1979 ostentó el grado de Teniente Coronel, siendo simultáneamente Jefe del Área de Defensa 121 y del Batallón Logístico I con

asiento en Tandil (cfr. fs. 4647/4647vta.).

En tanto que Pappalardo, conforme surge de su legajo personal e informe obrante a fs. 4302, durante el período comprendido entre diciembre de 1974 y enero de 1979, se desempeñó con el grado de Mayor del Ejército Argentino como Oficial de Operaciones (S3) del Batallón Logístico I de Tandil (cfr. fs. 4647 vta.).

Por lo que, conforme las estructuras y organigramas citados en el punto e), Tommasi *"era el máximo responsable del Área de Defensa 121, por lo que poseía poder absoluto para disponer los operativos a realizarse y pleno conocimiento de los que llevaban a cabo sus subordinados, así como también, de la totalidad de sucesos acaecidos en su jurisdicción; era el total responsable del accionar del ejército en esa zona"* cfr. fs. 4647 vta.).

En tanto que Pappalardo, de acuerdo al Reglamento RV-200-10 *"Servicio Interno"*, Oficial de Operaciones (S3), era *"miembro de la Plana Mayor de la Unidad, con responsabilidad primaria sobre todos los aspectos relaciones con organización, instrucción y operaciones"*; y *"dependía directamente del Jefe de Batallón Logístico, el Teniente Coronel Julio Alberto Tommasi, y ejercía pleno control de todos los operativos que se llevaban a cabo en el Área, tanto por los integrantes de esa fuerza como de las pertenecientes a las reparticiones policiales de la zona"* (cfr. fs. 4647 vta.).

Luego, el sentenciante aludió a la concepción normativa –infracción de deber– para justificar la imputación de los hechos investigados a Tommasi y Pappalardo; y consideró que la responsabilidad de los nombrados encontró sustento en la inobservancia de deberes especiales, esto es de deberes en virtud de competencia institucional, es decir, el incumplimiento del rol que impone un estatus especial.

"En esta inteligencia los militares, guardias del servicio penitenciario o de los centros clandestinos de detención, que torturaban a los presos o las personas

Cámara Federal de Casación Penal

secuestradas, o que permitían que otros pusieran manos sobre estas personas desamparadas, en el marco de una “guerra sucia” decidiendo junto a otros su destino final, no requieren para la autoría la prueba del dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, ya que su actitud contraria al deber, manifestada por medio de su conducta es suficiente para erigirlos en autores de las privaciones ilegales de la libertad, de las torturas y los homicidios que en dichos ámbitos, generalmente clandestinos, se consumaban” (cfr. fs. 4650vta.).

Es que, sostuvo el tribunal, la administración pública como institución estatal elemental se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas, precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios. El aseguramiento de estas expectativas es el primer deber del funcionario y en un sistema cuya ilicitud resulta palmaria genera responsabilidad institucional para quienes tienen el deber de inferir los cursos lesivos para los bienes jurídicos. Es decir, que no se trata aquí de la lesión de deberes generales de actuación, conocidos como deberes en virtud de competencia de organización, sino del deber infringido por el actuante de comportarse correctamente en el ejercicio de la función pública (cfr. fs. 4650vta./4651vta.).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, el derrotero lógico efectuado por el sentenciante con sustento en la teoría dogmática escogida a efectos de atribuir responsabilidad a Tommasi y Pappalardo en orden a los hechos objeto de proceso, surge correctamente realizado, y por ende, los agravios de los recurrentes sobre el particular no importan más que una mera discrepancia con lo resuelto en este aspecto en la sentencia. Así, lo decidido no logra ser conmovido por las concretas críticas realizadas por las defensas en torno a la prueba de cargo utilizada por los

acusadores para sustentar su acusación, pues la parte omite realizar una consideración conjunta del plexo probatorio existente en autos.

En efecto, respecto de Tommasi, la nota obrante a fs. 175 que da cuenta de la entrega del cuerpo de la víctima por parte de personal militar proveniente del área de Tandil, la manta verde con la que fue visto el cuerpo de Moreno al ser reconocido por sus familiares en la Morgue Judicial, la nota obrante a fs. 153/154 en la cual el Comandante Alfredo Oscar Saint Jean (luego de transcribir el comunicado del 9 de mayo de 1977 por el Comando de la Zona 1 en el que se reconoce que fuerzas legales habían abatido a Moreno, a quien "etiquetan" como delincuente subversivo perteneciente a la columna centro de la banda marxista Montoneros) requiere al Juez provincial actuante se inhíba de seguir entendiendo en la causa y remita las actuaciones a la jurisdicción militar como la nota obrante a fs. 300 por la cual ordena la destrucción de efectos que pertenecían al abogado; son indicios todos ellos que permiten sustentar la conclusión a la que arribó el tribunal respecto a la autoría de Tommasi en los hechos objeto de proceso.

Es que más allá, de lo alegado por el recurrente en cuanto a la autoría de las notas mencionadas (Comando de la Subzona) y que la víctima fue secuestrada en la ciudad de Olavarría (correspondiente al Área 124); lo cierto es que se encuentra acreditado en autos que Moreno permaneció privado ilegítimamente de su libertad, sometido a tormentos, recapturado y reconducido a la finca perteneciente a la familia Méndez, y finalmente muerto, en el ámbito del Área 121, a cargo del imputado, quien -con sustento en las consideraciones oportunamente efectuadas al analizar la responsabilidad de los Jefes de Área en la causa "Olivera Róvere"- resulta irrazonable que haya desconocido dicho extremo, y esto más allá de la responsabilidad que también pudiera corresponder en los hechos investigados a otros sujetos.

Cámara Federal de Casación Penal

Por otra parte, en relación con las alegaciones realizadas por la defensa de Pappalardo, el sentenciante tuvo presente no sólo el cargo que el nombrado ostentó a la época en que ocurrieron los hechos que tuvieron por víctima a Moreno, esto es, Oficial de Operaciones (S3) del Batallón Logístico I de Tandil y como tal miembro de la Plana Mayor (con responsabilidad primaria sobre todos los aspectos relaciones con la organización, instrucción y operaciones) sino también la comunicación radial (sobre cuya existencia e identidad del interlocutor me remito –a efectos de evitar repeticiones innecesarias– a lo oportunamente expuesto en el punto VIII.b.1 del presente voto) que el nombrado mantuvo con el personal policial que actuó en los hechos investigados, a quienes corroboró la identidad (Ojeda) de la persona detenida (captor de Moreno), informó que se encontraba en el lugar cumpliendo funciones (operativo cerco) y respecto del cual ordenó la liberación, lo que ocurrió.

Esta circunstancia, conforme sostuvo el tribunal, da cuenta de la subordinación de las fuerzas policiales al Ejército durante este período, circunstancia corroborada con lo dispuesto en los distintos Reglamentos Militares que fueron incorporados como prueba documental al debate, más aun teniendo presente que *“...fue suficiente una simple orden verbal de éste para que se libere a un detenido, indocumentado, vestido de civil, a quien momentos antes habían visto perseguir a los tiros a una persona lastimada, semidesnuda, que había manifestado haber sido secuestrada...”* (cfr. fs. 4648).

De esta forma, Pappalardo *“tomó decisiones de neto corte ejecutivo típico que culminaron con la muerte violenta del Dr. Carlos Alberto Moreno”* esto es *“Ojeda fue liberado para que continuara con su tarea, la que debe interpretarse como un acto de continuación de las precedentes”*. Es decir,

que *“al secuestro sobrevino la huida, a ésta le sobrevino la captura y después de ésta la liberación de Ojeda implicó una solidarización con su quehacer delictivo precedente”* (cfr. fs. 4648vta.).

En virtud de lo expuesto, los cuestionamientos realizados por los recurrentes deben ser rechazados.

b.1.3 A efectos de realizar un adecuado análisis de las alegaciones efectuados por la defensa de Ojeda, corresponde recordar los fundamentos por el cual el tribunal tuvo por acreditado su participación en los hechos objeto de examen.

En primer lugar, el sentenciante tuvo presente que durante el período 1974-1980, conforme se desprende de su legajo personal y del listado del personal perteneciente a la Base Logística de Tandil obrante a fs. 338/341, José Luis Ojeda revistó en el Batallón Logístico I de Tandil, con el grado de Cabo Primero Conductor Motorista del Ejército Argentino, como Jefe de Grupo del Escuadrón de Transporte de la citada Unidad militar (cfr. fs. 4651vta./4652).

En segundo término, el tribunal recordó que, conforme tuvo por acreditado en el Acápito I relativo a la materialidad, el 3 de mayo de 1977 Moreno se hizo presente – en condiciones físicas deplorables– en el domicilio de la familia Bulfoni, solicitando auxilio siendo luego perseguido a los tiros y recapturado por un grupo de personas, entre ellas Ojeda (cfr. fs. 4652).

A tal fin ponderó los testimonios en audiencia de debate de Neri María Bulfoni, Roberto Rubén Pérez y Fernando Antolín Sánchez quienes lo vincularon directamente con los hechos; como también los dichos en declaración testimonial de Valentín Bulfoni, Carlos Leonardo Marchioni y Bautista Fittipaldi ante el Juez Federal de Primera Instancia de Azul, Dr. Carlos Pagliere, en la causa Nro. 42340 (cuyas copias obran a fs. 64/65, 115/117 y 118/118vta.) que fueron incorporados como prueba al debate (cfr. fs. 4652).

Así, tanto Marchioni como Neri María Bulfoni y

Cámara Federal de Casación Penal

Pérez reconocieron a la persona detenida y esposada dentro del móvil policial como quien momentos antes se había identificado como policía federal y persiguió a los tiros a Moreno, amenazándolo de muerte. Este mismo sujeto, conforme el relato de Fittipaldi y Sánchez, al ser detenido se identificó como el Cabo Primero del Ejército Ojeda, identidad que fue confirmada mediante comunicación radial entre el personal policial y el Mayor Pappalardo, quien indicó que el nombrado se encontraba en funciones y ordenó su liberación, lo que ocurrió (cfr. fs. 4652).

En tercer lugar, el tribunal recordó que al prestar declaración ante dichos estrados Ojeda negó ser la persona detenida (argumentó diferencias fisonómicas –cicatriz en la frente y falta de bigote– con la persona identificada y señaló que el sujeto en cuestión pertenecería a otra Unidad de Tandil) pero consideró que la defensa esgrimida no podía prosperar.

Ello, por cuanto de la compulsas del listado de Oficial y Suboficiales de la Base Logística de Tandil del año 1977 obrante a fs. 338/341 surge que José Luis Ojeda era la única persona con ese nombre y rango de Cabo 1° en la jurisdicción; su identidad fue confirmada por el Mayor Pappalardo ya que era él y no otro a quien había que liberar al encontrarse en medio de un operativo; y varias personas en audiencia de debate lo señalaron con un rol activo en la "lucha contra la subversión" (cfr. fs. 4652vta.).

En cuanto a las diferencias fisonómicas alegadas, el sentenciante argumentó que en la persecución de la víctima –en su fallido intento de fuga– participaron varios sujetos y que alguno de ellos podría tener una cicatriz que explicaría las discrepancias señaladas por el imputado; y añadió que todo indica que Moreno fue trasladado nuevamente a la chacra Méndez, lugar al que la policía no pudo ingresar por

encontrarse apostada gente armada perteneciente al Ejército, al que retornó Ojeda al ser liberado y donde la víctima fue muerta (cfr. fs. 4652vta.).

A la luz de dichas consideraciones, las críticas efectuadas por el recurrente en torno a la prueba testimonial ponderada en autos no pueden prosperar.

En efecto, las observaciones efectuadas por la defensa en orden a la ratificación genérica que —a su entender— realizaron en audiencia de debate los testigos Neri María Bulfoni, Roberto Rubén Pérez y Fernando Antolín Sánchez de sus declaraciones realizadas en el año 1977, no habrá de tener favorable recepción, pues la consideración realizada por la parte debe ser analizada en el contexto en el cual tuvieron lugar los hechos investigados, esto es el ataque generalizado y sistemático a la población civil.

Es que, corresponder recordar una vez más, 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 otros testigos, como en autos ocurrió —en lo sustancial— con los dichos de Valentín Bulfoni, Carlos Leonardo Marchioni y Bautista Fittipaldi ante el Juez Federal oportunamente interviniente, testimonios que fueron incorporados por lectura al debate.

En este último aspecto, las alegaciones efectuadas por el recurrente en torno al valor probatorio de dicha declaraciones, no pueden prosperar, *"...la pretensión de la*

Cámara Federal de Casación Penal

defensa acerca de que la prueba testimonial deba indefectiblemente llevarse a cabo de modo oral...es una exigencia que no surge de los estándares examinados por la C.S.J.N. al tratar el caso Benítez (cit.) ni de los parámetros fijados por los intérpretes de las normas convencionales que la parte alega infringidas (arts. 8.2.f, CADH; 14.3, PIDCyP) para garantizar el derecho a confrontar a los testigos de cargo. Ello por cuanto, más allá de las precisiones que puedan formularse en torno a los aportes de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. casos *Unterpertinger v. Austria*, sentencia del 24/11/86; *Säidi vs. Francia*, sentencia del 20 de septiembre de 1993, entre otros; cuya utilidad viene dada por la similitud entre la cláusula de la CEDH que se examina en esos casos y las contenidas en la CADH y el PIDCyP) así como las determinaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Castillo Petruzzi c. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999 (cf. mi voto en la causa nº 11.076 de esta Sala IV, “*Pla, Carlos Esteban s/recurso de casación*”, reg. nº 14.839, rta. el 2/5/11, ocasión en la que tuve oportunidad de profundizar dicha doctrina) ciertamente tales precedentes no aluden a una modalidad determinada para efectivizar ese derecho.

En este camino, es pertinente destacar que las denominadas *Reglas Prácticas para el juzgamiento de casos complejos*, recientemente dictadas mediante la Acordada 1/12, del Pleno de esta Cámara Federal de Casación Penal (28 de febrero de 2012), recomiendan a los jueces que procuren asegurar a las partes la oportunidad para controlar los testimonios, pero no especifican un mecanismo particular –y mucho menos excluyente– para garantizar eficacia a ese control” (cfr. mi voto en la causa “*Olivera Róvere*” –ya citada–).

De esta forma, la valoración en conjunto de los elementos probatorios mencionados [esto es: el cargo que ostentó Ojeda a la época de los hechos investigados (quien era el único con ese nombre y rango en la jurisdicción), el señalamiento efectuado por los testigos en cuanto a que el sujeto detenido por personal policial en las inmediaciones de la finca Méndez era el mismo que con anterioridad persiguió a la víctima durante su huida a los tiros y participó en su aprehensión, la comunicación radial que corroboró la identificación de Ojeda como personal militar en función en lugar en un operativo cerco y su orden de liberación]; son elementos que permitieron al tribunal concluir razonablemente sobre la participación de Ojeda en los hechos de los que resultó víctima Moreno.

En razón de lo expuesto, corresponde desestimar el agravio.

b.1.4. Por último, la defensa de Julio Manuel y Emilio Felipe Méndez criticó los argumentos por los cuales el tribunal consideró que en la chacra de sus asistidos funcionó un centro clandestino de detención como también el análisis efectuado en orden a la determinación del dolo.

Reflexionó sobre la entidad del aporte material endilgado (participación primaria) y sostuvo que los hechos objeto de proceso (secuestro, tortura y muerte) podrían haber sido cometidos sin su intervención.

Cuestionó la aplicación al caso de la teoría de la autoría por infracción al deber ya que importó la asimilación del partícipe al autor y, en consecuencia, no permitió una adecuada subsunción típica.

En definitiva, solicitó que se case el resolutorio recurrido, se recalifique la conducta de los imputados como autores del delito encubrimiento agravado y/o partícipes del delito de privación ilegal de la libertad agravada.

Sobre el funcionamiento en la chacra Méndez (ubicada en la intersección de la Avenida Juan Manuel de Rosas y calle Scavini, paraje "Los Laureles", de la ciudad de

Cámara Federal de Casación Penal

Tandil) de un centro clandestino de detención, a efectos de evitar repeticiones innecesarias, habré de remitirme a las consideraciones realizadas en el punto VIII.b.2 del presente voto.

Respecto a la crítica efectuada por la defensa en punto a la falta de determinación de dolo de sus asistidos, corresponde –una vez más– recordar los argumentos por los cuales el tribunal tuvo por acreditado la participación de los imputados en los hechos investigados.

En este orden de ideas, el sentenciante tuvo presente que conforme surge de la copia certificada de la ficha dominial de la Municipalidad de Tandil obrante a fs. 377/377vta., los hermanos Emilio Felipe y Julio Manuel Méndez eran propietarios de la mentada finca a la época de los sucesos objeto de proceso; y que ambos reconocieron en sus declaraciones indagatorias de fs. 1462/1464 y 1479/1480, el haber sido co-propietarios del inmueble desde el año 1972 hasta el 2005 aproximadamente (cfr. fs. 4654vta./4655).

A continuación, el tribunal recordó los dichos de los imputados a efectos de negar su participación en los hechos (usurpación) y sostuvo que resulta carente de toda lógica que los nombrados, personas con notoria actuación en la comunidad de Tandil (uno de ellos gerente del Banco Comercial la ciudad y el otro administrador de importantes campos) pudieran ignorar lo que ocurría en la chacra de su propiedad (abandonada –según sus dichos– en el año 1977) al ser manifiesta la presencia de personal militar a plena luz del día, que no tomaba precauciones a efectos de ocultarse su existencia, se presentaba en el Club “Los Cardos” como perteneciente al Ejército, en el que solicitaban agua y comida. En apoyo de su postura tuvo presente los dichos en audiencia de debate de Ana María y Ángel Pozal como lo declarado por Petronila García de Pozal, testimonio que fue

incorporados por lectura al debate (cfr. fs. 4655).

Por otra parte, recordó que una de las características esenciales de los centros de detención era su clandestinidad, circunstancia que permite descartar el argumento esbozado por la defensa en orden a una presunta usurpación pues reflexionó que, de ser así, sus propietarios habrían efectuado la correspondiente denuncia ante las autoridades judiciales correspondiente. Y como sostén de su postura indicó que de los dichos en audiencia de debate de Neri Bulfoni y Roberto Rubén Pérez como del relato oportunamente realizado por Valentín Bulfoni ante el magistrado interviniente de la ciudad de Azul en el marco de la causa n° 42340 (incorporado como prueba al debate), surge que al quedarse sin balas, el sujeto que perseguía a Moreno solicitó que fueran buscar refuerzos a la "casa de los Méndez", lo que permitiría inferir que no existía razón para ocultar dicho extremo pues contaban con permiso para utilizarla (cfr. fs. 4655/4655vta.).

Aunó a ello que tanto en las inspecciones judiciales como en las placas fotográficas efectuadas en la quinta de los nombrados, surge que los accesos al lugar no presentaban signos de violencia, y dedujo que los captores de la víctima no forzaron su ingreso de modo violento. En este sentido, afirmó la existencia de una estrecha relación (más allá de la protocolar que fuera admitida por Emilio Felipe Méndez respecto de su trato con el Coronel Tommasi y el Mayor Pappalardo) entre los hermanos Méndez y las autoridades del Área de Seguridad 121 que posibilitó el préstamo de la chacra con el destino conocido (cfr. fs. 4655vta.).

En razón de lo hasta aquí expuesto, concluyó que *"Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez adhirieron en forma voluntaria al plan instaurado por el gobierno militar en cuanto a sus métodos y finalidad y desde esa adhesión aportaron la chacra que era de su propiedad para ser utilizada por las autoridades del ejército como Centro Clandestino de Detención, teniendo pleno conocimiento que*

Cámara Federal de Casación Penal

allí iban a cometerse todo tipo de hechos aberrantes en nombre de la llamada 'lucha contra la subversión' ” (cfr. fs. 4655 vta.).

Por último, el tribunal estimó que el aporte efectuado por los nombrados resultó indispensable para la ejecución de los hechos que tuvieron por víctima a Moreno (privación ilegal de la libertad y tormentos), esto es para concreción efectiva del plan pergeñado, pues el lugar presentaba características especiales (emplazamiento a las afueras de la ciudad de Tandil, próxima a la ruta; frondosa vegetación que dificultaba su visión desde la calle de acceso, encontrándose la construcción alejada de la misma; y no era un asiento público y notorio de personal perteneciente a alguna de las fuerzas que participaron de la represión ni un destino oficial para recibir detenidos, sino una vivienda particular, a la que no concurría autoridad judicial alguna para realizar una inspección) que aseguraba a quienes la utilizaban *“total seguridad para actuar y absoluta impunidad”* (cfr. fs. 4656).

A continuación el sentenciante efectuó una diferenciación en el grado de responsabilidad que tuvieron ambos imputados en el hecho, pues entendió que si bien el aporte era el mismo, Emilio Méndez había tenido una mayor intervención (cfr. fs. 4556).

En este orden de ideas, tuvo presente que Emilio Felipe Méndez *“mantenía una evidente y notoria relación con las autoridades militares del Área de Defensa 121”* e *“intervino en la irregular ocular efectuada en su chacra días después de la desaparición de Moreno la que, conforme lo relatado por los testigos Luis Horacio y Carlos Raúl Landaburu en la audiencia de juicio, se realizó a altas horas de la noche, en compañía de un grupo de personas que portaban armas de grueso calibre y que, linterna en mano, únicamente*

les permitió acceder a una sola habitación de la finca señalando rápidamente sólo aquellos que estaban interesados en mostrar" (cfr. fs. 4584 -acta de debate- y fs. 4656 -sentencia-).

En tanto que, respecto de Julio Manuel Méndez señaló que "lo expuesto [en relación a su hermano] no le resta responsabilidad" ya que su aporte resultó idéntico: "tenía poder sobre la finca de su copropiedad, decidió prestar la vivienda al ejército a los fines que allí se instalara un centro clandestino de detención y era conocedor de las atrocidades que allí sucedían" (cfr. 4656vta.).

En virtud de lo expuesto, entiendo que el cuestionamiento efectuado por el recurrente en punto a la falta de acreditación del elemento subjetivo por parte de sus asistidos debe ser descartado. El tribunal indicó los concretos motivos en los que sustentó su afirmación, los que ponderados en conjunto permitieron también desvirtuar la alegación efectuada por la defensa en punto a una posible usurpación del inmueble propiedad de los nombrados como también la entidad que debía ser atribuida al aporte efectuado por los imputados Méndez en los hechos objeto de proceso.

Es que, teniendo en cuenta tanto las circunstancias históricas, como el contexto particular en el que se desarrollaron los hechos en la finca propiedad de los hermanos Méndez (con las características antes reseñadas), las pruebas directas rendidas en el debate acerca de la manifiesta presencia militar en el lugar de los sucesos investigados, las ocupaciones de sendos propietarios, personas públicas del ámbito social del lugar -todo ello, tal como ha sido acreditado en el debate- no permite en modo alguno acceder a una conclusión diferente acerca de la participación en los sucesos como fue descripta por el tribunal de juicio.

Resta señalar que la crítica efectuada por la defensa en torno a la teoría dogmática escogida por el

Cámara Federal de Casación Penal

sentenciante a efectos de fundar la responsabilidad de sus asistidos no puede prosperar pues más allá de las alegaciones efectuadas por el recurrente, la entidad atribuida a la participación de sus asistidos en orden a los delitos de privación ilegal de la libertad agravada y tormentos calificados, ambos en concurso real, encuentra sustento en el artículo 45 del C.P., sin que la parte haya logrado desvirtuar con sus afirmaciones dicho extremo.

XI. Sobre la existencia de una causal de justificación o de inculpabilidad

La defensa de Ojeda sostuvo que el tribunal no rebatió los argumentos expuestos en su alegato en cuanto a que su asistido obró al amparo de una causa de justificación como es la obediencia debida (artículo 34, inciso 5° del C.P., prevista en la Ley n° 23.521 cuya constitucionalidad fue confirmada por el Alto Tribunal en el fallo "Camps" del año 1987).

En forma subsidiaria consideró que su asistido habría recaído en un error sobre la existencia de la causal analizada con anterioridad que lleva a la exclusión de su culpabilidad o a su disminución, circunstancia que oportunamente alegó y tampoco fue rebatida por el sentenciante. Veamos.

En primer término, corresponde recordar que el tribunal descartó la existencia de una causal de justificación o de inculpabilidad (obediencia debida), toda vez que consideró la actuación de Ojeda *"en el marco del terrorismo de Estado que asoló en nuestro país no permite acoger la eximente cuando, como ocurre en el caso, las órdenes eran manifiestamente ilegales. La conducta no resulta justificada ni la culpabilidad eximida. No basta con alegar la causal de obediencia debida cuando no se la acompaña de argumentos de hecho y derecho que la tornen admisible, nada*

de ello ocurrió y por eso debe ser rechazada (art. 34, inciso 5° del C.P.)" (cfr. fs. 4653).

En segundo lugar, sobre la cuestión traída a estudio de esta Sala he sostenido con anterioridad que "...los principios jurídicos relativos a los límites de la obediencia a órdenes superiores, ...se basan en el reconocimiento de la capacidad moral del hombre y son inherentes a la tradición jurídica y a las bases filosóficas sobre las que se apoya todo nuestro régimen legal.

En el ámbito interno, se ha pronunciado al respecto, con absoluta claridad, el Dr. Bacqué en Fallos 310:1162, al esgrimir que de ninguna manera la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores pueda exculpar la comisión de hechos atroces o aberrantes.

En el ámbito internacional, nótese que desde los juicios de Nüremberg la defensa fundada en la ejecución de órdenes superiores no excluye de por sí la responsabilidad penal de quien la realiza, sino que, en ciertos supuestos, puede mitigar el castigo que corresponde aplicar (cfr. Ambos, Kai "Impunidad y Derecho Penal Internacional", Ad Hoc, Buenos Aires, segunda edición, 1999, p. 240 y ss.).

En el marco convencional, este criterio se encuentra plasmado en el artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el que se establece la presunción de que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas" (cfr. causa nº 11.076 "Plá, Carlos Esteban y otros s/recurso de casación", registro nº 14.839.4, del 2/05/11).

Por otra parte, sostuve que la afirmación de que el error de prohibición (como especie del error de derecho) no procede en el caso de los crímenes contra la humanidad se funda en la constatación de que ellos son los delitos *mala in se* por antonomasia: su comisión supone la vulneración, desde el propio Estado o con su aquiescencia, de los derechos fundamentales de las víctimas y como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Tal es

Cámara Federal de Casación Penal

la vejación en estos casos, que lo que acaba degradado es directamente su dignidad y condición misma de seres humanos – más allá de un interés jurídicamente protegido en particular–. De ahí que el consenso mundial los considere crímenes aberrantes que ofenden a la humanidad en su conjunto y, en esa medida, parte nuclear, no de un ordenamiento jurídico en particular, sino de aquellos principios inderogables del derecho internacional –*jus cogens*–.

En este sentido, poco parece importar en esta clase de delitos que el error de derecho recaiga sobre el carácter ilícito de las conductas en sí (error de prohibición directo) o sobre existencia de una norma permisiva (*error de permisión o de prohibición indirecto*): en ningún caso es dable sostener –salvo que concurren circunstancias realmente extraordinarias– que un agente estatal puede ignorar que la aplicación de tormentos o la privación de la libertad en condiciones inhumanas de clandestinidad e ilegalidad manifiestas viole los derechos más fundamentales de las víctimas de tales actos o que ello puede estar justificado. Los más elementales principios de la moral intersubjetiva que demanda la vida en sociedad determinan que el despliegue de tales actos, como mínimo, esté rodeado de una fuerte presunción de ilegitimidad para cualquier agente con capacidades epistémicas normales.

En otras palabras, los crímenes contra la humanidad capturan la realización de conductas tan manifiestamente ilícitas que la alegación de un error sobre tal carácter sólo puede encontrar amparo en un agente cuyas capacidades psíquicas se hallan comprometidas al punto tal que no es capaz de comprender el concepto mismo de dignidad humana –y en tal caso, sería la patología, y no el error, aquello que justificaría la exclusión o la disminución de la culpabilidad– (cfr. en extenso mi voto en: C.F.C.P., Sala II,

causa nº 10.431 "Losito, Horacio y otros s/recurso de casación", registro nro. 19.853, del 18/04/12").

A la luz de lo expuesto, las consideraciones efectuadas por el tribunal a efectos de descartar la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad, aunque mínimas resultan suficientes y contestes con lo expuesto; pues ninguna de las circunstancias personales de Ojeda, que fueron alegadas por su defensa, permite alcanzar la conclusión de que el recurrente fuera incapaz de comprender la criminalidad de su conducta o de dirigir sus acciones de modo diverso (conf. art. 34, inc. 1º del C.P.).

Por ello, corresponde el rechazo de los planteos efectuados.

XII. Sobre la pena de prisión perpetua y su constitucionalidad

XII. 1. Las defensas de Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda consideraron que la pena de prisión perpetua contenida en el artículo 80 del Código Penal resultaba inconstitucional a la luz de los principios de humanidad y resocialización. Consideraron sintéticamente que las condenas impuestas se tratan de un equivalente a la pena de muerte; que se aplicaron automáticamente las penas más graves, sin reparar en su fin netamente retribucionista; que dicha modalidad no tiene en cuenta que gran parte de los fines de resocialización se encuentran cumplidos; que resulta desproporcionada, toda vez que no permite evaluar cuestiones presentes en el caso para fundar adecuadamente los aspectos esencialmente personales que marcan la determinación punitiva.

XII. 2. El planteo de inconstitucionalidad 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

Cámara Federal de Casación Penal

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 nº 614 "Rojas, César Almilcar s/recurso de inconstitucionalidad" (registro nº 1623.4, rta. el 30/11/98); y causa nº 3927, "Velaztiqui, Juan de Dios s/recurso de casación e inconstitucionalidad" (registro nº 5477.4, del 17/2/04), que fueron reiteradas en lo sustancial en mi voto en el precedente "Bussi" ya citado.

En dicha oportunidad, sostuve que era 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", Ed. Ad-Hoc, primera edición, Bs. As., 2004, pág. 301/302).

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, nº 24.660 consagra normas que aseguran al interno asistencia espiritual y médica integral, derecho a comunicarse con su familia y allegados, así como también normas que garantizan el ejercicio del derecho a aprender. Establece en su artículo 9, expresamente, que "la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles inhumanos y degradantes" y prevé, 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

Cámara Federal de Casación Penal

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, anticipo, no ha podido ser conmovido por las recurrentes en el presente caso.

En esta dirección, 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)”.

También se afirmó 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 que 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 contradicción 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)”.

Desde otra perspectiva, 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 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)”.

XIII. Sobre la determinación de la pena y su fundamentación

XIII. 1. Las defensas sostuvieron que la sentencia no se ocupó adecuadamente de fundamentar la fijación de la

Cámara Federal de Casación Penal

pena de prisión perpetua. Como consecuencia, peticionaron que se anule la decisión en razón de la arbitrariedad por ausencia de fundamentación.

Considero que la pretensión no puede ser recibida favorablemente.

XIII. 2. En primer lugar, no advierto defectos de fundamentación en el pronunciamiento recurrido en lo que atañe a la determinación de la pena.

Esta afirmación se desprende principalmente de la lectura de esa porción del fallo, que considero suficientemente razonada y que se encuentra al amparo del deber jurisdiccional de fundar la sentencia que también se impone en relación con la conminación penal.

Es que he sostenido con anterioridad que el deber de motivación de toda sentencia (art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación) se extiende sin dudas a la estimación de la sanción, porque *“la motivación de la decisión judicial que impone una pena debe permitir conocer de manera concreta cuáles son las razones por las que el tribunal ha escogido la sanción que aplica y no otra. Ese conocimiento no debe ser logrado mediante un esfuerzo de intuición, sino que ha de quedar claramente a disposición de quien lea el fallo, de manera que no sólo se advierta el marco legal aplicable, sino el uso particular que se ha hecho de él”* (Abel Fleming-Pablo López Viñals, *Las Penas*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2009, pág. 440).

En este sentido se ha expresado desde esta Cámara Federal de Casación Penal, que *“Los jueces tienen el deber de motivar las sentencias y ello se realiza cuando se expresan las cuestiones de hecho y de derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de un determinado modo. Se cumple así un principio que hace al sistema republicano, que se trasunta en la posibilidad de que los justiciables, al ser*

absueltos o condenados, y aquí agrego, a qué tipo y monto de pena, "puedan comprender claramente porqué lo ha sido" (Sala III, causa "Ruiz, Karina Valentina s/recurso de casación", registro nº 120.97.3, del 4/4/1997; en similar sentido, Sala IV, causa "Villafañe, Julio César s/recurso de casación", registro nº 5356.4, del 24/11/2003, entre otros).

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

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

El primero de ellos establece que *"En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso..."*, en tanto que el art. 41 establece, en forma no taxativa, los parámetros individualizadores que se tendrán en cuenta *"[a] los efectos del artículo anterior"*.

XIII. 3. En ese contexto general, debo destacar que los juzgadores expusieron como punto de partida sus precisiones acerca de la determinación de los fines de la pena. A continuación, explicitaron la necesidad de la determinación de los elementos fácticos de la individualización de la pena. Y en esa dirección, señalaron que *"La gravedad de la culpabilidad como concepto en la medición de la pena, su contenido, dependerá en primer lugar*

Cámara Federal de Casación Penal

de la gravedad del injusto del hecho realizado –comprensiva tanto del disvalor de acción (forma de ejecución del delito, etc.) como del disvalor del resultado (magnitud del daño, valor del bien jurídico afectado, situación de la víctima o su familia, etc.)– y en segundo lugar, de la gravedad de la culpabilidad por el hecho (móviles o motivos, etc.), en el sentido dogmático del concepto... Además, determinado lo anterior, debe tenerse en cuenta la personalidad del autor para la magnitud definitiva.”

Como consecuencia del marco teórico fundado en citas de diversos autores de doctrina nacional e internacional, el tribunal descartó las críticas relativas a la falta de proporción de la pena de prisión perpetua y formuló sus consideraciones alrededor de las circunstancias que consideró relevantes a fin de determinar la conminación penal correspondiente a cada uno de los imputados.

Así, en función de los principios referidos y las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P., el tribunal valoró como atenuante para todos los imputados la ausencia de antecedentes penales.

Computó como agravantes, respecto de Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda, los cargos que revestían en el momento de los hechos y las funciones que les correspondían conforme fue valorado al tratar sus participaciones; y la circunstancia de disponer de medios materiales y humanos correspondientes al Estado. Con relación a los cinco condenados, tuvo en cuenta sus edades y niveles de instrucción, circunstancias que les permitieron internalizar las normas y actuar en consecuencia. También destacó la mayor participación en los hechos evidenciada por Emilio Felipe Méndez en relación con su hermano a Julio Manuel Méndez; y tuvo en cuenta la edad de la víctima.

Por otra parte, se computó la extensión del daño

causado, toda vez que al hecho de privar ilegalmente de la libertad, torturar y dar muerte a Carlos Alberto Moreno se le sumó el padecimiento de sus familiares que lo buscaron infructuosamente hasta que les fue entregado el cuerpo.

Finalmente, el tribunal de juicio consideró como pauta de agravación el haber formado parte de un plan criminal gestado y llevado adelante desde el mismo Estado, por ser uno de los puntos más salientes en lo que hace a la gravedad de los hechos, a lo que agregó como criterio de cuantificación el comportamiento posterior de los imputados, tendiente a tornar imposible la satisfacción del derecho a la verdad internacionalmente reconocido (cfr. fs. 4663).

XIII.4. Como se ha podido apreciar, el razonamiento del tribunal se ha desplegado con arreglo a los conceptos sintetizados en el punto XIII.2., tanto en lo que hace a las consideraciones genéricas sobre la pena (cfr. fs. 4662/4663) como al establecer la evaluación de las circunstancias atenuantes y agravantes que, en el caso particular, fueron observadas (cfr. fs. 4663).

Así pues, no lograron adquirir verosimilitud las alegaciones de la defensa en el sentido de que el tribunal habría omitido fundar de modo razonable la imposición de las penas haciendo a un lado su finalidad o por fuera de los límites de la culpabilidad; pues ambas perspectivas fueron expresa y razonablemente abordadas por el tribunal de grado anterior en el pronunciamiento atacado.

XIII. 5. Por lo demás, también aparece desprovista de sustento la afirmación de la parte acerca de que la pena habría resultado desproporcionada.

Ciertamente, su medida debe guardar proporción con la magnitud del injusto y con la culpabilidad del autor. Pero, para sustentar un reclamo en el sentido de que esa relación no ha sido observada no basta con aseverar en abstracto de que se ha visto afectado el principio de proporcionalidad de las penas. Máxime si no se esgrimen las razones de por qué, en el caso concreto, podrían resultar

Cámara Federal de Casación Penal

carentes de proporcionalidad las sanciones recibidas por quienes han sido hallados autores penalmente responsables de delitos de singular gravedad como son la privación ilegal de la libertad, la aplicación de tormentos y el homicidio agravado por alevosía; los que, a su vez, han sido adecuadamente subsumidos en la categoría de crímenes de lesa humanidad.

Desde ya –en respuesta a la queja de las defensas de Tommasi, Ojeda y Pappalardo– tampoco puede soslayarse una vez descartada la pretensión de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, que la imposición de esa sanción era la única posibilidad que otorgaba el Código Penal (cfr. art. 80 inc. 2º del C.P.). Y, 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. En esta dirección, la parte, no ha siquiera intentado un argumento superador frente a dicha circunstancia (cfr. la causa nº 12.038 “Olivera Róvere” –ya citada–).

Resta realizar una última consideración en orden a que, en la inteligencia de las defensas de Julio A. Tommasi, Roque I. Pappalardo y José Luis Ojeda, la pena aplicada en el presente caso resultaría desproporcionada en relación con las recibidas por Orlando Ramón Agosti o Armando Lambruschini en el llamado “Juicio a las Juntas” (Causa nº 13/84) o en comparación con algunas penas impuestas por tribunales internacionales.

La medida de la pena como reflejo de la medida de la culpabilidad por el acto, debe ser analizada en relación con la magnitud del injusto que al sujeto se le reprocha y no, como pretende la defensa, a través de un ejercicio comparativo con el tipo y monto de pena impuesto en casos análogos.

La cuestión se encuentra íntimamente relacionada con el principio de racionalidad de la pena, que exige –como ya indiqué– 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 en el caso concreto. Tal evaluación –como fue dicho– aquí se ha llevado a cabo y no ha podido ser conmovida por las partes recurrentes en el presente caso (en este sentido, cfr. causa nº 9822 “Bussi”, ya citada).

XIII.6. Las defensas recurrentes sostuvieron que el juzgador infringió la prohibición de doble valoración en tanto alegaron que *“el disvalor del supuesto delito de lesa humanidad y todas las características que conlleva ya fue computado al haber sido el motivo invocado para habilitar la prosecución de la causa... Si esa circunstancia posibilitó la existencia de una condena, su valoración a la hora de mensurar la cuantía del injusto... constituye una doble valoración...”* (cfr. fs. 4723, en sentido análogo fs. 4757vta. y fs. 4787, de sendos recursos).

Según interpreto, las recurrentes cuestionaron la afirmación del tribunal relativa a que *“... el haber formado parte de un plan criminal gestado y llevado adelante desde el mismo Estado, es uno de los puntos más salientes en lo que hace a los agravantes...”* (fs. 4663).

La crítica, a mi juicio, no encuentra asidero.

El legislador, al definir las escalas penales de cada tipo en particular, lleva adelante un proceso de selección de variables que considera relevantes y que configuran el marco de disvalor de una determinada conducta. Como explica Ziffer, el legislador intenta que la fórmula que elige comprenda en la forma más completa y precisa posible todas las valoraciones sociales sobre cierto hecho reprochable (Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2005, pág. 106/107). Las circunstancias relacionadas con cada hecho ilícito evaluadas en su conjunto por el legislador son las

Cámara Federal de Casación Penal

que lo conducen a establecer un marco punitivo determinado. De tal manera, al momento de determinar la pena en el caso concreto, el juez tiene el deber de evitar la consideración de aquello que el legislador ya tuvo presente para la determinación de la escala.

El fundamento de la prohibición de doble valoración, se encuentra pues precisamente en esta relación entre la graduación general del injusto plasmada en un marco punitivo con mínimos y máximos en el Código Penal y la evaluación que el juez está facultado a hacer al momento de fijar el reproche específico en función del hecho y de la culpabilidad del autor.

De esta breve explicación del fundamento de la regla que se denunció como infringida se desprende con claridad que la pretensión de la defensa no puede progresar.

La categorización de los sucesos juzgados como crímenes de lesa humanidad no constituye una circunstancia que el legislador consideró (o pudo considerar) para establecer, por ejemplo, la escala del homicidio o la de los tormentos.

Precisamente esta categoría es la que coloca a los hechos en juzgamiento entre los actos ilícitos que la comunidad internacional considera más graves.

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

Por lo demás, que los hechos merezcan la

tipificación en el marco del derecho internacional como crímenes de lesa humanidad y que, en consecuencia, tal categorización haya posibilitado la prosecución de la causa nada tiene que ver con la instancia de evaluación de la gravedad de los hechos en particular. No existe pues una relación como la que la defensa ha intentado establecer entre la categoría internacional que permitió el avance procesal en el caso y la evaluación de la inusitada gravedad de los sucesos encuadrados en esa categoría tal que sea prohibido computarla al momento de determinar la pena.

No se advierte, en consecuencia, infracción alguna a la regla que prohíbe la doble valoración; ni razones de otra índole que conduzcan a desconsiderar la categorización como delitos contra la humanidad que revisten los actos juzgados como elemento de cuantificación de la pena.

XIII. 7. Por último, resulta pertinente hacer una breve consideración a raíz de la mención que hizo la asistencia técnica de los hermanos Méndez con referencia a la determinación del monto de sus sanciones.

En efecto, esa defensa solicitó que se readequen los montos de pena de sus asistidos en función de los factores que habrían sido omitidos, como consecuencia de que la determinación de las sanciones se ha llevado a cabo sin consideración alguna de las pautas mensurativas contempladas en los arts. 40 y 41 del Código Penal (fs. 4828vta.).

Sin embargo, basta con señalar que, al contrario de lo que sugiere la recurrente, en la sentencia han sido explicitadas las circunstancias contenidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, a tenor de las cuales el tribunal consideró pertinente establecer los montos seleccionados para cada acusado teniendo en cuenta su aporte particular. Ello, tal como surge del contenido del pronunciamiento que ya ha sido reproducido en este voto. Por lo demás, la justificación brindada por el juzgador ha sido apropiada en relación con las pautas tomadas en consideración y con la naturaleza y gravedad de las de los hechos y las acciones realizadas por

Cámara Federal de Casación Penal

los acusados. En consecuencia, la queja debe ser desechada.

XIV. Sobre la restricción cautelar de los acusados Julio Alberto Tommasi y Roque Ítalo Pappalardo

En cuanto a la situación de restricción cautelar de la libertad ambulatoria de los acusados resuelta en la sentencia impugnada, tal como se anticipó, sólo corresponde indicar que este tribunal ya ha tenido que expedirse particularmente sobre el asunto en esta misma causa, al escindir el tratamiento de los recursos contra el punto 9º de la sentencia impugnada. En efecto, los agravios contra la decisión del tribunal recurrido relativos a la situación de restricción cautelar de ambos acusados fueron examinados y contestados a fs. 5034/5044 de este mismo expediente, por esta Sala IV con fecha 11 de septiembre de 2012 (registro nº 1605/12), razón por la cual no cabe ninguna otra determinación al respecto.

Ello claro está, sin perjuicio de cualquier cuestión que corresponda resolver en el futuro por vía incidental en cada caso en particular, atento a la naturaleza provisional de las medidas cautelares. En esa dirección, por ejemplo, esta Sala ha sido convocada a pronunciarse en diversas peticiones relativas al examen de las medidas cautelares, en forma posterior al dictado de la sentencia en estudio, tramitadas por carriles accesorios a la causa principal, en los expedientes nº 15.344.4 (registro nº 1110.12); nº 133.4.13 y 134.4.13 (correspondientes a Pappalardo y Tommasi, registros nº 578.13 y nº 579.13 –R.E.F. registro nº 975.13 y nº 976.13– respectivamente).

Por último, resta aclarar que si de los términos de las impugnaciones pretendiera extraerse alguna consideración acerca de la modalidad de cumplimiento de las penas impuestas, sólo cabe poner de resalto que sobre ese asunto no hubo pronunciamiento por parte del tribunal recurrido. De

modo que, más allá de cualquier opinión acerca de las competencias jurisdiccionales en materia de ejecución penal, lo cierto es que ninguna consideración corresponde añadir a falta de materia revisable.

XV. Por lo hasta aquí expuesto, propicio al acuerdo el rechazo de los recursos de casación interpuestos a fs. 4689/4731 por la doctora Gabriela Alejandra Maceda asistiendo a Julio Alberto Tommasi, a fs. 4734/4758vta. por el doctor Patricio Ezequiel Varela asistiendo a José Luis Ojeda, a fs. 4759/4794vta. por la doctora Victoria Sánchez Soulié asistiendo a Roque Ítalo Pappalardo y a fs. 4795/4828vta. por el doctor Andrés Alberto Arla asistiendo a Julio Manuel y Emilio Felipe Méndez; y confirmar la sentencia recurrida en cuanto fue materia de recurso. 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 habré de adherir a las respuestas brindadas por mi distinguido colega que lidera el presente acuerdo, doctor Hornos, salvo en lo que respecta al agravio expuesto por el defensor particular de los hermanos Méndez, doctor Andrés Alberto Arla, concerniente a la imputación y condena que pesa sobre Julio Manuel Méndez.

II. Liminariamente, corresponde recordar que respecto de los sucesos que afectaron al abogado Carlos Alberto Moreno, el tribunal a quo tuvo por probado que "...el día 29 de abril del año 1977, aproximadamente a las 22 horas, el abogado Carlos Alberto Moreno fue secuestrado en la intersección de las calles Lamadrid y Dorrego de Olavarría por al menos dos personas armadas que se movilizaban en un automóvil anaranjado, con patente colocada 017.333 sin determinarse su letra inicial, cuando el nombrado regresaba a su domicilio de calle Lamadrid 2986 de la citada ciudad,

Cámara Federal de Casación Penal

luego de cumplir un trámite administrativo en el Instituto Nacional de Comercio Álvaro Barros encomendado por su esposa.

[...] Que en la mañana del día 3 de mayo del mismo año, el Sr. Valentín Bulfoni advirtió a un individuo que venía huyendo en muy mal estado de salud, tambaleante, con barba de varios días y en condiciones físicas sumamente precarias, quien se hizo presente en su vivienda situada en el Barrio "Los Laureles", entrada a la Cantera Albión próxima a la ruta 226 de la ciudad de Tandil, requiriendo agua y auxilio. Que luego de identificarse como el abogado Moreno de Olavarría expresó que hacía cuatro días lo tenían secuestrado aproximadamente a diez cuadras del lugar, indicando con su brazo hacia la ruta y el paraje "El Paraíso", continuando posteriormente su fuga hacia la cantera donde fue recapturado en presencia de los testigos Valentín y Neri María Bulfoni, Carlos Marchioni y Roberto Pérez, por un grupo de personas armadas vestidas de civil entre las cuales se encontraba quien se identificó como Cabo 1º Ojeda del Ejército. En esa oportunidad quien era perseguido recibió fuertes golpes en su espalda con una pala arrebatada del vehículo de uno de los testigos, siendo inmediatamente reconducido al lugar en el cual lo tenían privado de su libertad.

[...] De la prueba recibida en la audiencia de juicio oral, como asimismo de las constancias obrantes en el expediente principal incorporadas al debate previo acuerdo de partes y en orden al artículo 391 del CPPN, se desprende que luego de intentar fugarse hacia la cantera Albión, Carlos Alberto Moreno fue alcanzado por uno de los secuestradores y llevado mediante disparos de arma de fuego hacia la vivienda de la familia Bulfoni en donde, físicamente deteriorado, con hematomas en su espalda y cuello producto de los golpes recibidos, se arrojó al suelo junto a un alambrado. Que en ese lugar la persona armada se identificó ante los moradores

como autoridad federal, ordenándoles a Neri Bulfoni y a Roberto Pérez, quienes habían llegado minutos antes, que se dirijan a buscar refuerzos a «la casa de los Méndez».

Que en virtud del temor provocado por la situación presenciada los nombrados desoyeron la orden impartida, dirigiéndose separadamente a denunciar lo ocurrido. En el camino Neri Bulfoni encontró a Carlos Leonardo Marchioni lavando su camioneta Chevrolet blanca modelo 76, acudiendo juntos inmediatamente a la Comisaría Primera de Tandil luego de relatarle entre llantos lo sucedido en inmediaciones de la vivienda de su padre. Que en ese momento fueron interceptados por la persona que minutos previos fue vista perseguir a Carlos Alberto Moreno mediante disparos, quien exhibió su arma y les ordenó que lo lleven hacia la chacra de los hermanos Méndez, donde se incorporó al vehículo otra persona armada, indicándole a Marchioni que condujera hacia la sierra donde Carlos Moreno había intentado huir nuevamente. Que las personas a bordo del vehículo observaron al nombrado detrás de una piedra, lo que motivó que sus perseguidores descendieran con una pala de la caja, con la cual golpearon fuertemente a Moreno y lo reingresaron al lugar en el cual permaneció ilegalmente detenido.

[...] Resultando muerto por el accionar de las fuerzas armadas entre los días 3 y 4 de mayo del mismo año en total estado de indefensión.

El día 23 de mayo de 1977 a las 11:30 horas el cuerpo de Carlos Alberto Moreno fue entregado a sus familiares en la Jefatura de Policía de la Provincia de Buenos Aires con sede en La Plata, con graves signos de tortura, una herida de bala en su pecho y envuelto en una frazada verde del ejército, consignándose en el certificado de defunción fechado el 10 de mayo de ese año, muerte por hemorragia interna intratorácica por heridas de arma de fuego”.

Luego, en lo que respecta a la responsabilidad de los hermanos Méndez, los sentenciantes se avocaron,

Cámara Federal de Casación Penal

primeramente, a afirmar la existencia de un centro clandestino de detención en la chacra de los nombrados, lugar en el que estuvo cautivo el señor Moreno. Ello, aseguraron, quedó acreditado, principalmente, con las declaraciones testimoniales prestadas por Ana María Pozal, Daniel Ángel Pozal, Neri María Bulfoni, Roberto Rubén Pérez y Carlos Leonardo Marchioni; personal policial de la Comisaría Primera de Tandil: Fernando Antolín Sánchez, Bautista Fittipaldi; así como también con la denuncia formulada por Petronila García de Pozal por ante la sede de la CONADEP en fecha 15/05/1984 y su posterior declaración testimonial ratificando la misma.

A continuación, los magistrados de la instancia de juicio analizaron el plexo probatorio relativo a la participación de Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez en los hechos objeto de estudio en los presentes actuados, y por los que resultaron condenados.

En efecto, tras recordar los descargos oportunamente expuestos por los imputados (que en el año 1977 la chacra se encontraba abandonada; que no supieron ni consintieron que los militares la ocuparan, razón por la cual habría sido usurpada), los sentenciantes señalaron que dichas defensas debían ser descartadas de plano, pues *“resulta contrario a toda lógica pensar que dos personas de notoria actuación en la comunidad de Tandil -uno de ellos gerente del banco Comercial de esa ciudad y el otro administrador de importantes campos- pudiesen ignorar lo que estaba sucediendo en la chacra de su propiedad cuando era manifiestamente visible la existencia de personal militar en el lugar que actuaba a plena luz del día y no tenía ningún tipo de reparo ni tomaba ninguna precaución para ocultar su presencia.*

[...] *De las diversas inspecciones judiciales efectuadas a la quinta propiedad de los hermanos Méndez así como también de las placas fotográficas obtenidas -todo ello*

incorporado como prueba al debate- se evidencia que las aberturas de la finca no presentaban signos de haber sido violentadas, todas se hallaban en regular estado de conservación. Esto permite aseverar que los captores de Moreno no se valieron de ningún método violento para ingresar a la finca, no forzaron cerraduras ni derribaron puertas, se manejaban allí con total naturalidad.

[...] Puede afirmarse asimismo que el préstamo de la quinta a las autoridades del Área de Seguridad 121 fue concedido por los hermanos Méndez en el marco de la existencia de una estrecha relación con personal militar. El propio Emilio Felipe Méndez al prestar declaración indagatoria ante el juez instructor reconoció haber mantenido relaciones protocolares con distintos militares, entre ellos con el Teniente Coronel Tommasi y el Mayor Pappalardo.

Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez voluntariamente adhirieron al plan criminal instaurado por el gobierno militar en cuanto a sus métodos y finalidad y desde esa adhesión participaron aportando la chacra que era de su propiedad para ser utilizada por las autoridades del ejército como Centro Clandestino de Detención, teniendo pleno conocimiento que allí iban a cometerse todo tipo de hechos aberrantes en nombre de la llamada «lucha contra la subversión».

La contribución de los hermanos Méndez fue indispensable para los ejecutores de los delitos contra Moreno. No se trató de una mera cooperación o de una ayuda posterior, por el contrario, el aporte realizado por los mismos fue imprescindible para el desarrollo y éxito del plan que tuvo como víctima al Dr. Moreno, si éste no hubiera existido la empresa criminal no habría podido llevarse a cabo de la forma que fue originariamente pergeñada.

[...] La chacra aportada por los hermanos Méndez para la instalación de un centro clandestino de detención presentaba características especiales que la diferenciaba claramente de otros y lo tornaban irremplazable -teoría de

Cámara Federal de Casación Penal

los bienes escasos-: se encontraba emplazada en las afueras de la ciudad de Tandil, próxima a la ruta 226; se hallaba cubierta de una frondosa vegetación que dificultaba su visión desde la calle de acceso encontrándose asimismo la construcción alejada de la misma; no era el asiento público y notorio de personal de algunas de las fuerzas que participaron de la represión ni un destino oficial para recibir detenidos sino que se trataba de una vivienda de particulares a la cual jamás concurriría autoridad judicial alguna a efectos de su inspección por desconocer su existencia. Todo esto aseguraba a aquéllos que la utilizaban total seguridad para actuar y absoluta impunidad.

[...] Sentado lo que precede corresponde efectuar una diferenciación en el grado de responsabilidad que tuvieron los imputados en los hechos.

Si bien la responsabilidad de Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez en el aporte es la misma, la responsabilidad en los hechos varía, teniendo el primero de los nombrados una mayor intervención en ellos.

Era Emilio Felipe Méndez quien mantenía una evidente y notoria relación con las autoridades militares del Área de Defensa 121 y quien intervino en la irregular inspección ocular efectuada en su chacra días después de la desaparición de Moreno la que, conforme lo relatado por los testigos Luis Horacio y Carlos Raúl Landaburu en la audiencia de juicio, se realizó a altas horas de la noche, en compañía de un grupo de personas que portaban armas de grueso calibre y que, linterna en mano, únicamente les permitió acceder a una sola habitación de la finca señalando rápidamente sólo aquello que estaban interesados en mostrar.

Cabe aclarar que lo expuesto no le resta responsabilidad a Julio Manuel Méndez ya que la misma en el aporte resultó ser idéntica a la de su hermano: tenía poder

sobre la finca de su copropiedad, decidió prestar la vivienda al ejército a los fines que allí se instalara un centro clandestino de detención y era conocedor de las atrocidades que allí sucedían”.

III. Sentado ello, habré de señalar que, conforme lo vengo sosteniendo en varios precedentes de esta Sala, si bien es cierto que el contexto que caracterizó el funcionamiento de la maquinaria estatal de *represión y aniquilamiento de los elementos subversivos* durante la última dictadura militar argentina, dificulta o impide contar, en la mayoría de las investigaciones, con el “elemento del delito” o con un plexo probatorio completo y acabado, sin que ello implique la imposibilidad de investigar, imputar y condenar por el o los delitos que correspondiere, lo cierto es que dicho obstáculo material no habilita a prescindir de un análisis probatorio que brinde **certeza** acerca, en el caso, del pleno conocimiento, consentimiento y aporte de Julio Manuel Méndez a los hechos tenidos por probados por el tribunal sentenciante.

Ello, toda vez que los principios rectores del Estado de Derecho y del Derecho Penal Liberal, requieren que todo reproche jurídico-penal que se emita contra una persona se delimite en tiempo, modo y lugar determinados, a fin de garantizar al imputado el pleno ejercicio de su derecho de defensa en juicio (confr. arts. 83, 188, 347, 381 y 393, todos del Código Procesal Penal de la Nación).

Es decir, resulta necesario que el titular de la acción penal, sea ésta pública o privada, describa el hecho que se atribuye circunscripto en tiempo y espacio concretos, pues lo contrario implica que el encausado deba defenderse de una imputación cuya plataforma fáctica se encuentra indeterminada, o sea, de hechos que no sabe bien cuáles son, ni dónde y cuándo habrían sucedido.

En atención a lo expuesto, resulta, asimismo, necesario que la decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso debe encontrar sustento en acabada prueba producida

Cámara Federal de Casación Penal

durante el debate, la que debe ser razonablemente analizada por el tribunal de juicio y sólo cuando ella acarree una certeza positiva acerca de la existencia del hecho objeto de investigación, podrá arribarse a un temperamento condenatorio.

Aplicando esta inteligencia al caso que nos ocupa, cabe recordar que el tribunal *a quo*, no mencionó ninguna prueba concreta que probara la participación de Julio Manuel Méndez en los hechos objeto de investigación en los presentes actuados; no así respecto de su hermano Emilio Felipe, de quien se tuvo por acreditado su relación cercana con autoridades del Área de Defensa 121, particularmente, con Tommasi y Pappalardo, además de haber participado de la irregular inspección ocular efectuada en su chacra días después de la desaparición de Moreno.

Sin embargo, para sostener el temperamento condenatorio respecto de Julio Manuel, los magistrados de juicio sólo afirmaron que *"tenía poder sobre la finca de su copropiedad, decidió prestar la vivienda al ejército a los fines que allí se instalara un centro clandestino de detención y era conocedor de las atrocidades que allí sucedían"*.

De ello se desprende que el tribunal *a quo* no incurrió en una arbitraria o errónea interpretación de la prueba producida en el debate, pues directamente no obra en el expediente ningún elemento probatorio que permitiera acreditar la imputación que pesa sobre Julio Manuel Méndez, razón por la cual los magistrados recurrieron a suposiciones que, aunque basadas en la lógica, de ninguna manera pueden suplir el valor procesal de elementos probatorios contundentes y contestes acerca de un accionar concreto por parte del imputado en los hechos investigados.

Es decir, que no se produjo en los presentes

actuados ninguna prueba concreta y directa que acredite suficientemente tal imputación, pudiendo ensayarse innumerables hipótesis acerca del conocimiento o no, del consentimiento o no, del aporte o no, del nombrado en los hechos de mención.

En síntesis, el razonamiento seguido por los sentenciantes para condenar a Julio Manuel Méndez -pues respecto de su hermano, Emilio Felipe, conforme lo señalara mi distinguido colega, doctor Hornos, en su voto, consta acabada prueba sobre su participación en los hechos-, valorando *in totum* los actuados puestos a revisión de esta Excma. Cámara Federal de Casación Penal, no constituye, a criterio del suscripto, una conclusión lógica y necesaria. Ya que, ninguno de los indicios de referencia, tanto de forma aislada como conjunta, resulta inequívoco y suficiente para arribar a dicho temperamento jurisdiccional, pues sólo constituyen meras suposiciones acerca de un posible -no acreditado- aporte del *supra* mencionado.

Por lo tanto, aquel pretendido hilo conector entre la decisión de prestar la chacra a autoridades del Ejército para que se instalara un centro clandestino de detención y el conocimiento real y efectivo de las atrocidades que allí sucedieron, en el caso, la privación ilegítima de la libertad, imposición de tormentos y muerte de Carlos Alberto Moreno, construido sobre la suposición de que "no podía ignorar" tales circunstancias, no sólo evidencia un silogismo falaz sino que, además, cercena al imputado su derecho de defensa en juicio.

IV. Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo: **I. RECHAZAR** los recursos de casación interpuestos por la Defensora *Ad Hoc* de la Defensoría General de la Nación -doctora Graciela Alejandra Maceda- en representación de Julio Alberto Tommasi; el Defensor Público Oficial -doctor Patricio Ezequiel Varela- asistiendo a José Luis Ojeda; y la Defensora *Ad Hoc* de la Defensoría General de la Nación -doctora Victoria Sánchez Soulié-, en representación de Roque Ítalo

Cámara Federal de Casación Penal

Pappalardo (fs. 4689/4731, 4734/4758 vta. y 4759/4794 vta., respectivamente), sin costas (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.); y **II. HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación deducido por el defensor particular de Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez, doctor Andrés Alberto Arla, (fs. 4795/4828 vta.) sólo respecto a los agravios concernientes al primero de los nombrados, correspondiendo entonces, **CASAR** el punto dispositivo 3º de la resolución traída a estudio de esta alzada y, en consecuencia, **ABSOLVER** de culpa y cargo a Julio Manuel Méndez de los hechos por los que ha sido llevado a juicio y **DISPONER SU INMEDIATA LIBERTAD**, previa constatación de ausencia de impedimento legal al respecto (art. 470 y 473 del C.P.P.N.). **III.** Tener presente las reservas del caso federal.

Así 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 Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo, José Luis Ojeda, Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez, motivo por el cual habré de adherir a la solución que propone. Ello, sin perjuicio de señalar que varias de las cuestiones planteadas por los recurrentes han sido analizadas con anterioridad por esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en precedentes que resultan de aplicación, en lo pertinente, para resolver los temas traídos a estudio en esta instancia.

Tal es el caso del planteo referido a la presunta violación del principio de legalidad 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, dichas cuestiones fueron analizadas por

esta Sala IV al fallar en el marco de las causas Nº 12.038 "Olivera Rovere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación" (Reg. Nº 939/12, rta. el 13/6/2012); Nº 14075 "Arrillaga, Alfredo Manuel, Pertusio, Roberto Luis y Ortiz, Justo Alberto Ignacio s/rec. de casación" (Reg. Nº 743/12, rta. el 14/5/2012); Nº 10609 "Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación" (Reg. Nº 137/12, rta. el 13/2/2012); Nº 12821 "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación" (Reg. Nº 162/12, rta. el 17/2/2012), Nº 12161 "Cejas, César Armando y otros s/recurso de casación" (Reg. Nº 1946/12, rta. el 22/10/2012) y Nº 15425, "Muiña, Luis, Bignone, Reynaldo Benito Antonio, Mariani, Hipólito Rafael s/recurso de casación" (Reg. Nº 2266/12, rta. el 28/11/2012); descartando la posible vulneración del principio constitucional invocado con sustento en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Priebke" (Fallos: 318:2148), "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312), "Simón" (Fallos: 328:2056) y "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), en los que se estableció que las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (leyes 24.584, B.O 29/11/1995 y 25.778, B.O 3/9/2003), sin que ello importe una merma del principio de legalidad. Todo lo cual obsta a la procedencia del agravio en trato.

Asimismo, con respecto al planteo de inconstitucionalidad de la ley 25.779 que formulan las defensas, cabe señalar que a través del citado precedente "Simón", la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la constitucionalidad de la ley 25.779 (B.O 3/9/2003) que declaró insanablemente nulas la leyes 23.492 ("punto final") y 23.521 ("obediencia debida"). Dicho precedente, no fue rebatido por las defensas en esta instancia, ni tampoco han agregado nuevos argumentos que permitan un nuevo examen de constitucionalidad de la citada ley. Por ello, corresponde

Cámara Federal de Casación Penal

rechazar sin más el planteo que formulan los recurrentes.

De igual manera, en lo atinente al agravio referido a la presunta vulneración del derecho de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable, 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”, “Muiña” y “Reinhold”, citados *supra*).

En los precedentes de mención se expuso 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, no se advierten dilaciones que hubieran vulnerado

el plazo razonable de juzgamiento; 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 que formulan las defensas.

Por lo demás, los supuestos de obediencia debida y error de prohibición que alegó la defensa de José Luis Ojeda (art. 34, inc. 5 del C.P) como causales de exclusión de la culpabilidad, debe ser rechazado *in limine*, por cuanto la innegable y manifiesta naturaleza ilegal de las órdenes cumplidas por el inculpado en el marco del sistema represivo ilegal en el que se enmarcan las conductas que se le reprochan, impide eximirlo de responsabilidad por obediencia debida (art. 33, apartado 2 del Estatuto de Roma aprobado por ley 25.390, B.O 23/1/2001).

A su vez, la misma naturaleza manifiestamente ilegal de las órdenes cumplidas al llevar a cabo los hechos por los que fue condenado José Luis Ojeda, impide considerar cualquier hipótesis que contemple el desconocimiento sobre la antijuricidad de los actos verificados en la encuesta para encauzar el planteo de error de prohibición esgrimido por su defensa técnica como causal de inculpabilidad.

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 al condenado establecida por las normas internacionales (artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 10.3 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

Cámara Federal de Casación Penal

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 Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo, y José Luis Ojeda.

Asimismo, adhiero al fundado voto del Dr. Gustavo M. Hornos —el que cuenta con adhesión del Dr. Juan Carlos Gemignani— en cuanto a que se encuentra debidamente acreditada en la sentencia la autoría de Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo, y José Luis Ojeda en el hecho ilícito enjuiciado en autos, consistente en la privación ilegal de la libertad agravada en perjuicio de Carlos Alberto Moreno, ocurrida en la ciudad de Olavarría, provincia de Buenos Aires el 29 de abril de 1977, los tormentos agravados que sufrió el causante durante su cautiverio en la chacra de Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez ubicada en la ciudad de Tandil, provincial de Buenos Aires, hasta que se produjo su homicidio agravado por alevosía, consignándose como fecha de su muerte el 10 de mayo de 1977. También comparto la calificación legal asignada por el *a quo*.

Por otra parte, con respecto a la alegada violación al principio de congruencia que alegó la defensa de Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez habré de coincidir con los fundamentos esgrimidos por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Gustavo M. Hornos, para rechazar el agravio. Ello, toda vez que no se advierte —y tampoco ha sido demostrado por los impugnantes— que en el *sub lite* se hubiere afectado el derecho a ser oído de los inculpados como

componente del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la C.N.).

En efecto, de la lectura de las presentes actuaciones se aprecia que Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez fueron requeridos a juicio por el Ministerio Público Fiscal y las partes querellantes, como partícipes necesarios de la privación ilegal de la libertad agravada y los tormentos agravados que damnificaron a Carlos Alberto Moreno (cfr. fs. 2535/2574, fs. 2433/2446, fs. 2462/2466, fs. 2480/2489 y 2517/2521, respectivamente), habiendo el tribunal *a quo* garantizado el derecho a ser oído de los imputados, al convocarlos durante el debate a prestar declaración indagatoria en los términos de los arts. 296 y 378 del C.P.P.N. (cfr. acta de debate de fs. 4581/4600).

La modificación del grado de participación penal – de partícipes secundarios a partícipes primarios– de Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez que alega la defensa y que se registró entre el auto de procesamiento (cfr. fs. 1561/1611) y los requerimientos de elevación a juicio del Ministerio Público Fiscal y las querellas (ya citados), no comportó una violación al derecho de defensa en juicio de los imputados, toda vez que los mismos contaron con la concreta posibilidad de ser oídos durante el debate en los términos en que quedó delimitada la plataforma fáctica del juicio por la acusación. Además, la defensa técnica de los imputados tuvo oportunidad de alegar y enfrentar probatoriamente dicha acusación (art. 18 de la C.N.).

En su razón, la circunstancia que invoca la defensa no afectó garantía constitucional alguna, toda vez que los inculpados tuvieron oportunidad de ejercer su derecho de defensa material y técnica en los términos delimitados por la acusación. En la especie, la ausencia de perjuicio se evidencia ante la concreta posibilidad que tuvo la defensa de cuestionar, alegar y enfrentar probatoriamente durante el debate, la participación necesaria por la que fueron llevados a juicio los imputados por el Ministerio Público Fiscal y las

Cámara Federal de Casación Penal

partes querellantes.

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 otra parte, en lo que respecta al análisis de los agravios formulados por las defensas contra la sentencia condenatoria –puntualmente en lo relativo a la acreditación de los hechos y la responsabilidad penal de los imputados en la privación ilegítima de la libertad agravada, la imposición de tormentos agravados y el homicidio agravado por alevosía de Carlos Alberto Moreno–, entiendo que el preciso y pormenorizado análisis que llevó adelante el distinguido colega que lidera el acuerdo, 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 Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo, José Luis Ojeda que se tuvo por demostrada en la sentencia traída en revisión.

También coincido con las consideraciones y conclusión a las que arribó el doctor Gustavo M. Hornos, en cuanto a que no se verifica arbitrariedad ni defecto de fundamentación, en el aporte esencial que efectuaron Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez para que los hechos objetivados en la presente causa se concretaran. Ello, al poner los imputados a disposición de las autoridades militares la chacra de su propiedad (ubicada en la avenida

Juan Manuel de Rosas y calle Scavini –frente a las instalaciones del club de rugby “Los Cardos”–, en el paraje “Los Laureles” de la ciudad de Tandil, provincia de Buenos Aires), que funcionó como centro clandestino de detención en el que permaneció cautivo y fue objeto de tormentos Carlos Alberto Moreno.

La calidad de propietarios de la chacra en cuestión por parte de Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez, no se encuentra controvertida en autos. La utilización de la misma como centro clandestino de detención por parte de autoridades militares, fue debidamente acreditada en la sentencia. En este último sentido, resultan ilustrativas las placas fotográficas obtenidas de la chacra el día 10 de mayo de 1977 (cfr. fs. 138/147 incorporadas como prueba al debate a fs. 4587/4588); es decir, a sólo siete días de que se registre la fuga y recaptura de Carlos Alberto Moreno de dicho lugar. En las mismas se observa, entre otras cosas, un camastro y una escalera de metal de una pileta colocada en el suelo en forma horizontal, en una de las habitaciones del inmueble. Dichos elementos, en el contexto fáctico que se ventila en autos, resultan compatibles con un escenario acondicionado para la práctica de torturas. Concretamente, la imagen de la escalera de metal ubicada en una de las habitaciones de la vivienda (cfr. fs. 139), se corresponde con las denominadas “parrillas” que innumerables testigos y víctimas de la represión ilegítima instaurada por la última dictadura militar, han descripto como el lugar en el que eran sometidas a torturas por aplicación de pasajes de corriente eléctrica en su cuerpo.

Este último extremo, constituye un hecho notorio y, por tanto, conforme las reglas prácticas sancionadas por esta Cámara Federal de Casación Penal (Ac. C.F.C.P. nº 1/12, Regla Cuarta), no requiere mayores agregados.

En este orden de ideas, la conclusión a la que se arribó en la sentencia, en cuanto a que Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez pusieron a disposición de las

Cámara Federal de Casación Penal

autoridades militares su propiedad para ser utilizada como centro clandestino de detención, constituye una conclusión lógica que emerge de las concretas circunstancias que se tuvieron por acreditada en la sentencia.

En efecto, la presencia militar en el lugar –cfr. declaraciones durante la audiencia de debate de Ana María Pozal y Ángel Pozal–, sin que se advierta signos de violencia en las puertas y ventanas de la finca (cfr. acta de inspección de la finca realizada el 5 de mayo de 1977 de fs. 75 –a dos días de que se registre la fuga y recaptura de Carlos Alberto Moreno del lugar–, incorporada como prueba al debate a fs. 4587/4588), junto con el acreditado conocimiento por parte del personal militar que ocupó la chacra acerca de que sus propietarios resultaban ser los hermanos Méndez –cfr. declaraciones de durante el debate de Neri Bulfoni y Roberto Rubén Pérez, quienes manifestaron que al ser recapturado Carlos Alberto Moreno, su captor (el Cabo Primero del Ejército José Luis Ojeda) les ordenó que se dirijan a la casa de los Méndez a buscar ayuda; en igual sentido confrontar declaración de Valentín Bulfoni de fs. 63/64 incorporado por lectura al debate tras su fallecimiento–, demuestra que la ocupación y utilización de la chacra de los hermanos Méndez para mantener cautivo y someter a tormentos en el lugar a Carlos Alberto Moreno fue consentida por sus propietarios Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez.

A dicha conclusión se llega, además de las circunstancias apuntadas en el párrafo que antecede, si se repara en el tiempo en el que el personal militar ocupó la chacra con los fines mencionados. En este sentido, y ceñido al hecho que se objetiva en esta causa, cabe señalar que, cuanto menos, el personal militar mantuvo cautivo a Carlos Alberto Moreno durante cuatro días en la chacra perteneciente a Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez. Ello surge del

tiempo transcurrido desde el día en que se produjo la privación ilegal de la libertad de Carlos Alberto Moreno en la ciudad de Olavarría, provincia de Buenos Aires (29 de abril de 1977) y el día que se registró su fuga de la chacra de los hermanos Méndez y su posterior recaptura (3 de mayo de 1977). Dicho lapso de tiempo, a su vez, se corresponde con la declaración de Valentín Bulfoni (cfr. declaración de fs. 63/64 incorporado por lectura al debate tras su fallecimiento), quien manifestó que el propio Carlos Alberto Moreno le informó que "hacía cuatro días que 'unos atorrantes' lo tenían secuestrado" (sic).

Las consideraciones precedentemente realizadas, las que encuentran debido sustento en la prueba producida en la causa, resultan suficientes para superar el descargo realizado por los imputados Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez, en cuanto alegaron desconocer la presencia militar en la chacra de su propiedad, invocando la posibilidad de que las autoridades militares hayan usurpado la misma. Dicha hipótesis, como quedara expuesto, resulta inverosímil al constatarse la ausencia de violencia en las puertas y ventanas de la finca y comprobarse que el personal militar que mantuvo cautivo a Carlos Alberto Moreno durante cuatro días en la chacra de los imputados Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez, tuvo conocimiento cierto sobre quiénes eran los dueños del lugar. Todo lo cual permite tener por acreditado, con el grado de certeza que exige un pronunciamiento condenatorio, que Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez pusieron a disposición de las autoridades militares del Área 121 su propiedad para que se lleve a cabo el hecho por el que fueron juzgados y condenados los imputados.

En este orden de ideas, no puede soslayarse que, tal como lo tuvo por acreditado el tribunal de la instancia anterior, Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez resultaban ser personas de "notoria actuación en la comunidad de Tandil". Ello, por cuanto, por un lado, Emilio Felipe

Cámara Federal de Casación Penal

Méndez se desempeñaba al tiempo del hecho como Gerente del Banco Comercial de Tandil, manteniendo contactos “protocolares” con autoridades militares entre los que se encontraban el Teniente Coronel Tommasi y el Mayor Pappalardo (cfr. declaración indagatoria de fs. 1462/1464, incorporada por lectura al debate a fs. 4581/4600). Por otro lado, Julio Manuel Méndez se desempeñaba como administrador de 10.000 hectáreas de campo en la zona de Tandil (cfr. su declaración indagatoria de fs. 1479/1480, incorporada por lectura al debate a fs. 4581/4600).

La posición de privilegio en el estrato social local que ocupaban los imputados, convalida definitivamente las conclusiones allegadas en la sentencia por los magistrados de la instancia anterior. Ello es así, pues las particulares circunstancias que se registran en el caso, disipan toda duda en cuanto al aporte indispensable que voluntariamente llevaron a cabo los imputados al poner a disposición de las autoridades militares del Área 121 su chacra (ubicada en la avenida Juan Manuel de Rosas y calle Scavini –frente a las instalaciones del club de rugby “Los Cardos”–, en el paraje “Los Laureles” de la ciudad de Tandil, provincia de Buenos Aires) para que la misma sea utilizada como centro clandestino de detención en el cual se mantuvo cautivo y se sometió a tormentos a Carlos Alberto Moreno.

Por lo demás, si bien ha quedado demostrado en autos que Emilio Felipe Méndez era quien tenía, por lo menos formalmente, mayor vínculo o relación con las autoridades militares locales, dicho extremo fue correctamente ponderado por los jueces de la instancia anterior al momento de determinar y fijar la pena. Sin embargo, dicha circunstancia –mayor vínculo de relación entre Emilio Felipe Méndez y las autoridades militares– no desnaturaliza la imputación que se dirigió contra Julio Manuel Méndez en la presente causa. Ello

es así, pues Julio Manuel Méndez, al igual que Emilio Felipe Méndez, tenía pleno poder de disposición de la finca en su calidad de condómino, resultando además el encargado de afrontar el pago de impuestos y servicios de la misma (cfr. su declaración de fs. 1479/1480). Esta última circunstancia, da cuenta, del dominio y señorío que ejercía Julio Manuel Méndez sobre la finca.

En dichas condiciones, cabe concluir que el aporte necesario que realizó tanto Emilio Felipe Méndez como Julio Manuel Méndez al poner a disposición de las autoridades militares la chacra en la que permaneció cautivo y fue objeto de tormentos Carlos Alberto Moreno –tal como lo tuvo por acreditado el tribunal de juicio– constituye una conclusión lógica y razonada del examen integral del cuadro probatorio con el que cuenta la causa. Los mismos, fueron observados por los jueces de juicio a la luz del principio de la sana crítica racional que rige la apreciación de la prueba (art. 398 del C.P.P.N).

En consecuencia, se verifica en el *sub iudice* un examen crítico e integral de la prueba reunida en autos por parte del tribunal *a quo*, que no deja dudas sobre la correcta reconstrucción histórica de los hechos acreditados en la sentencia y su vinculación con el sistema represivo estatal instaurado en el país durante la última dictadura militar.

Por último, con respecto a las penas impuestas por el tribunal de la instancia anterior, he de señalar que no se observa ni las defensas logran demostrar en sus impugnaciones, desproporción entre la sanción penal impuesta y la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad que le cupo a cada uno de los imputados en los hechos inspeccionados jurisdiccionalmente en estas actuaciones. En este sentido, se aprecia que el tribunal oral graduó y determinó la respuesta punitiva de acuerdo al grado de responsabilidad penal que le cupo a cada uno de los imputados por los hechos que fueron juzgados y condenados, exponiendo las razones que dan fundamento a su decisión, observado en la tarea las pautas de

Cámara Federal de Casación Penal

los arts. 40 y 41 del Código Penal, sin que se registre defecto alguno de fundamentación.

En consecuencia, y por compartir las demás consideraciones efectuadas por el colega que lidera el acuerdo, Dr. Gustavo M. Hornos, corresponde rechazar los agravios que presentan las defensas en lo que respecta a las penas impuestas por los jueces de la instancia anterior a cada uno de los imputados.

La sentencia, en definitiva, cuenta con suficiente fundamentación y constituye una derivación razonada de la aplicación del derecho a las concretas constancias de la causa.

Por los motivos precedentemente expuestos y de conformidad con lo solicitado por el Fiscal General ante esta Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Raúl Omar Pleé, corresponde RECHAZAR los recursos de casación interpuestos por las defensas de Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo, José Luis Ojeda, Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez, sin costas en estas instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.) y confirmar la sentencia recurrida. Tener presentes las reservas del caso federal.-

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

RESUELVE:

1. RECHAZAR –por unanimidad– los recursos de casación interpuestos a fs. 4689/4731 por la doctora Gabriela Alejandra Maceda asistiendo a Julio Alberto Tommasi, a fs. 4734/4758vta. por el doctor Patricio Ezequiel Varela asistiendo a José Luis Ojeda y a fs. 4759/4794vta. por la doctora Victoria Sánchez Soulié asistiendo a Roque Ítalo Pappalardo. Sin costas (artículos 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

2. RECHAZAR –por unanimidad– el recurso de casación

interpuesto a fs. 4795/4828 vta. por el doctor Andrés Alberto Arla en lo que respecta a Emilio Felipe Méndez; y **RECHAZAR** – por mayoría– el mismo recurso de casación en lo que respecta a Julio Manuel Méndez. Sin costas (artículos 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

3. CONFIRMAR –por mayoría– la sentencia recurrida en cuanto fue materia de recurso.

4. TENER PRESENTES las reservas de caso federal efectuadas por las partes.

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/13, CSJN) a través de la Secretaría de jurisprudencia de esta Cámara y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, quien deberá notificar personalmente de lo resuelto a Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo, José Luis Ojeda, Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez; sirviendo la presente de atenta nota de envío.

JUAN CARLOS GEMIGNANI

MARIANO HERNÁN BORINSKY

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí: