Causa: **“Toledo de Ygel, Maria Elena S/ Su Denuncia”,** Expte. T – 99/12

En la ciudad de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán, República Argentina, a los diecinueve días del mes de Diciembre del año dos mil trece, siendo horas 13:00, tiene lugar la audiencia para efectuar la lectura íntegra de la sentencia dictada el día doce de Diciembre del corriente año, por los Sres. Jueces de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, Dres. **GABRIEL EDUARDO CASAS,** -quien presidió la audiencia-, **CARLOS ENRIQUE IGNACIO JIMÉNEZ MONTILLA** y **JUAN CARLOS REYNAGA**. Actuó en representación del Ministerio Público Fiscal, el Sr. Fiscal General Subrogante, Dr. **LEOPOLDO OSCAR PERALTA PALMA.** Actúa como representante de la parte querellante el **Dr. BERNARDO LOBO BUGEAU,** como representante de la actora civil el **Dr. FRANCISCO DE LA VEGA MADUEÑO,** por la defensa del imputado Menéndez los representantes del Ministerio Publico de la Defensa, los Sres. Defensores Públicos Ad Hoc Dres. **ADOLFO BERTINI y VANESA LUCERO**. En representación del Estado Nacional el **Dr. FEDERICO NAZUR** y del Estado Provincial el **Dr. RODOLFO AUGUSTO BAZA.**- Son víctimas en estos autos **JORGE RICARDO YGEL Y RITA ARIZA**. Fue imputado en la audiencia **LUCIANO BENJAMIN MENENDEZ,** argentino, nacido el 19 de junio de 1927 en San Martin, provincia de Buenos Aires, hijo de José María Menéndez y de Carolina Sánchez Mendoza, viudo, titular de la L.E. Nº 4.777.186, oficial del Ejército Argentino, retirado con el grado de general de División, con domicilio en calle Ilolay Nº 3269, depto. B, barrio Bajo Palermo, ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba**.**

USO OFICIAL

1 IMPUTACION

El Requerimiento Fiscal de Elevación de la causa a Juicio obrante a fs. 1097/1116 y vta. atribuye **a LUCIANO BENJAMIN MENENDEZ** ser autor mediato penalmente responsable del delitos de **violación de domicilio** en

perjuicio de Jorge Ricardo Ygel y de Rita Ariza, sito en calle Rovelli N° 39 de la ciudad de Tafí Viejo, provincia de Tucumán (artículo 151 del Código Penal) y del **secuestro coactivo** (artículo 142 bis del Código Penal).-

El Auto de Elevación considera a Luciano Benjamín Menéndez presunto autor mediato responsable de los delitos de violación de domicilio (art. 151 C.P.) Privación Ilegítima de la Libertad (art. 142 bis inciso 1 y 45 del C.P.)en perjuicio de Jorge Ricardo Ygel y Julia Rita Ariza de Toledo, extorsión (art. 168 del C.P.) en perjuicio de Julia Rita Ariza, así como el delito de asociación ilícita agravada, conforme los términos de los art. 210 y 210 bis del Código Penal, todos ellos en concurso real (art. 55 del C.P.), delitos todos ellos que configuran el contexto del delito internacional de lesa humanidad.

Que al inicio de la audiencia de debate la defensa del imputado Menéndez planteó la nulidad del requerimiento de elevación a juicio y del auto de elevación, resolviendo el Tribunal que en aplicación del control del principio de congruencia, en virtud de cómo se indagaron los hechos y se nominaron jurídicamente las conductas, la imputación concreta se mantiene vigente por: *Violación de domicilio en los términos del artículo 151 del CP en perjuicio de la familia de María Elena Toledo de Ygel *Privación ilegítima de libertad en los términos del artículo 142 inciso 6 del CP (conforme Ley 21338 vigente a la fecha de los hechos) en perjuicio de Jorge Ricardo Ygel y Julia Rita Ariza. No se incluye la imputación por asociación ilícita en atención al principio non bis in ídem ya que el imputado Menéndez tiene condena firme por ese delito.

En oportunidad de los alegatos el Ministerio Público Fiscal mantuvo en idénticos términos la imputación traída en el requerimiento de elevación a juicio en lo referente a los hechos históricos motivo del presente juicio.-

Voto de los Dres. Carlos Enrique Ignacio Jiménez Montilla y Juan Carlos Reynaga.-

2 MARCO HISTORICO

2.1 CONTEXTO NACIONAL

Una adecuada consideración de los hechos materia de juzgamiento exige realizar un análisis del contexto histórico en el que éstos se produjeron a efectos de acreditar fehacientemente que se trata de injustos cometidos desde el aparato estatal, con un plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil y de, en muchos casos, acosos patrimoniales a las víctimas-

El Tribunal brevemente examinará los principales rasgos de este plan sistemático y al hacerlo tendrá especialmente en cuenta las consideraciones que efectúa el Sr. Fiscal Federal en el requerimiento de elevación a juicio,, aunque también las realizadas por la acusación pública durante la audiencia.-

En el sentido expuesto, corresponde explicitar que el sistema represivo articulado en el plano nacional se instaura oficialmente el 24 de marzo de 1976, cuando las Fuerzas Armadas derrocan al gobierno constitucional que encabezaba Isabel Martínez de Perón y asumen el control de los poderes públicos nacionales y provinciales, tal como ha sido acreditado en la Causa N° 13, año 1984 del Registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (en adelante “Causa 13/84”).-

USO OFICIAL

Sin embargo, debe tenerse presente que si bien la ruptura total y completa del Estado de derecho puede datarse con precisión el 24 de marzo de 1976, múltiples normas y prácticas anteriores a esa fecha dan cuenta de un progresivo deterioro de las garantías constitucionales, fenómeno que corre parejo con un creciente incremento de la autodeterminación de las fuerzas de seguridad -especialmente militares- al margen del gobierno constitucional, proceso este último que fue el que tornó factible y precipitó la usurpación total y completa del poder constitucional. Y la cuestión especificada adquiere particular relevancia con relación a Tucumán, provincia en la que el plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil fue montado a principios de 1975.-

A partir del 24 de marzo de 1976, la primera medida de relevancia que tomó la Junta Militar fue el dictado del Acta, del Estatuto y del Reglamento del "Proceso de Reorganización Nacional". Estas normas implicaron lisa y llanamente que la Constitución Nacional fuera relegada a la categoría de texto

supletorio.-

Las regulaciones contenidas en tales instrumentos constituyen una acabada evidencia de que las Fuerzas Armadas tomaron el control de todos los poderes del Estado, asumiendo así la suma del poder público. Por otra parte, revelan que la estructura de poder instaurada por las fuerzas militares implicó la ilegítima colonización de las funciones estatales administrativa, legislativa y jurisdiccional; labor que se instrumentó mediante el control de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, que desnaturalizó el sistema de frenos y contrapesos previsto por el constituyente histórico como la principal herramienta de control institucional sobre el poder político y que configuró la suma del poder público.-

Desde la estructura descripta es que pudo montarse el plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil a cuyo amparo se cometieron los delitos objeto de juzgamiento, cuyos alcances excedían diáfanamente las cuestiones vinculadas a lo antes dicho y se extendían a la implementación de un plan económico y de allí sus diversas ramificaciones de hechos de esa índole como el investigado en estos obrados .-

Las prácticas de represión contra la población civil pueden rastrearse reparando en los objetivos que el gobierno militar se propuso; objetivos que se conocieron expresamente el 29 de marzo de 1976, a través de un acta en la que se fijaban los propósitos del nuevo gobierno usurpador. En el acta que se indica, en su artículo 1, puede leerse que éstos giraban en torno a: *"Restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia, imprescindible para reconstruir el contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación responsable de los distintos sectores a fin de asegurar la posterior instauración de una democracia, republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del Pueblo Argentino."*.-

Asimismo, los objetivos dieron sostén a la represión generalizada y sistemática contra la población civil instrumentada a través de un plan clandestino de represión acreditado ya en la "Causa 13/84". Allí se señaló:

"...puede afirmarse que los Comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o Justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física...".-

A fin de tornar operativos a los objetivos el poder usurpador del gobierno constitucional dividió al país en cinco zonas de seguridad. Cada una correspondía a la Jefatura de un Cuerpo de Ejército y se dividía en subzonas.-

De conformidad con esta división, el Comando de Zona I dependía del Primer Cuerpo de Ejército, su sede principal estaba en la Capital Federal y comprendía las provincias de Buenos Aires, La Pampa y la Capital Federal. El Comando de Zona II dependía del Segundo Cuerpo de Ejército, se extendía por Rosario, Santa Fe y comprendía las provincias de Formosa, Chaco, Santa Fe, Misiones, Corrientes y Entre Ríos. El Comando de Zona III dependía del Comando del Tercer Cuerpo de Ejército y abarcaba las provincias de Córdoba, Mendoza, Catamarca, San Luis, San Juan, Salta, La Rioja, Jujuy, Tucumán y Santiago del Estero, la sede principal se encontraba en la ciudad de Córdoba. El Comando de Zona IV dependía del Comando de Institutos Militares y su radio de acción abarcó la guarnición militar de Campo de Mayo, junto con algunos partidos de la provincia de Buenos Aires. El Comando de Zona V dependía del Quinto Cuerpo de Ejército, abarcaba las provincias de Neuquén, Rió Negro, Chubut y Santa Cruz y algunos partidos de la provincia de Buenos Aires (Cfr. Causa Nº 44 del registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, también denominada "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional").-

En ese contexto también debe expresarse, como se adelantó en párrafos anteriores , que la supremacía de las Fuerzas Armadas sobre el

USO OFICIAL

orden constitucional requería de factores económicos para que sectores de ese grupo forjaran el escenario del Estado terrorista y el plan económico a implementar. Así las cosas cuadra poner de manifiesto numerosas investigaciones de la época donde dan cuenta de colaboraciones de empresas privadas con el régimen militar, expropiaciones de otras y complicidades de grupos de poder transnacionales ajenos a la cuestión específicamente militar en temas relacionados con el ámbito financiero de la dictadura. En esa inteligencia se advierte el interés estatal actual , en el cumplimento de los mandatos de reparación integral ,mediante la creación de una unidad especial de investigación de los delitos de Lesa Humanidad con motivación económica, en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y de una oficina de coordinación dentro de la Comisión Nacional de Valores.-

Trasladar ese contexto al plano internacional permite citar la jurisprudencia del Tribunal de Nurember en cuanto se expide por la responsabilidad de los empresarios que habían facilitado bienes y servicios a la maquinaria estatal nazi.-

Surge entonces claro que el aspecto económico dentro del contexto represivo estatal del momento tuvo un andamiaje de suma importancia para el desarrollo de aquellas políticas de apropiación y otras que en definitiva cumplían con los objetivos económicos propuestos por la Junta Militar.-

2.2 CONTEXTO EN LA PROVINCIA DE TUCUMÁN

En la provincia de Tucumán, y según lo destaca el Sr. Fiscal Federal, el sistema represivo que se montó alcanzó un considerable grado de eficacia. En tal sentido la similitud de hechos contenidos en las distintas denuncias recibidas por la CONADEP a nivel nacional y por la Comisión Bicameral de la Legislatura de Tucumán en la provincia de Tucumán (recuérdese que la Legislatura de la provincia de Tucumán el 16 de febrero de 1984 por Ley N° 5.599 encomendó a una Comisión especial la investigación de las violaciones a los derechos humanos surgidas del accionar del terrorismo de Estado; labor que se plasmó en la recepción de alrededor de 507 denuncias y cuyas conclusiones quedaron expresadas en el Informe de la Comisión Bicameral)

dan cuenta del funcionamiento de una depurada tecnología represiva.-

Dicho sistema represivo montado apuntaba a la difusión del terror en forma masiva para así paralizar cualquier intento opositor. El propio Plan del Ejército, describía a los sectores sociales denominados enemigos bajo la siguiente definición: *"Determinación del oponente: Se considera oponente a todas las organizaciones o elementos integrados en ellas existentes en el país o que pudieran surgir del proceso, que de cualquier forma se opongan a la toma del poder y/o obstaculicen el normal desenvolvimiento del gobierno militar a establecer"* (Cfr. "Plan del Ejército contribuyente al Plan de la Seguridad Nacional", Anexo 2, Inteligencia).-

La metodología inherente al Plan del Ejército se caracterizó por una escalada represiva sin precedentes cuyos hechos reveladores son: el secuestro, la detención ilegal y la posterior desaparición de la víctima (por lo general en forma permanente, solo en algunos casos fueron liberadas); el traslado de la víctima a centros de reclusión ignotos y clandestinos; la participación de unidades represivas conformadas por elementos que ocultaban su identidad; la exclusión de toda instancia de intervención de la justicia; el abandono de la víctima en manos de sus captores quienes no contaron con traba legal ni material alguna para accionar sobre ella; la aplicación de tormentos de forma discrecional y sin más límites que la propia necesidad de los interrogadores de extraer información o su perversidad; la usurpación de bienes de las víctimas; el soborno a las víctimas y sus familiares en beneficio económico de sus victimarios; la sustracción u ocultamiento de menores, el cambio de identidad y la apropiación de ellos por los mismos captores de sus padres; la negativa de cualquier organismo del Estado a reconocer la detención, ya que sistemáticamente fueron rechazados todos los recursos de habeas corpus y demás peticiones hechas al Poder Judicial y a las autoridades del Poder Ejecutivo Nacional, la incertidumbre y el terror de la familia del secuestrado y sus allegados revelan la situación que se vivía durante el terrorismo de estado-

Y en la provincia de Tucumán, según ya se ha afirmado más arriba, el origen de este sistema masivo de represión estatal se manifestó mucho antes del golpe de Estado del 24 de marzo de 1976.-

Al respecto preciso es señalar que el 5 de febrero de 1975 el Poder

USO OFICIAL

Ejecutivo Nacional dictó el decreto 261 que en su artículo 1 establecía *"El mando General del Ejército procederá a ejecutar las operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos que actúan en la Provincia de Tucumán."*.-

El 06 de Octubre de 1975, a fin de crear un organismo que atendiera a la lucha contra la subversión en todo el país, el Poder Ejecutivo dicta los decretos 2770, 2771, 2772. Por el primero se crea el "Consejo de Seguridad Interna" integrado por el presidente de la Nación, los ministros del Poder Ejecutivo y los comandantes generales de las Fuerzas Armadas. Cabe observar que las Fuerzas Armadas se integraban al organismo para asesorar a la presidencia, proponiendo las medidas necesarias para la lucha contra la subversión. Por el decreto 2771 se permite al organismo creado por el decreto anterior, suscribir convenios con las provincias para que el personal policial y penitenciario quedara bajo su control operacional. Por el decreto 2772 se dispone que el accionar de las Fuerza Armadas en la lucha antisubversiva abarcara todo el territorio del país.-

A su vez, los tres decretos que se refieren fueron reglamentados el 15 octubre de 1975 por la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa que dispuso que se utilizarían las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales en la lucha antisubversiva. Asimismo adjudicaba al Ejército la responsabilidad primaria en la conducción de las operaciones contra la subversión en todo el territorio de la Nación, la conducción de la comunidad informativa y el control operacional sobre la Policía Federal, el Servicio Penitenciario Federal y las Policías provinciales.-

Finalmente, en el marco de la Directiva 1/75 el Ejército dictó el 28 de Octubre de 1975 la Directiva secreta del Comandante General del Ejército 404. Este instrumento normativo reviste importancia en lo que aquí interesa por dos motivos. Por un lado porque se trató de una norma secreta de las Fuerzas Armadas que, en tanto que tal, resulta absolutamente ilegítima; por otro, porque estableció que era misión de las Fuerzas Armadas *"Operar ofensivamente contra la subversión en el ámbito de su jurisdicción y fuera de ella en el ámbito de las otras FF.AA, para detectar y aniquilar las organizaciones subversivas a fin de preservar el orden y la seguridad de los*

bienes, de las personas y del Estado".-

Entre los factores que determinaron la elección y el predominio de la represión clandestina es posible señalar la influencia que la Doctrina de la Seguridad Nacional había alcanzado al interior de las Fuerzas Armadas, la experiencia del gobierno de la Revolución Argentina, cuya estrategia preponderantemente legal se había desvirtuado por la ley de "Amnistía" y el Devotazo en 1973, la posibilidad que ofrecía la clandestinidad de evitar o retardar las sanciones internacionales, la siniestra eficacia que el terror tenía sobre el cuerpo social, la oportunidad que ofrecía para dirimir conflictos internos a las propias Fuerzas Armadas, etc. (Acuña, Carlos y Smulovitz, Catalina, "Militares en la transición argentina: del gobierno a la subordinación constitucional", En VVAA: *Juicio, castigos y memorias. Derechos humanos y justicia en la política argentina*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1995). Potash (Potash, Robert, *El Ejército y la política en la Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires, 1994) afirma que la discusión acerca de cómo enfrentar a la subversión había comenzado en 1970 y se había salvado en 1974 a favor del método empleado en 1976; según Acuña y Smulovitz (1995), la decisión acerca de los alcances y modalidad de la estrategia represiva había tenido lugar en septiembre de 1975 a partir de una resolución de Videla, entonces comandante en jefe del Ejército, en una reunión a la que habrían acudido Viola como jefe de Estado Mayor, y los comandantes de Cuerpo, y en la que se habría acordado que además de las modificaciones en la normativa legal era necesario diseñar una estrategia clandestina, y que los opositores no sólo debían ser neutralizados sino exterminados físicamente. El testimonio del inspector Peregrino Fernández ante el Comité Argentino por los Derechos del Hombre en Madrid el 1 de abril de 1983, reveló además la existencia de una "Orden General de Batalla" del 24 de marzo de 1976 que habría sido comunicada a todos los generales, almirantes y brigadieres en actividad (Frontalini, Daniel, Caiati, María Cristina, *El mito de la guerra sucia*, CELS, Buenos Aires, 1984), (cita de Canelo, Paula, *El Proceso en su Laberinto. La interna militar de Videla a Bignone*, Prometeo, Buenos Aires, 2008, p. 42).-

Como ya se ha mencionado, la Misión del Ejército se materializaría mediante la división territorial del país en zonas, subzonas y áreas, las zonas

USO OFICIAL

serían cinco. En ese marco la provincia de Tucumán se ubicó en la Zona 3.-

La Zona 3 correspondía al Tercer Cuerpo de Ejército comprendiendo además a las provincias de Córdoba, Santiago del Estero, Salta, y Jujuy.-

La Subzona 32 correspondía a la Quinta Brigada del Ejército inclusiva de las provincias de Tucumán, Salta y Jujuy.-

El Área 321, que estaba a cargo del Regimiento 19 de Infantería, pertenecía específicamente a la provincia de Tucumán.-

Por la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa se estableció como prioridad Nº 1 a la provincia de Tucumán.-

Dicha división territorial se manifestó en una verdadera ocupación del territorio provincial por fuerzas militares venidas de distintos lugares del país, focalizadas en determinadas áreas, estableciendo bases militares especialmente en la zona sur de la provincia, como Famaillá, Nueva Baviera, Santa Lucía, etc.. La Zona de Operaciones Tucumán conservó la estructura organizativa según lo había determinado la Orden de Operaciones del III Cuerpo del Ejército 3/75 (Continuación Operación Independencia) que establecía una división operativa entre zona de combate que comprendía el Sudoeste de la ciudad de S. M. de Tucumán, incluyéndola y se encontraba subdividida en zonas de acción correspondientes a cada una de las fuerzas de tareas y equipos de combate que operaban periódica y rotativamente en su jurisdicción y zona de retaguardia que comprendía el resto de la provincia de Tucumán y se encontraba subdividida a su vez en "zonas de acción" a cargo permanentemente de los elementos de combate con asiento en la ciudad Capital.-

Paralelo a ello existió un conjunto de leyes escritas de carácter secreto que posibilitaron la obtención de los recursos materiales y humanos, necesarios para la ejecución de tales tecnologías y establecieron las verdaderas directivas de actuación, que desplegó la asociación ilícita que enquistada en el aparato estatal, manejaba los designios de la vida, el honor y el patrimonio de todos los argentinos. Entre ellas puede mencionarse a titulo de ejemplo en el año 1975 las leyes n° 770, 1356, 1363, 2047, 2552, 2840, 3959,4227, etc. El reglamento secreto, nomenclado como RC-9-1, de julio de 1975, ratificado en 1977, dice: *"El concepto es prevenir y no curar,*

impidiendo mediante la eliminación de agitadores, posibles acciones insurreccionales".-

Las pruebas colectadas en la causa dan cuenta de la perfecta combinación que existió entre estos "dos mundos", el formal con apariencia de legalidad y el secreto, clandestino, oculto, a cuyo amparo se han cometido hechos como el aquí investigado que no solo importan serios perjuicios a la libertad ambulatoria , sino también a la propiedad de familias de esta provincia .-

3 PLANTEOS PREVIOS

3.1. PRESCRIPCION

USO OFICIAL

Respecto del planteo de prescripción de la acción penal planteado por la defensa de Luciano Benjamín Menéndez, éste Tribunal entiende que los delitos de lesa humanidad tienen un alcance que excede al de otras instituciones de derecho interno e internacional, al extremo que cada uno de sus ámbitos de validez permiten derivar notas características: 1) del ámbito material, se deriva la inderogabilidad y la inamnistiabilidad; 2) del ámbito personal, se deriva la responsabilidad individual; 3) del ámbito temporal, se deriva la imprescriptibilidad y la retroactividad y 4) del ámbito espacial se deriva la jurisdicción universal (Cfr. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución y derechos humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*, Ediar, Bs. As, 2004, p. 46).-

En particular en la presente causa reviste especial relevancia considerar a la notas características del punto 3).-

Así, respecto de la retroactividad de los delitos de lesa humanidad cabe reiterar que la República Argentina al tiempo en el que tuvieron lugar los hechos objeto de esta causa ya había manifestado su voluntad indubitable de reconocer a los delitos de lesa humanidad como categoría del ordenamiento penal internacional consuetudinario y convencional incorporada a su derecho interno, conforme lo considerado precedentemente. Con lo que independientemente de aquella aseveración doctrinaria, no se hará aplicación

rectroactiva de normas internacionales salvo que fueren para hacer más benigna la situación del imputado.-

En cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no puede desconocerse que los mencionados excepcionan al principio general de caducidad de la acción penal por el paso del tiempo de nuestro derecho interno. A este respecto la Corte en "Arancibia Clavel, Enrique L." (Fallos 327:3294, considerandos 33 del voto del doctor Maqueda) estableció que *"...los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los estados. La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional...La aceptación por la comunidad internacional de los crímenes de lesa humanidad no extirpa el derecho penal nacional aunque impone ciertos límites a la actividad de los órganos gubernamentales que no pueden dejar impunes tales delitos que afectan a todo el género humano. Desde esta perspectiva, las decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que deben disponer los ciudadanos para obtener el castigo de tal tipo de delitos no resultan aceptables. De allí surge la consagración mediante la mencionada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad de un mecanismo excepcional (pero al mismo tiempo imprescindible) para que esos remedios contra los delitos aberrantes se mantengan como realmente efectivos, a punto tal que la misma convención dispone en su art. 1 que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles*

cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido".-

Conviene subrayar, sin embargo, que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el derecho interno no se encuentra fuera de la garantía de la ley penal sino que, por el contrario, forma parte de ésta. Ello se comprueba si se repara en que el artículo 18 constitucional nació junto con el 118 (ex artículo 102). En otras palabras, desde los albores de nuestra normatividad constitucional la garantía de la ley penal previa al hecho del proceso estuvo complementada por los principios del derecho de gentes. Así, ya en el sistema normativo diseñado por el constituyente histórico el *nulla poena sine lege* tiene un ámbito de aplicación general que se complementa con taxativas excepciones que también persiguen la salvaguarda de principios fundamentales para la humanidad. Ambas garantías se integran entonces en la búsqueda de la protección del más débil frente al más fuerte, por eso la prohibición general de la irretroactividad penal que tiene por objeto impedir que el Estado establezca discrecionalmente en cualquier momento la punibilidad de una conducta; por eso la prohibición de que el mero paso del tiempo otorgue un marco de impunidad a las personas que usufructuando el aparato estatal y ejerciendo un abuso de derecho público cometieron crímenes atroces que repugnan a toda la humanidad.-

En relación a los planteos de prescripción y caducidad por parte del Estado Provincial y del Estado Nacional, habrá que dejar en claro que la cuestión a debatir es la de si la acción civil intentada en este proceso penal tiene características de accesoriedad con respecto a la acción penal, en este caso producto de la comisión de un delito calificado como de lesa humanidad por el requerimiento fiscal de elevación a juicio y, por lo tanto, imprescriptible; ello en razón de que existen opiniones contrarias que sostienen que ambas son de naturaleza diferente, no tienen relación de accesoriedad, ergo, los plazos de prescripción son diferentes y no es una característica de la acción civil la de la imprescriptibilidad.-

Al respecto, adelantamos que habremos de pronunciarnos sobre la necesaria accesoriedad entre ambas acciones en lo relativo a ésta especial clase de delitos. En efecto, es reconocido que tanto la pena como la indemnización son ambas consecuencias de actos contrarios a derecho, es

USO OFICIAL

decir injustos. La diferencia entre ellos es que el injusto penal prevé, cuando es culpable, la aplicación de alguna de las penas previstas por el Código Penal y el injusto civil es origen y fuente de la obligación de resarcir el daño causado, en tanto la normativa del Código Civil. Pero cuando ambas consecuencias están unidas por el hilo conductor que encuentra su origen en el acto disvalioso, objetivamente individualizado como un curso causal que necesariamente produce ambas consecuencias, la dependencia es total y entonces ambas esferas normativas están tan imbricadas que es imposible separarlas.-

En esa inteligencia resulta procedente citar el precedente ***Barrios Altos vs Perú***, -uno de los enfoques más significativos e influyentes sobre el tema-, en cuanto el tribunal interamericano afirmó que las leyes de amnistía por crímenes contra la humanidad son incompatibles con la letra y con el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por obstaculizar la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos e impedir a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad *"y recibir la reparación correspondiente".* También en ***Bulacio vs. Argentina***, la Corte IDH afirmó en similar sentido, que *"la obligación de reparar, que se regula en todos sus aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno"* y destacó que en aquellos casos referidos a la violación del derecho a la vida, la reparación se realiza mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria. Y recientemente, en ***Gelman vs Uruguay*** recordó que *"toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado"*.-

En definitiva, la Corte IDH afirma que tanto el deber de investigar y perseguir violaciones graves a los derechos humanos –no sólo delitos de lesa humanidad – como el de ofrecer una reparación adecuada a las víctimas no puede ser obviado mediante la invocación a normas de derecho interno. Y

ello, al menos, parece poner alguna sombra sobre la caracterización que la Corte ofrece de la acción de reclamo de resarcimiento patrimonial como *"disponible y renunciable"* y sustancialmente distinta de la obligación de evitar la impunidad. Quien ha sido víctima puede optar por no reclamar una indemnización si así lo desea, pero ello no implica que las autoridades u otros particulares puedan escudarse, sin más, en el régimen legal de la prescripción si sucede lo contrario, sin considerar antes si efectivamente la reparación ha sido satisfecha en plenitud.-

En esta línea de pensamiento se ubica lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el expdte. N° 9616/08 caratulado "INGENIEROS MARIA GIMENA C/ TECHINT SA CIA TECNICA INTERNACIONAL S/ ACCIDENTE- LEY ESPECIAL", en fecha 02/02/2012: en su voto, el Juez Arias Gibert sostuvo que: *"...predicar la imprescriptibilidad del ilícito de lesa humanidad es predicar inmediatamente la imprescriptibilidad de las consecuencias del obrar ilícito. En este orden de ideas no existe ninguna razón para distinguir las consecuencias resarcitorias del acto respecto de las punitivas. Si los sujetos que actuaron el ilícito de lesa humanidad como autores, consejeros o cómplices (art. 1081 del C. Civil) han de ser perseguidos penalmente por una acción imprescriptible, ninguna razón existe para que el resarcimiento del daño causado resulte prescriptible*.-

De igual modo, integrando la materia de la prescripción de la acción civil, corresponde referir a la aplicación de la ley 24.447 como motivadora del cierre de la posibilidad indemnizatoria en la presente causa, invocado expresamente en la contestación de la demanda por parte del representante del Estado Nacional. Al respecto, las diversas normativas en materia de indemnizaciones por los llamados delitos de lesa humanidad procuraron en los últimos años en la argentina reparar económicamente los daños sufridos sin importar que las acciones por responsabilidad civil estuvieran prescriptas.

En cuanto a la estricta aplicación de la ley 24.447, como punto de partida es necesario explicitar que el eventual crédito a favor de particulares contra el Estado Nacional surge a partir del dictado de la presente sentencia y no de la fecha en que la ley incluye como momento de caducidad, criterio éste que implícitamente fue acordado por el Estado Nacional al refrendar

USO OFICIAL

indemnizaciones a víctimas del terrorismo de estado desde los comienzos de la democracia a la actualidad, tanto por expedientes administrativos -en referencia a la temática- como por sentencias judiciales que lo imponen. De igual modo y en mérito a la obligación de cumplimiento dada por el gobierno argentino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la reparación integral a las víctimas importa una forma de evitar las sanciones internacionales que podría haber sufrido nuestro Estado, por lo que la aplicación de la ley 24.447 importa incumplir dicho compromiso internacional dado en el marco referenciado. Completando lo expresado con los fallos *Giroldi, Ekmekjian, Fibraca Haguelin y Cafés La Virginia*, surge que la Corte implícitamente exceptúa los derechos emergentes de los rigores de la ley 24.447 –de normativa interna de emergencia de un Estado-.-

A los fines de contar con una mayor base de apoyo en la cuestión a resolver cuadra resaltar que la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en expediente *"Cabe Estructura SC vs Universidad Nacional de Catamarca"* rechaza el planteo del Estado Nacional acerca de la aplicación de la Ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra éste último.-

3.2 <u>EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA DEL ESTADO NACIONAL Y PROVINCIAL</u> :

Conforme a lo que ya fuera explicitado al tratar el marco histórico en el que se desarrollaron los hechos, es sencillo colegir que las autoridades de facto constituídas en la época de los mismos respondían a una estructura diseñada en forma sistemática por las autoridades que habían usurpado las funciones que nuestra Constitución asigna al Estado Nacional. La disolución del Poder Legislativo y los cambios producidos en el Poder Judicial no hace más que reafirmar que la toma del poder centralizó la función de gobierno y destruyó las autonomías provinciales al haberse eliminado las estructuras republicanas en ellas.-

Esto tiene consecuencias bifrontes. Por un lado, confirmar la responsabilidad del Estado Nacional (y de sus representantes) en los hechos, con la correspondiente obligación de su reparación y por el otro,

la ausencia de la responsabilidad del Estado Provincial, toda vez que la carencia total de autonomía lo colocó en un plano absolutamente ajeno al contexto histórico imperante en ese momento.-

Como resultado de la afirmación precedente, corresponden dos consecuencias procesales inevitables: no hacer lugar a la falta de legitimación pasiva del Estado Nacional y hacer lugar a la falta de legitimación pasiva del Estado Provincial.-

3.3 PRECLUSION PROCESAL

Durante la audiencia se esgrimió que las nuevas pericias contables obrantes en la causa referidas a la valuación del inmueble objeto de la acción civil intentada por María Elenal Toledo habrían precluído, es decir, no podían ser incorporadas nuevas pericias.-

Al respecto, entendemos que no corresponde hacer lugar a lo solicitado en función del principio de la libertad de prueba en materia penal. En efecto, si es una premisa del proceso penal el de la dilucidación y reconstrucción de los acontecimientos históricos que están siendo juzgados para tratar de acercarse lo mas posible a la verdad histórica y siendo que una de las finalidades del mismo es la de satisfacer de una manera lo más aproximada posible el real perjuicio sufrido por las víctimas, entonces todo elemento traído al estrado para un mayor y mejor conocimiento de los hechos es apto para ser incorporado, siempre, claro está, que se permita a las partes conocerlos acabadamente y poder controvertirlos en equilibrio de condiciones, como sucedió en esta audiencia.-

En efecto, al presentarse en el transcurso de la audiencia la necesidad de clarificar puntos referidos a la pericial original, se dispuso la ampliación de la misma y es allí donde conforme a la normativa procesal la totalidad de las partes tuvieron el derecho de presentar peritos de control a los fines de las aclaraciones pertinentes.-

3.4 EL ESTADO PROVINCIAL COMO DEMANDADO

USO OFICIAL

La principal consecuencia de los acontecimientos políticos sucedidos a partir del 24 de marzo de 1976, es la constitución de un gobierno de facto marginal al Estado de Derecho establecido por la Constitución Nacional. La arquitectura representativa, republicana y federal que hasta ese día tenía la Nación Argentina, desapareció y se trocó en una organización simplemente territorial, donde las provincias estaban sumidas al poder central, a trueque de la descuartización de los poderes locales. La organización en zonas dependientes de diferentes cuerpos de ejército muestra claramente cómo se organizaban las gobernaciones locales, en cabeza de un gobernador militar que cumplía funciones civiles y militares, que recibían instrucciones y objetivos de gobierno enviadas desde Buenos Aires, donde se localizaba la Junta Militar que gobernaba el país.-

Es por ello que sostener la responsabilidad civil del Estado provincial es improcedente. Al haber sido desintegrados los poderes locales, toda ejecución de objetivos, ya sean civiles o militares, estaba consensuado y ordenado desde el poder central. De ésta forma, queda nítidamente delineada la responsabilidad civil del Estado Nacional y descartada la del Estado provincial.-

PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

Que a estos fines se plantearon las siguientes cuestiones:

1) *¿Existieron los hechos y es autor responsable el imputado?*

2) *En su caso, ¿qué calificación legal le corresponde?*

3) *En su caso, ¿qué pena debe imponérsele?, ¿procede la imposición de costas?*

4. PRIMERA CUESTIÓN

HECHOS Y PRUEBAS

Que el imputado Luciano Benjamín Menéndez al momento de prestar

declaración en éste juicio dijo que rechaza las imputaciones que se le realizan. Que nunca aceptó ni las imputaciones que se le hacen aquí, ni en otras causas. Dice que el Tribunal no es legal porque viola principios de la CN. Agrega que ni recuerda las imputaciones en autos. Aclaró que las órdenes militares discurrían por el canal militar que unía a toda la estructura militar de aquel entonces, desde el último jefe de área al comandante en jefe del ejército. Paralelamente pero sin contacto con el canal militar existía el canal político por el que se movían las disposiciones políticas. Ambos canales no estaban relacionados entre sí, salvo en la cabeza que era al comandante en jefe. Dijo que no participó en ninguna orden que tuviera su origen en el canal político, de las cuales se ocupaban directamente Bussi y Harguindeguy. Aseguró que no participaba en esas órdenes y que por tanto se encuentraba sorprendido al estar envuelto en una culpabilidad que discurría en un camino totalmente ajeno a él. Se trata de un tema que comprendía a las autoridades civiles de la época, civiles y administrativas, con las que lo militar no tenían nada que ver. Había dos canales, el militar y el civil que se movían independientemente.

USO OFICIAL

La Sra. **María Elena Toledo de Ygel** dijo ser actora civil y querellante en la causa. Sobre los hechos que perjudicaron a su madre y a su esposo señaló que el 18 de noviembre de 1977 fueron a buscar a éste a la casa del matrimonio, alrededor de las 16,00 a 16.15 de la tarde. Que irrumpieron en su domicilio de tres a cinco personas del ejército que tenían una gorrita con viscera pequeña y que estaban armados. Recuerda que la cuadra estaba rodeada de militares. Que por las ventanas de su vivienda vio militares armados apuntando hacia su casa apostados en los techos de la escuela que estaba en frente. Vivía con su marido, sus hijos y su madre Julia. Al llegar a la casa le dijeron “dónde está ese judío hijo de puta”. Su marido se asomó, lo arrinconaron en una pared y le dijeron “judío decime adónde están los papeles”. Buscaron poca cosa, no detallaron más que en apurarlo a su esposo al que permanentemente apuntaban. La declarante le preguntó que había hecho para que lo busquen así. Él le dijo que nada. La empujan para evitar que hable con su esposo. La tiran con torpeza. Luego le dicen a su esposo que los acompañe afuera. En esa época tenía una nena de tres años que se aferraba a las piernas de su padre y los secuestradores la sacaron. Que en la puerta había

tres Jeeps y muchos militares, como así también soldados en las puertas de las casas. Lo subieron a un Jeep mientras le acercaron una campera. Luego de que se llevaron a su marido llega Luis Sutter, en el auto que su marido le había dejado para que lo ponga en condiciones y entonces le rogó que la llevara en persecución de los Jeep. Los siguieron por Avenida Salta, y al llegar a calles México y esa avenida unos soldados desde un Jeep apostado en la esquina les dijeron que no continuaran. Relata que Sutter levantó el capot para simular que estaban detenidos por problemas del auto hasta que un soldado armado los corrió y les impidió continuar. Recuerda que contó lo sucedido a sus suegros que vivían en calle 9 de julio al 300. Salieron todos a buscar abogados, información del porqué sacaron a su marido y dónde podrían tenerlo. A la noche de ese día liberan a su esposo de dónde lo tuvieron detenido -calle Muñecas esquina Sarmiento-, dejándolo a la noche en la Banda del Río Salí, alrededor de las 4 o 5 de la mañana. Su esposo era mayorista de muebles y lo dejaron cerca de ese negocio. Le dieron horas para que dejara el depósito. Al llegar su marido a la casa de su suegra les comenta lo acontecido, que le decían que él era el dueño de las tierras de Yacuchina, en Monteros. Llegó en mal estado. No le creían que no eran de él las tierras. Pedía que no lo golpearan porque las tierras no eran de él, y así terminó diciéndoles que eran de su suegra. Así comenzaron a preguntarle datos de su madre (Julia Rita Ariza). Cuando se convencieron de que su marido no mentía lo liberaron para que convenza a la suegra que done las tierras porque no eran útiles para ella. Cuando su esposo pudo hablar con su madre le dijo que iba a tener que donar esas tierras porque iban a golpearla. Su madre se aferró mucho a esas tierras porque eran lo único que tenía para dejarle a su hija única. Su esposo le dijo que si no firmaban los iban a matar a todos, pero ella se resistía. Transcurrida una semana, como a las 6,00 de la mañana llegaron personas nuevamente a su casa que golpearon con violencia la puerta. Su esposo salió a abrir y dijeron que buscaban a Rita Ariza de Toledo, éste les dijo que estaba durmiendo, los atacantes ingresaron a la casa y la retiraron a su madre que estaba en camisón. Le dijeron que ella se iba ya con ellos. Pidió que la dejaran cambiarse y avisó que a las tierras no las iba a entregar. Su esposo quiso acompañarla pero con torpeza no se lo permitieron. Su madre era una mujer mayor, no correspondía

que la maltraten así. Su esposo y la declarante querían acompañarla, no les permitieron. En la puerta estaban estacionados tres autos Ford Falcon. Era al amanecer. Su esposo en el auto quiso ver adónde la llevaron. A su madre la llevaron a Casa de Gobierno, cree que era un día sábado. Allí le dijeron que se sentara, ya eran otras vestimentas, no como las de los que la capturaron. Su madre estuvo muchas horas sentada, a las dos o tres horas la hicieron pasar a una oficina donde en el escritorio había unos papeles y un arma. Un empleado le preguntó si llevaba documentos, su madre dijo que si. Luego llegó Bussi que le dijo que le leería unos papeles y luego iba a firmar. Su madre le dijo que no iba a firmar porque las tierras que le reclamaban eran lo único que tenía para su hija que tenía hijos chicos. Bussi le dijo que tenía que firmar porque el pueblo ya estaba hecho, que si no firmaba la iban a matar. Su madre lloraba todo el tiempo. Le ordenaron finalmente que firmara otra vez y accedió, mojó todos los papeles con las lágrimas. A la tarde la liberaron. En el secuestro de su madre los atacantes no estaban vestidos como la vez que se llevaron a su marido, no recuerda si era ropa azul o verde pero era más arreglada que la de los soldados de la primera vez, recuerda unas chaquetitas, pero no vio bien porque era al amanecer. Respecto de la entrevista de su madre con Bussi precisa que fue en una oficina de la gobernación. Expresa que al 25/12/77 su madre debe haber tenido uno 69 o 70 años. Agregó que a su esposo Jorge Ricardo lo dejan en el depósito que tenía y le piden que desocupe el depósito en 24 horas. Era un depósito de muebles. Como consecuencia de los hechos a la declarante la despidieron de agua y energía, a su esposo lo dejaron en estado de quebranto y su madre quedó deprimida. A su esposo le desarmaron el depósito de muebles. Con el apuro la declarante y su esposo fueron dejando los muebles en un depósito pequeño y en gente amiga. Aclara que fue despedida en octubre de ese año. Dice que desde que sucedieron los hechos pidió justicia, que su madre se lo pidió desde el momento de los hechos. Agrega que su madre y su esposo pidieron lo mismo. Su madre manifestó que nunca donó esas tierras. Comenzada la democracia su madre se presentó ante la Comisión Bicameral y denunció lo sucedido. Relató que su marido se enfermó de cáncer y falleció. Dijo que en el gobierno de Bussi recurrió a él pero no fue atendida y que muchísimas veces se humilló.

USO OFICIAL

Dice que quedó con tres niños y completamente sola, con su madre deprimida, sin otros familiares que pudieran ayudarla. Señala que antes vivía de una manera desahogada, de las cosechas, que se trataba de una estancia grandísima. Que sus abuelos tenían incluso tierras en la zona. Señala que siempre fueron tierras muy productivas, cosechaban maíz y caña. Dice que antes del secuestro de su esposo ya habían sabido que las tierras habían sido tomadas, y ya empezó el drama en la familia, su madre tenía los papeles siempre a mano. Señala que las tierras siempre eran trabajadas, con familias adentro. Dijo que su madre estaba deprimida por estar en la pobreza y por ver a la declarante en la pobreza, viuda y con hijos. A la fecha de los hechos tenía una hija de tres años, y dos hijos más. Luego de los dos hechos dijo que dejaron a la familia en paz, que no volvieron a molestarlos. Dijo no saber de otras personas que por la zona tuvieran problemas con las tierras como los que tuvo su familia. Sobre la gente que se encontraba en las tierras dice que ellos vivían en casas precarias y que Bussi les demolió las casas precarias y les entregó casas nuevas. Una vez los peones fueron a buscar a su madre diciendo que no querían que les sacaran el ranchito con sus animales, que no quería vivir en la nueva casa que les ofrecían. Explica que su familia luego de ese hecho quedó en una situación económica pésima, su madre quedó viviendo de una pensión que le dejó su padre. Dice que del estado provincial recibió todo tipo de rechazos. Señala que las obras de construcción del pueblo empezaron en el año 76, se trataba de un plan de urbanización rural. Sobre el predio de Yacuchina dijo que son unas 25 hectáreas. Indicó que los peones que vivían allí sembraban alrededor de casi todo el predio. Primero sembraban maíz, luego cañas. Aclara que los peones tenían las casas en estado precario pero que su madre los ayudaba. Expresó que un peón que estaba en contacto con su madre se fue de Monteros a Tafí Viejo a avisarles la situación. Expresa que el pueblo se comienza a hacer meses antes del secuestro de su esposo, ante eso su madre no hizo nada. Sólo fueron a Yacuchina una vez y no los dejaron ingresar. Una vez hecha la escritura de donación en Casa de Gobierno su madre no hizo nada más, Bussi se encargó de hacer todo. Cuando su madre estaba en la oficina de Bussi luego de firmar la tuvieron unas horas y oyó que decían “hay que hacer abrir la escribanía ya mismo”. Todo fue a partir de esa

firma. Supieron que luego se publicó en el Boletín Oficial la donación. Dijo que quiere recuperar las tierras, sacarle el nombre de Capitán Cáceres y que lleven el nombre de su madre.

La testigo **Lucía Gómez** dijo que en el año 1977 vivía en Tafi Viejo, Villa Obrera. De allí recuerda a los vecinos Ariza – Toledo de Ygel. Sobre el hecho dijo que en el año 76 o 77 militares rodearon esa casa y sacaron al esposo de la Sra Ariza, Ricardo Ygel. Que era comerciante. Ellos rodearon toda la manzana desde una esquina. Ese procedimiento duró 45 minutos o una hora. Luego de eso averiguaron que había pasado y se enteraron que el esposo de María Elena había sido secuestrado. Al tiempo fue llevada la Sra. Ariza para que firme unas escrituras en modo de donación de unas tierras que tenían en Monteros. Dijo que ella sabía que eran poseedores de tierras porque siempre los veían que los fines de semana iban hacia allí y volvían con productos que daban esas tierras. Sobre la situación económica actual de la familia contó que viven momentos difíciles, que eran tres hijos pequeños. Que él era solo un comerciante y al morir la madre tiempo después María Elena quedó en una situación difícil. Expresó que la Sra. Ariza no le comentó directamente los hechos a ella sino a su madre. Recordó que tiempo más tarde se llevaron a la Sra. Ariza. Dijo que en su barrio eran vistos como gente con buen pasar, ya que todos los demás eran trabajadores de los talleres y al ver que ellos tenían tierras, productos y plantaciones los llevó a nombrarlos poseedores, porque eran quienes tenían más que los demás.-

Que en igual sentido y en forma coincidente a lo manifestado por la Sra. María Elena Toledo de Ygel, declararon sus hijos **Ivana Noelia Ygel, Jorge Maximiliano Ygel y Ramiro Aron Ygel** y el testigo **Luis Armando Sutter.-**

El testigo **Juan Roberto Robles** relató en ésta audiencia que presentó un proyecto en la legislatura para declarar nula la transferencia o donación realizada por la Sra. Ariza a favor de la provincia de Tucumán, en tanto tuvo conocimiento que había sido realizada bajo amenazas.

El testigo **Mario Peñalba** relató en ésta audiencia que su padre era talabartero y que él lo acompañaba a entregar los trabajos, recuerda la zona de Yacuchina, que había un potrero donde jugaban. Recordó que en el año 76 fue abanderado de la escuela y lo llevaron a participar del acto en el cual ponían

USO OFICIAL

la piedra basal del pueblo. Recuerda haber visto personal del ejército en la zona, no recordaba quien era la propietaria de las tierras, el iba pero era chico, eran amigos de su papa.

En consecuencia, ha quedado acreditado que el Sr. Jorge Ricardo Ygel fue sacado por la fuerza de su domicilio de calle Rovelli 39, Tafí Viejo, el día 18 de Noviembre de 1977, en horas de la tarde, por un grupo de militares armados y que fue llevado hasta la Brigada de Investigaciones sita en calle Muñecas y Avenida Sarmiento, que luego de ser interrogado y golpeado fue liberado en la zona de la Banda del Río Salí en horas de la madrugada del día siguiente.

Asimismo, ha quedado acreditado que a la semana siguiente de los hechos sucedidos a Jorge Ricardo Ygel, la Sra. Rita Ariza fue también sacada por la fuerza de su domicilio de calle Rovelli 39, Tafí Viejo, por un grupo de personas armadas. Fue trasladada a la Casa de Gobierno, donde fue obligada bajo amenazas a firmar la donación de las tierras de Yacuchina a favor del Gobierno.-

Sobre la cuestión no puede abrigarse incerteza alguna respecto de que el imputado Menéndez es autor mediato de la privación ilegítima de la libertad sufrida por Jorge Ricardo Ygel y Rita Ariza en virtud del rol que le cupo en el aparato organizado de poder plenamente operante a la fecha del hecho.-

El imputado a la fecha de los hechos entonces, se desempeñaba como Jefe del III Cuerpo del Ejército , resultando ello manifiestamente comprobado en los presentes autos y por lo tanto ajeno a toda posibilidad de escindir su responsabilidad en hechos ocurridos bajo el mandato mediato de su accionar dentro del plan sistemático de represión ilegal impuesto por las fuerzas armadas , que en numerosos precedentes importa también la responsabilidad sobre hecho delictivos de índole sexual y económicos conforme se considera .-
En cuanto a las características del modo en que el aparato organizado de poder funcionaba en la provincia de Tucumán, cabe tener presente que éstas se replicaban en todo el país. Más abreviadamente, constituía una práctica generalizada de las Fuerzas Armadas mediante la utilización del estado terrorista que con su actuar “paralelo “ e “ ilegal “ no solo llevaba la incertidumbre a miles de argentinos sino que además impuso como en autos

un aprovechamiento claramente delictivo de bienes y empresas a lo largo y ancho del territorio argentino , lo que en la actualidad motiva numerosas investigaciones sobre hechos de tal perfil delictual .-

7.2 SEGUNDA CUESTION

7.2.1 CALIFICACIÓN LEGAL

Privación ilegítima de libertad (art. 142 inc. 6 del CP, Ley 21.338)

Habiéndose determinado los hechos y la responsabilidad que en los mismos le cupo al imputado, en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde ahora fijar la calificación legal en la que deben encuadrarse las conductas atribuidas y realizadas por Luciano Benjamín Menéndez. Así, se advierte que los hechos acreditados refieren a un caso de autoría mediata respecto a la comisión de los delitos de privación ilegítima de la libertad en perjuicio de Jorge Ricardo Ygel y de Julia Rita Ariza en el marco de un contexto de delitos de lesa humanidad.-

Con respecto a los hechos cuya adecuación típica se pretende realizar, resulta necesario atender al tiempo efectivo de la acción, con el propósito de resguardar el principio de irretroactividad de la ley penal, principio constitucional vinculado a la garantía de legalidad.-

Al tiempo de la realización de los hechos antijurídicos, mediante las conductas perpetradas por Luciano Benjamín Menéndez éstos eran sancionados por el Código Penal, Ley 21.338, norma que integra el derecho a aplicar en la presente sentencia.-

De esta manera se descartan las prescripciones sancionatorias más graves que han modificado la ley en el transcurso de más de tres décadas de acontecidos los hechos.-

El encuadramiento típico que el tribunal formulará entonces, estará orientado por la aplicación del artículo 2 del Código Penal en cuanto consagra la irretroactividad y su excepción a favor de la ley más benigna.-

El imputado, al igual que quienes fueron ejecutores materiales, tenía el

USO OFICIAL

control de la situación y en consecuencia del curso causal de los hechos. Menéndez, en ejercicio de la función pública que detentaba –Jefe del III Cuerpo de Ejército-, lo pudo evitar. Así, de modo mediato, generó el riesgo no permitido, colocándose de tal manera en una auténtica posición de garante por organización institucional, lo que lo obliga a responder por los riesgos generados y las consecuencias determinadas.-

El plexo probatorio de esta causa permite conforme a las reglas de la lógica y la sana crítica racional arribar al grado de certeza necesario para tener por probadas las privaciones ilegítimas de libertad de las víctimas nombradas.-

Por lo expuesto, corresponde en este caso, subsumir la conducta de Luciano Benjamín Menéndez en la previsión del art. 142 inc. 6 de la Ley 23.338.-

Coherentemente con la lógica de razonamiento que se utilizó en los apartados anteriores, el Tribunal entiende que a Menéndez le cabe el reproche penal en carácter de autor mediato penalmente responsable por la comisión del delito de privación ilegitima de la libertad.-

Las sociedades democráticas y los países organizados con el sistema de las instituciones republicanas a partir de la Revolución Francesa y de la Independencia de las Colonias de América del Norte, y de nuestros antecedentes patrios, brindan celosa tutela a este bien. La consagración de la libertad en manos de los ciudadanos, significa al mismo tiempo el límite al ejercicio del poder político, es decir, de los gobiernos. Nuestra Constitución acuñó el liberalismo en su preámbulo y en el capitulo dogmático de Declaraciones, Derechos y Garantías. A tal protección genérica se sumaron otras más específicas.-

Así la prohibición de la ofensa a la libertad ambulatoria, recuerda su linaje constitucional específicamente en el art. 18 de la Carta Magna, al establecer que *"nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente"* principio que, anticipándose al constitucionalismo moderno, fue arrancado a comienzos del siglo XIII por los barones ingleses a su monarca Juan.-

En el derecho actual los presupuestos procesales de intervención legal previa no sólo no han sido modificados, sino que conforman una verdadera garantía de resguardo de la libertad, exigiendo requisitos que implican una barrera

para la arbitrariedad.-

Antes de continuar con las formas que asumió esa privación de libertad, este Tribunal adelanta el encuadre jurídico que efectúa en el tipo de privación ilegítima de la libertad.-

Así, en el caso se demostró fehacientemente que al momento de concretar la privación de libertad de las víctimas se empleó *"violencias o amenazas"* contra las mismas, corresponde calificar la conducta de los imputados conforme las prescripciones de la figura penal descripta en el art. 142 inc. 6° del Código Penal en cuanto así lo exige: *"Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 6. Si el hecho se cometiere para compeler a la victima o a otro a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligado..."* (art. 142 inc. 6° -conforme ley 21.338-).

USO OFICIAL

Del análisis dogmático de esta figura penal, cabe manifestar que la afectación de la libertad descripta en esta figura, se materializa privando a la víctima de su libertad personal, y con la intención de compeler a la victima o a otro a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligado.-

Aún cuando se trata de un delito de realización instantánea que se consuma cuando efectivamente se priva de su facultad de movimiento al afectado, la especial característica del bien jurídico tutelado permite que este hecho pueda constituir un delito permanente, prolongándose en cierto tiempo, durante el cual se sigue cometiendo el ilícito penal.-

El elemento subjetivo del tipo requiere que el autor proceda de manera autoritaria, o sea con conocimiento de la ilegalidad.-

Cabe afirmar que no existió ninguna ley que autorizara a las fuerzas armadas o de seguridad a detener sin orden judicial a los ciudadanos y por el contrario el Código Penal regía prescribiendo el delito.-

La verdad histórica comprobada en el juicio permite a este Tribunal concluir que la conducta desplegada por Menéndez se corresponde con el tipo legal en análisis, por cuanto él -en cumplimiento del plan sistemático de represión y según la jerarquía que ostentaba- ordenó las privaciones ilegítimas de libertad, órdenes que fueron ejecutadas a través de sus subordinados.-

La conducta descripta en el Art. 142 inc. 6° del Código Penal, fue llevada a

cabo por Menéndez en carácter de autor mediato en tanto integrante de un aparato organizado de poder -debidamente acreditado en autos- a través del personal que se encontraba bajo sus órdenes.-

De esta manera, las órdenes emitidas a tal efecto por las autoridades militares, surgieron del ejercicio de un poder de facto no solo contrario al orden constitucional, sino además sustancialmente ilegítimo, por prescindir del orden procesal y penal vigentes.-

7.2.1.3 Concurso de delitos

Las privaciones ilegítimas de la libertad se producen en dos oportunidades, en forma independiente una de la otra. Es decir que concurren varios delitos atribuibles al imputado, por lo que corresponde aplicar la regla del concurso real, prevista en el art. 55 del Código Penal.-

.

7.2.1.4 Congruencia

Si bien el principio de congruencia se verifica en las diferentes etapas del juicio: acusación, defensa, prueba y sentencia, referido sustancialmente a la plataforma fáctica, este Tribunal no ha variado sustancialmente la calificación legal que se otorgara a los hechos en los momentos procesales más relevantes: declaración indagatoria, requerimiento fiscal de elevación a juicio como marco del juzgamiento y sentencia. De manera tal que la prueba y el consecuente debate giraron en torno a tales normas.-

Las únicas figuras penales que el Tribunal no ha receptado, están referidas a las violaciones de domicilio subsumidas en los hechos precedentemente descriptos.-

Al momento de analizar la subsunción de las conductas del imputado en los supuestos normativos de la legislación penal, atento a la envergadura de la cuestión a decidir, se efectuó un análisis del contexto histórico en el que se produjeron los hechos.-

De tal manera, no sólo se ha respetado la relación entre el hecho imputado y el hecho juzgado, sino que se ha mantenido la calificación jurídica

de la acusación -salvo las excepciones referidas *supra*- con lo que se ha preservado la plena vigencia del principio de congruencia como derivación del derecho de defensa en juicio (Art. 18 de la Constitución Nacional).-

7.2.2 DOMINIO DEL HECHO

En el desarrollo de esta audiencia de debate realizada en el marco de la plena vigencia de todas las garantías que prescribe nuestra Constitución Nacional y las normas procesales que rigen el modelo de enjuiciamiento en el orden federal, ha quedado plenamente acreditado que Luciano Benjamín Menéndez debe responder por los delitos que aquí se le atribuyen, en calidad de autor mediato en virtud de su voluntad de dominio del hecho que le cupo en el seno del aparato organizado de poder en que se convirtieron tanto a las Fuerzas Armadas de la Nación como a las fuerzas de seguridad locales durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional.-

Al analizar el dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, Claus Roxin señala que este tipo de conductas no pueden aprehenderse selectivamente con los solos baremos del delito individual. El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presentan como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside en la fungibilidad del ejecutor. En estos casos, no falta ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor directo y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de atrás, porque desde su atalaya no se presenta como persona individual, libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desvinculado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de atrás, junto con él, al centro del acontecer. El jefe del aparato de poder organizado –en el caso Luciano Benjamín Menéndez, a cargo del III Cuerpo del Ejército Argentino- puede confiar en que el crimen será cometido a causa del funcionamiento independiente del aparato de poder y de la disposición criminal del autor

USO OFICIAL

directo. (cfr. Ambos, Kai, *"Trasfondos Políticos y Jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori"* en La Autoría Mediata, ARA Editores. Perú, 2010, p. 75). Así se ha pronunciado recientemente la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú en el caso Fujimori, *"El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el mecanismo funcional del aparato, esto es, su automatismo o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se va a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato."* (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú sentencia del 07/04/09, parr. 726).-

Luciano Benjamín Menéndez se encontraba en un nivel jerárquico superior en esa maquinaria de poder en que se convirtió a las Fuerzas Armadas y a las fuerzas de seguridad locales, y decidía sobre la vida de aquellos que pudieran perturbar el denominado Proceso de Reorganización Nacional. Desde su posición en esa estructura de poder, posibilitó las privaciones ilegítimas de la libertad de Ygel y Ariza y la concreción de los actos posteriores que perjudicaron a esa familia.-

7.2.2.1 Responsabilidad Penal. Autoría mediata, dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder

A fin de una correcta imputación de los hechos delictivos y la correspondiente responsabilidad penal en cabeza de Luciano Benjamín Menénedez,, es preciso analizar el rol que efectivamente desempeñó dentro del plan de terrorismo de estado ya descripto, y la relación concreta con los delitos cometidos en perjuicio de Ygel y Ariza.-

En primer lugar, cabe señalar que en la causa N° 13/84 quedó probado que el sistema implementado por el denominado Proceso de Reorganización Nacional fue el de un aparato organizado de poder, cuyo accionar respondió a una planificación metódica, y científicamente delineada que tenía en su vértice superior a los arquitectos del plan, autores de escritorio o mediatos.-

En la citada sentencia se demostró igualmente que la eficacia de este

aparato fue proporcionada por las fuerzas armadas apostadas en todo el país, conjuntamente con las fuerzas de seguridad que estaban bajo control operacional de aquellas, y que este modo de organización se implementó en todo el territorio nacional, bajo las instrucciones emanadas de los reglamentos y estatutos citados *supra*.-

La organización interna del aparato estatal del nuevo régimen se sirvió de la ya existente y la hizo coincidir con las jurisdicciones militares. La división en zonas, sub-zonas, áreas, a cargo de Comandos de Cuerpos del Ejército, Comandos de Infantería, Batallones, sedes de las policías locales, etc, era la estructura a través de la cual se transmitía el poder, la toma de decisiones a cargo de las comandancias superiores de cada área y la emisión de las órdenes.-

Ese mapa operacional, estaba destinado a la ejecución de un plan que piloteaba sobre dos órdenes normativos: uno expreso, público y con pretensiones de legalidad; y el otro predominantemente verbal y clandestino. Así, la efectividad de ese plan sistemático de exterminio, demandó la coexistencia de ciertos factores: una dominación jerárquica con una fuerte concentración de poder, la fungibilidad de sus operadores en las escalas intermedias y bajas y la previsibilidad casi total de las consecuencias ante cada uno de los hechos -delitos- que formaban parte de estas órdenes.-

Adviértase, que conforme las directivas descriptas, quienes en cada jurisdicción asumían la responsabilidad de identificar a las personas a detener eran los Comandos de cada cuerpo del Ejército, en el caso de Tucumán correspondía al III Cuerpo; a nivel zonal y local le correspondía a la Va. Brigada de Infantería del Ejército en coordinación con los servicios de inteligencia de las fuerzas locales de seguridad (SIC).-

Al respecto, afirma Kai Ambos que *"...la jerarquía de mandos no sólo participó en la elaboración de una estrategia general, sino también en las decisiones sobre el empleo concreto y en la "determinación final"* (Kai Ambos, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Palestra Editores, Lima, 2010, pág. 240).-

Es aquí donde sale a la luz un principio de imputación del hecho total (Zurechungsprinzip Gesamttat), según el cual, la organización criminal

USO OFICIAL

como un todo sirve como punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho, los cuales deben apreciarse a la luz de sus efectos en relación con el plan criminal general o en función del fin perseguido por la organización criminal. Se trata de un dominio organizativo en escalones, de donde dominio del hecho presupone, por lo menos, alguna forma de control sobre una parte de la organización. (Cfr. Kai Ambos, ob. cit., p. 233). Para comprender la situación del imputado Menéndez cabe citar la descripción que efectúa Kai Ambos en cuanto a que *"La distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de participación: el primer nivel, más elevado, está compuesto por los autores que planifican y organizan los sucesos criminales, esto es, los que como autores por mando (Führungstäter) pertenecen al estrecho círculo de conducción de la organización; en el segundo nivel, encontramos a los autores de la jerarquía intermedia, que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización y por esto puede designárselos como autores por organización (Organisationstäter); finalmente, en el más bajo nivel, el tercero, están los meros autores ejecutivos (Ausführungtstäter) que aparecen sólo como auxiliares de la empresa criminal global".* (Kai Ambos, ob. cit., p. 233). Así, no resulta de vital importancia si el autor mediato está ubicado a la cabeza del aparato de poder o en los mandos intermedios del mismo, ya que lo determinante para imputarle la responsabilidad al sujeto, en calidad de autor mediato, es la autoridad con la que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada, sin dejar a criterio de terceras personas la realización del acto criminal; y es en virtud de esa autoridad, que se le puede atribuir responsabilidad penal a esa cadena de autores intermedios dentro del aparato criminal. Así, quien ocupa la posición intermedia, sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete y, en consecuencia, el grado de reprobabilidad de la conducta antijurídica será proporcional al nivel de mando que dicho autor tiene en la organización criminal (cfr. Caro Coria, Dino Carlos, *"Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal"* en La Autoría Mediata, ARA Editores. Perú, 2010, p. 151, 159).-

Es decir, el cargo que Menendez ejercía implicaba un lugar de poder, decisión y dirección de ejecución del plan criminal, el que se realizaba conforme las directivas generales emanadas de la Junta Militar, así lo disponía el art. 12 del Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional: El PEN -a cargo de un integrante de la Junta Militar- proveerá lo concerniente a los gobiernos provinciales, y designará a los Gobernadores, quiénes ejercerán sus facultades conforme a las instrucciones que imparta la Junta Militar, la que solo se reservaba el control del cumplimiento de los objetivos del proceso de reorganización puesto en marcha. A su vez el artículo 11 del Acta del Proceso de Reorganización Nacional decía: "Los Interventores Militares procederán en sus respectivas jurisdicciones por similitud a lo establecido para el ámbito nacional y a las instrucciones impartidas oportunamente por la Junta Militar".-

USO OFICIAL

La moderna doctrina penal asienta sus categorías de autor, en el dominio del hecho o del suceso: es autor, quien domina el hecho, quien retiene en sus manos el curso causal y que por tanto puede decidir sobre el sí y el cómo del hecho, quien tiene la posibilidad de decidir la configuración central del acontecimiento o bien detener o impedir la concreción del mismo.-

Conforme sostuvo el Tribunal Supremo Federal alemán, existe una autoría mediata cuando el autor: *"aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados. Tal tipo de condiciones marco vienen en trato especialmente en estructuras de organización estatal y en jerarquías de mando. Si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, en especial, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo y el hombre de atrás desea el resultado, es autor en la forma de autoría mediata".* Desde un punto de vista objetivo, entonces, debe existir una contribución al hecho que bajo el empleo de determinadas condiciones marco organizativas haya provocado procedimientos reglados que desembocaron automáticamente, por así decir, en la realización del tipo. (cfr. Kai Ambos, ob. cit. Pag. 237).-

Se indica a Hans Welzel como quien desarrolló firmemente su contenido. Autor es, según Welzel, aquél que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es

señor sobre la realización del tipo (Cfr. *Derecho Penal Alemán*, trad. Bustos Ramírez Yáñez Pérez, Santiago 1970, p. 143).-

Dicha tesis fue introducida en la dogmática penal por el profesor de la Universidad de Munich, Claus Roxin en 1963 a partir de los casos jurisprudenciales Eichmann y Staschynski, y formulada como "teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder", fue desarrollada y precisada en sus límites y contenidos en su obra Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal (Ed. Marcial Pons, Madrid, Edición 2000), aclarando que la aparición de nuevas formas de criminalidad no pueden ser abarcadas dentro de los límites marcados por la teoría del dominio del hecho o del dominio de la voluntad, por lo que correspondía la búsqueda de nuevos criterios fundamentadores que -bajo el marco del dominio del hecho- expresaran las reales y concretas circunstancias en las que dichos acontecimientos (crímenes del nazismo y del comunismo soviético) habían sido cometidos.-

Tales criterios, considera Roxin, se justificarían en dos razones a) en la necesidad de fundamentar la autoría del hombre de atrás, cuando no ha existido error o coacción en el ejecutor directo, existiendo plena responsabilidad de este sujeto, y b) en la necesidad de diferenciar la autoría mediata de la inducción.-

Si el ejecutor directo ha actuado sin error o coacción, ha existido libertad en la acción realizada y por lo tanto es preciso encontrar nuevos criterios que fundamenten la autoría. Ese mecanismo es para Roxin, de naturaleza objetiva y consiste en el funcionamiento peculiar del aparato organizado de poder que se encuentra a disposición del hombre de atrás.-

Se devela entonces la trama de la imputación por autoría mediata para el hombre de atrás, siendo su factor decisivo la fungibilidad del ejecutor, quien también será autor responsable.-

Así, cuando en base a órdenes del Estado, agentes estatales cometan delitos (homicidios, secuestros, torturas) serán también autores, y más precisamente autores mediatos, los que dieron la orden de matar, secuestrar o torturar, porque controlaban la organización o algún tramo de esa estructura y tuvieron en el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores directos.-

De esta manera, el autor, pese a no realizar la conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad por alguna razón se encuentra sometida a sus designios. Si el autor es mediato en el sentido que domina el aparato de poder sin intervenir en la ejecución y concurrentemente deja en manos de otros la realización del hecho, como autores directos, entre éstos y aquel hay propiamente una coautoría, porque con su aporte, cada uno domina la correalización del hecho.-

El factor decisivo para fundar el dominio de la voluntad en este tipo de casos constituye una tercera forma de autoría mediata, que va más allá de los casos de coacción y de error, y se basa en el empleo de un aparato organizado de poder y en la fungibilidad de los ejecutores que integran tal aparato organizado, quienes son, desde la perspectiva del inspirador, figuras anónimas y sustituibles, o engranajes cambiables en la máquina del poder, como lo expresa el maestro alemán. De esta forma, el "hombre de atrás" puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción, o como se da en algunos casos, de tener que conocer al que ejecuta la acción. Ellos solamente ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son fungibles, y no pueden impedir que el hombre de atrás, el "autor de escritorio", alcance el resultado, ya que es éste quien conserva en todo momento la decisión acerca de la consumación de los delitos planificados, "él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato" (Roxin Claus, *"La autoría mediata por dominio de la organización"*, en Revista de Derecho Penal 2005, Autoría y Participación II, pag. 21.).-

Lo característico de esta fungibilidad es que el ejecutor no opera como una persona individual, como una pieza dentro de un engranaje mecánico. Si bien actualmente se discute en doctrina el empleo de la expresión “fungibilidad” -ciertos autores prefieren el término “intercambiabilidad” o “sustituibilidad” o “anonimato” para referirse al ejecutor del delito- más allá de ello, lo cierto es que no debe entenderse esa fungibilidad como la capacidad ilimitada de autores directos que van a cometer el hecho típico, sino como la

USO OFICIAL

disponibilidad de contar de antemano con autores dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia que serán sólo unos pocos los que las ejecuten (cfr. Caro Coria, Dino Carlos, ob. cit, p. 174- 175 y Villavicencio Terreros, Felipe, *"Autoría Mediata por Dominio de Organización"* en Investigaciones, Ed. Instituto de Investigaciones y de referencia extranjera de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, 2010, p.36). En el mismo sentido, se sostiene que el criterio de la fungibilidad constituye sólo un requisito más y no un criterio fundamentador del dominio de organización –al que se le reconoce un valor fáctico- (cfr. Bolea Bardón, Carolina, *La Autoría mediata en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.370).-

Roxín considera necesario agregar un presupuesto más para complementar su fundamentación: la disponibilidad hacia el hecho; así, distingue características específicas que hacen que el ejecutor esté más dispuesto al hecho que cualquier asesino a sueldo o grupos de delincuentes menos complejos, aumentando las posibilidades de que la orden se va a cumplir. Tales características pueden ser los deseos de sobresalir, el fanatismo ideológico, los celos que siempre existen en las organizaciones, o que el ejecutor creyera que podría perder su puesto si se resistiese a la orden; dichas características se presentan en muchos casos conjuntamente (cfr. Roxín, Claus, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, Ed. Grijley, Lima, 2007, p.527).-

El hombre de atrás controla el resultado típico a través del aparato, sin considerar a la persona que entra en escena como ejecutor. El hombre de atrás tiene el "dominio" propiamente dicho, y por lo tanto es autor mediato.-

Pero esa falta de inmediación con los hechos por parte de las esferas de mando del aparato se ve suplida de modo creciente en dominio organizativo, de tal manera que cuanto más ascendemos en la espiral de la burocracia criminal, mayor es la capacidad de decisión sobre los hechos emprendidos por los ejecutores. Lo que significa que con tales órdenes están "tomando parte en la ejecución del hecho", tanto en sentido literal como jurídico penal.-

Exponiendo la doctrina de Roxín, agrega Edgardo A. Donna el concepto de Peters, que describe con claridad la situación de Albornoz en la

estructura de poder: "El que ordenando y dirigiendo, toma parte en la empresa es, sea el que sea el grado jerárquico que ocupe, autor. A él le corresponde la plena responsabilidad aunque, por su parte, esté subordinado a su vez a otra instancia que emita órdenes." (Donna Edgardo Alberto, *"La autoría y la participación criminal"*, Rubinzal- Culzoni Editores, 1998, p. 35).-

Esta tesis cobra especial relevancia en los casos de criminalidad estatal como el evidenciado en este debate, dado que la estructura propia del Estado, con sus enormes recursos económicos y humanos, y sus cadenas de funcionarios integrantes de una enorme burocracia resulta ser la organización que mejor se adapta para este tipo de escenarios. Que aparezcan autores por detrás del autor, en una cadena de mandos, no se opone a la afirmación del dominio del hecho: *"... el dominio por parte de la cima de la organización se ve posibilitado precisamente por el hecho de que, de camino desde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aún cuando visto desde el punto de observación superior el respectivo dirigente a su vez, sólo es un eslabón de una cadena total que se prolonga hacia arriba, concluyendo en el primero que imparte las órdenes"* (Roxín, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 274).-

En el mismo sentido afirma Marcelo Sancinetti que al menos en un punto de la jerarquía, los factores son totalmente fungibles. Las estructuras militares regulares son el mejor ejemplo de aparatos de poder organizados en este sentido. Si la mirada se detiene en el "hombre de arriba", esto es quien funciona como vértice superior de un aparato así estructurado, y se admite (aún a riesgo de simplificar demasiado la interpretación del caso) que de éste depende enteramente el contenido de la acción general del aparato, puede decirse que más allá de ciertas diferencias que se observarán a continuación, este aparato es a él lo que un arma de fuego es a quien la empuña. Si quien acciona la cola del disparador de una pistola puede describirse como el autor del homicidio del que muere con la munición así disparada, quien pone en marcha de modo irreversible un aparato de poder organizado para producir un efecto determinado puede ser llamado también autor de ese efecto. (Sancinetti M. y Ferrante M, *El Derecho Penal en la protección de los Derechos*

USO OFICIAL

Humanos, Hammurabi, 1999, p.205).-

Otra nota importante que se desprende de la estructura de la organización de dominio es que ella sólo puede darse allí donde el aparato organizado funciona como una totalidad fuera del orden jurídico, dado que si se mantiene el Estado de Derecho con todas sus garantías, la orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio ni la voluntad del poder del inspirador.-

El Profesor Roxin sostiene la aplicación de esta teoría para dos supuestos: cuando se utiliza el aparato del Estado y están suspendidas las garantías del Estado de Derecho, y la segunda forma de la autoría mediata para aquellos hechos que se cometen en el marco de organizaciones clandestinas, secretas, bandas de criminales, etc. La primera alternativa es aplicable al caso de los gobiernos de facto impuestos en toda Latinoamérica en la década del 70, como el sucedido en nuestro país.-

Por otro lado, considera el maestro alemán, que el concepto de autoría mediata, nos informa que la estructura del dominio del hecho es un concepto abierto, que debe demostrarse en la destilación de las formas estructurales de la dominación que se encuentran en el material jurídico, a partir de la contemplación directa de los fenómenos de la realidad.-

Así, la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder fue utilizada en el juicio a las Juntas Militares (Causa N° 13/84) a efectos de fundar la responsabilidad por autoría mediata de los acusados *"... los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.) que supone toda organización..."... "En este contexto el ejecutor concreto pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado*

por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria." (Juicio a las Juntas Militares. Causa 13/84. Fallos. N 309:1601/2).-

Las condiciones marco de la realización del hecho en el presente caso se basaron en estructuras organizativas estatales atravesadas por una jerarquía de mandos. Dentro de ese aparato militar estatal fue posible, sin más, la realización de procedimientos reglados que condujeron a la eliminación física de una persona; en especial, cuando esa persona era sospechada de pertenecer a la "subversión" o tener vínculos con ella. La eliminación de tales "elementos subversivos" correspondía con los objetivos generales fijados, así como con los procedimientos realizados en múltiples ocasiones por el aparato represivo argentino. Por lo tanto, están presentes los requisitos exigibles para una responsabilidad de dominio por organización (Cfr. Kai Ambos, ob. cit. Pág. 242).-

Tuvo igualmente respaldo por parte del Tribunal Supremo Alemán (BGH) en la sentencia del 26/7/94 en la que la Quinta Sala de dicho tribunal empleó esta fórmula de autoría mediata para condenar a tres integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la R.D.A. por el homicidio de nueve personas entre 1971 y 1989 que quisieron trasponer el muro de Berlín, víctimas de los disparos de soldados fronterizos que cumplieron las directivas de aquellos funcionarios, sentencia que fue confirmada, a su vez, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Cfr Vigo Rodolfo Luis, La injusticia extrema no es derecho, La Ley, 2004, p. 76 y ss).-

Más recientemente, esta tesis fue acogida por distintos tribunales de nuestro país, así, *"...la forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del dominio de voluntad del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que carateriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad se encuentra sometida a sus designios. (...)puede considerarse autor (mediato) de un hecho criminal al jefe que, a través de un aparato de poder, domina la voluntad del ejecutor (subordinado al jefe)"* (C.N.Fed. Corr., Sala

USO OFICIAL

I, 9-2-2006, “Olivo Rovere s/ Procesamiento c P.P.”, c. 36873; citado por María Cecilia Maiza en *Autoría y Participación*, p. 257/258, Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación III, Rubinzal Culzoni); el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata en las causas "Etchecolatz" (Sentencia de Septiembre de 2006) y "Von Wernich" (Sentencia del 01 de Noviembre de 2007); el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° I de Córdoba, en la causa "Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Oscar, Acosta Jorge Excequiel, Manzanelli Luis Alberto, Vega Carlos Alberto, Díaz Carlos Alberto, Lardone Ricardo Alberto Ramón, Padován Oreste Valentín p.ss.aa. Privación ilegítima de libertad; imposición de tormentos agravados, homicidio agravado" -Expte 40/M/2008- (Sentencia del 24/07/08); y fue confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Etchecolatz" (Sentencia del 18 de Mayo de 2007) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causas “VARGAS AIGNASSE, Guillermo S/ Secuestro y Desaparición”, Expte. V - 03/08.-

7.2.2.2 Imputación Objetiva

Si bien es cierto que la conexión causal de las conductas imputadas a los procesados en estos autos se ha efectuado acabadamente a la luz de la llamada "teoría del dominio del hecho mediante la utilización de aparatos organizados de poder" es dable observar que la herramienta dogmática utilizada no obsta a la implementación -sino que se complementa en forma armónica- de otra construcción de naturaleza imputativa: la teoría de la imputación objetiva del hecho.-

Es conocido en la doctrina jurídico penal que esta teoría se presenta fundamentada en dos requisitos esenciales, a saber: a) la creación de un peligro no permitido para el bien jurídico y b) la realización o concreción en el resultado de ese peligro jurídicamente desaprobado. Es decir que autor (o coautor) del hecho será quien despliegue una conducta (o varias) que provoque un peligro no permitido para el bien objeto de tutela penal y ese peligro luego se transforme en el resultado típico.-

Es así que, en los delitos que se le enrostran a Menéndez, podemos

encontrar fácticamente la presencia de los elementos enunciados. Y ello porque el aparato de poder que desarrolló sus tareas ilegales durante el gobierno de facto desplegó una serie de actividades que de manera directa o indirecta, provocaron una enorme cantidad de focos de peligro para los bienes jurídicos de más alta apreciación para nuestro digesto penal: la vida, la libertad y la integridad física.-

La actividad de este individuo se dirigió sistemáticamente a organizar una estructura que puso en peligro la vida y la libertad de las personas transformándose posteriormente en resultados típicos -en lo que a esta causa se refiere- de violación de domicilio y muerte.-

Pero lo afirmado no es sólo una enunciación dogmática de carácter eminentemente teórico, sino que se ha tenido presente para tal afirmación- y para no caer en el vicio de la falta de fundamentación suficiente, que este accionar ha sido debidamente probado a lo largo del desarrollo del juicio, por lo que la base fáctica, es decir los hechos juzgados, han logrado emerger del desarrollo de la audiencia de debate con un nivel de certeza suficiente como para sostener el reproche que la condena implica.-

USO OFICIAL

7.2.3 DELITOS DE LESA HUMANIDAD

7.2.3.1 Delitos de lesa humanidad

Todos los delitos cometidos en el marco de los hechos materia de la presente causa configuran delitos de lesa humanidad. Ahora bien, determinar los alcances y consecuencias de esta calificación demanda realizar algunas precisiones en torno del tipo del derecho penal internacional delitos de lesa humanidad.-

1. Delitos comunes y delitos de lesa humanidad

Una primera distinción entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad es la que puede establecerse teniendo en cuenta los ordenamientos jurídicos que los tipifican: mientras que los delitos comunes se encuentran tipificados en normas que integran el ordenamiento penal interno de cada

Estado; los delitos de lesa humanidad, en cambio, se encuentran tipificados en normas que integran el ordenamiento penal internacional y que les asignan determinadas características como las de ser imprescriptibles.-

Otra distinción, mucho más explicativa, es la que finca en los sujetos que resultan lesionados por los mismos: si bien tanto los delitos comunes como los delitos de lesa humanidad implican la lesión de derechos fundamentales de las personas, los primeros lesionan sólo los derechos básicos de la víctima, los segundos, en cambio, implican una lesión a toda la humanidad en su conjunto. Así lo ha establecido la CSJN en el caso "Arancibia Clavel, Enrique L." (Fallos 327:3294, considerando 38 del voto del doctor Maqueda) al señalar que el presupuesto básico de los delitos de lesa humanidad es que en ellos *"el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción. Tales delitos se los reputa como cometidos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales (considerandos 31 y 32 del voto de los jueces Moliné O'Connor y Nazareno y del voto del juez Bossert en Fallos: 318:2148)".-*

En la distinción establecida queda pendiente, no obstante, el examen de cuál es el criterio que habilita a considerar a un mismo hecho como un tipo u otro de delito. En este sentido la CSJN en el caso "Derecho, René J." del 11/07/2007 ha considerado *"...que el propósito de los crímenes contra la humanidad es proteger la característica propiamente humana de ser un 'animal político', es decir, de agruparse y formar organizaciones políticas necesarias para la vida social (conf. Luban, David. A Theory of Crimes against Humanity. Yale Journal of International Law 29, año 2004, p. 85 y ss.). El razonamiento del autor mencionado consiste en lo siguiente. La característica humana de vivir en grupo, la necesidad natural de vivir socialmente, tiene por consecuencia la exigencia de crear una organización política artificial que regule esa vida en común. La mera existencia de esa organización, sin embargo, implica una amenaza, al menos abstracta, al*

bienestar individual….Los casos de crímenes de lesa humanidad son justamente la realización de la peor de esas amenazas, la de la organización política atacando masivamente a quienes debía cobijar. 'Humanidad', por lo tanto, en este contexto, se refiere a la característica universal de ser un 'animal político' y la caracterización de estos ataques como crímenes de lesa humanidad cumple la función de señalar el interés común, compartido por el género humano, en que las organizaciones políticas no se conviertan en ese tipo de maquinaria perversa. El criterio de distinción entonces radicaría no en la naturaleza de cada acto individual (es decir, por ejemplo, cada homicidio) sino en su pertenencia a un contexto específico: 'El alto grado de depravación, por sí mismo, no distingue a los crímenes de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control' (op. cit., p. 120). Con ello aparece dada una característica general que proporciona un primer acercamiento para dilucidar si determinado delito es también un crimen de lesa humanidad. Se podría configurar ese criterio como un test general bajo la pregunta de si el hecho que se pretende poner a prueba puede ser considerado el producto de un ejercicio despótico y depravado del poder gubernamental".-

USO OFICIAL

2. Fuentes de los delitos de lesa humanidad

Según ya se ha dicho, los delitos de lesa humanidad se encuentran tipificados en el ordenamiento penal internacional; en consecuencia, es en ese horizonte jurídico que corresponde rastrear sus fuentes. En tal sentido la CSJN en Fallos 327:3294, considerando 38 del voto del doctor Maqueda; y en Fallos 328:2056, considerando 51 del voto del doctor Maqueda, ha señalado que las fuentes generales del derecho internacional son las fijadas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establece en su art. 38 *"esta Corte, cuya función es decidir de acuerdo con el derecho internacional aquellas disputas que le sean sometidas, aplicará: a) Las convenciones internacionales,*

generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los estados en disputa; b) La costumbre internacional, como evidencia de la práctica general aceptada como derecho; c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) Con sujeción a las disposiciones del art. 49, las decisiones judiciales de los publicistas más altamente cualificados de varias naciones, como instrumentos subsidiarios para la determinación de las reglas del derecho".-

Como se constata entonces, el ordenamiento penal internacional que tipifica los delitos de lesa humanidad reconoce como fuentes a sus normas consuetudinarias (*ius cogens*) y convencionales (tratados, declaraciones, pactos).-

3. Los delitos de lesa humanidad en el *ius cogens*

El origen del *ius cogens* puede rastrearse en la vieja idea del derecho de gentes. Autores como Vitoria, Suárez y Grocio consideraron al derecho de gentes como una consecuencia de la existencia de la Comunidad Internacional (una *totis orbis*) que goza de una entidad tal, que permite que se erija en persona moral capaz de crear un derecho que se impone *imperativamente* a todas sus partes y que no resulta únicamente del acuerdo de voluntades entre los Estados que la integran.-

Pues bien, ese derecho de la Comunidad Internacional es el *ius cogens*; cuerpo normativo cuya vigencia en la comunidad internacional fue consagrada en el año 1899 a través de un precepto -con posterioridad bautizado como Cláusula Martens- contenido en el preámbulo de la II Convención de la Haya, luego reiterado en la IV Convención de la Haya de 1907 y, en términos similares, introducido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, precepto que establecía una regla de comportamiento entre Estados en situación de guerra, sujetándolos al régimen emergente de los principios del derecho de gentes.-

A su vez, el *ius cogens* en mayo de 1969 recibió reconocimiento expreso en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados -ratificada por la República Argentina el 12 de mayo de 1972 mediante ley 19.865- que

en su artículo 53 establece que una norma imperativa de derecho internacional será una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo podrá ser modificada por otra ulterior que tenga el mismo carácter. Asimismo, en el ámbito regional la Organización de Estados Americanos -de la que la República Argentina es miembro desde el año 1956- reconoció expresamente al *ius cogens* al explicitar la existencia de obligaciones emanadas de otras fuentes del derecho internacional distintas de los tratados en sus artículos 43, 53 y 64**.-**

Así, conforme lo expuesto es posible sostener que el *ius cogens* cumple para la Comunidad Internacional la misma función de parámetro de validez y vigencia que cumple una Constitución para un Estado (Cfr. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución y derechos humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 44).-

Ahora bien, en el seno del *ius cogens* se hallan incluidos los delitos de lesa humanidad. Nuestro más Alto Tribunal así lo ha reconocido en 1995 en el caso "Priebke, Erich" (Fallos 318:2148, considerando 32 del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor), delineando con precisión dicha inclusión en "Arancibia Clavel, Enrique L." (Fallos 327:3294, considerando 33 del voto del doctor Maqueda) al establecer *"...el ius cogens también se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad…"*.-

4. Los delitos de lesa humanidad en el derecho penal internacional convencional.-

Tratándose del derecho penal internacional convencional, la comunidad

USO OFICIAL

internacional realizó múltiples esfuerzos para delimitar con precisión qué son los delitos de lesa humanidad, esfuerzos que culminaron en la definición que proporciona de tales injustos el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.-

Sin perjuicio de lo considerado, no puede pasarse por alto que la evolución del concepto de estos delitos, estuvo jalonada por importantes hitos tales como el Estatuto de Nüremberg de 1945, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 -que introduce la posibilidad de que las acciones tipificadas como delitos de lesa humanidad sean calificadas como tales independientemente de que su perpetración se concrete en tiempo de paz o de guerra-, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968 -que si bien toma el concepto de crimen de lesa humanidad del Estatuto de Nüremberg, lo desanuda definitivamente de la guerra- y, más recientemente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 1993 y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994.-

Sin embargo, es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -sancionado en el año 1998, con vigencia desde el 01 de julio de 2002- el instrumento que brinda la definición final en el camino evolutivo esbozado en su artículo 7. La CSJN en el caso "Derecho, René J.", ha examinado los elementos y requisitos que autorizan a encuadrar a una conducta como delito de lesa humanidad en el marco del mencionado artículo 7 del Estatuto de Roma.-

En este sentido ha establecido que los elementos son: *"...Se trata, en primer lugar, de actos atroces enumerados con una cláusula final de apertura típica (letra "k", apartado primero del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Comprende, entre otras conductas, actos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, un núcleo de actos de extrema crueldad. En segundo lugar, estos actos, para ser calificados como crímenes de lesa humanidad, deben haber sido llevados a cabo como parte de un "ataque generalizado o sistemático"; en tercer lugar, ese ataque debe estar dirigido a una población civil....En cuarto lugar... el final del apartado 1 incorpora realmente otro*

elemento, que consiste en la necesidad de que ese ataque haya sido realizado de conformidad con una política de un estado o de una organización, o para promover esa política.”.-

A su vez, en el mencionado fallo se ha señalado que los requisitos que tipifican a una conducta como delito de lesa humanidad son: *"... que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez -y esto es lo central- sea generalizado o sistemático. Este requisito recibió un tratamiento jurisprudencial en el fallo Prosecutor v. Tadic, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997. Allí se explicó (apartados 647 y ss.) que la inclusión de los requisitos de generalidad o sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad…Los requisitos -sobre los que hay un consenso generalizado de que no es necesario que se den acumulativamente, sino que cada uno de ellos es suficiente por sí solo- fueron también definidos por el Tribunal Internacional para Ruanda del siguiente modo: 'El concepto 'generalizado' puede ser definido como masivo, frecuente, de acción a gran escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigido a una multiplicidad de víctimas. El concepto 'sistemático' puede ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales." (The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, case N ICTR-96-4-T)…Por otra parte, el ataque debe haber sido llevado a cabo de conformidad con la política de un estado o de una organización… Este requisito tiene también un desarrollo de más de 50 años. En efecto, como señala Badar (op. cit., p. 112), si bien el estatuto del Tribunal de Nüremberg no contenía una descripción de esta estipulación, es en las sentencias de estos tribunales donde se comienza a hablar de la existencia de ´políticas de terror´ y de ´políticas de persecución, represión y asesinato de civiles´. Posteriormente, fueron distintos tribunales nacionales (como los tribunales franceses al resolver los casos Barbie y Touvier y las cortes holandesas en el caso Menten) las que avanzaron en las definiciones del elemento, especialmente en lo relativo a que los crímenes particulares formen parte de un sistema basado en el terror o estén vinculados a una*

USO OFICIAL

política dirigida en contra de grupos particulares de personas…Un aspecto que podría ser especialmente relevante en el caso en examen radica en que se ha establecido, con especial claridad en el fallo Prosecutor v. Tadic, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997, que la política de persecución no necesariamente tiene que ser la del estado. Pero aun cuando la fuerza que impulsa la política de terror y/o persecución no sea la de un gobierno, debe verificarse el requisito de que al menos debe provenir de un grupo que tenga control sobre un territorio o pueda moverse libremente en él (fallo citado, apartado 654)".-

Realizadas las precisiones precedentes, este Tribunal analizará la concreta recepción de los delitos de lesa humanidad en nuestro derecho.-

5. La recepción de los delitos de lesa humanidad como ordenamiento penal internacional consuetudinario (*ius cogens*) en el derecho interno

La Constitución histórica de 1853-1860 en su artículo 102 (actual artículo 118) dispone *"Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio"*.

Pues bien, mediante esta norma la Constitución recepta al derecho de gentes, pero, como Requejo Pagés afirma, lo hace en razón de la aplicabilidad pero no de la validez. Y la consecuencia de esta operación es que la pauta de validez del derecho de gentes se encuentra fuera del sistema constitucional autóctono; no depende de los órganos internos de producción del derecho que simplemente deben limitarse a examinar la actualidad de dicho ordenamiento foráneo y aplicarlo en situaciones concretas (Cfr. Gil Domínguez, Andrés, ob. cit., p. 48-49).

Sin embargo, además de la referencia constitucional expuesta en el derecho interno también existen otras alusiones al derecho internacional consuetudinario, entre las que resulta importante resaltar la mención existente

en el artículo 21 de la ley 48 de 1863 que al enunciar las normas que deben aplicar los jueces y tribunales federales cita separadamente a los "tratados internacionales" y a los "principios del derecho de gentes", remitiendo con esta última expresión al derecho internacional consuetudinario.(Cfr. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 2000, Tomo IA, p. 310).-

En el mismo sentido, en la causa "Mazzeo, Julio L. y otros", la Corte dijo que: *"...la especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853 derivada en este segmento del Proyecto de Gorostiaga no puede asimilarse a una mera remisión a un sistema codificado de leyes con sus correspondientes sanciones, pues ello importaría trasladar ponderaciones y métodos de interpretación propios del derecho interno que son inaplicables a un sistema internacional de protección de derechos humanos…" (considerando 15),* y es aún más contundente la Corte de la Nación al establecer en el considerando 15 que*: "... la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio o independiente del consentimiento expreso de las Naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa (in re: "Arancibia Clavel" -Fallos: 327:3312- considerandos 28 y 29 de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco; 25 a 35 del juez Maqueda y considerando 19 del juez Lorenzetti en "Simón").-*

6. La recepción de los delitos de lesa humanidad como ordenamiento penal internacional convencional en el derecho interno.

En el curso de la década de 1960 la República Argentina ya se había manifestado en el ámbito del derecho internacional convencional en forma

USO OFICIAL

indubitable respecto de la necesidad de juzgamiento y sanción del delito de genocidio, de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Ello por cuanto el 28 de octubre de 1945 ratificó la Carta de Naciones Unidas, con lo que reveló en forma concluyente que compartía el interés de la Comunidad Internacional en el juzgamiento y sanción de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Así convino la creación del Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, acuerdo que fuera firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 junto con el Estatuto anexo al mismo (Tribunal y Estatuto de Nüremberg).-

Asimismo, el 9 de abril de 1956, mediante decreto ley 6286/56 la República Argentina ratificó la "Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio" aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 09 de diciembre de 1948.-

Por último el 18 de setiembre de 1956 nuestro país ratificó los Convenios de Ginebra I, II, III y IV aprobados el 12 de agosto de 1949 que consagran disposiciones básicas aplicables a todo conflicto armado, sea éste de carácter internacional o interno.-

En consecuencia, atento a lo considerado precedentemente, este Tribunal se encuentra en condiciones de sostener con toda certidumbre que a la fecha de la comisión de los ilícitos imputados a Luciano Benjamín Menéndez existía un ordenamiento normativo imperativo, que reprimía los delitos de lesa humanidad.-

7. Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

Conforme ya fue analizado, los delitos de lesa humanidad tienen un alcance que excede al de otras instituciones de derecho interno e internacional, al extremo que cada uno de sus ámbitos de validez permiten derivar notas características: 1) del ámbito material, se deriva la inderogabilidad y la inamnistiabilidad; 2) del ámbito personal, se deriva la responsabilidad individual; 3) del ámbito temporal, se deriva la imprescriptibilidad y la retroactividad y 4) del ámbito espacial se deriva la jurisdicción universal (Cfr.

Gil Domínguez, Andrés, *Constitución y derechos humanos. Las normas del olvido en la República Argentina,* Ediar, Bs. As, 2004, p. 46).-

En particular en la presente causa reviste especial relevancia considerar a la notas características del punto 3).-

Así, respecto de la retroactividad de los delitos de lesa humanidad cabe reiterar que la República Argentina al tiempo en el que tuvieron lugar los hechos objeto de esta causa ya había manifestado su voluntad indubitable de reconocer a los delitos de lesa humanidad como categoría del ordenamiento penal internacional consuetudinario y convencional incorporada a su derecho interno, conforme lo considerado precedentemente. Con lo que independientemente de aquella aseveración doctrinaria, no se hará aplicación rectroactiva de normas internacionales salvo que fueren para hacer más benigna la situación del imputado.-

USO OFICIAL

En cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no puede desconocerse que los mencionados excepcionan al principio general de caducidad de la acción penal por el paso del tiempo de nuestro derecho interno. A este respecto la Corte en "Arancibia Clavel, Enrique L." (Fallos 327:3294, considerandos 33 del voto del doctor Maqueda) estableció que *"...los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los estados. La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional…La aceptación por la comunidad internacional de los crímenes de lesa humanidad no extirpa el derecho penal nacional aunque impone ciertos*

límites a la actividad de los órganos gubernamentales que no pueden dejar impunes tales delitos que afectan a todo el género humano. Desde esta perspectiva, las decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que deben disponer los ciudadanos para obtener el castigo de tal tipo de delitos no resultan aceptables. De allí surge la consagración mediante la mencionada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad de un mecanismo excepcional (pero al mismo tiempo imprescindible) para que esos remedios contra los delitos aberrantes se mantengan como realmente efectivos, a punto tal que la misma convención dispone en su art. 1 que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido".-

Conviene subrayar, sin embargo, que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el derecho interno no se encuentra fuera de la garantía de la ley penal sino que, por el contrario, forma parte de ésta. Ello se comprueba si se repara en que el artículo 18 constitucional nació junto con el 118 (ex artículo 102). En otras palabras, desde los albores de nuestra normatividad constitucional la garantía de la ley penal previa al hecho del proceso estuvo complementada por los principios del derecho de gentes. Así, ya en el sistema normativo diseñado por el constituyente histórico el *nulla poena sine lege* tiene un ámbito de aplicación general que se complementa con taxativas excepciones que también persiguen la salvaguarda de principios fundamentales para la humanidad. Ambas garantías se integran entonces en la búsqueda de la protección del más débil frente al más fuerte, por eso la prohibición general de la irretroactividad penal que tiene por objeto impedir que el Estado establezca discrecionalmente en cualquier momento la punibilidad de una conducta; por eso la prohibición de que el mero paso del tiempo otorgue un marco de impunidad a las personas que usufructuando el aparato estatal y ejerciendo un abuso de derecho público cometieron crímenes atroces que repugnan a toda la humanidad.-

8. El deber de punición del Estado Argentino

La reforma constitucional de 1994 al otorgarles jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos ha desarrollado una política constitucional de universalización de los derechos humanos que acepta sin cortapisas la responsabilidad del Estado argentino frente a graves violaciones a los derechos humanos.-

En el sentido apuntado en el fallo de la C.S.J.N. "Arancibia Clavel, Enrique L." se ha sostenido *"...la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras en el sentido de aceptar la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Correlativamente la negativa a la prosecución de las acciones penales contra los crímenes de lesa humanidad importa, de modo evidente, un apartamiento a esos principios e implica salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas especialmente desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas."* (del considerando 63 del voto del doctor Maqueda).-

Precisando los efectos de la ratificación por un Estado de una norma del derecho internacional convencional, en específica referencia a la función jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *"es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que*

USO OFICIAL

del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124)". (C.S.J.N., "Mazzeo, Julio L. y otros, considerando 21") -.

En la materia *sub examine* es importante además tener en cuenta que a la hora de analizar el alcance concreto de la responsabilidad del Estado argentino frente a violaciones graves a los derechos humanos en el sistema regional de protección de los derechos humanos tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

Desarrollando lo que ya había establecido en el caso "Arancibia Clavel, Enrique L.", en el caso "Simón, Julio Héctor y otros", Fallos 328:2056, considerandos 18 y 19, la C.S.J.N. ha señalado *"...ya en su primer caso de competencia contenciosa, 'Velázquez Rodríguez', la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual, 'en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención'. Si bien el fallo citado reconoció con claridad el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras de ejercicio del poder público de tal*

manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones concretas de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos".-

En tal sentido en el fallo que se examina en el considerando 65 del voto del doctor Maqueda se establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos *"...ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25 en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido. En particular ha impuesto las siguientes obligaciones: a. El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto (Barrios Altos, Serie C N 451, del 14 de marzo de 2001, considerando 48, y Velásquez Rodríguez, 29 de julio de 1988, considerandos 50 a 81);b. Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (Loayza Tamayo, Serie C N 33, del 17 de septiembre de 1997, considerando 57 y Castillo Páez, del 27 de noviembre de 1988, considerando 106);c. La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (Blake, del 22 de noviembre de 1999, considerando 61);d. La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Loayza Tamayo, Serie C N 42, del 27 de noviembre de 1998, considerando 171, Blake, considerando 65, Suárez Rosero, Serie C N 35, del 12 de noviembre de 1997, considerando 80, Durand y Ugarte, Serie C N 68,*

USO OFICIAL

del 16 de agosto de 2000, considerando 143); e. La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones (Suárez Rosero, parr. 79; Villagrán Morales, Serie C N 63, del 19 de noviembre de 1999, considerando 225, Velázquez, párr. 176); f. La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares para que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades (Blake, párr. 97, Suárez Rosero, considerando 107, Durand y Ugarte, considerando 130, Paniagua Morales, del 8 de marzo de 1998, considerando 94, Barrios Altos, párr. 42, 43, y 48).".-

Que este Tribunal entiende que la investigación, persecución y sanción de los delitos de lesa humanidad resultan cruciales para robustecer el estado democrático de derecho, uno de cuyos bastiones es la lucha contra la impunidad; impunidad que puede ser definida como *"...la imposibilidad de investigar, individualizar y sancionar, a los presuntos responsables de graves violaciones de los derechos humanos, en forma plena y efectiva."* (Cfr. Wlasic. Juan C., *Manual crítico de los derechos humanos,* La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 132), o como *"la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana."* (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Castillo Páez, Serie C N° 43, párrafos 106 y 107 y Loayza Tamayo, Serie C N° 42, párrafos 169 y 170 del 27 de noviembre de 1998; Informe Anual, 2001, párr. 123).-

9. Los delitos materia de la acusación y la Constitución Nacional

Quienes asaltaron el poder en el año 1976 destituyeron el gobierno constitucional con el argumento de proteger las instituciones constitucionales. Sin embargo, no sólo no lograron proteger dichas instituciones, sino que establecieron durante ocho años, valiéndose del aparato estatal, un régimen donde imperaba el terror.

Es imperioso destacar que este accionar ya se encontraba fulminado con el sello de la ilegitimidad en nuestra constitución histórica. El artículo 29

del texto constitucional de 1853-1860 establece que el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna.

Se trata de una norma que actúa como columna vertebral de la división de funciones o separación de poderes en donde se asienta el sistema republicano. La prohibición constitucional abarca la concesión de facultades extraordinarias o la suma del poder público. Se conceden facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo cuando se le permite realizar actos que son competencia de alguno de los otros poderes o cuando, siendo actos complejos, se le permite realizarlos por sí solo. La suma del poder público consiste en la asunción por parte del Ejecutivo de las tres funciones esenciales en las que se descompone el ejercicio del poder, la ejecutiva, la legislativa y la judicial.

USO OFICIAL

Los Convencionales Constituyentes de la Constitución de 1853-1860 establecieron también en el artículo 29 la prohibición absoluta de la suma del poder público bajo pena de nulidad insanable, y a quienes la formulen, la consientan o la firmen la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.

Ahora bien, a partir de una interpretación constitucional dinámica, es posible sostener que esta norma prohíbe y condena tanto la concesión de la suma del poder público, como también toda forma de acceso al poder que atente contra el sistema democrático con el fin de arrogarse la suma del poder público.

Asimismo, y como el Procurador General de la Nación lo ha dejado establecido en la causa "Simón, Julio Héctor y otros" (Fallos 328:2056) a propósito de la inamnistiabilidad de los delitos de lesa humanidad, el artículo 29 de la Constitución Nacional no solo alcanza con sus efectos al acto mismo de la obtención de la suma del poder público sino también a los delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público porque *"...aquello que en última instancia el constituyente ha querido desterrar, no es el ejercicio de facultades extraordinarias o de la suma del poder público en sí mismo, sino el avasallamiento de las libertades civiles y las violaciones a los derechos fundamentales que suelen ser la consecuencia del ejercicio ilimitado del*

poder estatal, tal como lo enseña -y enseñaba ya por entonces- una experiencia política universal y local" (Cfr. Gil Domínguez, Andrés, ob. cit., p. 37-42).

En concreto, considerando la interpretación propuesta de la norma constitucional que se analiza, la misma alcanza tanto a las conductas desplegadas por quienes usurparon el 24 de marzo de 1976 el poder constitucional arrogándose la suma del poder público desde el ámbito del poder ejecutivo, como a los delitos que cometieron valiéndose de la estructura de poder de la que se apropiaron. Y es en ese marco que las conductas de los imputados en autos son pasibles de reproche en los términos del artículo 29 de la Carta Fundamental.-

De otra parte, corresponde tener presente que la interpretación constitucional del artículo 29 *sub examine* se compadece con las prescripciones del artículo 36 incorporado por la reforma constitucional de 1994, texto que no solo representa una complementación normativa del artículo 29, sino que amplía sus horizontes prescriptivos en un sentido semejante al que más arriba se ha expuesto.-

Ello por cuanto estipula que la Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático, sancionando dichos actos con la nulidad insanable. También señala que los autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29 e inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Agrega que tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de esos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades constitucionales, los cuales responderán civil y penalmente de sus actos. En dicho caso, las acciones serán imprescriptibles.

Como corolario de lo aquí expuesto se sostiene entonces que los delitos objeto de juzgamiento en la presente causa además de configurar delitos de lesa humanidad en los términos del ordenamiento penal internacional consuetudinario y convencional, en tanto se inscriben en el derecho interno resultan alcanzados no solo por la ley penal, sino también por el artículo 29 de la Constitución Nacional. Cuestión que no puede pasar inadvertida en la

medida en que en el derecho interno la función represiva del Estado resulta configurada por la Constitución Nacional, norma que contiene los lineamientos básicos de la ley penal material y procesal.- (Cfr. Jauchen, Eduardo M., *El juicio oral en el proceso penal,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 13-14).-

7.3 TERCERA CUESTION

7.3.1 DETERMINACION DE LA PENA APLICABLE

Que por último corresponde precisar el *quantum* de la pena aplicable a Luciano Benjamín Menéndez con arraigo en las prescripciones de los artículos 40 y 41 del Código Penal, atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes particulares, a la naturaleza de la acción, al medio empleado, a la edad, a la educación y a las costumbres del imputado, su conducta precedente y demás parámetros que menciona el art. 41 *ibídem*.-

USO OFICIAL

Que en la especie el grado de reproche que necesariamente debe guardar relación con la entidad del injusto, es mensurado en la pena de doce años de prisión, accesorias legales por igual tiempo del de la condena y costas**.-**

En el caso de Luciano Benjamín Menéndez resulta **autor mediato** penalmente responsable de los delitos de **privación ilegítima de la libertad, en dos oportunidades**; todo en **concurso real,** calificándolos como **delitos de lesa humanidad**.

La obligación del juez de fundar las penas en el sistema republicano, surge de la circunstancia de que ésta constituye la concreción del ejercicio más grave del poder punitivo del Estado.-

El contenido de la decisión, por otro lado, permitirá a las personas que han sido condenadas, efectuar la crítica de la aplicación del derecho, en caso de que decidieran hacer efectivo su facultad de recurrir el fallo. Es por ello que, no obstante el estricto marco normativo que otorgan los ilícitos que motivan esta sentencia condenatoria, este Tribunal procede a fundamentar la determinación de la pena.-

En la determinación del monto de la pena se tiene en cuenta sus fines

de prevención general en cuanto a la estabilización de las normas del núcleo duro del derecho penal, es decir vigencia de la prohibición de conductas gravemente dañosas de bienes jurídicos esenciales de una sociedad, cuales son la libertad, la privacidad, la integridad, la vida, en fin, la dignidad de las personas. Ello con límite en la pena, como justa retribución del acto culpable, respetuosa con la dignidad del ciudadano.-

En el caso de autos el grado de reprochabilidad de Luciano Benjamín Menéndez, quien ha utilizado el aparato del Estado, sus medios, agentes, armas e instalaciones a los fines de la comisión de crímenes de lesa humanidad se compadece con la intensidad de la pena aplicada.-

En el caso, la sanción prevista por la norma y la escala aquí seleccionada se corresponde con el principio constitucional de proporcionalidad entre la lesión producida por la conducta del autor y el castigo.-

Cabe considerar que de manera conjunta a la pena de prisión deben aplicarse las accesorias legales previstas en el art. 12 del Código Penal.-

Por ello el Tribunal considera justo y conforme a derecho condenar a la pena de 12 años de prisión, accesorias legales y costas.-

ACCION CIVIL

La acción civil, conforme al CPPN, tiene como objeto la restitución de la cosa obtenida por medio del delito o, si ello no fuere posible, el resarcimiento del daño causado.-

Conforme a las constancias de la presente causa, la misma fue deducida en la etapa de la instrucción, antes de la elevación a juicio y posterior envío a éste tribunal. Luego fue sostenida en el transcurso del debate, de manera tal que el Estado Nacional, representado efectivamente, tuvo la posibilidad de conocer lo pretendido en la demanda, pues oportunamente la contestó; es por ello que, en tales condiciones, el tribunal está en posibilidad de expedirse sobre la misma.-

En el escrito inicial se expresó que en el mes de Septiembre de 1976 se dio comienzo a la construcción de cuatro pueblos en el sur de la provincia de

Tucumán entre los que se encuentra Capitán Cáceres, heredad ubicada en la zona Yacuchina y de propiedad de la Sra. Rita Ariza de Toledo denunciante en la causa penal y madre de la actora María Elena Toledo, tal circunstancia se encuentra demostrada con los dctos. Pciales. 7317/14 y 7318/14 ambos de fecha 6/12/77 mediante los cuales el gobierno de la provincia acepta la donación de 25 ha y 2000 m2 de terreno por parte de su propietaria Sra. Rita Ariza de Toledo (en condominio con Elvira Mercedes Días vda de Ariza y Rosa Ramona Ariza). La mencionada transferencia de donación se realizó de manera irregular ya que han existido vicios de la voluntad de la Sra. Rita Ariza de Toledo al realizar el acto de transferencia gratuita de su propiedad rural al gobierno de la pcia. como surge de las probanzas en la causa penal.

La entrega de la propiedad fue realizada a través de medios intimidatorios y violentos como quedo demostrada en la causa penal, por lo que nunca les fue devuelto el inmueble a sus legítimos propietarios ni se abonó indemnización alguna, por lo que corresponde y deviene procedente la demanda de daños y perjuicios incoada en la presente causa, ello conforme surge de lo obrado en fs. 792/794 de autos.

USO OFICIAL

La actora civil alega su carácter de heredera universal de Julia Rita Ariza, acompañando como prueba de lo afirmado las correspondientes y respectivas partidas de nacimiento y defunción (ver fs. 16 y 17), lo que conforme a la ficción impuesta por el Código Civil en la materia nos encontramos en presencia de lo que se denomina la continuidad jurídica de los derechos y obligaciones del causante, situación ésta que inicialmente permitió tenerla como legitimada activa en los términos de la oportuna presentación en tal carácter en la resolución que obra a fs. 795 de autos.-

La cotitularidad del bien por parte de Julia Rita Ariza se constata a través de instrumentos públicos (ver constancias de fs. 67, 165/166). De los mentados instrumentos surge que Julia Rita Ariza de Toledo es condómina de la propiedad en cuestión y en consecuencia corresponde hacer lugar parcialmente a la acción civil de daños y perjuicios interpuesta.-

Al no haber sido controvertidas en la audiencia de debate tales circunstancias, ni la calidad de cotitular de dominio ni tampoco la calidad de heredera universal, corresponde tener por legitimada activa a la Sra. María

Elena Toledo de Ygel en relación a su cuota hereditaria conforme Art. 14 del C.P.P.N..-

En tal carácter, corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda civil interpuesta en contra del Estado Nacional y condenarlo al pago del valor del inmueble despojado, más el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.-

Ahora bien, de lo que puntualmente se trata es de establecer el justo valor que corresponde asignarles a las tierras que fueran objeto de desposesión por las autoridades militares y que eran de copropiedad de una de las víctimas, desde que la restitución de las mismas no es posible pues allí se asienta un pueblo con sus respectivos pobladores.-

De las pericias obrantes en la causa, en especial el dictamen contable de la CPN Marta Inés del Moral, surge la exhaustividad de los estudios realizados, de las consultas a los organismos públicos y de los profesionales que intervinieron.-

En efecto, las tierras en cuestión están ubicadas en el paraje denominado “Yacuchina”, donde hoy se asienta el pueblo de Capitán Cáceres, al sudoeste de la provincia de Tucumán. Las mismas tenían al momento de producirse el acto jurídico de donación –viciada conforme se probó en el presente juicio- y aceptación del gobierno de facto, una superficie aproximada de 25 has y 2000 m2.-

Pero no toda ésta superficie fue objeto de la expoliación, pues sólo una parte de la mayor extensión (169.983 m2) representa la superficie útil total del loteo, de la que ya se ha descontado la superficie destinada a urbanización (252.000 m2).-

Es decir que entendemos que sobre ésa superficie debe basarse cualquier cálculo resarcitorio, pues ello representa la delimitación del objeto en los términos del art. 14 del CPPN..-

En tales términos corresponde, ergo, asignar un valor monetario a cada unidad de superficie. Entendiendo que un valor justo y acorde con el fin que se le diera a la tierra (loteo para viviendas y no agricultura) es el de Pesos Cien por metro cuadrado, el valor al día de la fecha del inmueble asciende a $ 16.998.300 (Pesos Dieciséis Millones novecientos noventa y ocho mil trescientos). Ello en tanto que al momento de la desposesión el Estado

Nacional ya se estaba construyendo el pueblo Capitán Cáceres.-

Pero como la reparación debe ser integral, a esta suma debe calculársele un porcentaje (se estima como justo el 10%) en concepto de daño moral, con lo que la suma total a resarcir es de $ 18.698.130 que incluye valor del inmueble y daño emergente además. Esta suma lo es sin intereses, a calcularse aplicando la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina, desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago, conforme jurisprudencia pacífica de los tribunales argentinos en numerosos precedentes.-

En consecuencia, toda vez que el acto de donación resulta viciado como consecuencia del proceder ilegítimo de las autoridades constituidas bajo el mandato de la Junta Militar en la provincia de Tucumán, en tanto quedó acreditado que una de sus donantes, la Sra. Julia Rita Ariza fue privada ilegítimamente de su libertad para compeler a la víctima a hacer algo a lo que no estaba obligada, en el caso, donar a favor del Estado tierras de la que era copropietaria, tal acto en su totalidad queda viciado y fijado que fuera el valor total de la tierra motivadora de la inicial denuncia, es que debe hacerse lugar a la indemnización establecida en la medida del marco hereditario acreditado en autos.-

USO OFICIAL

Voto en disidencia del Dr. Gabriel Eduardo Casas:

Responsabilidad penal de Luciano Benjamín Menéndez.-

Que el imputado Luciano Benjamín Menéndez al momento de prestar declaración en éste juicio dijo que rechaza las imputaciones que se le realizan. Que nunca aceptó ni las imputaciones que se le hacen aquí, ni en otras causas. Dice que el Tribunal no es legal porque viola principios de la CN. Agrega que ni recuerda las imputaciones en autos. Aclaró que las órdenes militares discurrían por el canal militar que unía a toda la estructura militar de aquel entonces, desde el último jefe de área al comandante en jefe del ejército. Paralelamente pero sin contacto con el canal militar existía el canal político por el que se movían las disposiciones políticas. Ambos canales no estaban

relacionados entre sí, salvo en la cabeza que era al comandante en jefe. Dijo que no participó en ninguna orden que tuviera su origen en el canal político, de las cuales se ocupaban directamente Bussi y Harguindeguy. Aseguró que no participaba en esas órdenes y que por tanto se encontraba sorprendido al estar envuelto en una culpabilidad que discurría en un camino totalmente ajeno a él. Se trata de un tema que comprendía a las autoridades civiles de la época, civiles y administrativas, con las que lo militar no tenían nada que ver. Había dos canales, el militar y el civil que se movían independientemente.

Queda claro entonces, que lo sostenido por el imputado Menéndez se compadece con la declaración testimonial prestada por el testigo Coronel Mayor Carloni en la causa Jefatura- Arsenales, incorporada en la parte pertinente por lectura durante ésta audiencia, cuando expresó que existía la directiva del comandante en jefe del ejército, la 404/75 que se llamó lucha contra la subversión y tenía la finalidad de poner en ejecución todas las medidas y acciones necesarias, no es cierto, que emanaba de una directiva superior que era la del consejo de defensa, que era la directiva nro. 1/75. El consejo de defensa estaba conformado por el Poder Ejecutivo Nacional, el Estado Mayor Conjunto de las FFAA y tenía la finalidad de coordinar el empleo de todas las fuerzas, las FFAA, de seguridad y todos los organismos del estado puesto a disposición para la lucha contra la subversión. La directiva del comandante en jefe ponía en marcha lo que hablaba el consejo de defensa, y de ahí surgió el plan del ejército contribuyente al plan de seguridad nacional. Este plan del ejército, tenía la finalidad de ejecutar todas las operaciones necesarias para posibilitar el accionar del ejército, y la prioridad uno dada en esa orden que firmo el comandante en jefe del ejército, era la provincia de Tucumán. La responsabilidad era personal del comandante de la V brigada de infantería de Tucumán. Ahí el comandante tenía plena libertad de acción para organizar los medios a su disposición, o sea los medios orgánicos de su brigada para cumplir la misión que tenía asignada.

Asimismo, cabe mencionar el acta para el Proceso de Reorganización Nacional donde en el Anexo 1, - Medidas Inmediatas de Gobierno - punto 5 De Indole Específica, establece Independizar las funciones de gobierno, a nivel provincial y municipal, de las operaciones, asegurando (5.2.) y el

Estatuto para el proceso de reorganización nacional en sus artículos 12 y 13.

En consecuencia, ha quedado demostrado que a la época de los hechos y dentro del plan sistemático había una clara diferenciación entre la cuestión exclusivamente militar que estaba a cargo del Comandante del III Cuerpo del Ejército, Luciano Benjamín Menéndez, de las cuestiones gubernamentales administrativas a cargo del entonces Gobernador Domingo Antonio Bussi y del Ministro del Interior Harguindeguy.

Este cuadro demuestra que no existe responsabilidad penal de quien conducía el III Cuerpo del Ejército en tanto en este caso se ha alegado que la privación ilegítima de la libertad obedeció a compeler a la víctima para que firmara la donación de tierras de su propiedad a favor del Estado Provincial.

Por lo que corresponde declarar la absolución de Luciano Benjamín Menéndez en éstos autos.

USO OFICIAL

Prescripción de la acción civil.-

La Señora Toledo de Ygel expresó en su declaración como testigo que el lugar en que se hicieron las construcciones, estaba ocupado desde hacía muchos años por obreros cañeros de la propia finca. Que vivían en ranchos que fueron arrasados con topadoras, inmediatamente antes que se realizaran las nuevas construcciones. Queda claro entonces, conforme a tales manifestaciones, que por lo menos la mayoría de los ocupantes y adjudicatarios de las nuevas casas construidas en el predio cuyo valor en éste juicio se reclama, eran los propios obreros de la finca familiar que hasta entonces habían vivido en ranchos en el mismo lugar desde hacía muchos años. Dijo también que algunos de esos obreros se quedaron sin espacio adecuado para sus animales domésticos.

Que para que su madre Rita Ariza donara tales terrenos, fueron al domicilio de la familia, en oportunidad que lo llevaron por la fuerza a su marido, Jorge Ygel, y también cuando la llevaron a su madre para obligarla mediante amenazas a donar a favor del Gobierno de la Provincia, las 25 hectáreas y dos mil metros cuadrados donde se conformó el pueblo “Capitán Cáceres”.-

Tal alegado despojo, no guarda plena identidad con otros supuestos casos de disposición de bienes bajo coacción o violencia en la época del denominado "Proceso de reorganización Nacional" (Chacras de Coria en Mendoza, Papel Prensa en Buenos Aires), ya que en el presente caso el predio en cuestión pasó al patrimonio de la Provincia de Tucumán y luego a sus ocupantes, no directamente a particulares.

Según la actora civil el reclamo de daños por considerar que la donación fue un acto jurídico viciado, por falta de ejercicio libre de su voluntad, es alcanzado por la imprescriptibilidad que caracteriza a la acción penal por delitos de lesa humanidad conforme normativa, jurisprudencia y doctrina internacional y nacional, pero en realidad, las leyes que impedían el ejercicio de la acción penal por tales ilícitos que fueron fulminadas como nulas por ley y como inconstitucionales por la CSJN, no impedían el ejercicio de las acciones civiles.- Entendemos así que no ha habido impedimento para cumplir con el plazo bienal del art. 4037 del Código Civil, incluso si se comenzara a contar recién desde el 10 de Diciembre de 1983.- Seguimos así el criterio de la CSJN en el sentido que "…no es atendible el argumento en virtud del cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es imprescriptible porque nace de delitos de lesa humanidad, imprescriptibles desde la óptica del reproche penal. Ello es así porque la acción civil atañe a materia disponible y renunciable, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados" (fallos 311:1490).-

Además, como señala en su voto en disidencia la Dra. García Margalejo en los autos "Ingenieros, María Gimena c /Techint SA s/Accidente" – Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, 2/2/12 -, "con el objeto de reparar la injusticia que significaría privar a las víctimas de todo resarcimiento (tal como resultaría de la aplicación estricta de la legislación civil) el Congreso de la Nación sancionó, entre otras, las leyes 24411 y 25914".-

Debe mover a reflexión (sin perjuicio de las diferencias de

opinión que puedan existir o que existen realmente con respecto a otros conceptos del autor), las palabras de un estudioso jurista argentino como Daniel Pastor ("Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva", publicado en AA.W., "Derecho penal y Democracia. Desafíos actuales – Libro homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa – Ed. Mediterránea, Córdoba, 2011, p. 1569): "Todo lo que es objetable respecto del poder punitivo nacional se vuelve conveniente en el caso de crímenes internacionales. … Este efecto tan categórico de la diferenciación ha llevado a la idea de que si se quiere evitar la prescripción, hay que empuñar el cetro de lesa humanidad …".-

Finalmente cabe una reflexión: debe evitarse que sean trivializados los delitos de lesa humanidad, ya que ello puede erosionar el respeto de la sociedad por tal criminalización de carácter universal, afectando su eficacia y, sobre todo, su significado más esencial cual es que hay conductas delictivas graves que no pueden quedar impunes por un concepto de justicia que es reconocido por todos los pueblos que proclaman una concepción humanista de la convivencia.-

USO OFICIAL

Por lo que el Tribunal, con la disidencia del Dr. Gabriel Eduardo Casas,

RESUELVE:

I) NO HACER LUGAR a la prescripción de las acciones penales y civiles incoadas por las defensas, conforme se considera.

II) NO HACER lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva del Estado Nacional, conforme se considera.

III) HACER LUGAR a la excepción de falta de legitimación pasiva del Estado Provincial, conforme se considera.

IV) NO HACER LUGAR a la pretensión de preclusión de las instancias procesales en cuanto a la validez de los instrumentos periciales obrantes en la causa.

V) NO HACER LUGAR a la acción civil incoada por la actora civil **María Elena Toledo de Ygel** contra el Estado Provincial, conforme se considera.

VI) CONDENAR a **LUCIANO BENJAMÍN MENÉNDEZ**, de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de **DOCE AÑOS DE PRISIÓN y ACCESORIAS LEGALES** por igual tiempo que el de la condena, y **COSTAS,** por ser **autor mediato** penalmente responsable de los delitos de privación ilegítima de la libertad en dos oportunidades en perjuicio de **Jorge Ricardo Ygel** y **Julia Rita Ariza** (artículo 142 inciso 6 del Código Penal, Ley 21.338); todo en **concurso real** (artículo 55 del Código Penal) calificándolos como **delitos de lesa humanidad** (artículos 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del Código Penal; artículos 530, 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal de la Nación), conforme se considera, manteniendo la detención del imputado en la condiciones en las que actualmente se encuentra.

VII) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la acción civil de daños y perjuicios interpuesta por la actora civil **María Elena Toledo de Ygel** y, en mérito a ello, **CONDENAR** al **ESTADO NACIONAL** al pago de la suma de pesos dieciocho millones seiscientos noventa y ocho mil ciento treinta ($18.698.130) en concepto de valor del inmueble, daño emergente, lucro cesante y daño moral, con más los intereses conforme la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago y las **COSTAS** del proceso, conforme se considera.

VIII) DIFERIR la regulación de honorarios de las partes intervinientes para su oportunidad.

IX) PROTOCOLÍCESE. HÁGASE SABER.

Carlos E. I. Jiménez Montilla	**Gabriel Eduardo Casas**	**Juan Carlos Reynaga**
Juez de Cámara	**Juez de Cámara**	**Juez de Cámara Subrogante**

Ante mí: