Mar del Plata, febrero 23 de 2011.-

AUTOS Y VISTOS:

[1]. En el día de la fecha se reúnen los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, Dres. Roberto Atilio Falcone que lo preside, Mario Alberto Portela y Martín Bava, a fin de fundar el veredicto en esta **causa Nº 237 9**, seguida por el homicidio doblemente calificado por alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas de Ana Lía Delfina Magliaro, seguida a **FORTUNATO VALENTIN REZETT**, de nacionalidad argentina, titular de la L.E. Nro. 5.928.957, nacido el 13 de marzo de 1938 en la localidad de Paraná, Pcia. de Entre Ríos, instruido, casado, coronel retirado, hijo de Juan y de Orlanda Isaac, quien se halla actualmente detenido conforme lo resuelto por estos estrados en fecha 18 de febrero de 2011.

[2]. Producida la prueba, en oportunidad de formular su alegato el Dr. César Raúl Sivo, en representación del querellante de autos Mario Miguel Magliaro, luego de un pormenorizado análisis fáctico y jurídico de las probanzas recibidas en la audiencia, solicitó se condene al imputado Fortunato Valentín Rezett a la pena de reclusión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua por ser autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por alevosía y por el concurso de dos o más personas, rigiendo los arts. 2, 12, 19, 29 inc. 3°, 40, 41, 80 inc. 2° y 6° del Código Penal –según ley 14.616-403 y 519 del C.P.P.N. por el hecho cometido en perjuicio de Ana Lía Delfina Magliaro el 2 de septiembre del año 1976. Asimismo solicitó se revoque el beneficio de prisión domiciliaria que gozaba el imputado, ordenándose en consecuencia su inmediata detención en la sala de audiencia y trasladándolo a una Unidad carcelaria del Servicio Penitenciario Federal a los fines que cumpla la pena que por derecho corresponda o mientras que, en el caso que recurra, se tramiten los distintos recursos. Finalmente, que se eleve un testimonio de la sentencia y de las actuaciones que el Tribunal entienda pertinente al Ministerio de Defensa de la Nación a los fines que inicie las actuaciones que por derecho corresponda de la ley 26.394. El referido profesional no valoró eximentes ni atenuantes por tratarse de una persona imputada de delitos de lesa humanidad. Como agravantes, además de haber cometido un delito de lesa humanidad, valoró que el imputado era miembro de una institución del Estado y se valió de los bienes y los medios materiales del Estado para perseguir y martirizar a ciudadanos, la jerarquía que ostentaba al momento de los hechos –Capitán de Infantería adscripto a una plana mayor-, la circunstancia de haber cometido los hechos como parte de un plan sistemático de represión contra la población civil, diseñando y ejecutando con brutalidad todos los medios económicos, técnicos y logísticos para obrar en la clandestinidad y ocultando sus actividades ilícitas a la familia Magliaro y a la población en general, haber falseado información y cualquier actividad para conocer los hechos y la suerte corrida por la víctima, la duración en el tiempo, esto es, los meses que estuvo en cautiverio, la crueldad de las acciones, el aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima, el desprecio

USO OFICIAL

hacia el prójimo, la extensión del daño causado –tanto a la víctima como a sus familiares-, la edad de Magliaro como la del imputado -que le permitía diferenciar el bien del mal-, que podía internalizar las normas y que le permitía tomar la decisión de no sumarse a la barbarie. En cuanto a la entidad de la pena, el Dr. Sivo requirió reclusión perpetua por entender que es lo que le corresponde a los autores de delitos de lesa humanidad y que la misma no ha sido derogada sino que simplemente en su ejecución está asimilada a la prisión perpetua, pero simbólicamente marca mayor intensidad y severidad en la aplicación de una sanción penal. Asimismo, en relación a la solicitud de revocación del arresto domiciliario, manifestó que la justicia en los delitos de lesa humanidad sólo admiten la prisión. Funda dicha petición en que Argentina es el único lugar en el mundo donde se conceden estos beneficios a acusados de delitos de lesa humanidad mientras que en los restantes casos sucedidos en el mundo los condenados se encuentran en cárcel común, señalando jurisprudencia internacional al respecto. Sostuvo que estos delitos no son amnistiables y que se hallan sujetos a la jurisdicción universal, esto es, si Rezett fuese juzgado en otros países estaría preso, pero en la Argentina goza de arresto domiciliario. Agregó como fundamento a lo antedicho la entidad de la pena, que por haber solicitado reclusión perpetua y aunque no estuviera firme, la expectativa de la pena necesariamente es un elemento nuevo a tener en cuenta, a diferencia de cómo llega al proceso. Afirmó que la normativa del art. 33 de la ley 24.660, son preceptos facultativos y la edad de 70 años es sólo condición para ingresar a tratar la morigeración y, del momento que es facultativo, el Tribunal debía revocar el arresto domiciliario. Sostuvo que el Estado tiene obligaciones internacionales frente a las víctimas de derechos humanos y señaló los precedentes “Velázquez-Rodríguez”, “Godínez Cruz”, “Gangaram Panday vs. Surinam”, “Caballero-Delgado-Santana” en cuanto a las obligaciones internacionales del Estado argentino.

A su turno, el Sr. Fiscal General ante este Tribunal, Dr. Daniel Eduardo Adler, luego de efectuar un detallado análisis fáctico y de la prueba recogida durante la audiencia de juicio, requirió se condene a Fortunato Valentín Rezett a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía y el concurso premeditado de dos o más personas del que resultara víctima Ana Lía Delfina Magliaro (arts. 12, 40, 41, 55, 80 inc. 2 y 6 del C.P.). Asimismo consideró que la prisión debía ser efectiva, por lo cual solicitó la inmediata revocación del beneficio de la prisión domiciliaria que gozaba el imputado y se ordenara que el mismo fuese llevado a una cárcel limpia y sana, como todo ciudadano que ha cometido un delito merece. El Dr. Adler entendió que el imputado Rezett debía responder como autor y no como partícipe, ello en razón de la aplicación del principio iuria novit curia, en tanto y en cuanto no se ve alterada la imputación por la cual se abrió el debate, manifestando que el Ministerio Público Fiscal se aparta de una posición formalista cual considera sólo autor al que realiza la acción típica. Sostuvo que Rezett tuvo un claro dominio del hecho, en la recepción de una persona privada ilegalmente de la libertad, su sometimiento a tortura y su posterior asesinato.

Refirió, citando a Roxin, que la posición de autor en los aparatos organizados de poder no se limita sólo a los autores de la cúspide y de los materiales que lo ejecutan sino también a los intermedios, esto sin perjuicio del mejor entendimiento y mejor doctrina que entiendan los Sres. Jueces cabe aplicar al caso. En relación a la solicitud de revocación del arresto domiciliario, efectuó una pormenorizada fundamentación, realizando una diferenciación entre los delitos correccionales, criminales y de lesa humanidad. Al momento de merituar la pena, no encontró eximentes, valoró como atenuantes la ausencia de antecedentes penales y como agravantes la juventud de la víctima y las acciones desarrolladas utilizando como medio las Fuerzas Armadas de la Nación. Por último, a efectos de argumentar la pena de prisión perpetua solicitada se refirió a lo establecido por la CSJN en el precedente “Méndez, Nancy” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por su parte, el Sr. Defensor Particular de Fortunato Valentín Rezett, Dr. Carlos Horacio Meira, solicitó la absolución de su defendido. Manifestó que el Dr. Sivo dio por acreditada la participación de Rezett valorando una prueba ajena a este juicio, esto es, la causa Nro. 1170 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 por la cual fue condenado Barda. Señaló asimismo que en los alegatos se mencionaron hechos totalmente ajenos a Rezett en el homicidio de Magliaro y se tergiversó la declaración de Berazay por lo que solicitó se deje constancia en el acta de la parte pertinente de dicha declaración. Refirió que el Teniente Cnel. Costa fue quien le ordenara a Rezett firmar el recibo de recepción de Magliaro, porque vivía sólo en el Casino de Oficiales al igual que su asistido y que Rezett no era oficial de inteligencia porque para ello primero debía cursar la Escuela de Inteligencia del Ejército. Agregó que Rezett puso S2 en el recibo de recepción porque los detenidos los manejaba inteligencia y que en el legajo de Rezett lo calificaron dos superiores: el coronel Barda que era el jefe de la Agrupación y el Teniente Coronel Costa que era el jefe de la plana mayor, no así el jefe de inteligencia, que era Marquiegui o el jefe de operaciones, que era Arrillaga. Sostuvo que el homicidio de Magliaro es cosa juzgada en la causa Nro. 1170 y se lo condenó a quien se creyó responsable que era Barda. En cuanto a la solicitud de revocación de arresto domiciliario en caso de hipotética condena, sostuvo que la jurisprudencia de nuestros tribunales y la sala IV de la Cámara de Casación consideran que mientras la sentencia no quede firme no se debe modificar la situación en la que está cumpliendo su detención el imputado. En cuanto al pedido de destitución, manifiesta que esta figura estaba contemplada en el Código de Justicia Militar que hoy no se halla vigente.

Finalmente, el imputado Fortunato Valentín Rezett hizo uso del derecho a la última palabra.

CONSIDERANDO :

En las deliberaciones se estableció que las cuestiones a decidir se refieran: a la existencia del hecho delictuoso y sus circunstancias jurídicamente

USO OFICIAL

relevantes, la participación del imputado, la calificación legal de su conducta, sanciones aplicables y costas. Producido el sorteo a fin de determinar el orden de votación de las cuestiones mencionadas resultó del mismo el siguiente: Dr. Roberto Atilio Falcone, Dr. Mario Alberto Portela y Dr. Martín Bava.

I. <u>MATERIALIDAD</u>:

El Dr. Roberto Atilio Falcone dijo:

En la audiencia de debate celebrada con motivo del juicio oral seguido en la presente causa, ha quedado debidamente acreditado que el día 19 de mayo de 1976, en horas de la madrugada, un grupo de personas vestidas de civil pertenecientes a fuerzas de seguridad irrumpió en el domicilio de calle 67 número 564 de la ciudad de La Plata, lugar donde vivía el matrimonio compuesto por Roberto Sebastián Chirra y María Concepción Las Heras, y privó ilegalmente de la libertad a Ana Lía Delfina Magliaro y a Graciela Alicia De La Torre, quienes se hallaban circunstancialmente durmiendo en dicha vivienda.

Ello conforme lo declarado en la audiencia de juicio por el Sr. Roberto Sebastián Chirra, quien describió en forma detallada lo ocurrido en la madrugada del 19 de mayo de 1976 en el domicilio que habitaba junto a su esposa, Sra. María Concepción Las Heras, en la ciudad de La Plata, que culminó con el secuestro de Ana Lía Delfina Magliaro y Graciela Alicia De La Torre; así como también, con la copia del acta de declaración testimonial prestada, a pedido del juez a cargo del Juzgado de Instrucción Militar nro. 13., por la Sra. Delfina Agustina Francisca Bellardi, madre de Ana Lía Delfina Magliaro, obrante a fs. 287/vta. de autos, que fuera incorporada como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigo fallecida conforme copia del certificado de defunción agregada a fs. 865-).

Luego de haber sido secuestrada, Ana Lía Delfina Magliaro fue llevada al centro clandestino de detención “El Vesubio”, bajo la órbita del Primer Cuerpo de Ejército, en la Subzona 1-1, donde permaneció dos meses en cautiverio y fue sometida a múltiples interrogatorios y sesiones de tortura. El 19 de julio de 1976 Magliaro fue trasladada a la Comisaría 34 de Capital Federal donde quedó alojada a disposición del Cuerpo I del Ejército hasta el día 4 de agosto de 1976.

Lo expuesto se acredita con la declaración testimonial prestada a través de videoconferencia por Alicia Carriquiriborde de Rubio, quien refirió haber estado aproximadamente dos meses ilegalmente detenida en el centro clandestino de detención “El Vesubio” junto a Ana Lía Delfina Magliaro y Graciela De La Torre, y precisó detalles de su cautiverio así como también de los interrogatorios que allí se sucedían y de los cuales fueron víctimas; con la copia certificada de la declaración prestada por exhorto, vía consular, en causa Nro. 1170, de trámite ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 de Capital Federal, por el testigo Horacio Ramírez Vivas, que fuera incorporada al debate como prueba documental por haber mediado conformidad de

las partes, quien manifestó haber estado ilegalmente detenido junto a Alicia Carriquiriborde, Ana Lía Delfina Magliaro y Graciela De La Torre, y dio detalles de los interrogatorios y sesiones de tortura a que eran sometidos; con la copia certificada de la foja 103 del libro de registro de detenidos de la Comisaría 34 de Capital Federal obrante a fs. 228; con la copia de la nota remitida por el Subcomisario Ricardo Salerno a cargo de la División Archivo General obrante a fs. 226 en la que efectúa una trascripción del contenido de la foja 103 del libro de registro de detenidos de la Comisaría 34 de Capital Federal; con la copia certificada de la nota emitida por el ejercito argentino en respuesta al oficio de habeas corpus interpuesto en favor de Ana Lía Delfina Magliaro, donde consta que la misma ingresó en la comisaría 34 de Policía Federal en fecha 19 de julio de 1976 a las 12.00 hs. a disposición del Cuerpo Ejercito I, obrante a fs. 307; con la copia del acta de declaración testimonial prestada, a pedido del juez a cargo del Juzgado de Instrucción Militar nro. 13, por la Sra. Delfina Agustina Francisca Bellardi, madre de Ana Lía Delfina Magliaro, obrante a fs. 289/vta. que fuera incorporada como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigo fallecida conforme copia del certificado de defunción agregada a fs. 865-), en la que refiere que en oportunidad de haber concurrido a la Comisaría 34 de Capital Federal a efectos de llevarle a su hija un paquete con ropa que le había sido requerido telefónicamente a su cuñada, Sra. María Leonor Anduiza de Bellardi, le confirmaron que efectivamente su hija se encontraba allí detenida, negándosele la posibilidad de verla; con la copia del acta de declaración testimonial prestada, a pedido del juez a cargo del Juzgado de Instrucción Militar nro. 13, por Santos Vicente Bellardi, tío de Ana Lía Delfina Magliaro, obrante a fs. 291/292vta. que fuera incorporada como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigo fallecido conforme copia del certificado de defunción agregada a fs. 1009-), quien manifestó haber concurrido en los primeros días del mes de agosto de 1976 junto a su esposa a la Comisaría 34 de Capital Federal a los fines de llevarle alimentos a su sobrina, lugar donde le informaron que efectivamente Ana Lía se encontraba allí detenida, incomunicada y que había sido llevaba a ese lugar por el Ejército, negándosele asimismo la posibilidad de verla; y por último con la copia del acta de la declaración testimonial prestada, a pedido del juez a cargo del Juzgado de Instrucción Militar nro. 13, por María Leonor Anduiza de Bellardi, tía política de Ana Lía Delfina Magliaro, obrante a fs. 293/294 que fuera incorporada como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigo fallecida conforme copia certificada del acta de defunción agregada a fs. 866-), quien refirió haber recibido entre fines de julio y comienzos de agosto de 1976 una llamada telefónica de un oficial de la comisaría 34 de Capital Federal quien le comunicó que su sobrina se encontraba detenida en dicha seccional y que le avisara dicha situación a la madre de aquélla, Sra. Delfina Agustina Francisca Bellardi y a su tío, Santos Vicente Bellardi, a los efectos que le llevaran ropa y alimentos, lo que efectivamente hizo.

Aproximadamente a las 8.00 horas del día 4 de agosto de 1976, Ana Lía Delfina Magliaro fue retirada de la Comisaría 34 de Capital Federal por el entonces Capitán de la Compañía de Policía Militar 101 del Ejército Argentino, Roberto

USO OFICIAL

Eduardo Berazay, y trasladada en avión a la ciudad de Mar del Plata donde fue entregada y puesta a disposición de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 (AADA 601), habiendo firmado Valentín Rezett el recibo de su recepción.

Ello surge de la copia certificada de la foja 103 del libro de registro de detenidos de la Comisaría 34 de Capital Federal obrante a fs. 228; de la copia de la nota remitida por el Subcomisario Ricardo Salerno a cargo de la División Archivo General obrante a fs. 226 en la que efectúa una trascripción del contenido de la foja 103 del libro de registro de detenidos de la Comisaría 34 de Capital Federal; de la copia certificada de la nota emitida por el ejercito argentino en respuesta al oficio de habeas corpus interpuesto en favor de Ana Lía Delfina Magliaro en la que se informa que la misma fue trasladada en fecha 4 de agosto de 1976 a la ciudad de Mar del Plata, obrante a fs. 308; del informe remitido por la Comisión Provincial por la Memoria obrante a fs. 633/635; de la copia certificada del recibo de recepción de la detenida Ana Lía Magliaro procedente del Cdo. Cpo. Ej. I, firmada por Valentín Rezett (Cap. S2 – AGR ADA 601) obrante a fs. 229; de la declaración prestada en la audiencia de debate por Roberto Eduardo Berazay quien refirió que siendo Capitán de la Compañía de Policía Militar 101 del Ejército Argentino, en virtud de haber recibido una orden verbal de uno de sus superiores, concurrió el día 4 de agosto de 1976, aproximadamente a las 8.00 horas, a la Comisaría 34 de la Policía Federal y, previo haber firmado el libro de registros de dicha seccional, retiró de allí a una detenida de nombre Ana Lía Delfina Magliaro, a quien luego de transportar en una camioneta al sector militar ubicado en aeroparque, hizo abordar un avión pequeño y trasladó hasta la Agrupación de Defensa Aérea 601 donde finalmente la entregó, habiendo firmado el recibo de recepción de la misma el Capitán Fortunato Valentín Rezett, a quien pudo identificar inmediatamente por conocerlo desde el año 1960 y con quien en esa oportunidad mantuvo una conversación protocolar. Corresponde destacar que en oportunidad de que se le exhibiera en la audiencia de juicio al testigo Berazay la copia certificada de la foja 103 del libro de registro de la Comisaría 34 de Capital Federal obrante a fs. 228, así como también, la copia certificada del recibo de entrega de la detenida Ana Lía Magliaro obrante a fs. 229, reconoce en ellos su firma inserta.

Cobra aquí trascendencia la declaración prestada por el imputado Fortunato Valentín Rezett en fecha 4 de noviembre de 2009 en el marco de la causa Nro. 17.807, caratulada “Ernesto Orozco y otros s/ Infracción arts. 141 y 144 ter del Código Penal (Comisaría IV)”, ante el Juzgado Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 2, de Mar del Plata, cuya parte pertinente, por no haber mediado oposición de su defensa, fue incorporada al debate por lectura (copia certificada obrante a fs. 454/463vta.), en la que admitió que en ocasión de encontrarse cumpliendo función de Jefe Oficial de turno del ADA 601 se produjo un traslado de una detenida desde la ciudad de Buenos Aires a Mar del Plata y que por orden del Teniente Coronel Costa firmó desde el área de inteligencia un recibo de recepción de la misma, habiéndoselo entregado al Capitán Berazay, encargado del traslado referido. Corresponde señalar que en dicha oportunidad el

imputado al serle exhibido la copia del recibo de entrega de Ana Lía Magliaro reconoció en él su firma inserta.

El día 2 de septiembre de 1976 Ana Lía Delfina Magliaro fue hallada sin vida en la vía pública de la ciudad de Mar del Plata, víctima de un supuesto enfrentamiento armado, habiendo intervenido la Comisaría IV de Mar del Plata en su hallazgo así como también en los trámites administrativos correspondientes a la entrega del cuerpo a sus familiares.

Lo precedentemente señalado se acredita con la copia certificada del acta de defunción de Ana Lía Delfina Magliaro emitida por el Registro Provincial de las Personas obrante a fs. 284 del que surge que la misma falleció el 2 de septiembre de 1976, a la 1.00 hora, en calle Ricardo Rojas 1055 de Mar del Plata, a consecuencia de una hemorragia traumática cardiaca, habiendo intervenido en el suceso policía local; con la copia certificada del legajo REDEFA Nro. 0909 correspondiente al expediente 342.632/92 iniciado según ley 24411 por el fallecimiento de Ana Lía Delfina Magliaro obrante a fs. 311/397; con la copia certificada del oficio emitido por el Subcomisario Patricio Ramón Vidart mediante el cual informa la nómina de personas fallecidas en la ciudad de Mar del Plata con motivo de enfrentamientos entre elementos subversivos y fuerzas de seguridad entre los años 1976 y 1980 dentro de la cual aparece el nombre de Ana Lía Delfina Magliaro –señalada como Mogliaro Analia Delfini- identificada como cadáver nro. 47754, con fecha de deceso el 02-9-76, obrante a fs. 422/423; con la copia de la ficha correspondiente al aludido cadáver 47754 la cual refiere "... NN femenino, delincuente subversiva abatida por fuerzas conjuntas militares en Mar del Plata, Secc. 4 el día 2 de setiembre de 1976. Resultó ser Migliaro Analia Delfina...", obrante a fs. 424; con el informe remitido por la Comisión Provincial por la Memoria obrante a fs. 633/635 en donde constan detalles de la versión policial de la muerte de de Ana Lía Delfina Magliaro; y con la copia del acta de declaración testimonial prestada, a pedido del juez a cargo del Juzgado de Instrucción Militar nro. 13., por la Sra. Delfina Agustina Francisca Bellardi, madre de Ana Lía Delfina Magliaro, obrante a fs. 287/vta. de autos, que fuera incorporada como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigo fallecida conforme copia de certificado de defunción agregada a fs. 865-), en la cual refiere que el día 22 de septiembre de 1976 recibió una comunicación telefónica no oficial del Comisario de policía de la seccional cuarta haciéndole saber que tenía en custodia un cuerpo que pertenecía a Ana Magliaro, quien había fallecido en un enfrentamiento con fuerzas de seguridad en la ciudad de Mar del Plata.

Cabe aquí señalar que de la prueba colectada durante la audiencia de debate así como también de la documental incorporada como prueba surge que Ana Lía Delfina Magliaro, desde la madrugada del día 19 de mayo de 1976 hasta el día 2 de septiembre del mismo año, permaneció ilegalmente detenida no habiendo en ningún momento recuperado su libertad.

Así, la clandestinidad de la detención de Ana Lía Delfina Magliaro se encuentra claramente demostrada por el cotejo de las constancias obrantes en

USO OFICIAL

el Legajo CONADEP Nro. 8364 correspondiente a la mencionada, cuya copia certificada obra agregada a fs. 296/309 de autos, y de la copia certificada del Legajo REDEFA Nro. 0909 correspondiente al Expediente Nro. 342.632/92 iniciado según Ley 2441 por el fallecimiento de la misma, obrante a fs. 311/397, del que surge que Ana Lía Delfina Magliaro jamás estuvo a disposición de ninguna autoridad judicial ni del Poder Ejecutivo Nacional.

Avala lo precedentemente expuesto el hecho que Magliaro, tras haber sido ilegalmente privada de su libertad, fue llevada al centro clandestino de detención “El Vesubio”, donde permaneció dos meses alojada en un sótano en condiciones infrahumanas, habiendo sido sometida a múltiples interrogatorios y cruentas sesiones de tortura, sin tener contacto alguno con su familia.

Asimismo se halla debidamente probado que la muerte de Ana Lía Delfina Magliaro no ocurrió en un “enfrentamiento entre elementos subversivos y fuerzas de seguridad” sino que fue causada por el accionar de las fuerzas armadas, en circunstancias en que la nombrada se encontraba privada ilegalmente de su libertad y en total estado de indefensión, como habrá de exponerse más adelante.

Lo expuesto se acredita con la copia del acta de declaración testimonial prestada, a pedido del juez a cargo del Juzgado de Instrucción Militar nro. 13, por Santos Vicente Bellardi, tío de Ana Lía Delfina Magliaro, obrante a fs. 291/292vta. que fuera incorporada como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigo fallecido conforme copia de certificado de defunción agregada a fs. 1009-), quien manifestó que en el velatorio de su sobrina pudo observar que la misma presentaba varios orificios de bala en distintas partes de su cuerpo además de marcas en la boca aparentemente producidas por tela adhesiva, lo que haría suponer que la misma pudo haber estado amordazada; con el informe remitido por la Comisión Provincial por la Memoria obrante a fs. 633/635 donde se establece entre otras que “Analía Magliaro no pudo haber participado de ningún enfrentamiento armado, por lo menos en el que la víctima estuviera en condiciones de libertad…”; y con las declaraciones prestadas en la audiencia de debate por los Sres. Mario Miguel Magliaro y Juan Alberto Magliaro, hermanos de Ana Lía Delfina, quienes fueron contestes al describir el estado en que se encontraba el cuerpo de su hermana cuando les fuera entregado por personal de la Comisaría Cuarta de la ciudad de Mar del Plata en la morgue del cementerio la loma, el que presentaba varios impactos de bala, hematomas en muñecas así como también cerca del pecho y la vagina, marcas de quemadura como si le hubiesen aplicado la picana eléctrica y asimismo de haber tenido cinta adhesiva en los ojos y en la boca; claros signos éstos, según sus dichos, de que la misma había sido golpeada, torturada sin que hubiere opuesto ningún tipo de resistencia.

En virtud de todo lo precedentemente expuesto es dable concluir que Ana Lía Delfina Magliaro, encontrándose ilegalmente detenida a disposición de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 desde el día 4 de agosto de 1976, fue muerta por el accionar de las fuerzas armadas el día 2 de septiembre del mismo año como

resultado de haber recibido disparos producidos por arma de fuego en circunstancias de hallarse en total estado de indefensión.

Sin perjuicio de haberse indicado las pruebas que acreditan la materialidad del hecho descripto, a los efectos de no violar posiciones defensistas resulta prudente volver a señalar que lo expuesto en el presente acápite se halla acreditado con: las declaraciones prestadas en la audiencia de debate por Roberto Chirra, Mario Miguel Magliaro, Juan Alberto Magliaro y Roberto Eduardo Berazay; la declaración testimonial prestada a través de videoconferencia por Alicia Carriquiriborde de Rubio; con la copia certificada de la declaración prestada por exhorto, vía consular, en causa Nro. 1170, de trámite ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 de Capital Federal, por el testigo Horacio Ramírez Vivas, que fuera incorporada como prueba documental por haber mediado conformidad de las partes; las copias de las actas de declaración testimonial prestadas, a pedido del juez a cargo del Juzgado de Instrucción Militar nro. 13., por la Sra. Delfina Agustina Francisca Bellardi, Santos Vicente Bellardi, y María Leonor Anduiza de Bellardi, obrantes a fs. 287/289vta., 291/292vta., y 293/294 respectivamente, que fueran incorporadas como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigos fallecidos conforme copias de certificados de defunción agregadas a fs. 865, 1009 y 866 respectivamente-); la declaración prestada por el imputado Fortunato Valentín Rezett en fecha 4 de noviembre de 2009 en el marco de la causa Nro. 17.807, caratulada “Ernesto Orozco y otros s/ Infracción arts. 141 y 144 ter del Código Penal (Comisaría IV)”, ante el Juzgado Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 2, de Mar del Plata, cuya parte pertinente, por no haber mediado oposición de su defensa, fue incorporada al debate por lectura (copia certificada obrante a fs. 454/463vta. de autos); la copia certificada de la foja 103 del libro de registro de detenidos de la Comisaría 34 de Capital Federal obrante a fs. 228; la copia de la nota remitida por el Subcomisario Ricardo Salerno a cargo de la División Archivo General obrante a fs. 226; la copia certificada de la nota emitida por el ejercito argentino en respuesta al oficio de habeas corpus interpuesto en favor de Ana Lía Delfina Magliaro obrante a fs. 308; el informe remitido por la Comisión Provincial por la Memoria obrante a fs. 633/635; la copia certificada del recibo de recepción de la detenida Ana Lía Magliaro procedente del Cdo. Cpo. Ej. I, firmada por Valentín Rezett (Cap. S2 – AGR ADA 601) obrante a fs. 229; la copia certificada del acta de defunción de Ana Lía Delfina Magliaro emitida por el Registro Provincial de las Personas obrante a fs. 284; la copia certificada del legajo REDEFA Nro. 0909 correspondiente al expediente 342.632/92 iniciado según ley 24411 por el fallecimiento de Ana Lía Delfina Magliaro obrante a fs. 311/ 397; la copia certificada del oficio emitido por el Subcomisario Patricio Ramón Vidart mediante el cual informa la nómina de personas fallecidas en la ciudad de Mar del Plata con motivo de enfrentamientos entre elementos subversivos y fuerzas de seguridad entre los años 1976 y 1980 obrante a fs. 422/423; la copia de la ficha correspondiente al cadáver 47754 obrante a fs. 424; y las constancias obrantes en el Legajo CONADEP Nro. 8364 correspondiente a Ana Lía Delfina Magliaro, cuya copia certificada obra agregada a fs. 296/309 de autos.-

USO OFICIAL

Así lo voto.-

A las cuestiones planteadas los Dres. Mario Alberto Portela y Martín Bava votaron en igual sentido.-

II. <u>PARTICIPACION</u>:

El Dr. Roberto Atilio Falcone dijo:

Previo a pronunciarme acerca de la prueba recibida en el curso de la audiencia oral y pública que vincula al Capitán Fortunato Valentín Rezett con el homicidio calificado de Ana Lía Delfina Magliaro, corresponde formular algunas consideraciones respecto de la superación del pasado a través del Derecho Penal, cuando –como ocurre en este caso- se trata de delitos sucedidos hace más de treinta años, así como también, al marco de actuación del personal militar en la lucha contra la subversión y al organigrama funcional de las fuerzas armadas de ejército.

a) La superación del pasado a través del Derecho Penal.

Durante el desarrollo del siglo XX el mundo debió tolerar los pesares provocados por dictaduras donde el Derecho y sus garantías se mantenían en el plano formal pero eran totalmente ignorados en la realidad cotidiana. Estas dictaduras ascendían al poder en climas políticos enrarecidos y situaciones económicas desfavorables, lo que les permitía lograr cierto consenso en sociedades que cansadas de soportar estas situaciones veían con buenos ojos la producción de un cambio que posibilitara un mejoramiento de su calidad de vida.

A partir del golpe de Estado de 1976 en nuestro país arribó al poder un régimen militar violento, que alucinó una guerra y enarboló la doctrina de la seguridad nacional como bandera para asumir como ningún otro, un sistema penal subterráneo con campos de concentración y ejecuciones masivas y un sistema penal paralelo que pretendía mostrar hacia fuera que Argentina era un Estado de Derecho, que los argentinos éramos “derechos y humanos”.

A tal punto este derecho penal inhumano ganaba terreno que hasta en los propios centros de detención legales se administraba constantemente. Esto es lo que ha ocurrido en la Unidad Penal N° 9 con asiento en “La Plata”, y en las cárceles de “Córdoba” y “Chaco” por señalar algunas tristemente famosas por la virulencia desplegada sobre los detenidos. Ya sea en el interior de una cárcel incluida en el sistema de la legalidad formal o en un centro clandestino se aplicaba un derecho penal subterráneo, de “sangre y lágrimas” que permitía el secuestro, la tortura, el homicidio, todo ello en un contexto cuya finalidad era claramente lograr la “zersetzung” nacionalsocialista, la desmoralización de los detenidos con su indigna secuela de negación de su identidad (ver en esta sentido Schroeder, Friedrich Christian, “Sobre la punibilidad de los homicidios por encargo del Estado”, traducción libre del alemán: Zur Strafbarkeit von Tötungen in

Staatlichem Auftrag" en Juristische Zeitschriff, 1992, pp 990-993). Esto es lo que claramente ocurrió con Ana Lía Delfina Magliaro, privada ilegalmente de su libertad, fue trasladada al centro clandestino de detención "El Vesubio" donde fue sometida a múltiples interrogatorios y cruentas sesiones de tortura, posteriormente conducida a la comisaría número 34 de Capital Federal y, finalmente, trasladada al G.A.D.A 601 donde, encontrándose ya reducida, sin ninguna posibilidad de representar un peligro para terceros, fue asesinada luego de ser sometida nuevamente a aberrantes sesiones de tortura. Claro resulta que este derecho penal subterráneo se extendió masivamente por todo el territorio de la República al amparo de la debilidad de las agencias judiciales, quienes en la mayoría de los casos han ignorado estos hechos. (Acerca del sistema penal subterráneo, ver Zaffaroni, Raúl, "Derecho Penal, Parte General", Ediar, 2000, págs 22 y ss).-

La actuación de la judicatura argentina en la dictadura, debe ser cuestionada. Obsérvese que en el propio Habeas Corpus presentado por los familiares de la amparada se informa que fue trasladada a Mar del Plata, esto es, se tomó conocimiento de la privación ilegal de la libertad de Magliaro, quien no obstante, fue asesinada, aunque torpemente se pretendió "legalizar" su muerte como el producto de un enfrentamiento armado. Pero no obstante dicho informe, el juez cuyo nombre no consta en las actuaciones remitidas, igualmente rechazó el recurso, lo que deberá ser motivo de investigación. Esta actitud de los jueces frente a los centenares de Habeas Corpus interpuestos por familiares de desaparecidos y la falta de autocrítica del Poder Judicial frente a esta situación, le lleva a Alberto Binder a sostener que se "hicieron cómplices de la desaparición y la muerte" (Binder Alberto, "De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho", parágrafo 888 "El sistema judicial frente al terrorismo de Estado: una época especialmente traumática, y parágrafo 889 "El fracaso del Habeas Corpus: la perversidad del formalismo", Ad Hoc, 2004, págs 429 y ss). En igual sentido Vormbaum señala respecto de los jueces que actuaron en la Alemania nacional socialista que "el puñal homicida se encontraba oculto bajo la toga de los juristas" en clara referencia a jueces y profesores universitarios, que gozaron de un indebido privilegio, "Richterprivileg". (Ver Klaus Kastner "Der Nürnberger Juristenprozeß, 1947, en J:A: 1997,p.699 y ss, versión actualizada en JoJZG, 2007, p. 81 y ss).-

Una vez terminada la dictadura y comenzado el período democrático el nuevo gobierno debió elegir la forma correcta de buscar la superación del pasado y de dirigir a la sociedad por el sendero de la transición de la forma más pacífica posible, hacia el reforzamiento de los valores democráticos, impidiendo que el pasado de violencia institucional reverdezca. Esta suele no ser una tarea sencilla, ya que en muchos casos los miembros del anterior aparato de gobierno todavía conservan cierta aceptación en el inconsciente colectivo de algún sector de la sociedad, y conservan sus vínculos con los sectores influyentes que continúan vigentes. Por eso, esta delgada línea entre combatir el pasado y despertar a sus fantasmas resulta el límite al que el nuevo gobierno debe atenerse para luchar contra la impunidad sin poner en riesgo la joven democracia. De la

USO OFICIAL

interacción de estos factores surge que los resultados del combate del pasado en los distintos continentes han sido tan disímiles, como disímiles son también las historias de los pueblos.

Se discute vivamente en Alemania, aún hoy, qué hacer con los crímenes del nacionalsocialismo. Günter Jakobs, un autor de gran predicamento en España y Latinoamérica comienza su análisis afirmando que solo el conflicto concluido que sigue vigente al momento del acaecimiento de la sanción penal puede, y debe, ser juzgado. De tal forma que si el conflicto ya ha sido superado en ausencia del Derecho Penal, entonces la aplicación del mismo no tiene razón de ser. El Derecho Penal no cura las heridas de la víctima producidas por el autor, sino que más bien hace que al daño sufrido por la víctima le siga un nuevo mal: la pena. Esta secuencia de dos males, irracional en su curso externo, solo puede ser comprendida como un proceso comunicativo. La pena es pues la contraafirmación de que la acción del autor no es decisiva, de que su afirmación es falsa, y en consecuencia es función del Derecho Penal desnudar esa falsedad (Ver Jakobs, Gunther, "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch" en AAVV Vergangenheitsbewältigung durch Rect.- Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, al cuidado de Josef Isensee, Berlín 1992, pag 37-64).

Este normativismo de Jakobs que claramente conduce a la impunidad de los delitos más graves cometidos por aparatos de poder organizados tal como ocurrió con la Alemania Nacionalsocialista o en la Argentina dictatorial, retomado hoy por importantes profesores argentinos como Daniel Pastor es inaceptable (ver Pastor, Daniel "El neopunitivismo de las Víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos, "Poder Penal Internacional"). Tan inaceptable como fundar la falta de necesidad de pena, según Jakobs en "que cuando la sociedad fue reorganizada, ellos –los criminales- (el agregado me pertenece) **lograron adaptarse perfec tame nte al nuevo ciclo, como cáscaras perso nale s rell ena s con la sangre del sist ema vigen te";** no puede aceptarse su tan desafortunada metáfora, "Wer sich nicht selbst als Täter in einem Konzentrationslager vorstellen kann, wei? da? er ein gro?er Charakter ist, oder aber er hat keine Phantasie" que debe leerse **"Quié n no puede imaginar se a sí mismo como autor en un campo de concentració n, sab e que tie ne un gran car ácter, o no tien e imagin ación"** (Jakobs, Gunther , op. cit p. 42).

Sin creerme poseedor de un carácter ciclópeo, y a pesar de gozar de una mesurada imaginación, creo que la afirmación es incorrecta. Y esto porque no cualquier persona podría sobrellevar ser él quien ejecute los brutales homicidios acaecidos en los campos de la muerte. Pienso, que tampoco aquí se puede ser ingenuo, que si bien es cierto que por aquellos años era verdaderamente difícil oponerse manifiesta y expresamente a la brutalidad y a la arbitrariedad oficial sin poner en riesgo la vida propia y la de los suyos, una cosa es callar cobardemente, como lo hizo en las primeras décadas del siglo XX gran parte de la sociedad alemana que se oponía al régimen (porque también la hubo), y otra muy distinta **es imagina rse a sí mismo como el fusil que da**

muert e en nombr e del Führer en palabras de Schroeder. Además, el propio Jakobs reconoce que estos funcionarios públicos recibían un sueldo de manos del Estado, y ello no los hace menos responsables como él cree.

Resulta difícil interpretar cómo un doctrinario que predica la imposición de la pena ante la mínima trasgresión con el fin de comunicar a la sociedad que la norma sigue vigente, que la pena es un acto simbólico de restitución de la vigencia de la norma desautorizada, se pronuncie de este modo radical y carente de compromiso, según sostiene Schroeder en el trabajo citado. El "no juzgamiento" y la pervivencia de esta idea de Jakobs militan detrás de los pedidos de prescripción, de denuncia de violación al derecho interno por desconocimiento de la cosa juzgada ante sumarios anémicos de actividad procesal, demostrativos de la clara voluntad de "no juzgamiento" oportuno y otros planteos del tipo.

Como dice Lüderssen "**pero el derecho penal del est ado de Derecho, no es ta n ton to como para permitir que es tos protagonist as simplemen te reci ba n su jubil ación. El derecho penal del es tado de Derecho e stá tambi én y precisame nte para emple arse cont ra los poderosos, que en forma abrum adora han util izado a los humanos como material de sus políticas. El derecho penal del es tado de Derecho sólo de be aprender a es tabi lizar jurídicament e su derroc amien to a tra vés de la pers ecución pen al de los poderosos** (ver Lüderssen, Klaus, Zu den Folien des, Beitritts "fürr die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland", en Strafverteidiger 1991, pp 482, 487).

Quien dentro de un sistema ilegal de poder traslada las órdenes que llevan a la tortura y hasta la muerte, no es el producto de un ordenamiento pervertido. No es el producto de una política miserable como enseña Jakobs sino un problema de autoría dentro de un aparato organizado de poder, de la misma manera que los autores de delitos en campos de concentración, o centros clandestinos en Argentina, o los tiradores del muro de la antigua DDR, son el último eslabón de una cadena de causas. Por ello es que en los aparatos organizados de poder las personas de la cima tienen una responsabilidad mayor que la mera causalidad física y los miembros de dichos aparatos sólo pueden acceder a la impunidad por causales individuales de exculpación.

Y ello es así porque la imputación a título de infracción de deber se da donde el autor del hecho no se comporta como él tendría que comportarse de haber tenido la intención de evitar la realización del tipo.

b) Consideraciones jurídicas sobre la est ruct ura de la represión en la dictadura argen tin a.

Una estructura jurídica o normativa exteriormente visible para coordinar en la lucha antisubversiva "no hubo"; las fuerzas armadas habían dispuesto más bien un plan de acción ("Derechos Humanos en la Argentina Postdictatorial", Sancinetti, Marcelo, Hammurabi, 1988, p. 24).

USO OFICIAL

Existió entonces un plan de acción común o varios planes individuales que fueron ejecutados utilizando la estructura de organización jerárquica y de obediencia de las fuerzas armadas y una división de tareas funcional –horizontal creada al efecto.

A falta de una configuración formal-normativa de esta estructura, el problema central del juicio a los ex comandantes residió, precisamente, en probarle a éstos que, mediante sus órdenes, o en virtud del plan mencionado, hubieron originado causalmente determinados hechos punibles de sus subordinados –problemas de la responsabilidad vertical- y que existían funciones y responsabilidades de igual categoría –problema de la responsabilidad horizontal-.

Desde el punto de vista de la dogmática tradicional se trata de establecer si los superiores habían actuado como autores (mediatos) o sólo como partícipes (Instigadores). Ello en base a la estructura de la imputación en los delitos comisivos.

La autoría presupone que los superiores habían dominado el acontecer del hecho, incluso por el dictado de órdenes (el llamado dominio del hecho) y los subalternos ejecutores como "cuasi instrumentos", o bien debe ser probado, que al menos, el control del acontecer del hecho por fuerza de un aparato de poder organizado resultaba dentro de una estricta obediencia jerárquica, es decir que, en este sentido, existía un control perfecto del hombre de atrás mediante los autores físicos (el llamado autor detrás del autor). En el núcleo se trata del contenido del ilícito y de la reprochabilidad de la conducta respectiva. El observador imparcial le hará al dador de la orden y superior, regularmente, un reproche moral mayor que al ejecutor de la orden y subalterno. El primero decide, en principio, sobre la realización de determinada "operación" y utiliza los subalternos sólo como "instrumentos" de ejecución de su orden. Por lo tanto tienen más responsabilidad "por el hecho real" que los subalternos que sólo acatan sus órdenes. Consecuentemente en estos casos, se debe partir (excepcionalmente) de la autoría mediata, dado que el superior, como autor detrás del autor, por fuerza de "un aparato de poder organizado", posee el dominio del hecho sobre los subalternos como intermediarios.

El desarrollo precedente permite atribuir responsabilidad al hombre de atrás, pero qué ocurre con el autor inmediato, plenamente responsable.

Últimamente el Tribunal Supremo Federal alemán en "Neue Juristische Wochenschrift", 1994 pp 2703 y ss , 2706 (responsabilidad jurídico penal de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la DDR por homicidios dolosos en la frontera interior alemana por gendarmes contra quienes huían del país), sostuvo: "Hay……grupos de casos en los cuales a pesar de actuar un sujeto intermedio con responsabilidad irrestricta el aporte del hombre de atrás conduce de modo francamente automático a la realización del tipo deseado por este hombre de atrás. Ello puede existir cuando el hombre de atrás utiliza determinadas condiciones-marco mediante estructuras de organización, dentro de las cuales su aporte al hecho origina cursos causales de cierta

regularidad. Condiciones marco de esta clase con cursos de cierta regularidad entran en consideración especialmente en estructura de organización estatales, de empresa, o similares a negocios, y en obediencia jerárquica. Si el hombre de atrás actúa en un caso tal en conocimiento de estas circunstancias, **utiliza especialmente también la disposición incondicional del ejecutor directo a cumplir el tipo**, y el hombre de atrás quiere el resultado como consecuencia de su propio actuar; es autor en la forma de autoría mediata".

La doctrina jurídico penal dominante habla en este contexto de la "fungibilidad del intermediario", que "confiere el dominio del hecho al autor de escritorio (ver Roxin "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", traducción de Carlos Elbert, Doctrina Penal, 1985, págs 399 y ss.). Aunque debemos remarcar que Schroeder, recientemente en Alemania, corrigiendo su tesis doctoral presentada en el año 1965, señala que lo decisivo para apreciar en estos casos autoría mediata no es la fungibilidad del ejecutor sino **"la típica organización a la predisposición al hecho",** lo que ha sido aceptado nada menos que por el propio Roxin en el libro homenaje a Schoereder con motivo de sus 70 años (Roxin, in Hoyer u.a. (fn 19) p.387 y 397). Aunque como se verá, la predisposición al homicidio por personal militar con poder de mando, permite en este caso, sostener un criterio diferente de imputación jurídico- penal.

USO OFICIAL

Se cuestiona que cuando el ejecutor actúa con plena responsabilidad, sin error, esto es cuando no es un mero instrumento inculpable se apliquen estas reglas. Tampoco cabría aplicar la coautoría, ya que ella supone la base de una decisión común al hecho, con división del trabajo, pero el autor actúa aquí sólo y en virtud de una orden del superior. Queda la posibilidad de una instigación, sin embargo, parece injusto ante el trasfondo de la inclusión institucional del subalterno y del control de la organización por el superior, por ello se debe aceptar la autoría mediata, en la forma del "autor detrás del autor". En tal sentido, aún cuando Zaffaroni estima esta construcción "complicada", admite que en los aparatos organizados de poder quien se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, se proyecta al centro de los acontecimientos, y que en estas situaciones de excepción, donde el estado de terror configura toda la organización del poder nacional, **no habría dificultad para compatibilizar esta tesis con el texto legal argentino** (ver Zaffaroni, Raúl, "Tratado de Derecho Penal", Ediar, 2000, op. cit. p. 747).

A pesar de lo expuesto existe otra forma de entender la autoría en este tipo de delitos cuando quien ha omitido el cumplimiento de los deberes de protección que impone el cargo es un funcionario público.

Cuando el obligado especial –funcionario- consiente que otros agentes lesionen a detenidos es autor del respectivo delito por infracción de deber (ver en este punto Sentencias del Tribunal Supremo, España, del 19-12-1996, 18-3-1997 y De Vicente Martinez, Responsabilidad del funcionario, cit. por Javier Sánchez Vera- Gómez Trelle, p. 191). A ello me referiré en el punto f) del presente acápite en detalle.

c) Marco de actuación del personal militar en la lucha contra la subversión y organigrama funcional de las fuerzas armadas de ejército.

Como se expresara en el punto que antecede, en la República Argentina durante el gobierno de facto 1976/1983 existió un plan de acción común o varios planes individuales que fueron ejecutados utilizando la estructura de organización jerárquica y de obediencia de las fuerzas armadas y una división de tareas funcional –horizontal creada al efecto.

A los fines de lograr una adecuada comprensión del lugar que ocupaba el imputado Fotunato Valentín Rezett en esa estructura de organización jerárquica referida y de cuáles eran sus funciones dentro de la misma, estimo corresponde efectuar una breve reseña del contexto legal y reglamentario que guió el accionar de las fuerzas armadas para luego adentrarme en el análisis de su participación en el hecho investigado.

El 6 de octubre de 1975 el gobierno constitucional, teniendo como objetivo la lucha contra la subversión, dictó los decretos Nros. 2770, 2771 y 2772 (incorporados como prueba documental al debate), mediante los cuales creó el Consejo de Seguridad Interna -que se hallaba integrado entre otros por los Comandantes de las Fuerzas Armadas- al cual facultó para suscribir convenios con las provincias a los fines de colocar bajo su control operacional al personal policial y penitenciario, así como también, para ejecutar las operaciones militares y de seguridad que fuesen necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio nacional.

El 15 de octubre de 1975 el Consejo de Defensa dictó la Directiva Nro. 1/75 (incorporada como prueba documental al debate) que reglamentó los decretos ut supra mencionados y otorgó al Ejército la responsabilidad primaria en la dirección de las operaciones contra la subversión. Asimismo, el 28 de octubre del mismo año el Comandante General del Ejército dictó la Directiva Nro. 404/75 (incorporada como prueba documental al debate), la que estableció como misión del Ejército "operar ofensivamente... contra la subversión en el ámbito de su jurisdicción y fuera de ella en apoyo de las otras FF.AA., para detectar y aniquilar las organizaciones subversivas...", determinó la división territorial del país en zonas, subzonas, áreas y subáreas y, además, estableció que las reglas de procedimiento para detenciones y allanamientos quedarían supeditadas a una reglamentación identificada como Procedimiento Operativo Normal que fue dictada el 16 de diciembre de 1975 –PON Nro. 212/75-.

El 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas derrocaron al gobierno constitucional y tomaron el control de las instituciones, se dictó el llamado "Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional" y sancionó la ley 21.254 que reglamentaba el funcionamiento de la Junta Militar.

Así, durante el gobierno de facto se dictaron diversas Directivas, Decretos-leyes y Disposiciones que vinieron a establecer y reglamentar el nuevo orden jurídico-institucional del país.

Dicho marco jurídico se complementó con la reglamentación militar específica, entre las cuales resulta de sumo interés destacar las siguientes –todas incorporadas como prueba documental al debate-:

- Reglamento RC-3-30 de "Organización y funcionamiento de los Estados Mayores". En sus artículos 1001 y 1002 establece que el comandante de la unidad es su único responsable no pudiendo delegar ni compartir esa responsabilidad y que el mismo estará acompañado de un estado mayor que constituye con él una única entidad militar, teniendo por objeto el exitoso cumplimiento de la misión del comandante.

En los artículos 2002 a 2006 dispone que el estado mayor tendrá campos de acción a los que denomina: Personal, Inteligencia, Operaciones, Logística y Asuntos Civiles, esquema que se reproduce en todos los niveles del ejército, aunque en las unidades en vez de existir estados mayores hay planas mayores S-1, S-2, S-3 y S-4 respectivamente (art. 2013). Así, Personal se encarga entre otros temas a lo referente al personal detenido y todo sujeto que se encontrara bajo control militar; Inteligencia es responsable sobre todos los aspectos relacionados con el enemigo, debiendo coordinar las operaciones tácticas y reunir información, adquirir los blancos y coordinar las operaciones sicológicas; Operaciones está encargado de los aspectos relacionados con la organización, instrucción y operaciones y debe coordinar las mismas con Inteligencia; y por último, Logística es responsable de brindar apoyo en materia de abastecimiento, transporte y movimientos de tropa (arts. 3004 a 3010).

USO OFICIAL

- Reglamento RC-8-2 "Operaciones contra fuerzas irregulares". Determina que la contrasubversión debe individualizar a los elementos de las operaciones subversivas para destruirlos o neutralizarlos, para lo cual la inteligencia y la actividad sicológica son fundamentales (conf. Arts. 1001, 1004 y 1005). Asimismo el art. 4009 en su punto 1 expresa que la represión militar debe llevarse a cabo como una operación ofensiva, señalando entre sus principales finalidades destruir a las fuerzas de guerrilla y sus instalaciones y hostigar a las guerrillas con todos los medios disponibles para impedir que éstas puedan emplear sus recursos.
- Reglamento RV-200-10 "Servicio Interno". En su parte segunda, capítulo VI, Sección I, en los artículos 6001 a 6006, regula las funciones y competencia del Jefe de Turno de la unidad. Determina que el Jefe de Turno es el oficial jefe o capitán que se designa en los comandos y organismos para atender los asuntos que se produzcan fuera del horario de actividades, debiendo cumplir dicho servicio los oficiales jefes y los capitanes del cuerpo de comando que revisten en el mismo, quienes dependerán directamente del comandante, director o jefe del organismo y durarán en sus funciones 24 horas. Asimismo, establece que entre sus funciones se encuentra la de atender todos los asuntos que interesen al comando u organismo, resolviéndolos de por sí, reservándolos o poniéndolos en conocimiento de la o de las autoridades que corresponda, según sea su

urgencia, importancia o lo que determinen las directivas u órdenes particulares que regulen este servicio, así como también, diligenciar la documentación y/o adoptar resoluciones sobre problemas que requieran una resolución urgente.

- Reglamento RC-9-1 "Operaciones contra elementos subversivos. En el capítulo IV, Sección I "Características de la conducción", establece en el art. 4003 inciso i) que se debe "Aplicar el poder de combate actuando con la máxima violencia para aniquilar a los delincuentes subversivos donde se encuentren… La acción militar es siempre violenta y sangrienta, pero debe tener su justificación y el apoyo de operaciones sicológicas… El concepto rector será que el delincuente subversivo que empuña armas debe ser aniquilado, dado que cuando las Fuerzas Armadas entran en operaciones contra estos delincuentes, no deben interrumpir el combate ni aceptar rendiciones…".

Por su parte, el artículo 4004 inciso c) último párrafo determina que "La prioridad de empleo de los medios policiales, de seguridad y militares estarán también en relación con la forma que utilice la subversión… se deberá tener en cuenta la conveniencia de que contra las acciones clandestinas actúen preferentemente elementos especializados (normalmente de inteligencia de las FFAA., de seguridad y policiales, y que contra la acción abierta actúen preferentemente fuerzas militares con el apoyo de las demás Fuerzas Legales".

En la Sección II "Organización", el artículo 4007 dispone que "Cuando se poseen indicios o son detectados intentos de recrudecimiento de la actividad subversiva, tanto en ámbitos urbanos como rurales, se debe atacar preventivamente en los lugares detectados, para anular el o los focos en su germen… La iniciativa se materializará actuando aún sin órdenes del comando superior, con el concepto de que un error en la elección de los medios o procedimiento de combate será menos grave que la omisión o la inacción… El ataque se ejecutará preferible y fundamentalmente: a) Mediante la ubicación y aniquilamiento de los activistas subversivos y la detención de los activistas gremiales… El concepto es prevenir y no "curar", impidiendo mediante la eliminación de los agitadores, posibles acciones insurreccionales masivas.". A su vez, el artículo 4015 que se refiere a la organización de los Comandos y Jefaturas establece "… dentro de esta organización tiene fundamental importancia el disponer de suficiente personal y medios de inteligencia considerando que esta campo de interés de la conducción deberá desplegar un permanente esfuerzo de búsqueda y reunión de información, coordinación e intercambio con los medios de las otras Fuerzas, análisis de documentos e interrogatorio de detenidos, como así también la producción de la inteligencia necesaria para su oportuna explotación".

En el Capítulo V, Sección I, se definen las Operaciones de Contrasubversión, las que tendrán como uno de sus principales objetivos el aniquilamiento de la subversión, para lo cual se deberá detectar y eliminar la infraestructura de apoyo, aislar los elementos subversivos restringiendo al máximo su vinculación con el exterior, y desgastar y eliminar los elementos activos mediante acciones de hostigamiento, las que podrán llegar al aniquilamiento cuando consigan fijarlos (art. 5002 inc. 2).

Finalmente, la sección IV desarrolla las Operaciones de seguridad, señalando como uno de sus objetivos "...detectar y eliminar a los elementos de la subversión clandestina, infiltrados en la población" (art. 5022) para lo cual "...las actividades de inteligencia adquirirán una importancia capital, pues son las que permitirán, en gran medida, la individualización de los elementos subterráneos y auxiliares y su eliminación como tales..." (art. 5024, tercer párrafo).

Ahora bien, de conformidad con todo lo hasta aquí expuesto y específicamente a lo que hace al hecho materia de debate, cabe consignar que el Comando de Zona 1 estaba bajo la órbita operacional del Primer Cuerpo de Ejército y abarcaba las jurisdicciones de las Provincias de Buenos Aires, La Pampa y Capital Federal, conforme surge de la Orden Parcial Nro 405/76. A su vez, 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.

La subzona 15 por su parte estaba a cargo de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 con asiento en Mar del Plata y comprendía las áreas 151 y 152 que dependían operativamente de los Grupos de Artillería de Defensa Aérea Nros. 601 y 602 respectivamente.

USO OFICIAL

Dentro del área 151, tanto la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 (ADA 601) como el Grupo de Artillería de Defensa Aérea 601 (GADA 601) poseían una estructura similar. Tenían un Jefe y un Segundo Jefe del cual dependía la Plana Mayor, integrándose esta última con cuatro secciones que eran las de Personal (S1), Inteligencia (S2), Operaciones (S3) y Logística (S4). Asimismo, en el caso del GADA 601, también dependían del 2do. Jefe las Baterías "A", "B", "C", "Comando" y "Servicios" como así también la Banda.

Funcionalmente el Jefe de Agrupación era quien ejercía la superioridad sobre el ADA 601, en tanto que, si bien el GADA 601 y 602 eran unidades independientes, se encontraban subordinadas a aquélla.

A fin de integrar las estructuras y organigrama precedentemente descriptos y determinar la situación que revestía el Imputado Rezett en los mismos, tal como se acreditará en el punto que prosigue, corresponde señalar que el mismo al momento de la comisión del homicidio calificado de Ana Lía Delfina Magliaro se desempeñaba como Capitán de Infantería, adscripto a la plana mayor y afectado a la sección inteligencia, de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea (GADA 601).

d) Autoría penalmente responsable de Fortunato Valentín Rezett en el hecho.

De conformidad con lo expuesto en el punto que antecede, los elementos probatorios colectados durante la audiencia de debate y la documental incorporada como prueba, se halla debidamente acreditado que fueron las autoridades y personal de la subzona 15 quienes planificaron y ejecutaron el homicidio de la Ana Lía

Delfina Magliaro, la que se encontraba ilegalmente detenida y en total estado de indefensión, a disposición de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 desde el día 4 de agosto de 1976. Su secuestro, ilegal detención y posterior ejecución formaron parte del plan criminal del gobierno de facto que se desarrolló en nuestro país durante los años 1976 a 1983.

Como se expresara en el acápite I, la muerte de Ana Lía Delfina Magliaro no ocurrió en un "enfrentamiento entre elementos subversivos y fuerzas de seguridad" sino que fue causada por el accionar de las fuerzas armadas, en circunstancias en que la nombrada se encontraba privada ilegalmente de su libertad y en absoluto estado de indefensión.

Las marcas de cinta adhesiva que Ana Lía Delfina Magliaro presentaba en sus ojos y boca, las quemaduras en distintas partes del cuerpo –especialmente bajo las axilas, cerca de sus pechos y vagina- así como también las marcas visibles en sus muñecas –a las que hicieran referencia sus hermanos, Mario Miguel y Juan Alberto Magliaro, al prestar declaración en la audiencia de debate, y su tío, Santos Vicente Bellardi, al prestar declaración testimonial a pedido del juez a cargo del Juzgado de Instrucción Militar nro. 13, cuya copia obrante a fs. 291/292vta. de autos fuera incorporada como prueba al debate (-art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigo fallecido conforme copia del certificado de defunción agregada a fs. 1009-)- son harto demostrativas que la mencionada se encontró en todo momento en un total estado de desamparo y no pudo bajo ningún concepto haber participado libremente de ningún enfrentamiento armado como argumentaron los fuerzas de seguridad, sino que, por el contrario, la misma fue sometida, brutalmente torturada y finalmente ejecutada, resultando ser víctima de un fusilamiento.

Cabe aquí señalar que este modus operandi 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 intentos de fuga de los detenidos.

Así, durante el terrorismo de Estado ocurrido entre el 24 de marzo de 1976 y 10 de diciembre de 1983, existieron varios sucesos violentos con motivo de "traslados" -o disposiciones de libertad- que, dada ciertas características comunes, indican la existencia de esta práctica generalizada de muertes enmascaradas en enfrentamientos armados o falsos intentos de fuga que resultaron ser verdaderas masacres.

Este modus operandi se vislumbra a través de significativas coincidencias en la modalidad de ejecución de estos sucesos: en primer lugar por el momento del día en que estos traslados se producen, generalmente de noche. En segundo lugar estos hechos violentos aparecen justificados por las fuerzas militares y de seguridad intervinientes en supuestos ataques de "elementos subversivos" o intentos de fuga. En tercer lugar, a pesar de la gran virulencia de los hechos de acuerdo a las versiones oficiales y las trágicas consecuencias para los supuestos agresores y los detenidos, nunca

existen bajas en los integrantes de las fuerzas represivas, amén que en algunas ocasiones se aleguen ciertas heridas, aunque ausente de mínimas especificaciones o comprobaciones. Por último, y lógicamente, no existe ninguna pesquisa judicial o sumario administrativo para la dilucidación de hechos de tamaña envergadura, y cuando existen sólo poseen una apariencia formal de investigación más destinada a justificar -y encubrir- la versión oficial que a una averiguación seria y real de lo sucedido, actuaciones que por supuesto concluyen sin más en sobreseimientos y posterior archivo de las mismas. Algo similar ocurrió en la R.D.A. en torno a la investigación de los homicidios perpetrados en "el muro de protección", lo que llevó a Ulfrid Neumann a sostener que en puridad las investigaciones eran "una puesta en escena", una "teatralización" de la justicia, ya que jamás se condenó por estos delitos. Por ello sostiene el autor que el derecho penal de la R.D.A no era un verdadero derecho porque la praxis judicial no lo respetaba. El derecho penal se integra con su práctica cotidiana, y tal como ocurrió en nuestra patria, los tipos penales describían prohibiciones que no se sancionaban (Neuman, Ulfrid, "Positivismo Jurídico, Realismo Jurídico y Moralismo Jurídico, en el debate sobre la Delincuencia Estatal en la anterior R.D.A.", ver DOXA, España, Nros 17 y 18, 1995, ps 435-444).

USO OFICIAL

Esta modalidad del plan criminal del terrorismo de Estado fue acreditada en la sentencia de la causa 13/84 en el caso conocido como la masacre de "Margarita Bélén", y recientemente en los juicios llevados a cabo en Córdoba y La Plata. Acerca del primer caso ver el informe de la CONADEP: Nunca más, pág. 236 y 237; también, ANGUITA-CAPARRÓS, La voluntad, T. V, págs. 348/349, y el relato de uno de los protagonistas de la masacre de Margarita Belén, Jorge GILES, en su Allí va la vida. La masacre de Margarita Belén, Bs. As.: Colihue, 2003).

Sentado pues que Ana Lía Delfina Magliaro fue brutalmente ejecutada por personal perteneciente a la subzona 15, corresponde ahora efectuar un análisis detallado de la situación que revestía el imputado Fortunato Valentín Rezett en el marco de actuación arriba descripto y de su participación en el hecho investigado.

Conforme se desprende de la copia certificada del "Legajo Personal Original – Ejército Argentino" perteneciente a Fortunato Valentín Rezett, más precisamente del informe de calificación correspondiente al período 1975/1976 (incorporado como prueba documental al debate), el 21 de junio de 1976 el mencionado Rezett, por entonces Capitán de Infantería, fue designado para continuar prestando servicios en la Jefatura Agrupación ADA 601 de Mar del Plata, lo que efectivamente realizó hasta el día 17 de diciembre de 1976, fecha en que regresó a la Escuela Superior de Guerra. Asimismo, el día 22 de junio de 1976 se lo designó adscripto a la Plana Mayor de la Jefatura de la Agrupación ADA 601, cargo en el que permaneció hasta el 17 de diciembre de 1976.

Ahora bien, su condición de integrante de la Plana Mayor de la Jefatura de la Agrupación ADA 601 no sólo surge del informe de calificación arriba señalado, sino también del reclamo efectuado por el propio Fortunato Valentín Rezett ante el Jefe del Estado Mayor General del Ejército en torno a la clasificación y calificación que le

fuera impuesta por la Junta Superior de Calificación de Oficiales – año 1992, con motivo de la consideración para el ascenso al grado inmediato superior, en la que textualmente expresó que "…El entonces J Agr ADA 601, Sr Cnl D ALBERTO BARDA y el J GADA 601 el actual Grl Br (R) CORNEJO, solicitaron al EMGE muy especialmente que el suscripto quedara destinado a la J Agr, a lo que se accedió siendo un caso excepcional de un Oficial de Infantería destinado por BRE a un Elemento de Artillería. Allí participé **activamen te** de la lucha contra la subversión dentro del marco de rectitud, conducta y ejemplar conducción y aprendiendo a querer a tal noble arma con cual me integré totalmente, llorando los mismos camaradas muertos como el Tte 1ro CATIVA TOLOSA. Asimismo participé como integrante de la Pl My en Juegos de Guerra de índole doctrinario…" (ver fs. 14/27 del "Legajo Personal Original – Ejército Argentino" perteneciente a Fortunato Valentín Rezett que fuera incorporado como prueba documental al debate).

De la simple lectura del tramo de la presentación efectuada por el propio imputado precedentemente trascripto surge claramente que el mismo además de tener un total conocimiento de la existencia de un plan encaminado a la "lucha contra la subversión", participó activamente del mismo, bajo la excepcional circunstancia de ser un Capitán de Infantería destinado a un elemento de Artillería por expreso pedido de los jefes; excepcionalidad esta que se corrobora con lo manifestado en la audiencia de debate por Roberto Eduardo Berazay, quien expresó que se sorprendió de sobremanera al reconocer en la Agrupación ADA 601 a Fortunato Valentín Rezett ya que el mismo era Capitán de Infantería y no era normal que un elemento de dicha arma prestara servicio en artillería.

A lo expuesto debe sumarse la opinión del por entonces Jefe de Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601, Coronel Alberto Pedro Barda, quien lo calificó como "…sobresaliente oficial durante su permanencia en esta Agrupación, colaborador incansable, equilibrado, prudente, intelectualmente muy capaz y un verdadero valor humano como futuro OE11…" (ver informe de calificación correspondiente al período 1975/1976 obrante en la copia certificada del "Legajo Personal Original – Ejército Argentino" perteneciente a Fortunato Valentín Rezett, que fuera incorporado como prueba documental al debate).

Dentro de este cuadro situacional descripto, en orden a determinar la responsabilidad de Fortunato Valentín Rezett en el homicidio de Ana lía Delfina Magliaro, adquiere manifiesta importancia la copia certificada del recibo de recepción de la misma en calidad de detenida firmado de puño y letra por el imputado – que el mismo reconociera al prestar declaración indagatoria en el marco de la causa Nro. 17.807, caratulada "Ernesto Orozco y otros s/ Infracción arts. 141 y 144 ter del Código Penal (Comisaría IV)", ante el Juzgado Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 2, de Mar del Plata, cuya parte pertinente, por no haber mediado oposición de su defensa, fue incorporada al debate por lectura (copia certificada obrante a fs. 454/463vta.)-, el que no sólo prueba la llegada de Ana Lía Delfina Magliaro a la unidad militar en la que Rezett cumplía funciones, sino que acredita asimismo que éste además de desempeñarse en el cargo de Capitán de

Infantería, adscripto a la Plana Mayor, ejercía funciones en el área de inteligencia, ya que en dicho recibo no consta solamente su firma sino también la aclaración de la misma en la que puede leerse “Cap S2 AGR ADA 601” (fs. 229 -incorporado como prueba documental).

Conforme se desarrollara ampliamente en el punto II c) y al cual me remito a fin de evitar repeticiones, “S2” era la sigla que representaba la división inteligencia y cuya función le otorgaba a Rezett responsabilidad en todos los aspectos relacionados con el estudio, planeamiento, dirección y ejecución de todas las tareas de inteligencia, considerándose que la contrasubversión debía individualizar los elementos de las operaciones subversivas para destruirlos o neutralizarlos, para lo cual la inteligencia y la actividad sicológica eran fundamentales (ver copias certificadas del Reglamento RC-3-30 -arts. 3005 y 3006- y RC-8-2 -arts. 1001, 1004 y 5007- que fueran incorporadas como prueba documental al debate).

Lo precedentemente expuesto no se ve desvirtuado por los dichos vertidos por el imputado Rezett al prestar declaración indagatoria en el marco de la causa Nro. 17.807, caratulada “Ernesto Orozco y otros s/ Infracción arts. 141 y 144 ter del Código Penal (Comisaría IV)”, ante el Juzgado Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 2, de Mar del Plata, cuya parte pertinente, por no haber mediado oposición de su defensa, fue incorporada al debate por lectura (copia certificada obrante a fs. 454/463vta.), en la que expresó que “…jamás fue integrante de la plana mayor orgánica del ADA 601, ni ejecutó ni recibió orden operativa alguna por la siguiente razón: soy un oficial de infantería y no de inteligencia… deseando aclarar que sí cumplió función de jefe oficial de turno, consistiendo dicha labor en ausencia del jefe de la unidad ser responsable de todo el cuartel, asumiendo la jefatura durante el turno (de 24 hs)…” añadiendo que por tal motivo de él dependía la guardia por el cuartel y la seguridad del mismo.

Las constancias obrantes en el Legajo Personal de Rezett ya reseñadas, lo que él mismo argumentara en el reclamo efectuado ante el Jefe del Estado Mayor General del Ejército ya referido, así como también, la aclaración de la firma –que el mismo imputado reconociera al prestar declaración indagatoria en el marco de la causa Nro. 17.807, caratulada “Ernesto Orozco y otros s/ Infracción arts. 141 y 144 ter del Código Penal (Comisaría IV)”, ante el Juzgado Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 2, de Mar del Plata– en el recibo de recepción de la detenida Ana Lía Delfina Magliaro, en la que puede leerse “Cap S2 AGR ADA 601”, son irrefutables y ubican al imputado dentro de la estructura operacional del ADA 601, resultando ser un elemento importante de ella, participando activamente en la lucha antisubversiva, por decisión personal, ya que sólo así se explica que un infante preste funciones en un cuerpo de artillería.

Es precisamente en este contexto en el que deben analizarse sus palabras: “…sí cumplió función de jefe oficial de turno, consistiendo dicha labor en ausencia del jefe de la unidad ser responsable de todo el cuartel, asumiendo la jefatura durante el turno (de 24 hs)…”, de las que claramente se deduce que esa función de tamaña responsabilidad no podía ser delegada por el jefe de la unidad en alguien que ostentara un rango bajo o que no estuviera lo suficientemente capacitado y tuviera el

USO OFICIAL

conocimiento adecuado del plan de lucha contra la subversión que se estaba llevando adelante; Rezett estaba consustanciado con tales objetivos.

Cabe aquí señalar que el mismo imputado en el reclamo efectuado ante el Jefe del Estado Mayor General del Ejército refiere que durante el receso de la Escuela Superior de Guerra, período comprendido entre el 15 de enero al 28 de febrero de 1976, participó en el Operativo Independencia en la Provincia de Tucumán como S-2 del RI Mte 28, y es precisamente dentro de ese contexto de actuación que es designado en comisión a la ciudad de Mar del Plata para prestar funciones en la sección Inteligencia por hallarse absolutamente compenetrado en la lucha contra la subversión.

Fortunato Valentín Rezett en su condición de Capitán de Infantería, adscripto a la plana mayor y afectado a la sección inteligencia, no podía bajo ningún concepto desconocer las circunstancias ocurridas en el GADA 601.

Resulta imposible en base a todo lo expuesto sostener que el imputado desconocía que formaba parte de una estructura –AADA 601- que integraba el sistema represivo pergeñado por el gobierno de facto, que allí se recibían detenidos en forma clandestina y se decidía su destino final. Adquiere en este punto relevancia la copia del certificado obrante a fs. 247 del legajo de prueba Nro. 13 correspondiente a Oscar Cornelio Aramburu en causa Nro. 2278 y sus acumuladas (Comisaría Cuarta), de trámite ante este Tribunal, en el que el Capitán Valentín Rezett hace constar que Oscar Cornelio Aramburu estuvo detenido en la Jefatura Subzona Militar 15 en averiguación de antecedentes, y firma el mismo como Jefe Sección Detenidos, pudiéndose observar inserto en él el sello medalla del ejército Argentino y su firma efectuada de puño y letra, la que por la similitud con la efectuada en el acta de declaración indagatoria obrante a fs. 450/451 de autos permite concluir que le pertenece. Tales actuaciones fueron requeridas "ad efectum videndi", encontrándose a disposición de las partes para su examen, razón por la cual, no obstante, la falta de reconocimiento del imputado, las predichas certificaciones indican que Rezett no recibió por casualidad a Ana Lía Delfina Magliaro de manos del Capitán Berazay, ni fue tampoco por azar que debiera suscribir el recibo de entrega; por el contrario, ello ha sido un tramo importante de su "activa" participación en la lucha antisubversiva, que según los reglamentos citados, era sangrienta a punto tal que era preferible el error que la inacción.

Rezett conocía el marco criminal en el que prestaba servicio y ayudó con su actuación a sostener la estructura represiva militar, colaborando desde su lugar en lo que hiciere falta. Basta reproducir una vez más las palabras que el mismo imputado utilizara en el reclamo que presentara ante el Jefe del Estado Mayor General del Ejército por resultar harto demostrativas de lo antedicho: "....**participé activa men te de la lucha con tra la subve rsión** dentro del marco de rectitud, conducta y ejemplar conducción y aprendiendo a querer a tal noble arma con cual me integré totalmente, llorando los mismos camaradas muertos como el Tte 1ro CATIVA TOLOSA..." -el subrayado me pertenece- (ver fs. 14/27 del "Legajo Personal Original – Ejército Argentino"

perteneciente a Fortunato Valentín Rezett que fuera incorporado como prueba documental al debate).

Dentro del marco situacional descripto, la recepción por parte del imputado de la detenida Magliaro no se trató de un acto administrativo o de mero trámite sin trascendencia. Repárese que el capitán de Policía Militar 101 guardó el recibo de entrega de la víctima Ana Lía Delfina Magliaro por más de treinta años, consciente de la gravedad que podría sobrevenir a dicho traslado, lo que finalmente ocurrió.

Fortunato Valentín Rezett, en su carácter de Capitán de Infantería adscripto a la Plana Mayor de la Jefatura de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601, con funciones en el área de inteligencia, recibió personalmente a Ana Lía Delfina Magliaro en su condición de detenida y en total estado de desamparo, quien posteriormente fue hallada sin vida en la vía pública de esta ciudad, no habiendo recuperado nunca su libertad. Su conocimiento acerca del contexto ilícito en que se desarrollaba el traslado de Magliaro y del destino posible que le esperaba a la misma convirtió a su conducta de simple recepción en un acto prohibido que formó parte esencial del curso causal homicida.

USO OFICIAL

Concluyo entonces, de conformidad a todo lo precedentemente expuesto, la prueba documental incorporada al debate, y las declaraciones testimoniales recibidas en la audiencia de juicio que Fortunato Valentín Rezett, en su carácter de Capitán de infantería adscripto a la plana mayor de la Jefatura de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601, recibió Ana Lía Delfina Magliaro, quien había sido sustraída con violencia de su domicilio ocasional, ilegalmente detenida, haciéndose garante de su integridad física, siendo responsable directo, por lo que se dirá, de su homicidio ocurrido el 2 de septiembre de 1976.

Sentado lo que antecede, corresponde ahora referirme a la concepción normativa que justifica la imputación del homicidio calificado de Magliaro al Capitán Fortunato Valentín Rezett.

e) Los delitos de Infracción de deber. La autoría del Capitán Fortunato Valentín Rezett. “No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía” (Jakobs, Günther “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico –penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”, trad de Peñaranda Ramos, Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1977, p 211). -

La autoría jurídico penal va a depender únicamente de lo que el interviniente realiza en un suceso delictivo, de nada más. Para tales efectos, sólo su propio hecho cuenta, como en la sentencia del compositor Richard Wagner <pregúntale a tu hecho y él te indicará tu culpabilidad> (Ver Lesch, Heiko, Der Verbrechensbegriff. Ggrundlinien einer funktionalen Revision, 1999, p. VI, cit por Caro Hohn, op cit pág 63).

Los debates de nunca acabar que se viven en la autoría y participación delictiva, el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho Penal, según Kantorowicz, ha provocado un desarrollo digno de destacar de los delitos de "Infracción de deber" (Pflichtdelikten), expresión acuñada por primera vez por Roxin en 1963 en su "Derecho Penal".

Esta aparición no es antojadiza, la insuficiencia de la teoría subjetiva de la autoría, luego superada por la teoría "del dominio del hecho" demostraron su inconsistencia frente a los problemas que la intervención en el delito suscita.

Veamos: la teoría subjetiva de autoría impuesta en Alemania por Maximilian v. Buri, magistrado del Tribunal del Imperio de 1879 a 1896 sólo atendía al mundo interior del sujeto. Así se llegó a castigar como autora de homicidio calificado a la parturienta que pidiera a su hermana que ahogara en la bañera el niño ilegítimo recién nacido, y como partícipe del homicidio a quien con sus propias manos ahogó al niño; ello así porque había cometido el homicidio en interés de la madre.

No era difícil que ante semejante panorama de la autoría, la doctrina tratara de buscar otros criterios que compensaran el aspecto objetivo del hecho, descuidado hasta ese momento.

Fue Welzel quien en 1939 en conexión con su conocida teoría finalista de la acción, concedió a la autoría un contorno propio. Autor <<es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y sobre su ejecución>>, teoría que recibió el importante aporte de Maurach, "domina el hecho", quien tiene en sus manos el curso típico del suceso, tiene el dominio del hecho <<todo interviniente que se encuentre en la situación fáctica por el conocida, que pueda conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir, la realización del tipo>>. (Ver Maurach, Reinhard "Derecho Penal", Astrea. 1995, T II pág 316 y ss.). Algunos autores, tal es el caso de Urs Kindhäuser, distinguen entre dominio de decisión y dominio de configuración. Tiene dominio de decisión aquél de quien depende si el hecho se comete o no; tiene dominio de configuración aquel que puede determinar cómo resulta determinado el hecho en sus particularidades (Ver Urs Kindhäuser, "Infracción de deber y autoría- Una crítica a la teoría del dominio del hecho", conferencia pronunciada en el postgrado de derecho penal de la Universidad Austral en el segundo semestre de 2009, págs 2 y ss, la traducción del idioma alemán al castellano ha sido editada por dicha universidad).

A mi juicio el dominio de configuración tal como lo enseña en su última versión Raúl Zaffaroni también lo tiene el cómplice necesario, lo tiene porque quitando su aporte impide el hecho o impone un cambio radical del plan concreto. Este es uno de los aportes de importancia del actual ministro de la Corte Suprema que ha implicado la traslación de la dominabilidad de la acción como elemento del tipo subjetivo al tipo sistemático (Ver Zaffaroni Eugenio Raúl, "Estructura básico del Derecho Penal", Ediar, agosto de 2009, pág 94).-

Sin embargo aparecieron problemas que la teoría del dominio del hecho ya no podía explicar de manera convincente. Es por ello que Roxín ha llevado a

cabo otro intento de resolver el problema de la autoría prescindiendo de su vinculación con el tipo, como resultado de considerar que en los **delitos de deber,** la violación de éste es una forma autónoma de autoría que nada tiene que ver con el dominio del hecho, que en su entender sólo opera en la autoría de los delitos de dominio porque en los de deber resalta un concepto extensivo de autor. De esta forma Roxín renuncia en determinados delitos al concepto del dominio del hecho, permitiendo que sea reemplazado por un concepto de autor fundado, a mi juicio, no sólo en la relación causal sino en la vinculación con el bien jurídico protegido cuya indemnidad debe ser asegurada si se observan las reglas que impone el "status" de la institución respectiva.

Existen tipos penales que per se no precisan ningún dominio del hecho para su realización, **como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los debere s**. En estos tipos penales no es la calidad del funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo relevante; lo que convierte al sujeto en autor del delito, es la infracción del deber estatal de comportarse correctamente del cual el sujeto es portador. Por ello el obligado es siempre autor, independientemente de que ostente o no el dominio del hecho. Son delitos en que sólo el "intraneus" puede ser autor. Su intervención para volver al dominio del hecho no puede ser marginal, siempre es central.

USO OFICIAL

Todas las personas tienen deberes especiales que cumplir, el primero, es el de no lesionar a los demás en sus bienes; acuñado en latín con la expresión "neminem laede" cuyo origen se remonta al derecho romano, y en especial a Cicerón(Ver Javier Sanchez- Vera Gómez Trelles, Delitos de Infracción de Deber, Marcial Pons, Barcelona, 2002, págs 83 y ss). Esto permite que cada uno configure su espacio de libertad pero no de manera ilimitada. Estos delitos equivalen a los delitos de dominio.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de los deberes especiales, esto es deberes en virtud de competencia institucional. Aquí no se trata de la libertad de configuración y de la prohibición de lesión con carácter general sino del incumplimiento del rol que impone un estatus especial. El padre, el policía, el juez, el guardia penitenciario, el militar tienen una determinada forma de comportarse, un deber de corte institucional que lo convierte en un obligado especial. El correcto funcionamiento de las instituciones positivas garantiza que no se dañe la esfera de libertad ajena.

Qué se espera de un policía o de un guardia penitenciario o de un miembro de las fuerzas armadas? Que no torture, que no secuestre, que no mate, que cumpla correctamente su función. Así como se espera que un buen padre cuide a su hijo, que si no sabe nadar y lo observa peligrosamente ante un estanque profundo lo vigile para evitar que se ahogue.

El rol constituye un haz de expectativas que surge de una determinada posición social, al igual que el actor representa algo que ya ha sido determinado de antemano. Los roles definen qué se espera, como dije, de un policía, de

un médico, de un guardia penitenciario, de un militar: en puridad se espera que cada uno en su función sea un centinela del bien jurídico.

En esta inteligencia los guardias de los centros clandestinos de detención, o del servicio penitenciario que torturaban a las personas secuestradas en el primer caso, o a los presos, en el segundo, o que estaban presentes cuando otros ponían manos sobre estas personas desamparadas, como quien recibe a una persona sustraída con violencia, privada de su libertad, 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.

Esta manera de entender la autoría resuelve correctamente los diversos problemas que pueden presentarse. El obligado especial y el bien jurídico, tienen un mundo en común, que lo obliga a mantenerlo alejado de cursos lesivos. Qué se espera del médico de guardia? que atienda al herido aunque él no haya causado la lesión, así como del padre que mantenga a su hijo libre de lesiones como deber derivado de la patria potestad. Qué se espera de un policía, de un militar? que no secuestre, que no mate...

La categoría aquí estudiada no debe confundirse con los delitos especiales, ya que el núcleo de estos últimos está constituido por la descripción típica de los elementos personales de autor, o de la acción o bien la forma determinada en que un bien jurídico puede ser lesionado. En el delito de infracción de deber existe una relación institucional con el bien jurídico, en el delito especial, la realización descripta en el tipo es lo que caracteriza la autoría.

La administración pública como una 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. **"Por esta razón los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, como pueden ser los jueces, fiscales, miembros de las fuerzas armadas, policías, legisladores, no deben ser calificados como simples delitos especiales, porque el delito cometido por ellos no tiene nada que ver con la simple descripción de una realización típica, de las cualidades de la persona y de la acción, sino que se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas"** (Ver el excelente trabajo de José Antonio Caro John, "Algunas consideraciones sobre los delitos de Infracción de deber", Anuario de Derecho Penal, año 2003, existe versión en Internet).

Esta visión de la autoría permite resolver cuestiones rechazando la accesoriedad de la participación, ya que en estos delitos, todos los actos del

obligado especial que comporta una lesión para los bienes que debe proteger, generan para él una responsabilidad penal a título de autor. Así la madre que ve como su esposo o concubino viola sexualmente a su hija, o la mata responderá como autora de tales delitos ya que los tipos penales no dicen si deben cometerse mediante acción u omisión. Y en este caso el comportamiento omisivo de la madre lesiona su deber de protección y fomento sobre los bienes de su hija. Lo mismo ocurre con los funcionarios públicos, policías, jueces, fiscales, guardias penitenciarios, todos responderán como autores individuales de tales delitos. En el caso del policía o guardia penitenciario por lesionar el deber estatal de brindar seguridad y protección a las personas al cumplir tareas de represión ilegal, sea un centro clandestino o en una cárcel en la que al margen de los procesos legales existía un sistema ilegal, en que el se aplicaba como antes dijimos un derecho penal subterráneo, constituido por sanciones ilícitas como los vejámenes, torturas, homicidios, etc.

Este sistema cuya ilicitud resulta palmaria genera responsabilidad institucional para quienes tienen el deber de interferir los cursos lesivos para los bienes jurídicos; ello ha llevado al Tribunal Supremo Federal alemán a sostener que no se puede considerar tan sólo participación la ayuda a la consecución de un determinado resultado, mientras que se considera como autoría la omisión de impedir ese mismo resultado. Quien <<**en contra de su deber como superior y como funcionario de policía facilita el comportamiento delictivo de un subordinado -en el caso concreto se trataba de un homicidio -, y quebranta por ello su deber positivo, responde ya no como partícipe, sino como autor** >> (Sentencias BGH, NJW, 1959, p. 584 y BGH 1950, pp 435; ver también Rudolphi en SK, &13, Rdn 36,36ª, 54b ss, cit. por Javier Sanchez Vera –Gomez Trelles , op.cit pág 192).

Conclusiones finales en orden a la autoría.

La imputación de un comportamiento como infracción de deber presupone que el destinatario de la norma sea cognitiva y físicamente capaz de evitar la realización del tipo. Este presupuesto se denomina capacidad general de acción.

Ahora bien, afirmándose la capacidad de acción del autor e interpretándose su comportamiento, en consecuencia, como infracción de deber, entonces cabe preguntarse ahora, en el segundo nivel de la imputación, por qué el autor del hecho no se formó de modo eficaz para la acción, la intención de evitar la realización del tipo, a pesar de que él pudo formarse y realizar tal intención.

Podría ser que el autor ni siquiera conociera la norma en cuestión?, o que de haberla conocido, asumiera erróneamente que su conducta se encontraba justificada. Esta constelación de situaciones que constituirían errores de prohibición está ausente en el caso juzgado. Valentín Rezett sabía perfectamente qué destino probable le aguardaba a Ana Lía Delfina Magliaro y sabía también que podía oponerse a este sistema ilícito, como podía también negarse a entregar a esta detenida

USO OFICIAL

para que en la nocturnidad, abandonada e indefensa sea fácilmente asesinada. No alcanzan sus explicaciones para excusar la grave responsabilidad que pesa sobre el nombrado quien fue parte de la aplicación de un derecho penal clandestino de "sangre y lágrimas" que permitía el secuestro, la tortura, el homicidio, todo ello en un contexto cuya finalidad era claramente lograr la "zersetzung" nacionalsocialista, la desmoralización de los detenidos con su indigna secuela de negación de su identidad (Ver en este sentido Schroeder, Friedrich Christian, "Sobre la punibilidad de los homicidios por encargo del Estado", traducción libre del alemán: Zur Strafbarkeit von Tötungen in Staatlichem Auftrag" en Juristische Zeitschriff, 1992, pp 990-993). No hay que tener una imaginación retorcida como lo propone Jakobs; no es sencillo imaginarse "carcelero en un centro clandestino" y no hace falta "un gran carácter" para no serlo como enseña el prestigioso profesor de Regensburg, citado precedentemente.

En suma, el aporte del capitán Valentín Rezett en la muerte violenta de Magliaro responde a la clara fundamentación filosófica que suministra Hegel en este punto:.. "Todas las personas se encuentran sujetas a cumplir un deber determinado. El reconocimiento recíproco de los hombres como personas exige que cada quien sea tratado por el otro respectivamente como un ser libre; en tanto cada uno sea reconocido como un ser libre, él es una persona. Por eso, el mandato jurídico general reza: <**sé una persona y respet a a los otros como person as** >. Ver Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Texte zur Philosophischen Propädeutik, Werke 4, §, p. 233 citado por Caro John, "Normativismo e Imputación Jurídico Penal", Ara Editores, Perú, octubre de 2010, ps 63 y ss. Ana Lía Magliaro no fue respetada como persona….No se trata aquí de la lesión de los deberes generales de actuación, conocidos como deberes en virtud de competencia de organización, sino del deber infringido por el actuante –capitán Rezett- de comportarse correctamente en el ejercicio de la función pública; por ello el obligado siempre es autor, con independencia de que ostente o no el dominio del hecho (Ver Caro John, José Antonio, "Normativismo e Imputación Jurídico Penal", cit pág 69 y ss). De allí que la descripción de la autoría y la participación en los art. 45, 46 y ss del Código Penal argentino refiera sólo una distinción fenomenológica de los diversos actuantes que tomen parte en un hecho, distinción que permite establecer de una forma más clara la posición fáctica del actuante durante la realización del hecho en su conjunto. Tanto es así que aun cuando Rezett en un momento del hecho total haya tenido "el dominio de la situación de desamparo" (Schoreder) por la que atravesaba Magliaro, ello no obliga a tratar su intervención en base a la categoría dogmática del dominio del hecho.

La prueba recibida en el curso de la audiencia ha demostrado que el poder de configuración representativo de la comisión del delito, no de los pormenores o especificidades, estuvo en poder del capitán Rezett; el nombrado ha facilitado con su actuación el curso causal homicida, por ello es autor del homicidio calificado por alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas de Ana Lía Delfina Magliaro.

Para concluir: la prueba recibida en el curso de la audiencia oral ha sido apreciada de conformidad con las reglas de la sana crítica; sistema de valoración de la prueba impuesto por el art. 398 del código de rito que se encuentra presente en la ley española de enjuiciamiento civil de 1855, cuyo artículo 317 preceptuaba: “Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”. Y siguiendo a Caravantes, un intérprete calificado de aquella ley, podemos señalar a los artículos 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real como antecedente del sistema. La sana crítica era el equivalente de la sana filosofía o crítica racional, teoría que aconseja dejar al criterio judicial la apreciación de la prueba de testigo, pero que luego se extendió a todo tipo de pruebas. Esto lleva a permitir que el arbitrio del juez pueda juzgar no probado el hecho que afirman dos o más testigos y suficientemente probado el hecho que atestigua uno solo (ver Sentís Melendo, Santiago, “La Prueba”, “Los grandes temas de Derecho Probatorio”, Ejea 1979 p. 261 y ss.).

En suma, la sana crítica estará dada por la aplicación en la apreciación de la prueba de las reglas de la lógica, la experiencia, la observación, y el recto entendimiento humano. (Conf. Sentis Melendo, op cit. p. 266).

USO OFICIAL

Los elementos de prueba citados precedentemente no dejan resquicio para la duda (art. 3 del C.P.P.N.), han permitido reconstruir el hecho y la participación del acusado con pleno acatamiento a las reglas de la heurística procesal atento la admisibilidad de las fuentes utilizadas, sorteando la critica externa en orden a su autenticidad y la crítica interna en cuanto los califica de absolutamente confiables (ver Cafferata Nores, José “¿Un nuevo recurso de Casación? Reflexiones sobre el caso ´Casal´ de la Corte Suprema”, en DÁlesio Andrés y Bertolino Pedro, (directores), Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, setiembre de 2006, p. 1 y ss.).

Así lo voto.-

A la cuestión planteada los Dres. Mario Alberto Portela y Martín Bava adhirieron al voto que antecede.-

III. <u>CALIFICACION LEGAI</u>.

El Dr. Roberto Atilio Falcone dijo:

El hecho descripto precedentemente del cual resultara víctima Ana Lía Delfina Magliaro y cuya participación fuera analizada en el considerando anterior, debe calificarse como delito de “infracción de deber” de homicidio doblemente calificado por alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas, previsto y reprimido por el art. 80 incs. 2do. y 6to., -según ley 14.616- del C.P, resultando Fortunato Valentín Rezett autor material.

La alevosía requiere la presencia de componentes objetivos y subjetivos. En tal sentido, se comparte la opinión de Roxín, cuando al referirse a la agravante en el Derecho Penal Alemán señala, **“lo mismo sucede con la alevosía**

como eleme nto del ase sina to, si con la jurisprudencia con sta nte (B.G.H.S. t. 9, 385) se la defin e como aprovechamie nto de la fa lta de sospec ha y la indefen sión de la víctima debido a una dirección de voluntad hosti l; entonc es el aprovechamien to se rá un elem ento del tipo, y la tende ncia de la volu ntad perten ecerá a la culpabi lidad" (ver Roxín Claus, Derecho Penal, cit., pag 316).

Con todo acierto ubica Zaffaroni a la agravante analizada dentro de los Tendenzdelikte, destacando que en el aspecto objetivo el dolo exige en cuanto al conocimiento la indefensión de la víctima, pero ello no alcanza, hasta allí sólo hay un dolo de homicidio simple. Se requiere además que "el sujeto activo aproveche este estado de indefensión, saque partido de él para el resultado que pretende" (ver Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, T III, pag 375 y sgtes). Por esta razón no será alevosa la muerte de un niño, ni es alevosa la muerte del enfermo postrado y totalmente impedido de resistirse (op.cit.).

En definitiva se dará la agravante de alevosía cuando el agente actúe sobre seguro y sin riesgo, aprovechando la indefensión de la víctima (ver Tribunal Supremo Español, sentencia del 24 de enero de 1992, citada por Juan González Rus, Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, T I , Marcial Pons, Madrid, 1996, pag 66 y sgtes). Por ello algunos autores la comparan con el homicidio proditorio, en el que se oculta la intención, p.ej. disimular la finalidad de llevar a la víctima al lugar del hecho, o como se ha demostrado en este proceso, llevando a la víctima desprotegida al lugar donde finalmente es asesinada.

El derrotero seguido por la infortunada Ana Lía Delfina Magliaro, primero sustraída violentamente del domicilio de su amiga, privada ilegalmente de su libertad y torturada en el centro clandestino "El Vesubio", trasladada en forma clandestina a Mar del Plata, interrogada por personal de inteligencia y luego asesinada, demuestran inequívocamente el acuerdo de más de tres personas en el hecho, acuerdo premeditado, esto pensado antes de la comisión del homicidio con lo cual se cumple acabadamente la exigencia del inc. 6 del art. 80 del código penal en la versión vigente al tiempo de su comisión.

Pese a no haber sido introducido por ninguna de las partes en el debate, de la prueba documental que se ha venido citando en la presente, de los fallos judiciales que se han ido dictando a partir de la famosa causa Nro. 13 de la Cámara Federal porteña, y de los numerosos análisis filosóficos y sociológicos que se han elaborado respecto a los propósitos de exterminio de grupos nacionales de población (Foucault, "Genealogía del racismo", ed. Altamira, Montevideo, 1993, Feierstein Daniel, "El genocidio como práctica social", ed. Fondo de Cultura Económica, Bs. As, 2007, entre otros), un pronunciamiento judicial como el de autos amerita se efectúen cierto tipo de declaraciones. Si bien las mismas son obviamente "obiter dicta" no se puede dejar de expresar que en nuestro país existió en la época del hecho de autos un claro plan sistemático que se fundó en la necesidad de eliminar a un número indeterminado de personas que formaba parte de un enemigo indeterminado genéricamente bautizado como

"subversivo" a un estilo de vida nacional que se caracterizaba por ser "occidental y cristiano". No cabe duda que dicho plan fundamentalmente tendía a modificar ciertos valores de cooperación y de solidaridad vigentes en la sociedad argentina en los primeros años de la década de 1970 con el fin de modificar la política económica. Y solo fue posible para quienes usurparon el poder provocar este cambio de prácticas mediante el terror y utilizando medios que transformaron la función del estado en uno de naturaleza concentracionaria. Que tal vez ese cambio de valores haya obedecido a razones puramente económicas para tratar de imponer egoísmo y falta absoluta de consideración por el prójimo, ubica a estas acciones como lo que en el último de los libros citados Feierstein denomina prácticas sociales genocidas. Sin entrar en el análisis de esta figura que en el contexto internacional aparece recién luego de la segunda guerra mundial cuando sus víctimas fueron los habitantes de Europa Central (olvidando a todas aquellas anteriores que habían sufrido los países y continentes colonizados por la barbarie "civilizadora" principalmente europea) ya que la tipificación normativa excede el objeto del presente, corresponde declarar que el homicidio de Ana Lía Delfina Magliaro, constituye un crimen de Lesa Humanidad perpetrado en el marco del Genocidio sufrido en nuestro país durante la última dictadura cívico-militar.

Así lo voto.-

A las cuestiones planteadas los Dres. Mario Alberto Portela y Martín Bava votaron en igual sentido.-

USO OFICIAL

IV. <u>SANCIONES PENALES</u>.

El Dr. Roberto Atilio Falcone dijo:

La función judicial de individualización de la pena constituye, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez y representa la cúspide de su actividad probatoria (Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Edit. Comares, Granada, 1993, págs. 787). La misma debe interpretarse como una discrecionalidad jurídicamente vinculada, por ello deben seleccionarse los principios o criterios de orden valorativo que deban regir dicha función evitando decisiones arbitrarias o desiguales. En este sentido puede afirmarse que "las operaciones que presiden la determinación discurren en varios niveles" (Bacigalupo, "La individualización de la pena en la reforma penal" RF-DUC, T.3, monográfico, 1980, pág. 60): 1) Determinación de los fines de la pena: puesto que las normas penales (faz de conminación) deben servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito. De ello resulta además que la prevención general y la prevención especial deben figurar conjuntamente como fines de la pena (Roxin, "Derecho Penal" TI, Civitas, págs. 81 y 95). No obstante un elemento propio de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio

de culpabilidad como medio de limitación de la pena. Corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido desde el punto de vista preventivo. La "sensación de justicia", a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico-penal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente de lo que se merece, y "merecida" es sólo una pena acorde con la culpabilidad. 2) Determinación de los elementos fácticos de la individualización penal: En primer lugar corresponde aclarar que en el ámbito de la individualización judicial de la pena, se opera con una culpabilidad para la medición de la pena y no para su fundamentación. Esta última atañe a la cuestión de bajo qué presupuestos existe responsabilidad jurídico penal, del "si" de la pena, es decir del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena; cuestión propia del concepto sistemático de culpabilidad. La culpabilidad para la medición de la pena, en cambio, atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto "al conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto" (Hans Achenbach, 1974, 4, citado por Roxin, ob. Cit., pág. 814); cabe recordar que no pueden ser tenidos en cuenta criterios que ya incidieron en la determinación del marco legal (prohibición de la doble valoración –art. 67 Cód. Penal Español). La gravedad de la culpabilidad como concepto en la medición de la pena, su contenido, dependerá en primer lugar 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 (Jescheck, "Derecho Penal", Bosch, pags. 801/802). Además, determinado lo anterior, debe tenerse en cuenta la personalidad del autor para la magnitud definitiva. Este desarrollo doctrinario encuentra sustento legal en el derecho comparado a través de los artículos 66.1 del Cód. Penal Español y & 46.I y 46.II del StGB; en el mismo sentido el Comité de Expertos encargado de la elaboración del Proyecto de Código Penal para la Comunidad Económica Europea propone una fórmula análoga a los criterios aquí sustentados, concretamente en su artículo 15. En nuestro Código Penal los factores enunciados en ambos incisos del artículo 41 del Código Penal determinan las pautas a seguir, debiendo interpretarse, como unánimemente sostiene la doctrina nacional, que los criterios decisivos son tanto el ilícito culpable como la personalidad del autor (Ziffer, El sistema argentino de medición de la pena, Univ. Externado de Colombia, 1996, pág. 23). Sólo resta destacar que en ese artículo se hace una enumeración no taxativa de las circunstancias de la medición de la pena sin determinar la dirección de la valoración –al igual que en el & 46 del StGB-, es decir, sin preestablecer si se tratan de circunstancias que agravan o atenúan.

En el proceso de cuantificación de las penas, en algunos casos, se tomarán en cuenta elementos que forman parte del supuesto de hecho pero que nada impide se lo considere al mensurar la pena, para "particularizar su intensidad"

(Zaffaroni, Alagia y Slokar “Derecho Penal” Ediar, pág. 1047) pues “ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir gravedad” (Ziffer, Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ah Hoc, Buenos Aires, 1996, del voto del Dr. García in re “Coluccia Alberto y otro”, causa 9978, Sala II inédita).

Está fuera de cuestión que “la gravedad de un hecho depende también de la medida del padecimiento que o de qué intervención en los bienes jurídicos [el agente] le ha inferido al afectado” (Stratenwerth, Günther, Schwezerisches, Strafrecth, Allgemeiner Teil UU, Strafen und MaBnahmen, 2. ed Stämpfli & Cie. AG, Berna, p 182 nro 19, citado por el Juez Luis García en causa “9978 Coluccia”, opcit.).

Ahora bien, ingresando al tratamiento de la concurrencia o ausencia de circunstancias de atenuación o agravación, en atención a la penalidad prevista para el delito por el que será condenado Fortunato Valentín Rezett no sería necesario realizar análisis alguno al respecto, en atención a que la pena es indivisible.

Sin embargo, desde el momento en que tanto la parte querellante como el representante del Ministerio Público Fiscal, introdujeron la cuestión de la revocación del beneficio del arresto domiciliario, entiendo adecuado mensurar ambos aspectos; ya que tienen directa incidencia no solo en la pena sino también en el modo de ejecución de la misma.

USO OFICIAL

En función de todos los principios reseñados precedentemente, considero las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P., del siguiente modo: como atenuantes su falta de antecedentes penales (Cám. Nac. Cas. Penal, Sala II, causa 15083 “Rivas Osvaldo Arturo y otros s/inf. Arts. 139 inc. 2, 146, 293 del C.P.” voto del juez García al que adhirieron los Dres. Yacobucci y Mitchell).

Y como agravantes: su condición de militar, Rezett revestía en el momento del hecho, el cargo de Capitán de Infantería, adscripto a la Agrupación ADA 601, cumpliendo funciones en el área de Inteligencia y de Operaciones. En relación a ello, conforme surge del Reglamento RC-3-30 “Organizaciones y funcionamiento de los Estados Mayores”, IGM, 1966, ambas áreas integraban junto con la de Personal y Logística, la Plana Mayor de la agrupación referenciada, es decir que el encausado formaba parte del mando local de la lucha contra “el enemigo subversivo” (tal cual su propio lenguaje).

Fortunato Rezett, integraba la comunidad informativa siendo su función obtener información, y en ese rol, tenía amplias facultades para revisar órdenes y tomar sus propias decisiones. La suscripción del recibo en que se consignaba a Ana Lía Magliaro, lo posicionó en responsable de la recepción y mantenimiento de una persona ilegalmente privada de su libertad y tal hecho constituyó parte del mando que comandó el plan de exterminio.

La circunstancia de disponer de medios materiales y humanos, correspondientes al Estado, así como instalaciones destinadas a servir a los ciudadanos y no para martirizarlos; también debe ser valorado en este sentido.

La edad que contaba Rezett al momento de los hechos, tenía treinta y ocho años de edad, lo que debería haberle permitido internalizar las normas y actuar en consecuencia. El hecho de no hacerlo, lo coloca en una posición altamente censurable.

La edad de la victima, sus jóvenes veinticinco años.

La extensión del daño causado, toda vez que al hecho de mantener cautiva, torturar y dar muerte a Analía Magliaro, se le debe sumar los padecimientos de sus familiares que la buscaron infructuosamente hasta que le entregaron el cuerpo y el posterior pedido de justicia.

El haber formado parte de un plan criminal gestado y llevado adelante desde el mismo Estado, es uno de los puntos mas salientes en lo que hace a los agravantes y a mi modo de ver, uno de los pilares al momento de analizar el mantenimiento o la revocación del beneficio del que viene gozando el imputado de autos.

Por lo antedicho estimo que debe aplicarse a Fortunato Valentín Rezett la pena de PRISIÓN PERPETUA, costas del proceso y la accesoria prevista en el art. 12 del Código Penal con la limitación que se establecerá oportunamente, por considerárselo autor penalmente responsable del delito de infracción de deber de homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía y por el concurso premeditado de dos o mas personas (arts. 80 del C.P., 5, 12, 29 inc. 3, 40,41, 55, 90, 393, 399, 400, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Cabe aquí señalar que el Dr. Sivo en su bien estructurada acusación ha solicitado la imposición al imputado Rezett la pena de reclusión perpetua, la que estima proporcionada a la gravedad de este delito. Ello no es posible.

Luego de establecida la culpabilidad que le cupo al acusado, corresponde determinar la pena a aplicarle. En esta dirección cabe reflexionar acerca de la vigencia de la pena de reclusión.

Las penas de nuestro Código Penal (artículo 5) son prisión, inhabilitación y multa. Las disposiciones sobre reclusión han perdido vigencia puesto que la ley de ejecución (24.660) no la trata, y al tipificarse los crímenes contra la humanidad (ley 26200, art. 7) se estableció la prisión como pena única. La distinción histórica consistía en que era una pena infamante prohibida por la Constitución Nacional (art. XXVI de la Declarción Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) y que habilitaba trabajos públicos (Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Estudios básicos del Derecho Penal, Ediar 2009, pág. 242).

La pena de reclusión, tal como fue históricamente admitida en nuestro derecho imponía el trabajo en público del condenado porque presumía que él carecía de honor. Así lo expresaba Tejedor en su proyecto, tomado del Código Bávaro. La reclusión era una pena infamante que se ejecutaba en forma diferente a la de prisión, a punto tal que se excluían de su aplicación a los hombres débiles y mayores de sesenta años.

Al disponer la ley 24660 que el trabajo obligatorio no será aflictivo, denigrante, infamante ni forzado (art. 107.2) ha firmado la partida de defunción de la reclusión como pena al prohibir su ejecución en tales condiciones, lo cual produce la derogación de los artículos 6, 7 y 9 del Código Penal (ver Zaffaroni, Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Derecho Penal", Parte General, Ediar, p. 888 y ss.).

En igual sentido lo entiende Elías Neuman: "Establecido que la pena de reclusión no se cumplía en presidios diferentes a los destinados a los penados a prisión y que todos, por así decirlo, eran alojados en las mismas penitenciarías o prisiones, la ex Ley Penitenciaria Nacional y la actual 24.660 (art. 8º) terminaron lisa y llanamente derogando las disposiciones de los arts. 6º y 9º del Cód. Penal. El art. 8º expresa: "Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo algún en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado".

"En las normas de la ley no se prevén diversidad de establecimientos para estos casos por lo cual resulta válido expresar como lo hacen entre otros Núñez y Soler, que ha cesado la separación prevista en el Código. Implica lisa y llanamente que se está más a otras características que emergen de la personalidad biológica, síquica y social del sentenciado" (Elías Neumann "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Tomo 1, arts 1/34 Parte General, página 127, Editorial Hammurabi, 1997).

USO OFICIAL

Refuerza esta línea lo ha resuelto la C.S.J.N., en un caso en el que si bien el cuestionamiento sobre la pena de reclusión fue planteado en la etapa de ejecución al realizarse el cómputo, se consideró virtualmente derogada. Así lo ha expresado en autos "Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado" –fallo del 22/02/2005 (publicado. en "El Dial.com", ref. AA2792).

a) Inconsti tucion alidad de la incapacidad civil acce soria del art. 12 del C.P.

Adelanto mi opinión que no corresponde imponer la accesoria del art. 12 del C.P. en toda su extensión tal como lo paso a desarrollar.

El art. 12 del Código Penal dispone que "la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el Tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces".

Este Tribunal conforme resolvió en causa "Yaques, Ivan s/ Infracción ley 23737", entiende que resulta inconstitucional la accesoria dispuesta en el

art. 12 del Código Penal, conforme argumentación expuesta en el voto del suscrito al que adhirieran los Dres. Portela y Parra. En tal sentido se transcribe lo que resulta pertinente:

"Entiende Zaffaroni en opinión que suscribo que la incapacidad civil del penado tiene el carácter de una pena accesoria. (ver Tratado de Derecho Penal, Vol. V pág. 251). La prueba más clara señala el autor citado, "es que el penado, por el hecho de estar privado de su libertad, no está tácticamente imposibilitado para realizar los actos para los que el art. 12 le incapacita. La ley misma admite esta realidad cuando impone esta pena únicamente a quien está penado por más de tres años: si la incapacidad fuese una consecuencia máxima del encierro, y no tuviese otro fin que el de tutelar, no tendría ningún sentido ese requisito, puesto que en la misma situación de incapacidad se hallarían todos los que están privados de libertad, sea cual fuere el tiempo de su privación".

El art. 75 de la Constitución Nacional conforme la reforma de 1994, ha incorporado en su inciso 22 con jerarquía Constitucional, en cuanto aquí interesa, los siguientes Tratados: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; La Convención Americana sobre Derechos Humanos; La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penal Crueles o Degradantes, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último, aprobado por la ley 23.313, dispone en su art. 10 que "toda persona privada de su Libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por su parte, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, edicta en su art. 5 apartado 6to. que "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

La vigencia de los Tratados internacionales señalados, me obligan a examinar si la incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P. se adecua a su texto. La respuesta no puede ser otra que la negativa.

La incapacidad civil del penado, es la herencia superviviente de la "muerte civil" del Derecho Romano y de las Partidas. Representaba una pena infamante que tenía por objeto estigmatizar o separar al reo de la comunidad social, obstaculizando, cuando no impidiendo el ideal resocializador que claramente informan los Convenios Internacionales suscritos por la República Argentina. Concretamente puede afirmarse que esta pena es estigmatizante, indigna e inhumana, tal como lo sostiene Bustos Ramírez (Derecho Penal, Parte Gral. Edición 1994, pág. 593), y Santiago Mir Puig (Derecho Penal Parte Gral. Pág. 795). Se advierte que esta accesoria, reviste a la sanción penal de tintes moralistas, al establecer un reproche moral ficticio por parte de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial, soslayando, la obligación que le incumbe al Estado de proveer en la medida de lo posible a su resocialización. Se convierte de este modo en una pena infamante, impropia de un Estado de Derecho que debe tratar a todo condenado como lo que es, un ser humano.

La reforma penal producida por el gobierno democrático español, llevó en 1983 a derogar la interdicción civil prevista en el art. 43 de su Código

Penal como accesoria de la pena de reclusión mayor. El fundamento político-criminal expuesto por F. Morales puede sintetizarse así:

1) “La supresión de la pena de interdicción en la Reforma del 8 de junio de 1983 constituye una decisión plausible, dada la carencia de legitimidad político-criminal de la sanción. Desaparecen así, los perturbadores efectos de estigmatización social, que comportaba su imposición”.

2) “La pena de interdicción como sanción operativa con carácter general suponía revestir a la reacción penal de tintes moralistas, y en última instancia, a través de la misma se pretendía establecer un ficticio reproche moral de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial del condenado”

3) “El Derecho Penal renuncia a imponer sanciones con carácter indiscriminado en orden al ejercicio de deberes-función familiares, mediante la pena de interdicción civil. Como excepción a este postulado de partida, subsisten en el Código Penal medidas de aseguramiento en interés de terceros pertenecientes a la formación social familiar, en atención del significado de los delitos perpetrados…”

4) “En las restantes hipótesis delictivas de la parte especial, la condena penal tan solo podrá constituir el presupuesto de aplicación de las medidas de naturaleza estrictamente civil, que implican la imposibilidad de ejercicio de determinados deberes-función familiares…” (ver Gonzalo Quintero Olivares, “Derecho Penal”, Marcial Pons, 1989, pág. 666 y sgtes).

USO OFICIAL

De todo lo expuesto, surge claramente que la pena accesoria impuesta por el art. 12 del Cód. Penal en orden al ejercicio de ciertos derechos civiles, atenta contra la dignidad del ser humano, afecta a su condición de hombre, que no la pierde por estar privado de su libertad, produciendo un efecto estigmatizante, innecesariamente mortificante, violatorio de los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 apartado 6to. de la Convención Americana de Derechos Humanos, y del art. 18 de la Constitución Nacional por lo que corresponde declarar de oficio su inconstitucionalidad.

Últimamente Zaffaroni ha sostenido que “la privación de estos derechos al igual que la suspensión de la patria potestad no resultan de la restricción ambulatoria que importa el encierro. Sin duda esta pena accesoria lesiona el principio de mínima irracionalidad, lo que indica que la ley debe ser interpretada muy restrictivamente, para evitar decisiones inconstitucionales. Para ello, debe tenerse en cuenta que la curatela es un instituto de derecho civil, que tiene carácter tutelar y, por ende, no puede interpretarse de modo diferente en sede penal… No puede imponerse mecánicamente, porque si falta el supuesto tutelar su fundamento sería un resabio de la muerte civil y, por ende, sería inconstitucional” (ver Zaffaroni, Eugenio R. Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2000 pág. 942/943).

En un libro de reciente publicación en España en el que se narran las vinculaciones de Edmund Mezger con el nacionalsocialismo existen referencias de interés para resolver la cuestión examinada; su autor Muñoz Conde refiriéndose a

Sigfried Koller considerado el padre de la bioestadística alemana de postguerra reproduce una carta que éste le escribía a su maestro Kranz en 1941 sobre lo que debía hacerse con los incapaces de comunidad "Gemeinschaftsfremde". "Ahora disponemos del conocimiento científico de que los incapaces de comunidad actúan condicionados por una carga hereditaria de rango valorativo inferior y que esa carga se trasmite por lo menos por término medio o incluso en una medida superior al término medio... Este peligro debe ser prevenido por la privación de los derechos civiles honoríficos". Anota el comentarista "entre los derechos de los que estos sujetos debían ser privados mencionan el derecho de educación sobre los hijos, el derecho a contraer matrimonio, y otros derechos que suponen "la dignidad del individuo" –el encodillado pertenece al original- de la que "los incapaces de comunidad" por supuesto carecen, como "el derecho al honor, la libertad, o la vida", así como medidas como la esterilización obligatoria, el internamiento en centros para trabajos forzosos o la disolución obligatoria del matrimonio". (ver Alid Roth, Die restlose Erfassung, Volkszählen, Identifizieren, Aussodern im Nazionalsozialismus, Frankfurt am Main 2000, pág. 11, citado por Muñoz Conde Francisco "Edmund Mezger y el derecho penal en su tiempo" "Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo", tyrant lo blanch, teoría, Valencia 2002, pág. 180 y sgtes).

Por lo precedentemente expuesto corresponde declarar la inconstitucionalidad de la incapacidad civil inherente a toda condena mayor a tres años de prisión o reclusión establecida en el art. 12 del Código Penal". (ver causa "Yaques", citada infra).

b) Revocación del arre sto domiciliar io

Adelanto mi opinión en el sentido que debe revocarse el beneficio de arresto domiciliario relativo al encausado Fortunato Valentín Rezett, que fuera oportunamente concedido en el marco de la prisión preventiva decretada en autos, actuaciones que actualmente se encuentran en trámite por ante la Cámara Federal de Apelaciones de esta ciudad.

El art. 33 de la ley 24660 señala que "El condenado mayor de setenta años o que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, por resolución del juez de ejecución o juez competente, cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previo informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique".

La concesión de tal beneficio reviste carácter excepcional, es además un precepto facultativo para los jueces, que ha sido contemplado en función a delitos comunes, existiendo diferencias objetivas y subjetivas entre éstos y los delitos de gravísima envergadura como son los delitos cometidos contra la humanidad.

Creo que el interrogante que debe plantearse es cuáles son las razones que deben tenerse en cuenta para conceder a una persona imputada de

delitos de lesa humanidad mayor de setenta años el beneficio de cumplir la pena en su hogar.

Debe partirse entonces, por entender las características y gravedad de los delitos por los que se lo condena y la alta pena que conllevan, como asimismo ponderar como directrices, el resguardo del derecho de la víctima, los intereses generales de la sociedad, la comunidad internacional, la imperiosa necesidad de asegurar los fines propios de este proceso afianzando la justicia y la obligación del Estado argentino como seguidamente se mencionará, de investigar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país en el período histórico que se reflejan a lo largo de las presentes actuaciones.

No puede perderse de vista que la realización de la justicia efectiva en este tipo de delitos de lesa humanidad es la regla general, admitiéndose solamente como posibilidad el encierro en una Unidad Penitenciaria, salvo contadas excepciones legales que no se dan en autos.

En este estadio procesal, nos encontramos frente a un cambio del status procesal en relación al imputado, en el que es procedente la revisión de las circunstancias que rodean el caso. Ya lo ha sentado el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata en causa N° 2901/09 seguida por los delitos cometidos durante el terrorismo de Estado en la Unidad N° 9 de esa ciudad, en cuanto a que esta decisión "... no se contrapone con aquella adoptada por el Juez de la instrucción, pues no debemos confundir la forma de cumplimiento de una cautela como lo es la prisión preventiva -medida por otra parte revocable aún antes de la sentencia definitiva por la naturaleza provisional de la misma- con la disposición que se adopte al tiempo de dictar una resolución que de manera definitiva determine la intervención de los imputados en los atroces crímenes que fueran relatados a lo largo del fallo. Ello teniendo en consideración que autores de derecho penal y filosofía del derecho de indiscutible orientación garantista justifican la detención cautelar como corolario del dictado se la sentencia condenatoria de primera instancia, claramente superadora de la mera "probabilidad positiva" que exige el auto de procesamiento".

Teniendo en consideración que el precepto de aplicación hasta el momento, es facultativo y que la situación procesal del acusado ha cambiado sustancialmente, debo dar las razones en las que fundaré mi voto revocatorio.

En primer orden, las características de los hechos endilgados son motivo suficiente como para modificar la situación de detención de Rezett.

En efecto, estamos hablando de delitos de lesa humanidad, y aunque los instrumentos legales posteriores a Nuremberg han profundizado en la definición de crímenes contra la humanidad, existe un acuerdo generalizado sobre los tipos de actos inhumanos que constituyen crímenes contra la humanidad, los cuales son esencialmente los mismos que se reconocían hace casi ochenta años. A la luz del desarrollo actual del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, constituyen crímenes contra la humanidad el apartheid y la esclavitud. Así mismo, han

USO OFICIAL

sido considerados crímenes contra la humanidad la práctica sistemática o a gran escala del asesinato, la tortura, las desapariciones forzadas, la detención arbitraria, la reducción a estado de servidumbre, los trabajos forzosos, las persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, las violaciones y otras formas de abusos sexuales, la deportación o traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario.

De este modo, el Artículo II, pár. 1 de la Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control, promulgada para hacer efectivos los términos del la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943 y del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, define los crímenes contra la humanidad del siguiente modo: ... (c) Crímenes contra la Humanidad: atrocidades y ofensas incluyendo, pero no limitadas a, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, o cualesquiera actos inhumanos cometidos contra una población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. (d) Pertenencia a las categorías de grupo u organización declarados criminales por el Tribunal Militar Internacional.

Más recientemente, los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), en sus artículos 5 y 3 respectivamente, definen los crímenes contra la humanidad como sigue: Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

Esta definición está basada en la primera parte del artículo 6 (c) del Estatuto de Nuremberg y la misma hace referencia también a los actos de persecución que, de hecho, constituyen la segunda categoría de crímenes contra la humanidad contenida en el Estatuto del Tribunal.

En el año 1973 se sancionaron los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad” (Resolución de la Asamblea General de la ONU 3074 XXVIII) en que se proclamaban entre sus principios, en el punto 8: “Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad”.

El Pacto de Roma que creó la Corte Penal Internacional establece la competencia de la Corte para entender en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad y en su art. 7 los define así: “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y

con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; f) Tortura g)Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen del apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) ..."Con todo, el Estatuto de Roma no fue el primero que incluyó una definición de delitos de lesa humanidad.

USO OFICIAL

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "VELAZQUEZ RODRIGUEZ vs Honduras", sentencia del 29 de julio de 1988 estableció que "... en ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atentan contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo debe emprenderse con seriedad y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda atribuírsele la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían de cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado ...".

La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 1°, inc. 1° bajo el título "Obligación de respetar los derechos" dispone: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

De toda la normativa internacional señalada surge con claridad la obligación del Estado argentino de investigar seriamente y no como una mera formalidad los delitos cometidos en el amparo del terrorismo de Estado. Y no solo

investigar seriamente, sino que también deben ser juzgados y condenados los hallados culpables, sin que nada de eso se quede en un mero acto formal vacío de contenido y sin aplicación en el mundo real.

A su vez, en la jurisprudencia nacional, nuestro más Alto Tribunal en "SIMON, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. – causa N° 17768- Voto de la Dra. Carmen Argibay ha dicho " ... si se tiene en cuenta que esta categoría de crímenes internacionales se refiere a diversas conductas que también son consideradas delictivas en el derecho interno de los países, se hace necesario determinar cuál es el rango que autoriza la inclusión de un acto no sólo en esta última, sino también en la primera. Considero que el criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental... los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad reproche. Por el contrario, los instrumentos internacionales que alguna mención hacen al tema establecen precisamente el criterio opuesto: Convención Internacional Sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad, artículo 1: Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo 7°: Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 29. A tales cláusulas cabe agregar la cita de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, conforme la interpretación que de ellos hizo la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos", Serie CN° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001. En el párrafo 41 de dicho pronunciamiento, ese tribunal expresa: "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistías, 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".

Asimismo, en el derecho interno, cabe mencionar el voto de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Boggiano y López in re "Priebke" "la calificación de delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirentes o requeridos en el proceso de extradición sino de los principios del jus cogens del Derecho Internacional". La resolución estaba fundada en los artículos 75, inciso 22 y 118 de la Constitución Nacional y, en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio toda vez que éste el delito que imputada el Estado requirente.

También voy a tener en cuenta los precedentes internacionales invocados por la querella y por el Ministerio Público Fiscal en sus alegatos en relación a situaciones similares a la aquí en tratamiento en las que se han cumplido las penas en prisión con indiferencia de la edad de los condenados (Rudolph Hess, Papón,

Priebke, Paul Touvier, Stangl, entre otros). Asimismo, la circunstancia de que en otras partes de mundo beneficios como el que nos ocupa no son tenidos en cuenta en función de la gravedad de estos delitos; mucho más cuando estos hechos están sometidos a la jurisdicción universal lo que podría provocar situaciones desiguales e irritantes para la víctima.

Entiendo que posteriormente a verificar la naturaleza del delito que se trata, recién ahí deben analizarse las circunstancias que rodean al caso para determinar si la situación del imputado se encontraría encuadrada dentro de los supuestos del art. 33 y esto mas allá de la edad que solo opera como una condición para el análisis, pero nunca como un imperativo para el juzgador.

Como bien lo han sentado los Tribunales Orales Federales de Córdoba y San Martín en las causas “Menéndez” y “Floreal Avellaneda”, la detención domiciliaria es una excepción a la forma habitual de cumplimiento de la pena en prisión, cuya concesión debe evaluarse a la luz de cada caso en concreto.

Siguiendo los lineamientos sentados por el mencionado Tribunal el ser mayor de setenta años para la concesión del beneficio no opera automáticamente sino a irrenunciables imperativos humanitarios, en tanto y en cuanto sean compatibles con las circunstancias del caso.

USO OFICIAL

En consideración al beneficio establecido en el art. 33, el mismo resulta facultativo para los jueces y ello surge de la letra de la misma ley en cuanto emplea el vocablo “podrá”.

Ya lo ha sentado la Cámara Federal de Córdoba in re “Díaz, Carlos y otros” en cuanto señaló que al incorporar en la redacción “podrá” significa que es una facultad discrecional del juez, delegada por el legislador al juez y no una obligación imperativa y automática dispuesta por la ley cuando se verifique la causal objetiva de edad, como por el contrario sucedería si dijera “deberá”.

En estos procesos en que la regla es la cárcel efectiva mas allá de la edad de los autores y esto particularmente porque en estos hechos normalmente se tardan muchos años, sino décadas en su efectiva persecución y punición, por lo que lo habitual es que los imputados sean personas añosas, es un dato que puede mover a error. Mas, nuestra obligación como jueces es alejarnos de la mirada simple, para verificar todos los extremos que deben examinarse al momento de decidir.

En el “incidente de prisión domiciliaria “L.H.E.” resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en agosto de 2007, mencionado también por los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de San Martín y Córdoba, se afirmaba que "Hay que descartar cualquier argumento a priori que interprete el dato normativo (v.gr. ‘mayor de setenta años’) en sentido exegético. La hermenéutica textual, en efecto, contradice la previsión normativa (art. 33 ley 24660) que claramente establece la facultad de otorgarla por el órgano competente, como se ha dispuesto (conf., CNCP, Sala I, causa n° 7496 ‘ETCHECOLATZ, Miguel Osvaldo s/ Recurso de casación’, Reg. n1 9243.1)". Asimismo, se señalaba que "la sola constancia de ser ‘mayor de setenta años’ resulta, en

principio insuficiente para que aquella se aplique de modo automático", que tal alternativa obedecía, de acuerdo a los considerandos del Decreto 1058/97, a "irrenunciables imperativos humanitarios", en tanto y en cuanto sean compatibles con las circunstancias del caso.

En el citado precedente de la Cámara Federal cordobesa señalaba que es irrelevante que el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad omita aludir a la naturaleza del delito, ya que en el marco de situaciones normativas se regulan formas de coerción procesal o medidas cautelares no punitivas y excepcionales (conf. Corte IDH, caso "Suárez Rosero" del 12-11-87, Comisión IDN caso 11245, informe 12/96), con la finalidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley (art.280 CPPN) mediante razonables restricciones y ciertas pautas objetivas.

Se señalaba que en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General de la ONU por resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990, en el punto 1.4 se dice que los objetivos fundamentales consisten en lograr el esfuerzo de los Estados Miembros "por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito", y en el punto 8.1 establece que la autoridad judicial "al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda".

Se agregaba que tal normativa impone la obligación de considerar las necesidades humanitarias del detenido y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito, lo cual exige un marco de certidumbre jurídica al saber que quien comete un delito cumplirá su castigo en un establecimiento penitenciario, lo que constituye la regla general.

Clariá Olmedo señala que "... se trata de una norma facultativa para el juez, quien podrá conceder el beneficio si conforme a las constancias del caso, apareciera que el interesado no obstaculizará la recta actuación de la ley" (Conf. Clariá Olmedo, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar Bs. As., Tomo V. pág. 241).

El Juzgado Federal N° 1 de La Plata, en una solicitud del encausado Etchecolatz, resuelta en noviembre de 2004, señalaba que los hechos por los que había sido condenado "por el contexto en el que ocurrieron, deben ser considerados, a la luz del derecho de gentes, crímenes contra la humanidad", lo que implicaba reconocer que la magnitud y la extrema gravedad de los hechos cometidos y que ocurrieron en nuestro país en el período dictatorial del llamado Proceso de Reorganización Nacional, "son lesivos de normas jurídicas que reflejan los valores más fundamentales que la humanidad reconoce como inherentes a todos sus integrantes en tanto personas humanas. En otras palabras, los hechos por los que fuera condenado tienen el triste privilegio de poder integrar el reducido conjunto de conductas señaladas por la ley de las

naciones como criminales y aberrantes", con lo que había demostrado un evidente desprecio hacia gran parte de la sociedad. Así, los delitos que se le imputan a los endilgados configuran, a la luz del derecho nacional e internacional en materia de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad o delitos contra la humanidad que, por ser repugnantes por la comunidad internacional, son imprescriptibles e inamnistiables.

Siguiendo a Félix Herzog discípulo de Winfred Hassemer citado en la causa 2965/09 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de la ciudad de La Plata seguida por infracción a los arts. 139 inc. 2, 293 y 146 del C.P., señala que en este tipo de procesos llevados a cabo contra personas en general ancianas "... no está sólo en juego el fin del proceso penal y la pena sino la necesidad de justicia para las víctimas y sus familiares".

En tal caso, al tratarse de delitos gravísimos no se violenta al principio de proporcionalidad, "no creo que sea para nada cínico fundamentar la prosecución del proceso penal contra personas ancianas con el argumento de que se quiere dar al imputado la posibilidad de reconciliarse con la sociedad.

Entiendo acertado la postura de Herzog en su artículo "¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal Polít. crim., Nº 5, 2008, D1-5, pp. 1-9. en cuanto a que "si se entiende como fin del proceso penal solamente la realización de la pretensión punitiva estatal que pretende influir en la conducta futura del imputado, vale decir la resocialización, entonces aparece como evidente que un proceso penal contra una persona anciana y enferma carece de sentido. Sin embargo, desde mi punto de vista esta respuesta no considera todos los alcances de la cuestión, ya que solamente se está considerando la pena en si y deja de lado el hecho de que ya el mismo proceso penal puede verse como el comienzo de una reintegración... Si el fundamento del derecho penal se ve preferentemente en la retribución, entonces la solución a nuestro dilema aparece como relativamente fácil. La mirada del fundamento de la pena como retribución está centrada en el pasado, por lo que el hecho de llevar adelante un procedimiento en contra de un anciano no presenta mayores problemas. En el caso de la retribución se trata en último término no del efecto de la pena hacia el futuro, sino de la compensación retributiva del injusto acaecido".

Tampoco puede obviarse, lo que expresara al referirme a los agravantes, ya que cada uno de ellos profundiza la convicción de que lo único justo en este caso es que la pena de prisión sea efectivamente cumplida.

Por último y para agotar el análisis, me expediré sobre el único aspecto que según mi opinión, puede llegar a justificar el arresto domiciliario de un condenado por delitos de lesa humanidad: me refiero al supuesto de la enfermedad.

El artículo 33 de encuentra reglamentado por el Decreto 1058/97 que define que se entiende por enfermedad incurable en período terminal como "...aquella que conforme los conocimientos científicos y los medios terapéuticos disponibles, no puede interrumpirse o involucionar y de acuerdo a la experiencia clínica

USO OFICIAL

lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis meses. A tal fin se aplicarán los criterios generales vigentes en las distintas especialidades médicas."

Podría justificarse dar este beneficio cuando la dignidad de la persona esté en juego, en los términos antes definidos y que mantenerla en prisión signifique rebajarse a la misma categoría que se está juzgando.

La CPenal Rosario, Sala II, la estima procedente frente a un portador de HIV (J.A. del 15/IX/2004, pág. 91, con nota de Chiappi, "Prisión domiciliaria: un caso límite") (Código Procesal de la Nación, Anotado. Comentado. Concordado", Francisco D´Albora, Séptima edición corregida, ampliada y actualizada por Nicolás D´Albora, Ed. Lexis Nexos Abeledo Perrot, 2005, pág 1131/1132). Así lo he resuelto en el caso "Monterde" el 25 de abril de 1996 (causa 68 de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata).

De los informes médicos obrantes en autos se desprende que Rezett no se encuentra incluido en los casos contemplados para la concesión del beneficio pudiendo cumplir la pena en un establecimiento penitenciario.

Por todo lo expuesto, considero que debe revocarse el beneficio de arresto domiciliario oportunamente concedido y ordenarse que el cumplimiento de la pena impuesta sea llevado a cabo en un establecimiento del Servicio Penitenciario Federal en el que se asegure toda la atención médica que requiera el imputado.

Así lo voto.-

Los Dres. Mario Alberto Portela y Martín Bava votaron en igual sentido.-