

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 18 días del mes de mayo de 2007, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl R. Madueño como Presidente y los doctores Liliana E. Catucci y W. Gustavo Mitchell como Vocales, a los efectos de examinar y resolver el recurso de casación deducido por el doctor Luis Eduardo Boffi Carri Perez, defensor de Miguel Osvaldo Etchecolatz contra la sentencia obrante a fojas 4327/4328, fundamentada a fojas 4355/4475, de esta causa N° 7896, caratulada “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recursos de casación e inconstitucionalidad”, de cuyas constancias

RESULTA:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata resolvió condenar a Miguel Osvaldo Etchecolatz a la pena de reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales y costas por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio calificado de Diana Esmeralda Teruggi; autor mediato de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada, aplicación de tormentos y homicidio calificado de Patricia Graciela Dell’Orto, Ambrosio Francisco De Marco, Elena Arce Sahores, Nora Livia Formiga y Margarita Delgado; autor de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada y autor mediato de la aplicación de tormentos en perjuicio de Nilda Emma Eloy; autor mediato del delito de privación ilegal de la libertad calificada y autor de la aplicación de tormentos en perjuicio de Jorge Julio López, todos en concurso real.

Asimismo dispuso que Etchecolatz quede alojado en el Complejo Penitenciario II de Marcos Paz.

Para así decidir, valoró lo expresado en el debate por Nilda Emma Eloy, Mercedes Borra, Horacio René Matoso, Walter Roberto Docters, Nora Alicia Ungaro, Atilio Gustavo Calotti y la declaración de Alberto Antonio Rudiez prestada en el mes de octubre de 2001 ante la Cámara Federal de La Plata en el Juicio por la Verdad.

Asimismo se consideraron los testimonios obrantes a fojas 511/513, 1278/1301 Y 1326/1330; las copias de la documentación de Conadep obrantes a fs. 1954, 1954/1957 y de las fichas de DIPBA obrantes a fs. 2056/2057 y las inspecciones oculares a la Brigada de Investigaciones de Quilmes, a la Comisaría tercera de Lanús en Valentín Alsina y a la Delegación Departamental de Lomas de Zamora.

En lo que respecta a las imputaciones relativas a los hechos que damnificaron a Jorge Julio López, el a quo meritó el testimonio del nombrado en el debate, lo

declarado por Julio Bautista Mayor y María Hebelia Sanz, la prueba documental obrante a fojas 561/579, 931/933 y 2059 y las inspecciones oculares realizadas en la Seccional 5ta de La Plata de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, en el Destacamento Policial de Arana y en la Seccional octava de La Plata de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

Por otra parte, el Tribunal Oral tuvo en cuenta lo declarado en el debate por Alfonso Mario Dell' Orto y por Jorge Julio López en relación a los hechos que tuvieron por víctimas a Patricia Dell' Orto de De Marco y Ambrosio Francisco De Marco. En lo que respecta a estos sucesos se consideraron también las constancias de fs. 863/865, 1907/1919, 1958/1998, 2110/2130 y 2133.

Stancati, Rosa Isabella Valenzi, Nieves Luján Acosta, Nilda Aued, Clara Bellingeri, Alfredo Eduardo Ves Lozada, Néstor Pedro De Tomas, Juan Carlos Piedra, la inspección ocular realizada sobre el inmueble de la calle 30 n° 1134 entre 55 y 56 de la ciudad de La Plata y la prueba documental obrante a fs. 1549, 1551/1553, 1555/1559, 1560/1567, 1571/1580, 1738/1744, 1531/1540, 1638/1648, 1654/1657, 1699/1707, 1711/1712, 1718/1728, 1748/1759, 1816, 1880/1904, 2048/2054; las causas n° 1885 S/U de la Cámara Federal de La Plata, 21001 de Juzgado Federal n° 3 de La Plata y 129.342 del Juzgado en lo Penal n° 1 de La Plata.

2°) Contra esta decisión el doctor Luis Eduardo Boffi Carri Perez, ejerciendo la defensa de Miguel Osvaldo Etchecolatz interpuso el recurso de casación e inconstitucionalidad que obra a fojas 4504/4549 vta., el que fue concedido a fojas 4559/4562 y mantenido en esta instancia a fojas 4599.

La defensa encauzó su presentación por las vías previstas en los artículos 456 y 475 del C.P.P.N. Sostuvo que en el caso, no se verifica la existencia de delito toda vez que Etchecolatz “cumplió con su deber, inherente al cargo de subjefe de unidad de combate” de conformidad con los decretos que ordenaban a las Fuerzas Armadas “ejecutar las operaciones militares y de seguridad necesarias a los efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país” (fs.4506 vta./4507).

Añadió que “la guerra contra la subversión es jurídicamente legítima y los combates que protagonizaron las Fuerzas Armadas están justificados porque se produjeron en defensa de la patria y el legítimo cumplimiento del deber” (fs. 4507).

En esta dirección añadió, citando doctrina y convenciones que han abordado la problemática de los conflictos bélicos, que todas las imputaciones dirigidas

contra Etchecolatz “deben encuadrarse en actos de guerra debidamente realizados” (fs.4507) y que por tanto no puede ser considerado “autor, partícipe, encubridor o instigador de delito alguno” (fs. 4509 vta.).

Agregó que la situación “exigía una forma de combate nuevo” y que “de lo contrario el Estado y sus Fuerzas Armadas hubieran sido negligentes en el cumplimiento de su deber” (fs. 4510).

Esgrimió, que “no es aceptable que se califique a los centros de detención como lugares clandestinos” los cuales eran, a su juicio, “lugares legalmente ocultos al enemigo, para la seguridad de la población y de las operaciones militares”. Entendió, que en toda guerra existen lugares “para detener prisioneros” y que “cuando el enemigo es además delincuente de guerra se lo combate y se lo trata como tal”.

Asimismo argumentó que salvo “situaciones de exceso” “sin motivo legítimo y en forma innecesaria, el subordinado se ve alcanzado por la obediencia debida”; que no se aplicaron ni se ordenaron torturas a los prisioneros de guerra y que “el legítimo cumplimiento del deber, justifica plenamente la acción que se pretende condenar” (fs. 4515 y vta.).

Por otra parte sostuvo que los hechos que se le imputan a su pupilo ya fueron objeto “de estudio y decisión en el año 1986” y que las acusaciones relativas a los eventos que tuvieron por víctimas a Mercedes Hourquebie de Francese, Patricia Dell’Orto de De Marco y Nora Formiga “fueron tratadas por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y girados a la Excelentísima Cámara Federal en 1986” (fs. 4516 vta/4517).

Planteó asimismo la falta de jurisdicción del tribunal que lo juzgó, por considerar que el órgano competente para entender en las imputaciones es el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. En este sentido añadió que constituye una prerrogativa de los integrantes de las Fuerzas Armadas la de ser juzgados por el Código de Justicia Militar, cuando se los acusa por “actos de guerra”.

7° de la ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma constitucional, vedó la posibilidad de incluir modificaciones a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la Primera Parte de la ley Fundamental y que en tanto los tratados en cuestión fueron firmados con posterioridad al hecho de la causa, su aplicación al caso infringe los artículos 18 de la Constitución Nacional y 2° del Código Penal.

Agregó que no pueden ser aceptadas las figuras penales “que contravengan las constituciones de los estados” (fs.4522) y señaló que la Declaración Universal de los

Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos receptan tanto el principio de irretroactividad de la ley penal como el de aplicación de la ley penal mas benigna.

La defensa planteó asimismo que los hechos por los cuales se acusa a Etchecolatz se encuentran prescriptos y cuestionó la constitucionalidad de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, añadiendo que el concepto de este tipo de delitos es abstracto y confuso.

Adujo la defensa que “los combates contra la subversión fueron en defensa de la Nación argentina de acuerdo con los Decretos 261, 2770, 2771 y 2772” y que “no se combatió a quienes mencionaban esos decretos por ser de un grupo nacional, racial, étnico o religioso sino por ser integrantes de organizaciones que cometían delitos de terrorismo y subversión” (4529 vta.).

Cuestionó también la reforma constitucional del año 1994 por considerar que los tratados incorporados al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, “no respetaron el procedimiento constitucional y el límite fijado por la ley 24.039” en tanto se afectaron “los principios de cosa juzgada, irretroactividad de la ley penal, aplicación de la ley penal más benigna y prescripción” (fs. 4535 vta.). Por ello, a su juicio, no es válida la declaración de nulidad de las leyes 23.492 y 23.521.

Por otra parte cuestionó el grado de participación endilgado a su pupilo, por considerar que la autoría mediata atribuida se funda en criterios de responsabilidad objetiva ajenos a nuestro ordenamiento penal.

En lo que atañe a la prueba apuntó que a “la mayoría de los testigos” les caben las generales de la ley. Al respecto se agravió de que tanto Nilda Eloy como María Isabel Chorobik de Mariani, quienes revisten la calidad de querellantes, declararan como testigos, comunicándose constante durante el debate en violación al art. 384 del C.P.P.N.

Respecto al testimonio de Nilda Eloy, señaló que si bien la testigo dijo haber reconocido la voz de Etchecolatz en un programa de televisión, en el Juicio por la Verdad “lo confunde con una persona a la que le decían ‘el coronel’” (fs.4544).

Asimismo señaló que la nombrada no fue veraz cuando dijo que Etchecolatz se encontraba presente al momento de su detención, en tanto el nombrado “por su jerarquía no concurría a esos arrestos” (fs.4544 vta.).

Por otra parte, expuso que resulta contradictoria la versión del testigo Julio López, toda vez que en el juicio por la verdad no reconoció a los que lo habían torturado ni manifestó que su arresto hubiese sido ordenado por Etchecolatz y luego en el debate los “denunció con nombre y apellido” (fs., 4544 vta.).

Resaltó la defensa que, a su juicio, el testigo López “tampoco es veraz cuando afirma que veía por una mirilla, cuando éstas se abrían sólo por fuera” y que tampoco es cierto que su asistido haya impartido la orden de matar a Patricia Dell’ Orto y a su marido toda vez que ese mismo día Etchecolatz resultó herido por una bomba que explotó en la Jefatura de Policía.

Asimismo manifestó que le resulta llamativo que Julio López en el juicio por la verdad dijera “que en Arana vio a una persona a la que le decían Higuita por su parecido con el jugador colombiano, cuando ese jugador recién se hace famoso en la década del noventa” (fs. 4544 vta.).

Señaló que el testimonio de Callotti resulta “muy significativo”. Al respecto sostuvo que el mencionado testigo “relata que cuando estuvo detenido su madre fue a ver al Comisario General Etchecolatz y lo engañó puesto que le dijo que sabía que su hijo estaba a disposición del PEN”. Consideró la defensa que “si Etchecolatz hubiera estado al tanto de su arresto hubiera sabido que eso no era así” (fs. 4545).

Apuntó también que el mencionado testigo dijo “haber visto a Nilda Eloy en Arana” pero “en el juicio a las juntas no habló de ella” (fs.4545).

En otro orden de ideas, consideró que el “Juicio por la Verdad” constituyó para su pupilo una declaración indagatoria encubierta que cercenó su derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

En lo que respecta al monto de la pena impuesta, indicó que en virtud del artículo 77 del Estatuto del tratado de Roma que crea la Corte Penal Internacional la pena no puede exceder los treinta años de prisión.

Por último se agravió de la decisión de revocar el arresto domiciliario de Etchecolatz. En tal sentido afirmó que no es cierto que su defendido hubiese tenido en su domicilio, algún tipo de arma. Asimismo refirió que su asistido padece un delicado estado de salud y que en su actual lugar de detención, no puede recibir la atención adecuada.

3°) Que por su parte, el señor Fiscal General, doctor

Raúl Omar Pleé, se presentó en la oportunidad prevista en el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación, propiciando el rechazo del recurso intentado, en la inteligencia de que los planteos de la defensa constituyen una reedición de los que ya fueran introducidos y rechazados en etapas previas de la causa, sin que se logren conmover los fundamentos expuestos en tales oportunidades.

Sin perjuicio de ello agregó que los agravios de falta de jurisdicción, cosa juzgada, ley más benigna, prescripción e inconstitucionalidad de la reforma constitucional del año 1994, y de la ley 25.779 ya han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentido contrario al que pretenden los recurrentes y por otra parte que tampoco introdujeron argumentos nuevos que permitan apartarse de la jurisprudencia del Alto Tribunal.

En cuanto al agravio relativo al grado de responsabilidad atribuido a Etchecolatz, señaló que la teoría material objetiva empleada en el fallo ha pasado a ser la posición dominante en la doctrina. Añadió que los recurrentes se limitaron a cuestionar su aplicación y a reclamar un criterio más beneficioso a los intereses del inculpado, sin especificar cual.

Por otra parte sostuvo que el planteo de inconstitucionalidad del art. 398 del C.P.P.N. no puede prosperar en tanto el Tribunal efectuó una adecuada consideración de los elementos probatorios, por medio de la cual arribó a la certeza necesaria tanto respecto de la materialidad de los hechos como de la participación que le cupo en los mismos a Etchecolatz.

En lo que atañe a la revocación de la prisión domiciliaria, consideró que para así decidir el Tribunal satisfizo el requisito de la sana crítica, que en el caso de autos se efectuó un análisis integral de las circunstancias personales del imputado y la extensión del daño causado y que el otorgamiento de la prisión domiciliaria es una decisión facultativa del juez competente.

4°) Que, superada la etapa prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.), oportunidad en la cual se fijaron y votaron las siguientes cuestiones: **Primera:** ¿resulta procedente la excepción de cosa juzgada?; **Segunda:** ¿resulta procedente la excepción de falta de jurisdicción?; **Tercera:** ¿es arbitraria la valoración de la prueba efectuada en la instancia anterior?; **Cuarta:** ¿es procedente el agravio relativo a la inconstitucionalidad de la reforma constitucional?; **Quinta:** ¿media en la sentencia impugnada algún supuesto de errónea interpretación o aplicación de la ley?; **Sexta:** ¿se encuentra adecuadamente fundada la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata a Miguel Osvaldo Etchecolatz?; **Séptima:** ¿corresponde modificar lo decidido en cuanto

al lugar de detención del imputado? y **Octava:** ¿que pronunciamiento corresponde adoptar?

PRIMERA CUESTIÓN:

El doctor Raúl Madueño dijo:

I- El planteo de cosa juzgada.

Que como se adelantara, la defensa afirmó que Etchecolatz fue condenado en el año 1986 por los mismos hechos se le imputan en esta causa, y que “los casos de María de las Mercedes Hourquebie de Francese, Patricia Graciela Dell’Orto de De Marco y Nora Formiga, en los que se lo acusa de privación ilegítima de libertad, violación y privación ilegítima de libertad y homicidio calificado respectivamente, fueron tratados por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y girados a la Excelentísima Cámara Federal en 1986”.

Que las aseveraciones indicadas no se ajustan a las constancias actuariales obrantes en el expediente. En efecto, a fs. 368 obra informe según el cual “los hechos que dan inicio a las presentes actuaciones, no han conformado el objeto procesal de” la causa 44 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal por la que el 22 de diciembre de 1986 se resolvió condenar a Miguel Osvaldo Etchecolatz a la pena de veintitrés años de prisión e inhabilitación absoluta por considerarlo autor penalmente responsable del delito de aplicación de tormentos reiterados en noventa y un oportunidades. (fs. 368).

Por su parte, el informe de fs. 2161 da cuenta que los eventos que tuvieron por víctimas a Diana Teruggi de Mariani, Ambrosio de Marco, Patricia Graciela Dell’Orto, Elena Arce Sahores, Nora Formiga, Margarita Delgado, Jorge Julio López y Nilda Eloy “no recibieron tratamiento” en la mencionada causa n° 44 incoada en virtud del decreto n° 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional.

Así las cosas, a la luz de las constancias mencionadas y de que la defensa no ha aportado otro elemento que acredite sus aseveraciones, el agravio de cosa juzgada no habrá de prosperar.

Por lo expuesto, considero que debe darse respuesta negativa a la primera cuestión.

La doctora Liliana Catucci dijo:

Sabido es que el presupuesto necesario de la cosa juzgada es en principio la identidad del hecho. Dice al respecto Enrique Fornatti en "Excepciones previas en el

Proceso Penal" (Bs. As., Valerio Abeledo, edit. 1952, pág. 195 y ss.) que según Carlos Viada en "Lecciones de Derecho Procesal Penal" (Madrid, 1950) el hecho no debe ser confundido con un delito y una pena determinada en el sentido de la ley sustantiva, porque el concepto procesal del hecho no coincide con el concepto jurídico sustantivo en el sentido del derecho penal... la identidad del objeto del proceso no es dada ni por la calificación jurídica del hecho ni por la cantidad de pena pedida, sino por la identidad de un hecho histórico, determinado por su individualidad natural. Sigue diciendo el primer autor citado que los elementos de la cosa juzgada en el proceso penal pueden concretarse en el hecho incriminado (eadem res), y sujeto acusado (eadem personae), elementos a los cuales según la jurisprudencia debe agregarse la causa (eadem causa patendi) conforme a la concepción civilista de las tres identidades.

Su existencia sólo produce efecto negativo o preclusivo, o sea que existe un impedimento procesal que excluye un segundo proceso por el mismo hecho y contra el mismo imputado, sin tomar en cuenta quién haya sido el acusador".

Se requiere entonces verificar la existencia de esas tres identidades y según surge del voto que antecede se tropieza desde el comienzo con la identidad del hecho juzgado, pues ninguno de los que forman parte de este pronunciamiento tuvieron un juzgamiento anterior.

Por otra parte, debe repararse que en el recurso se hace referencia a la sentencia dictada por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y el defensor sustentó esta excepción manifestando que "Lo genérico de la sentencia hace que los hechos que se le imputan en esta causa hayan sido materia de estudio y decisión en 1986", haciendo referencia a la causa n° 44, cuyo contenido disímil fue puesto en evidencia en el voto anterior.

En dicho sentido esta Sala tiene dicho que para se configure la excepción de cosa juzgada debe mediar identidad de sujetos activo y pasivo y también de objetos del proceso (conf., in re: "De Santis, Miguel Clemente S/RECURSO de casación", causa n° 3409, Reg. 4569, rta. el 10 de septiembre de 2001, y sus citas y, recientemente, "Müller, Carlos Eusebio s/recurso de casación", causa n° 6618, Reg. N°8626, rta. el 9 de octubre de 2006 y, sus citas).

Esa alusión genérica de los hechos descarta cualquier supuesto de especificidad de la existencia de la cosa juzgada, instituto que requiere una precisa identidad entre los elementos indicados.

Asimismo, cabe poner de manifiesto que la situación

de la que resultó víctima María Mercedes Hourquebie no fue objeto de la presente causa, por lo que no cabe aquí su tratamiento.

Concuero pues con la contestación propuesta en el voto que antecede.

El doctor Gustavo Mitchell dijo:

Que adhiere a los votos precedentes.

SEGUNDA CUESTIÓN:

El doctor Raúl Madueño dijo:

II. El planteo de falta de jurisdicción.

La defensa insiste en que no corresponde a los tribunales civiles sino al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas el juzgamiento de los delitos imputados, sin ocuparse de rebatir las razones expuestas en su oportunidad por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata que rechazó similar planteo por considerar que “la jurisdicción militar sólo comprende a delitos y faltas militares, quedando exceptuadas de su régimen la comisión de delitos comunes”. Agregó el Tribunal que “la normativa militar se limita al conocimiento de delitos bajo su órbita y de los que típicamente se encuentra comprendidos en el código de Justicia Militar; de manera tal que los aquí investigados exceden su intervención” (fs. 67 vta. del incidente n° 2251/1/06 “Dr. Luis Eduardo Boffi Carri Perez opone excepciones de falta de jurisdicción, extinción de la acción penal y falta de acción).

Por otra parte, cuadra destacar que la postura de la defensa resulta contradictoria con la del escrito de fs. 2287/2288 en la que se manifestó que se “consiente el procesamiento con prisión preventiva” y “se requiere la mas urgente elevación a juicio”. En esa ocasión el letrado - el mismo que suscribe el recurso de casación- solicitó que la causa “llegue con la máxima celeridad ante los Estrados de un Tribunal Oral Federal que juzgue con rapidez...” a su pupilo (fs. 2287 vta.).

En similar situación la defensa de Etchecolatz fue notificada, sin que mediara oposición de su parte, de que la investigación tramitaría conforme a la ley 23.984 y sus modificatorias (cfr. fs. 2149 y 2154 y vta.).

Por ello resulta aplicable lo dicho por la Corte Suprema

de Justicia de la Nación al resolver una cuestión análoga respecto a que “acoger favorablemente dicha pretensión implicaría retrotraer el procedimiento a etapas superadas en la investigación llevada a cabo por el juez federal, circunstancia que, en definitiva, importaría una virtual denegación de justicia” (cfr. Fallos:323:2035), máxime en el caso cuando la jurisdicción que se impugna fue consentida y tuvo el impulso del recurrente.

Carece de sustento jurídico el presunto “privilegio” en el que los recurrentes pretende fundar la exclusión de los tribunales civiles. Al respecto el Alto Tribunal sostuvo que “si bien los ciudadanos revestidos de carácter militar pueden invocar como jueces naturales a los órganos jurisdiccionales militares para los delitos cuyas modalidades autoricen su inclusión en la competencia castrense, bien entendida la absoluta prohibición de los fueros personales y la sola subsistencia de los reales o de causa, ello no fue considerado impedimento para que se produjera una limitación de las atribuciones conferidas al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas derivada de la entrada en vigencia del art. 10 de la ley 23.049, ya que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes (Fallos: 323:2035 Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

La doctora Liliana Catucci dijo:

Que se adhiere al voto precedente.

El doctor Gustavo Mitchell dijo:

Que adhiere al voto del doctor Raúl Madueño.

TERCERA CUESTIÓN:

El doctor Raúl Madueño dijo:

III- La valoración de la Prueba.

a) Criterio aplicable.

No obstante la parquedad de los agravios que hace oír la defensa en lo que se refiere a los elementos de juicio colectados y a la crítica de la valoración de la prueba efectuada en la instancia anterior, la gravedad de los hechos ventilados en las presentes actuaciones y el monto de la sanción impuesta me persuaden de la necesidad de efectuar un análisis de la sentencia impugnada, agotando “la revisión de lo revisable” de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia in re: C. 1757. XL.

“Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-“, rta. el 20 de septiembre de 2005.

Como ya señalé en anteriores pronunciamientos nuestro Código Procesal Penal ha adoptado el sistema de la sana crítica racional -art. 398, 2° párrafo-, que conforme al precepto constitucional que exige que todo pronunciamiento debe ser fundado, requiere que las conclusiones a las que se arriba en el veredicto deben ser consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común.

Esta es por otra parte la pauta que impera en los tribunales internacionales en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica evitando adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para sustentar un fallo. Así se ha dicho que “este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia” (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos in re: Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003 parág. 42; Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, parág. 120; Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia del 27 de noviembre de 2003, párag. 48; y “Herrera Ulloa v. Costa Rica” sentencia del 2 de julio de 2004, parág 57).

El principio de razón suficiente implica que las afirmaciones a que llega una sentencia deben derivar necesariamente de los elementos de prueba que se han invocado en su sustento. Son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (Sala II, conf. voto del doctor Juan Edgardo Fégoli in re: "Waisman, Carlos A. s/rec. de casación", reg. n° 113, del 4 de abril de 1994).

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que si se verifica que se han ponderado testimonios, prueba de presunciones e indicios en forma fragmentada y aislada, incurriéndose en ciertas omisiones en cuanto a la verificación de hechos que conducen a la solución del litigio, sin haberse efectuado una visión de conjunto ni una adecuada correlación de los

testimonios y de los elementos indiciarios, ello se manifiesta como causal de arbitrariedad con afectación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso (L.478.XXI, "Lieberman, Susana por sus hijos menores c/Instituto Nacional de Tecnología Industrial -INTI-", del 28 de abril de 1988 y J.26.XXIII, "Jaurena, Ramón Avelino s/homicidio culposo" - causa n° 1192, del 2 de abril de 1992).

En esta línea de pensamiento, Pietro Ellero en sus reflexiones acerca de la certidumbre en materia criminal explica que la certeza es la persuasión de una verdad, la convicción de que la idea que nos formamos de una cosa corresponde a la misma, puesto que siempre que se tiene por verdadera una cosa, hay certeza de ella, pues se trata de una verdad de tal naturaleza que se impone a la mente sin discusión. Así, la certeza constituye aquel estado del ánimo en virtud del cual se estima una cosa como indudable (Pietro Ellero, De la certidumbre en los juicios criminales, Tratado de la prueba en materia penal, Buenos Aires, mayo de 1998, págs. 21, 33 y 318).

De ahí entonces que si de los elementos de prueba reunidos no se puede llegar inexorablemente a la conclusión descrita en la sentencia, significa una afectación al principio de razón suficiente, lo que provoca su nulidad.

En tal sentido los preceptos sentencia fundada en ley, defensa en juicio y presunción de inocencia que consagran los arts. 18 de la C.N. y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos como derecho fundamental comprenden el de obtener una resolución motivada, que incluye tanto la motivación jurídica, como la que se refiere al análisis y valoración de la prueba como exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, a la vez que permite un eventual control jurisdiccional; por lo tanto, si el proceso lógico que sirve para fundamentar una conclusión carece de apoyo en las propias circunstancias de la causa, configura un supuesto de arbitrariedad que compromete el veredicto con afectación de la garantía de defensa en juicio en su más amplio contenido (conf. mi voto en la causa n° 1800, "Venezia, José Luis s/rec. de casación", reg. n° 2315, del 3 de diciembre de 1998).

Asimismo, tal como lo hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos "es conveniente recordar que el acervo probatorio de un caso es único e inescindible" (cfr. casos "Maritza Urrutia supra cit., Parág. 52; Myrna Mack Chang parág. 128, Bulacio parág. Parág. 57 y Herrera Ulloa parág. 68), y por tal motivo la valoración debe realizarse sobre los particulares elementos de prueba incorporados al caso.

En lo que atañe al planteo de la defensa sobre la

inconstitucionalidad del art. 398 del C.P.P.N. cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como una ultima ratio de orden jurídico (cfr. voto del doctor Maqueda en la causa “Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa n° 17.768-”, resuelta el 14 de junio de 2005”), ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, o sea, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 319:178), criterio que en el caso determina el rechazo del planteo atento la falta de argumentos que sustenten la pretensión de inconstitucionalidad.

III. b. Que examinada la fundamentación del veredicto con arreglo a los criterios expuestos en el punto anterior, no se advierten vicios lógicos que invaliden la valoración de la prueba, en tanto que es correcto razonamiento, que da sustento a las conclusiones en orden a las imputaciones dirigidas contra Miguel Osvaldo Etchecolatz que lo involucran más allá de toda duda razonable, como será objeto de demostración seguidamente.

III.b.1. Homicidio calificado de Diana Esmeralda Teruggi.

En lo que respecta a este hecho el a quo tuvo por cierto que Diana Esmeralda Teruggi fue muerta el 24 de noviembre de 1976 en la finca ubicada en la calle 30 n° 1136 de la Ciudad de La Plata como consecuencia de un ataque perpetrado por personas que integraban fuerzas militares y policiales, entre las que se encontraba Miguel Angel Etchecolatz.

Para así concluir, se tuvo en cuenta los dichos de la testigo María Isabel Chorobik de Mariani que en el debate relató que Diana Esmeralda Teruggi, una estudiante de letras casada con su hijo en el año 1972 y madre de Clara Anahí nacida en el año 1976, el día del hecho se encontraba en la vivienda que habitaba en la calle 30 n° 1136 de la ciudad de La Plata con su hija y Roberto Perfidio, Juan Carlos Peiriz y Mendiburu Elicabe.

Refirió la testigo que estando en su casa ubicada en la calle 44 esquina 21 aguardando la llegada de Diana y Clara Anahí, escuchó el sonido de tanques, helicópteros y tiros. Añadió, que fue así que se dirigió con una amiga a la casa de sus hijos; que al llegar pudo observar a los vecinos amontonados en la puerta de la casa y que al ingresar a la vivienda "estaba todo oscuro", “el auto que

estaba en el garage estaba totalmente baleado, como que hubieran practicado tiro contra las paredes”, “las paredes, por el piso”, y que “la casa era un escombros de ropa, bebidas, cosas, hicieron un caminito, vieron que le habían robado todo lo robable, “era un locura de cosas tiradas, mezcladas, azúcar, café aceite" (fs. 4392 vta.).

Asimismo relató que, luego concurrió con sus consuegros a la comisaría a pedir todos los cadáveres, en la creencia de que todos habían muerto. Contó que en la oportunidad "un joven escribiente le dijo a Genoveva -la madre de Diana- que a su hija no se la iban a entregar porque estaba carbonizada y no se la reconocía" y que "se iban a encargar ellos" (4392 y vta).

La testigo contó las dificultades que tuvo para dar con el cadáver de Diana Teruggi indicó que en el año 1984 el Director de Cementerios le comunicó “que estuvo enterrada ahí hasta que fue tirada en la fosa común" (fs. 3530 y vta.); y que en la DIPBA habían testimonios donde figuraba Diana y que le resulta sospechoso que en la partida de defunción de su nuera figurase como "NN que estaba carbonizada" y en cambio "los demás con su nombre" (fs.4393).

Chorobik de Mariani señaló que también supo el nombre de quienes habían muerto en la casa a través del comisario Sertorio, quien en una nota presentada ante la justicia dijo que quienes habían perdido la vida en el suceso eran Teruggi de Mariani, Peiriz, Mendiburu Elicabe y Porfidio.

Indicó asimismo que la señora Cerutti le dijo que un policía que había estado en su negocio contó 'lo de la calle 30' diciendo que Diana se reía -señalando la testigo que Diana cuando lloraba tenía un rictus como que se reía-; que ese hombre también dijo que a la nena la habían sacado viva por el fondo de la casa, y que a Diana la mataron en el fondo de la casa" (fs. 3530 vta./3531). Agregó que los Cerutti en una ocasión le dijeron que "un novio de una sobrina de ellos trabajaba en la DIPBA con Etchecolatz con las patotas y le contó lo que hacía ese hombre que siempre se sonreía cuando le comentaban la muerte de su nuera y su nieta, y se reía porque en realidad estaba viva..." (fs.3531).

También relató que otra vecina, le comentó que en la tarde del día del hecho "vino una camioneta parecida a la citroneta de su hijo, y le sacaron las ruedas y las cambiaron por unas ruedas viejas" y que la casa había sido "vaciada" por la policía que se llevó caños, cables, frascos de escabeche, alimentos y ropa. Entre los que allí se encontraban -agregó- estaban "Camps, Etchecolatz, personalmente, Garrachico, Lopresti, Guallama, cree que también Avellaneda, Zuñiga, Monzón, Vercellone, un tal Rossi" y que luego llegaron "Suárez Mazon, Sigwald, Forastero, Iopolo y Sertorio". Relató que en el hecho "actuó

gente de policía, ejército, Gendarmería y también gente de la marina, bomberos, ambulancias, enfermeros" (fs. 3532 vta.).

Agregó que Cecilio Reynaldo Gómez y Néstor Busato estuvieron en el hecho y declararon "que estuvieron arriba del techo de los vecinos -mirando de frente la casa del lado izquierdo-, que subieron junto con Camps y Etchecolatz" (fs. 3532 vta.).

Asimismo dijo que tomó contacto con una mujer que vivía con Guallama, quien le refirió que éste último "la llevó a la casa de la calle 30, le contó cómo había estado todo y que ese día él (Guallama) había estado arriba del techo con Etchecolatz, y uno de los dos le dijeron Camps o Etchecolatz, le dijo 'dale negro tirale', porque iba saliendo Diana con la nena en brazos, vino la orden del policía Etchecolatz o Camps, y matan a Diana y cuentan que sacan a la nena viva de debajo de Diana" (fs. 4393).

Por otra parte refirió que una persona apodada "el negro" le contó "la impresión que le produjo ver a Diana muerta" y que en la ocasión vio salir de la casa a "un chico que por la descripción era Mendiburu Elicabe que cuando intentó salir por el patio de la casa lo ametralló Bazán". Al respecto añadió que "ahí está el montón de balas en ese rinconcito junto al limonero" (fs. 3535).

En relación al agravio defensorista cuando sostiene que a María Isabel Chorobik de Mariani le comprenden las generales de la ley cabe señalar que, si bien la nombrada resulta querellante en las presentes actuaciones, sus dichos en relación al hecho en el que fue muerta su nuera, Diana Esmeralda Teruggi, se encuentran corroborados por otras probanzas valoradas por el Tribunal Oral, que concurren a dar razonable sustento a la atribución de responsabilidad efectuada en la instancia anterior.

En efecto, también se merituaron los dichos de Liliana Marta Stancati respecto a que, que el 24 de noviembre de 1976 estando en su casa ubicada en la calle 56 entre 24 y 25 escuchó "tiros, helicópteros" y vio que las calles estaban cortadas y que pasaban patrullas policiales, bomberos, camiones del regimiento 7 y ambulancias" y que el "tiroteo duró como 5 horas (fs. 3548) y los de las testigos Valenzi, Acosta y Aued que también relataron cómo tuvieron conocimiento de la muerte de Diana Teruggi, así como el testimonio de Claudia Bellingeri quien narró con precisiones contestes con las de Chorobik el contenido de las entrevistas que mantuvo con Susana Mabel Suárez -pareja de Guallama- y su hija.

Por su parte, Ana María Bossio declaró que el 24 de noviembre de 1976 entre las 16:45 y las 17 horas concurrió con su tío a la vivienda de la calle 30 entre 55 y 56, que en la oportunidad fueron "abordados por un señor canoso, grande, italiano, que les dijo que se fueran rápido, que venía el ejército y la policía, venían a retirar cosas permanentemente de la casa" y que le "llamó la atención

poderosamente como estaba baleado el garage" (fs. 3665 y vta.).

Se valoraron asimismo las fotografías obrantes a fs. 3685/3698 donde se visualiza la materialidad de los hechos relatados por los testigos de referencia.

Por otra parte tal como advirtió el Tribunal Oral, de los dichos de Néstor Pedro Tomas respecto a que el personal de la morgue era convocado "cuando ya había muertos" y de los de Juan Carlos Piedra, quien se desempeñaba como "morguero" en la morgue de la policía de la Provincia de Buenos Aires, quien declaró haber sido convocado al lugar horas antes de que se produjera la muerte de Teruggi, se colige el carácter premeditado del hecho.

Se tuvo en cuenta el informe del comisario Osvaldo Sertorio quien informa que "de la compulsa de libros y copia de notas de elevación de sumario y actuaciones se desprende que 'con fecha 24 de noviembre ppdo en la finca de la calle 30 n° 1.13 se produce un enfrentamiento con delincuentes subversivos por parte de las fuerzas de seguridad, resultando abatidos tres componentes masculinos y 1 femenino identificados como Roberto César Porfidio, Juan Carlos Peiriz, Daniel Eduardo Mendiburu Elicabe y Diana Esmeralda Teruggi'" (fs. 1549).

Resulta también demostrativo de la ocurrencia del hecho y sus características, el informe pericial obrante a fs. 1551/1552 que da cuenta del estado en que quedó la vivienda luego del ataque.

Por otra parte, las constancias documentales obrantes a fs. 1568, 1569, 1570 suscriptas por Juan Alberto Camps; Carlos G. Suárez Mason y Adolfo Sigwald dan respaldo a los dichos de Susana Mabel Suárez, respecto a los militares que estuvieron el día del hecho en la casa de la calle 30 de la ciudad de La Plata.

Asimismo, el tribunal de juicio tuvo en cuenta la copia de una nota -obrante a fs. 1816- suscripta por Camps, en la que se felicita al personal policial que intervino en los trágicos hechos, que da cuenta de la participación que le cupo en ellos al aquí imputado y entonces Director General de Investigaciones de la policía de la Provincia de Buenos Aires; la copia de las partidas de defunción obrantes a fs. 1711/1712, en las que figura como causa de la muerte el hecho ocurrido el 24 de noviembre de 1976 en la calle 30, el legajo de la ex DIPBA en el que se reconoce la muerte de Diana Teruggi -fs. 2048/2054- y el resultado de la pericia practicada sobre una de las paredes internas de la casa a fin de determinar el tipo de proyectil que causó el impacto -fs.4246/4245-.

Por último, cabe acotar que la defensa no ha aportado elementos de juicio que permitan arribar a una conclusión distinta en relación al homicidio de Diana Esmeralda Teruggi, ni ha demostrado la concurrencia de defectos lógicos en la valoración de la prueba efectuada en la instancia anterior, que permitan desvincular a Etchecolatz de la imputación que se le realiza.

III.b.2.Privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos a Nilda Emma Eloy.

En relación a esta imputación el tribunal de grado tuvo por acreditado que Miguel Osvaldo Etchecolatz resulta coautor de la privación ilegal de la libertad de Nilda Emma Eloy llevada a cabo a partir del 1° de octubre de 1976 y autor mediato de la aplicación de tormentos a la nombrada en un período comprendido entre la fecha indicada y principios del año 1979.

Para así decidir tuvo en cuenta el testimonio de la víctima quien declaró que el 1° de octubre de 1976 a las 12 de la noche, un grupo de más de 20 personas al mando de Etchecolatz la secuestró cuando se encontraba en el domicilio de sus padres en la calle 56 n° 892 de la ciudad de La Plata. Recordó que la hicieron vestir, le vendaron los ojos y la trasladaron al centro de detención conocido como “La Cacha”, en el asiento de atrás de un auto en cuya parte delantera estaban Guallama y Etchecolatz.

Contó que en ese lugar fue torturada y añadió que en una ocasión reconoció por la voz, la presencia de Etchecolatz. Sostuvo que luego fue trasladada en un camión al denominado “Pozo de Quilmes”. La testigo describió el lugar, señaló que la llevaron al calabozo y luego al baño donde se pudo “destabicar”, y dijo que “estaba toda negra, toda quemada” por la picana. Sostuvo que por el calabozo pasaba un médico que “les pasaba un frasco de Pancután, y las manoseaba con Pancután”. Relató que arribó a ese centro el 4 de octubre, y permaneció allí alrededor de cinco días, hasta que fue trasladada al “Pozo de Arana”. Sostuvo que el ingreso era por un camino de tierra sumamente poceado agregando que “cuando uno va atado, suelto en un camión, lo recuerdo al día de hoy, nos golpeábamos unos con otros”.

Señaló que ahí estuvo en un calabozo con Nora Ungaro y que el 13 o 15 de octubre de 1976 la trasladaron a su cuarto lugar de detención que no recuerda si era o no “El Vesubio”, donde también estaban Hayde Lampugnani, Inés Pedemonte, Graciela Jurado y Marlene Katherine Keger Krug quien había sido “crucificada” en Arana y entre los hombres estaban Horacio Matoso, Mario Salerno, y Mendoza Calderón.

Relató que luego se la trasladó a la Brigada de Lanús a

la que llamaban “El Infierno”, donde también llevaron a Haydé, a Graciela Jurado, a Horacio Matoso, Mario Salerno y “El Piura” (fs. 4365 vta.), con quienes permaneció encerrada en un calabozo que medía 1,50 x 2 metros de largo en el que también se encontraba otra persona. En relación a ese lugar agregó que “se turnaban para sentarse, que las condiciones de detención eran sumamente rígidas: cada 4 o 5 días les pasaban la manguera por la mirilla de la puerta y había que abrir la boca para tomar agua; y cada 12 o 15 días les daban algo sólido, los ponían en fila en el patio, y lo que hubiera de comer se los daban con una cuchara a cada uno y si eran diez o treinta comían una o dos cucharadas”. Añadió que luego de aproximadamente una semana de estar ahí se abrió la puerta del calabozo, los encapucharon y les ataban los pies, que luego la separaron y la pusieron en un calabozo con Horacio Ungaro hasta el 31 de diciembre de 1976 y “quedó como la única mujer permanente ahí, para todo lo que se les ocurriera” (fs. 4366).

Describió que si para presionar a una compañera creían que hacía falta escuchar como torturaban a la madre y la hija, ella era picaneada en el calabozo para hacerla gritar y que el jefe de la patota tenía un aparato que “se abría como una cubeta, que en la punta uno la podía retrotraer como esas escobillas para barrer las hojas, y eso se abría y era introducido en la vagina de las mujeres y por ahí se les pasaba electricidad” (fs. 4366 y vta.).

Sostuvo que el 31 de diciembre a la tarde la sacaron del lugar junto con Horacio Matoso y la trasladaron a la comisaría 3a de Lanús. Su peso en ese momento era de 29 kilos. En ese lugar estuvieron Emilce Moler, Patricia Miranda, Marta, Enrique, Mercedes Borra, Cristina Rodríguez, Néstor Paderio, Rubén Saposnik, Walter Doters, Gustavo Calotti, Pablo Díaz y José María Noviello y que en el año 1977 fue trasladada a Devoto.

En la sentencia se tuvieron en cuenta los testimonios de Emilce Graciela Moler, Mercedes Borra, Horacio René Matoso, Oscar Solís, Walter Docters y Nora Alicia Ungaro que en lo sustancial corroboran los dichos de Eloy en cuanto al estado en el que se encontraba como en lo referido a la descripción y las prácticas que se llevaban a cabo en los centros de detención.

Asimismo, se valoraron las copias de las fichas de la DIPBA, en cuyos listados figura Eloy y las inspecciones oculares a las Brigada de Investigaciones de Quilmes, a la Comisaría tercera de Lanús en Valentín Alsina y a la Delegación Departamental de Lomas de Zamora.

Cabe señalar que los planteos de la defensa relativos a la validez probatoria de los dichos de Eloy no pueden prosperar, toda vez que tal como se dijo respecto del

testimonio de Chorubik de Mariani, las circunstancias de hecho relatadas y que se tuvieron por acreditadas encuentran correlato en las otras probanzas consideradas por el a quo, y que no han sido cuestionadas por el recurrente.

Así las cosas, cabe concluir que lo sostenido por el a quo en orden a la ocurrencia de estos hechos y a la responsabilidad de Etchecolatz, se encuentra fundado y no se advierten ni se han demostrado vicios lógicos que lo invaliden.

III. b. 3 Privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos a Jorge Julio López.

El Tribunal consideró probado que Miguel Osvaldo Etchecolatz resulta autor mediato de la privación ilegal de la libertad de Jorge Julio López producida a partir del 27 de octubre de 1976 y autor material de la aplicación de tormentos sufridos por el nombrado durante su cautiverio en el período comprendido entre la fecha indicada y el 25 de junio de 1979.

Para así decidir se valoró el testimonio de Jorge Julio López quien relató que fue detenido el 27 de octubre de 1976 en su vivienda, ocasión en la que cerca de cien personas entre las que se encontraba el imputado, rodearon su casa a la que ingresaron rompiendo la puerta, que le cubrieron los ojos y lo ataron con alambre y las mangas de un pullover, pero que no obstante ello podía ver, que lo llevaron a un “Centro de Cuatrерismo” donde lo picanearon toda la noche”.

Relató el testigo las condiciones en las que estuvo detenido y las torturas que sufrió en los centros de detención de “cuatrерismo de Arana”, en “el Pozo de Arana”, la comisaría 5ta, la comisaría 8va. y la unidad 9, donde permaneció privado de su libertad y recordó la presencia y actuación de Etchecolatz en los sucesos.

Se consideraron también los testimonios de Julio Mayor y María Hebelia Sanz, quienes estuvieron detenidos en “Arana” y efectuaron precisiones análogas a las expuestas por Jorge Julio López y entre la prueba documental valorada, la copia de la ficha DIPBA con el nombre de la víctima, obrante a fs. 2059.

Asimismo, cabe destacar que en la inspección ocular realizada en la Seccional 5 de La Plata, de la Policía de la Provincia de Buenos Aires López señaló el sitio donde fue torturado y vio a Etchecolatz, Camps y Vides. Asimismo también reconoció los lugares donde estuvo privado de su libertad en las diligencias realizadas en el Destacamento Policial Arana y en la Seccional octava de la Plata

de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

III. b. 4 Privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y homicidio calificado de Patricia Dell'Orto de De Marco y de Ambrosio Francisco De Marco

En la instancia anterior se tuvo por probado que Miguel Osvaldo Etchecolatz resulta autor mediato penalmente responsable de la privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y del homicidio calificado de Ambrosio Francisco De Marco y Patricia Dell'Orto de De Marco.

En relación a este hecho, se valoraron los dichos de Jorge Julio López quien relató que las víctimas llegaron el 5 de noviembre de 1976 al centro de detención "Arana", donde fueron torturadas y donde pudo observar que ambas eran asesinadas de un balazo en la cabeza.

Asimismo Alfonso Mario Dell'Orto declaró que el 5 de noviembre de 1976 personas armadas que se identificaron como policías, ingresaron en su vivienda de la localidad de City Bell y se llevaron a su hija y su yerno. Detalló el testigo las distintas gestiones que emprendió para dar con su paradero hasta que en 1999 se enteró por López lo sucedido.

Se valoraron también las constancias de fs. 863 y 2133 que dan cuenta de los habeas corpus presentados por Alfonso Mario Dell'Orto; los legajos de Conadep referidos a Patricia Dell'Orto y Ambrosio De Marco y las ficha DIPBA de este último.

Cabe señalar que la defensa, mas allá de referencias insustanciales a algunos dichos del testigo Jorge Julio López, no ha desvirtuado en su presentación los referidos elementos de prueba en los que se sustenta el veredicto.

III. b. 5. Privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y homicidio calificado de Nora Livia Formiga, Elena Arce Sahores y Margarita Delgado.

Se tuvo por cierto que Miguel Osvaldo Etchecolatz resulta autor mediato penalmente responsable de la privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y el homicidio calificado de Nora Livia Formiga, Elena Arce Sahores y Margarita Delgado, hechos ocurridos a partir del 22 de noviembre de 1977 en que fueran secuestradas Formiga y Arce Sahores del domicilio ubicado en 54 n° 1271 de la ciudad de La Plata y Margarita Delgado de la vivienda ubicada en la calle 25 de mayo de la localidad de Ensenada.

En lo que respecta a la privación ilegal de la libertad y

las torturas de las que resultaron víctimas Nora Livia Formiga y Elena Arce Sahores, se valoraron las declaraciones de Teresa Calderoni, Ricardo Castro, Nidia Ester Formiga, María Ruth Formiga, Claudia Arce de Lanusse, quienes dieron cuenta tanto de las circunstancias de las detenciones, como de las vejaciones que sufrieron las víctimas y las gestiones para dar su paradero y obtener su liberación.

En el mismo sentido Nora Patricia Rolli, quien estuvo detenida con Formiga y con Arce, se refirió a los tratos inhumanos de las fueron objeto.

Se valoraron los dichos de Marta Aliza en relación a los hechos que tuvieron por víctima a Margarita Delgado.

Cabe destacar también entre los elementos de juicio que se tuvieron en cuenta para fundar la sentencia, las constancias documentales obrantes a fs. 638/639, 643, 644, 650, 664/669, 760/860, las causas n° 756/ S/U “Formiga, Nora Livia y otros”; 1892 SU “Arce, Elena” y 2051 S/U, todas de la Cámara Federal de La Plata, y los dichos de los testigos Alejandro Incháuregui y Anahí Marina Ginarte.

Así la cosas, habiéndose expuesto en el veredicto las razones que lo sustentan con arreglo a las reglas que gobiernan el análisis del plexo probatorio sin fisuras ni defectos lógicos, corresponde tener por acreditado el reproche penal en cabeza del prevenido Etchecolatz.

La doctora Liliana Catucci dijo:

Que se adhiere al voto precedente.

El doctor Gustavo Mitchell dijo:

Que adhiere al voto del doctor Raúl Madueño.

CUARTA CUESTIÓN

El doctor Raúl Madueño dijo:

IV. El agravio de inconstitucionalidad de la reforma constitucional.

Lo que se expone infra en relación al carácter preexistente y preeminente de los derechos fundamentales del hombre, a la naturaleza declarativa de las normas que los expresan y al carácter indisponible de las obligaciones que emergen del ius cogens, entre ellas la de

sancionar los delitos de lesa humanidad, resultan a mi juicio suficientes para rechazar la cuestión planteada por la defensa.

Por otra parte como he señalado en anteriores oportunidades siguiendo criterios acuñados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, sólo procedente cuando la repugnancia con la Constitución Nacional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable. Las leyes gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, (cfr. Sala I in re: “Sánchez, Graciela Noemí s/recurso de inconstitucionalidad”, causa n° 6499; reg. N° 8547 rta. El 24 de febrero de 2006 y sus citas)especialmente cuando en el caso lo que se pretende conmovier es la carta fundamental del Estado.

Asimismo, cabe apuntar que los señalamientos de la defensa han sido superados por calificada doctrina que, con argumentos que comparto, sostiene que la reforma constitucional cuenta con legitimidad y legalidad (cfr. en este sentido Spota, Albrto Antonio “Legalidad y legitimidad de la reforma constitucional de 1994”, La Ley, Suplemento Especial del 15 de noviembre de 1995, pág. 87; Hernández, Antonio “Valoración de la Reforma Constitucional de 1994 en su décimo aniversario”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba) y a estas alturas no me parece necesario desarrollar el tema con argumentos adicionales.

La doctora Liliana Catucci dijo:

Bajo este agravio la defensa efectúa un repaso histórico de la reforma de la Constitución Nacional, de la necesidad real y pública de hacerla, y del órgano encargado de realizarla. De seguido se ocupó de recordar que el artículo 31 de la Carta Magna que establece que la Constitución, Leyes y Tratados son la ley Suprema de la Nación, no fue alterado.

En este agravio introdujo la inconstitucionalidad de la ley 24.309 en función de la invalidez de la prevalencia de algunos Tratados sobre el sistema constitucional vigente. Dijo que para evitar la discusión sobre si el Tratado puede o no ser derogado por una ley posterior se agregó en el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna, que los Tratados y Concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y creó una categoría de Tratados "con jerarquía constitucional" complementarios de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución. Estos al alterar la primera parte de la Constitución, establecer la

imprescriptibilidad de ciertos delitos y hacer posible la aplicación retroactiva de las normas penales que agravan la situación jurídica de los justiciables, demuestran que la reforma es inconstitucional por extralimitación de la competencia de la Convención Constituyente dado que el Congreso en la etapa preconstituyente limitó la reforma a la parte orgánica. En ese sentido se dictó la ley 24.309 que prohibió no sólo abordar temas para los cuales no habían sido convocados (art. 6) sino que tampoco se podían "introducir contenidos en el Capítulo de la Primera Parte de la Constitución Nacional (art. 7)". Artículo que, dice el defensor particular, fue violado cuando se pretende dar a los Tratados el alcance propuesto por la parte acusadora.

Agregó otros cuestionamientos y concluyó el punto diciendo que deben declararse inaplicables las doctrinas y tratados sobre los principios de cosa juzgada, irretroactividad de la ley penal, vigencia de la ley más benigna y prescripción.

Todos estos planteos recibieron oportunamente respuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros, in re: "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", A. 533. XXXVIII, T. 327:3312, causa n° 259, rta. el 24 de agosto de 2004, en el que se sostuvo que: "Las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa; y además, la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del ius cogens.

La República Argentina, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos (arts. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) presenta un fenómeno jurídico que puede considerarse como referencia al derecho internacional de los derechos humanos, la cual implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado haciéndolo interno... Los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional indican que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual cotejaron los tratados y los artículos constitucionales y verificaron que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir... Los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional... Una norma consuetudinaria del derecho de gentes, prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias

para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas (Mayoría: Zaffaroni, Highton de Nolasco. Voto: Petracchi, Boggiano, Maqueda. Disidencia: Belluscio, Fayt, Vázquez).

Es decir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha efectuado una revisión de la compatibilidad y constitucionalidad de los derechos consagrados en dichas convenciones con los asentados en la primera parte de la Constitución Nacional sin advertir incoherencia alguna, con lo cual a esa doctrina cabe hacer remisión.

Además, el Alto Tribunal en el precedente "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad", S. 1767. XXXVIII, causa n° 17.768, rta. el 14 de junio de 2005, señaló que: "La fuente del derecho a la que debe recurrirse para calificar a los delitos de lesa humanidad, es la Constitución Nacional (art. 31 C.N.). En tanto norma fundamental de reconocimiento del estado de derecho, para estos fines, debe ser entendida como un sistema jurídico integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (Mayoría: Petracchi Voto: Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y, Ricardo Luis Lorenzetti. Disidencia: Fayt). Asimismo, in re: "Reinoso, Luis Alberto s/ causa n° 2043/2184, R. 707. XXXIX, rta. el 7/3/2006, la doctora Carmen Argibay, al remitirse a su voto en el precedente "Casal", señaló que: "La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, párrafo 2° de la C.N.), esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (Mayoría: Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzatti. Voto: Arguibay. Abstención: Fayt).

Con los precedentes de cita y los que más adelante se traerán a colación de los temas siguientes, se da suficiente respuesta a la validez de los Tratados incorporados a la legislación en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Con esa validez otorgada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación quedó también avalada la constitucionalidad de la ley 24.309.

Coincido pues con la conclusión expresada en el voto precedente.

El doctor Gustavo Mitchell dijo:

Que adhiere a los votos precedentes.

QUINTA CUESTIÓN

El doctor Raúl Madueño dijo:

V. a. El planteo de irretroactividad de la ley.

La defensa planteó la inaplicabilidad de los tratados internacionales de derechos humanos que receptó el art. 75 inc. 22, y además ha puesto en cuestión la validez misma de su incorporación a la Constitución Nacional, por considerar que tal incorporación y la aplicación al caso constituye una afección tanto al procedimiento establecido en la ley que declaró la necesidad de reforma como a los principios constitucionales de irretroactividad de la ley penal y de aplicación de la ley penal más benigna.

Así entonces, pretende introducir un conflicto de temporalidad -que es tan sólo aparente- entre los hechos que se tuvieron por ciertos y normas que considera sobrevinientes.

V. b. Las conductas atribuidas al imputado, objetivamente consideradas, constituyen desde siempre una negación de los derechos inherentes a todo individuo.

Observa Bordeu que “la libertad de existir en sí misma implica que se pueda existir sin riesgo; la libertad de ir y de venir, la libertad de la persona física, comporta un corolario que en el siglo XVIII se llamaba la seguridad, es decir, la garantía contra los arrestos, las detenciones y las penas arbitrarias. De todas las condiciones de la libertad, la seguridad es una de las más evidentes, porque si ella falta, es la apariencia misma de la libertad que desaparece. Cuéntase, también, entre las que primero fueron comprendidas bajo la forma de una organización imparcial del procedimiento penal. Pero la primacía de la seguridad, tan natural, parece que no ha escapado a las ofensivas modernas de lo arbitrario: los campos de concentración son la prueba mas evidente de la regresión de la idea de la libertad afectada en su ejercicio físico y, en cierto modo elemental. Sabemos hoy, por experiencia que lo que conviene entender por seguridad individual es, a la vez, la garantía de cierta seguridad moral gracias a la cual el individuo, sobre la fe del orden jurídico existente, puede organizar su vida, jugar su suerte y disponer su futuro, y la garantía de una seguridad física que elimine el peligro de las penas arbitrarias. La seguridad es el beneficio del reinado del derecho. Así entendida, ella exige la imparcialidad de la ley y la buena organización de la justicia y del procedimiento penal” (cfr. Bordeu, Georges “Manuel de droit public: les libertés publiques, les droits sociaux”, citado por Linares Quintana, Segundo V. en “Tratado de la Ciencia del Derecho constitucional” T. 5, Buenos Aires, 1956 págs. 190/191).

La integridad física y la libertad, manifestaciones de la

vida en el más amplio de sus sentidos, no sólo tienen su génesis en el ser humano sino que lo constituyen.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico no “acuerda” sus libertades fundamentales al hombre, sino antes bien las reconoce, no sólo como expresión de principios sino como una manera de enfatizar su tutela.

Linares Quintana con referencia al concepto de seguridad jurídica señala que “el Estado ha de respetar y asegurar la inviolabilidad del hombre -en cuanto ser libre capaz de decidir sus propias acciones y de escoger sus propios fines-, necesaria para que pueda el mismo obrar como un ser naturalmente investido de libertad, responsabilidad y dignidad” (cfr. Linares Quintana, op. cit pág. 189).

Enseña Joaquín V. González que "cuando los pueblos consignan 'declaraciones de derechos' en sus constituciones, es porque quieren sancionar en forma permanente y escrita las conquistas de pasadas luchas y las costumbres o tradiciones de su raza o nacionalidad; o se proponen a la vez reconocer o adoptar doctrinas fundamentales de justicia, como base de la constitución social y política, o reduciendo a fórmulas doctrinales los consejos de la experiencia" (ver "Manual de Derecho Constitucional P. 95).

La vinculación del hombre con el estado -y por ende con el derecho- no puede fundarse sino en el reconocimiento de la preexistencia y prelación del primero sobre el segundo.

En esta ordenación del estado al servicio del hombre abreva nuestra más reconocida tradición constitucional.

Ya la Carta Fundamental de 1853 antepuso a las normas organizativas del poder -con evidente significación axiológica-, el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales del hombre, allí, volviendo a Joaquín V. González, "están contenidos todos los principios que forman el derecho constitucional argentino y las prescripciones prácticas que el pueblo ha puesto en frente de los poderes del gobierno, para contenerlos en los límites de las facultades concedidas, para que ellos los defiendan y aseguren, y para fijar una línea divisoria entre los derechos de los individuos, ciudadanos y extranjeros, y los deberes y atribuciones de las autoridades" (cfr. Joaquín V. González Op. Cit. Pág. 93).

Por su parte, Bidart Campos sostiene que "el hombre es la unidad básica de toda sociedad, el núcleo del hecho social. El estado, comunidad perfecta, existe por y para los hombres, y aunque no sea reductible cuantitativamente a la suma de todos ellos, configura una empresa de hombres

y para hombres. No es el hombre para el Estado, sino el Estado para el hombre' (cfr. Bidart Campos, Germán, "Derecho Político", Ed. Aguilar, cuarta ed., 1972, pág. 303).

En igual dirección, César Enrique Romero dice que "entraña, ontológicamente, cualidad esencial del gobierno constitucional o Estado de Derecho, ser régimen de garantías, o seguridades de los derechos personales" (cfr. César Enrique Romero "Derecho Constitucional" Tomo I P. 13 Buenos Aires 1976).

Los derechos fundamentales deben concebirse como instrumentos o medios cambiantes que se otorgan al hombre para defender su personalidad: la persona humana y sus atributos fundamentales- libertad, dignidad, fin propio- son anteriores y superiores al derecho, que con el estado, constituyen simples medios cuando se consideran con los supremos valores de la persona (cfr. Jorge Xifra Heras "Curso de Derecho Constitucional", Tomo I, Barcelona 1957, pág. 339).

Recuerda el autor que vivimos un momento en que se ha hecho de los derechos fundamentales del hombre piedra de toque de toda la comunidad internacional y su orden jurídico, y mas adelante afirma con cita de Lucas Verdú, que a modo de paradoja, la prevalencia de los derechos naturales del hombre en una época que se ha caracterizado tristemente por sus violaciones, se ha universalizado, ha transportado su afirmación al campo internacional (cfr. Xifra Heras op. cit. pág. 352).

Se ha señalado que "con o sin declaración formal de los derechos, el régimen de justicia que otorga a los hombres la potencia justa que su dignidad de persona recaba desde el deber ser ideal del valor, coincide con la democracia en cuanto forma de estado. La filosofía de los derechos humanos se convierte, de este modo, en la filosofía de la democracia, cuya esencia radica en la libertad y en el desarrollo pleno e integral de la personalidad", quedando así "naturaleza, historia, sociedad, estado y derecho, finalmente, coherentemente unidos" (cfr. Bidart Campos, Germán, "Los derechos del hombre", Buenos Aires 1974 p. 84).

La cláusula del 33 incorporada a nuestra Constitución Nacional en la convención de 1860 es muestra elocuente de la naturaleza inherentemente humana y por tanto preexistente e indisponible de estos derechos.

En aquella oportunidad, sus propulsores, Sarmiento, Mitre y Velez Sarsfield, defendieron su incorporación con argumentos que por su vigencia vale recordar. Sarmiento alegó que "la constitución había enumerado no sólo derechos constitucionales, sino también derechos

civiles, derechos individuales, relativos a la persona, a sus acciones y a su propiedad, que en este orden de ideas, la enumeración no podía ser absoluta” y “para que no se creyera nunca que esos derechos civiles, hijos de las costumbres y de la civilización que había alcanzado la República, podían ser desconocidos en un momento dado”. En tanto Velez Sarsfield decía que “queremos imponer a las legislaturas de provincia y al congreso nacional que no dicten disposiciones de ningún género que tiendan a privar de derechos a los particulares, aún cuando esos derechos no estén enumerados en la ley fundamental de la nación; queremos atar la voluntad legislativa, para lograr que las leyes que se dicten desconociendo las prerrogativas que constituyen la personalidad del hombre sean declaradas, nulas como inconstitucionales, por los altos tribunales del país” (cfr. debates de la Convención Constituyente del año 1860 p. 19 y sgtes.)

En Fallos 30:540 la Corte Suprema de Justicia de la Nación introduce en su jurisprudencia el reconocimiento de "derechos preexistentes a la Constitución". Esta noción luego es reiterada en el caso "Nogués Hnos. c Prov de Tucumán" y por el juez Bermejo en el célebre caso "Ercolano c. Lanteri de Renshaw" (Fallos: 136:161). En otros precedentes la Corte reedita esta posición bajo las locuciones "derechos anteriores al Estado" -Fallos: 179:11- y "preexistentes a toda legislación positiva" -Fallos: 302:1284 y 312:1953- .

El Alto Tribunal resaltó asimismo que los "derechos fundamentales son humanos, antes que estatales" y que por ello, "no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales" (cfr. causa "Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa n° 17.768-", resuelta el 14 de junio de 2005, voto del doctor Ricardo Luis Lorenzetti, considerando 13).

En esta dirección, recientemente la Sala II de esta Cámara señalaba que "El hombre, por su sola condición de tal, 'ingresa' al estado unido de todas esas cualidades inherentes a su calidad de persona -v.gr. vida, integridad física, honor- y el Estado a partir de ese momento, es decir el de la existencia de la persona misma, se encuentra obligado a tutelar todas esas manifestaciones ontológicas de ese ser, pues en esa obligación reside la razón y el fundamento de su constitución como tal (Cfr. C.N.C.P. Sala II causa Nro. 5920 "Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad" rta. el 15 de septiembre de 2006 reg. 9008).

Al respecto se ha dicho que “los derechos humanos están en la base del Derecho, tienen carácter prejurídico y supraestatal” y que la dignidad humana manifiesta directamente las exigencias de todo ser humano respecto a la comunidad”. “El ser humano es la fuente del derecho” (cfr. Muller, Jörg Paul, “Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux”, Berna 1983, págs. 1 y sgtes., citado por Pablo Lucas Verdú “Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural”, Madrid 1997 pág. 284).

El constituyente de 1994 contribuyó a reforzar esta noción en nuestro sistema de derecho, asignándole jerarquía constitucional a los derechos y garantías enunciados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22 de la C.N.). Luego por ley 25.778 se acordó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Cabe resaltar que los constituyentes se encargaron de aclarar que en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Así puede afirmarse que con la Constitución se integran determinados instrumentos internacionales (art. 75 inc. 22 de la C.N.) con un sistema de protección específico que refuerza y da actualidad a los derechos y libertades fundamentales del ser humano, formando así un conjunto coherente y homogéneo que constituye la ley suprema federal o bloque constitucional federal.

El Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos -adoptada por Resolución 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948 de la Asamblea General de las Naciones Unidas- proclama que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Asimismo da cuenta que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” y que por tanto “resulta esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho”.

Así también, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -aprobada en 1948 por la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia- expresa que las “instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad” y que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

Se ha dicho que “el carácter dominante de esta Declaración, es su universalidad, que se ha afirmado progresivamente en su contenido para todos los seres humanos, en todos los territorios, cualesquiera que sean las formas que tengan sus grupos sociales, o los estatutos de sus Estados”.

Recuerda Cassin en relación a la Declaración adoptada por Naciones Unidas que no es una simple extensión a la escala mundial de las declaraciones o constituciones nacionales...” se trata de “un elemento del patrimonio común a todos los pueblos y a todas las generaciones” (René Cassin “La Protection Internationale Des Droits De L’Homme Et Ses Difficultes”, en Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires 1985 págs. 39 y 41).

El derecho internacional de los derechos humanos - señala Cassin- ha permitido que el ser humano sea destinatario directo de normas internacionales, como sujeto, junto con los Estados, de derecho internacional.

Aparecen los conceptos de “cooperación” y “solidaridad internacional” en la protección de los derechos humanos, de donde lo referente a la vigencia y protección de estos derechos ha dejado de ser competencia exclusiva de los Estados, en tanto que coexisten las competencias estatales e internacionales.

Así se expresan los preámbulos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes y la Convención Europea de Derechos Humanos.

En esta dirección la Sala II de este Tribunal, destacaba

en la causa “Mazzeo” ya citada, lo señalado por el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio A. Cançado Trindade, al referirse al Reglamento de la Corte adoptado el 24 de noviembre de 2000, respecto a la importancia histórica de que los individuos hayan "logrado el reconocimiento de su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotados de capacidad jurídico-procesal internacional. Este salto cualitativo representa la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos" (cfr. presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antonio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 17 de abril de 2002).

Señala Bidart Campos que de ello se infiere que “la persona es un sujeto investido de personalidad internacional, que la cuestión de los derechos humanos ya no es de jurisdicción exclusiva o reservada de los Estados porque, aunque no le ha sido sustraída al Estado, pertenece a una jurisdicción concurrente o compartida entre el Estado y la jurisdicción internacional y que nuestro derecho constitucional asimila claramente, a partir de la reforma de 1994, todo lo hasta aquí dicho, porque su art. 75, inc. 22, es más que suficiente para darlo por cierto” (cfr. Bidart Campos, Germán J. “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos” en “La aplicación de los tratados Internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Buenos Aires 1998, p. 78).

VI. El argumento del Derecho de gentes.

Por otra parte, existe un sistema de derecho común a todas las naciones, reconocido y receptado por nuestra carta organizacional y de manera conteste por la legislación y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

La adopción y el desarrollo de un sistema internacional que, partiendo de principios comunes que vinculan a todas las naciones del orbe, asigna respuestas jurídicas a la problemática -también común- que representan el tipo de conductas que aquí se juzgan, marcó el fin del sistema impuesto por la paz de Westfalia (1648) signado por la ausencia de una comunidad internacional organizada; la afirmación de la soberanía absoluta de los Estados y un derecho internacional o de gentes con sesgos fundamentalmente iusprivatistas.

Los debates en relación al empleo de la expresión “derecho de gentes” -ius gentium- de filiación romanista y originalmente concebido como el derecho común a los pueblos de la antigüedad clásica, han ido acompañando los intentos por precisar su contenido y ámbito de aplicación. Kant propuso emplear el término *Staatenrecht* -derecho de los estados- en lugar del *Völkerrecht* de contenido más amplio, que originariamente traducía al alemán el concepto Derecho de Gentes, -Law of Nations del derecho anglosajón-.

Se reconoce al pensamiento de los españoles Francisco De Vitoria, Francisco Suárez y al holandés Huig De Groot el mérito de haber transformado las nociones antigua y medieval del derecho de gentes, sustituyéndolas por una nueva de un “ius inter gentes” -conforme la definición de Vitoria en su *Relectio de Indis*- que no descansa tan sólo en la regulación convencional de las relaciones entre las naciones de occidente sino avanza hacia la consideración de la humanidad como un todo.

Suárez precisaría aún mas esta noción señalando que “el género humano, aunque dividido en varios pueblos y reinos, siempre tiene alguna unidad, no solo específica, sino cuasi política y moral, que indica el precepto natural del mutuo amor y la misericordia, que se extiende a todos, aún a los extraños y de cualquier nación. Por lo cual, aunque cada ciudad perfecta, república o reino, sea en sí comunidad perfecta y compuesta de sus miembros, no obstante, cualquiera de ellas es también miembro de algún modo de este universo, en cuanto pertenece al género humano; pues nunca aquellas comunidades son aisladamente de tal modo suficientes para sí, que no necesiten de alguna mutua ayuda y sociedad y comunicación, a veces para mejor ser y mejor utilidad, y a veces también por moral necesidad e indigencia, como consta del mismo uso. Por esta razón, pues, necesitan de algún derecho por el cual sean dirigidas y ordenadas rectamente en este genero de comunicación y sociedad. Y aún cuando en gran parte se haga esto por la razón natural, mas no suficiente e inmediatamente en cuanto a todo, y, por tanto, pudieron ser introducidos por el uso de las mismas gentes algunos especiales derechos. Pues así como en alguna ciudad o provincia la costumbre introdujo ley, así en el universo género humano pudieron los derechos ser introducidos por las costumbres de las gentes” (cfr. *De legibus*, II, Cap. XIX. núm. 9 citado por Alfred Verdross en *Derecho en Derecho Internacional Público*, Madrid 1967, pág. 51).

Aparece así la idea de la humanidad como objeto de una tutela fundada en nociones de solidaridad universal que luego se vería plasmada en el sistema de protección internacional de los derechos humanos del último siglo.

En este contexto, los derecho humanos, sin perder su

ubicación en el derecho interno de los estados, simultáneamente adquieren una dimensión particular en la comunidad internacional organizada que “asume la defensa de la persona humana en sus libertades fundamentales, y que las ha declarado en documentos internacionales o las ha consignado en tratados internacionales sean estos regionales o universales. No se trata, pues, de que todos los estados positivizan en sus constituciones los derechos individuales, sino que la positividad de éstos aparece ya en el marco del derecho internacional público. El reconocimiento internacional de los derechos de la persona humana viene, entonces, a superar y completar el margen inicial -y subsistente- del similar reconocimiento en el derecho interno de los estados. No a sustituirlo, sino a reforzarlo” (cfr. Bidart Campos, Germán “Los Derechos del Hombre”, supra cit. págs. 156/157).

Sánchez Viamonte apunta que “lo que hace falta es dar solución técnica a esa defensa en forma de protección institucional bajo la doble garantía del derecho positivo en cada una de las naciones y de un respaldo internacional en forma de administración de justicia superior y definitiva, acatada por todos” (cfr. Sánchez Viamonte, Carlos, “La Declaración Universal de Derechos del Hombre y el pensamiento tradicional argentino”, Sur, agosto-septiembre de 1950, núms. 190/191, pág. 50).

Cómo explica René Cassin, la idea de que la colectividad humana tiene el derecho y el deber moral de impedir los grandes atentados contra los derechos del hombre es una noción bastante antigua (cfr. René Cassin, op. cit. P. 12).

Nuestra constitución en su artículo 118 (artículo 102 en la numeración anterior) dispone que “todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a 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 se comete fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de Gentes, el congreso determinará por una ley especial de seguirse el juicio” -art. 118 de la C.N.- (La norma reproduce casi literalmente el artículo 62 in fine del proyecto de José Benjamín Gorostiaga y el artículo 117 de la Constitución venezolana de 1811 que establecía que “cuando el crimen sea fuera de los límites de la Confederación, contra el derecho de gentes determinará por una ley particular el lugar en que haya de seguirse el juicio”. En similar sentido el art. III, sección segunda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787).

De esta manera, con expreso sentido universalista, la carta magna acoge en nuestro ordenamiento constitucional el derecho de gentes, estableciendo para los casos de su violación un marco de excepción al principio *forum delicti commissi*, que resulta operativo cuando media

inexistencia de respuesta por parte del estado en cuyo territorio se cometieron los hechos. En Fallos 211:218 Tomás Casares hace alusión al tema en su interpretación del artículo 102 -actual 118- de la Constitución Nacional.

La conciencia generalizada entre los pueblos de la tierra que concluye que estas conductas constituyen una afrenta a la humanidad que debe ser sancionada, es un convincente respaldo de este principio frente a las tesis “territorialistas” (ver en igual sentido Bidart Campos, Germán “El principio de competencia territorial no rige para juzgar delitos contra el derecho de gentes: el art. 102 constitucional” El Derecho T. 140 P. 244/247 y Sagües, Néstor Pedro “Los delitos ‘contra el derecho de gentes’ en la Constitución Argentina” El Derecho t. 146 p. 936/940).

VII. a. El Ius Cogens.

En el marco de este ámbito normativo es posible identificar normas imperativas, indisponibles y que tienen primacía sobre cualquier disposición en contrario de los ordenamientos jurídicos locales. Sus normas ocupan la posición mas alta entre todas las otras normas y principios, aún las del derecho interno y genera para todos los estados obligaciones imperativas e indisponibles frente a la comisión de determinados tipos de delitos (cfr. en este sentido Cherif Bassiouni International Crimes: Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes” 59 Law & Contemp. Probs.63).

La Convención de Viena sobre el derechos de los tratados resaltó este carácter prescribiendo que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general” (art. 53) y aporta una definición indicando que “para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es 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 puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (art. 53).

Las normas del ius cogens sólo recogen principios consuetudinarios fuertemente arraigados en la conciencia jurídica de la humanidad, de ahí que no todas las normas consuetudinarias que conforman el derecho internacional lo constituyen.

El carácter imperativo de estas normas esta dado por que resultan necesarias para la tutela de la humanidad -opinio juris vel necessitatis-.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos delineó sus elementos, señalando que el ius cogens “deriva de conceptos jurídicos que las leyes del hombre o las

naciones no pueden contravenir”. Se trata “de normas que han sido aceptadas sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como necesarias para proteger la moral pública en ellas reconocidas” (cfr. CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párr. 55).

Mas tarde en el año 2002 la Comisión señalaría que las normas de jus cogens, “derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional, en la medida en que la violación de esas normas prioritarias se considera conmueve la conciencia de la humanidad y, por tanto, obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia(cfr. CIDH Michael Domingues c. Estados Unidos caso 12.289 párr. 49).

Asimismo precisó que “aunque se basan en las mismas fuentes probatorias que las normas del derecho internacional consuetudinario, la norma para determinar un principio de jus cogens es más rigurosa y requiere evidencias del reconocimiento del carácter indeleble de la norma por parte de la comunidad internacional en su conjunto. Esto puede ocurrir donde haya la aceptación y el reconocimiento para una mayoría grande de Estados, incluso si un numero pequeño de Estados han disentido” (Cfr. CIDH caso Domingues supra citado parág. 50).

Como consecuencia, las normas que conforman el ius cogens generan por efecto un vínculo jerárquico con otras normas que conforman el derecho internacional y con las normas y actos de los Estados en particular, en virtud del cual el primero adquiere primacía sobre los segundos (En este mismo sentido cfr. M. Cherif Bassiouni, en “A Funcional Approach to General Principles of International Law”, 11 Mich. J. Int’l. L. 768 y en ”international Crimes: jus Cogens and Obligatio Erga Omnes” 59 AUT Law & Contemp. Probs. 63; Karen Parker “Jus Cogens: Compelling The Law of Human Rights” 12 Hastings Int’l & comp. L. Rev. 411).

Esta relación de suprasubordinación de los ordenamientos locales a estas normas imperativas del derecho de gentes, proyecta efectos nulificantes sobre cualquier disposición en contrario ya sea de nivel internacional o interno.

La inderogabilidad vinculada con este carácter nulificante derivado de la posición que ocupa, constituye uno de los atributos fundamentales que se le reconocen al ius cogens (cfr. Lauri Hannikainen, “Peremptory Norms (ius cogens) in International Law; Historical Development, Criteria , Criteria Present Status”; T. Meron, “Human Rights in Internal Strife; Their International Protection”).

VII.b. El ius cogens sustantivo.

La razón fundamental de los atributos del ius cogens - universalidad, supremacía, obligatoriedad e inderogabilidad-, reside en su contenido material. Está constituido por valores que no pertenecen al patrimonio exclusivo de un estado en particular sino al interés de la comunidad internacional como un todo (cfr. Karen Parker Op. cit).

Como señala Verdross “el criterio para estas reglas consiste en el hecho de que no existen para satisfacer las necesidades individuales de los estados sino mas bien el interés superior de la totalidad de la comunidad internacional. Por lo tanto estas reglas son absolutas” (Cfr. Verdross "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", 60 Am. J. Int'L. L. Págs. 55 y 59).

En este mismo sentido se ha dicho que “la idea de un orden público internacional presupone la existencia de principios y reglas del derecho internacional que deben ser entendidas como la base fundamental del sistema jurídico y cuya violación acarrearía necesariamente responsabilidad por parte del Estado que las haya lesionado. Esta idea, mina decididamente la noción de un Estado omnipotente que no acepta subordinación alguna fuera de la de su propia voluntad” (cfr. Zuppi, Luis Alberto “El Derecho Imperativo ‘ius cogens’ en el nuevo orden internacional” E.D. T.147 pág. 864)).

Los redactores de la Convención de Viena omitieron deliberadamente efectuar una enumeración de las normas del ius cogens con miras a aventar cualquier futura pretensión de taxatividad que afectara su dinamismo evolutivo (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados primera y segunda sesión, 1968).

Porque como señala Sagües, “los delitos iuris gentium no tienen ni pueden tener contornos precisos. Su listado y tipología es forzosamente mutable, en función de las realidades y de los cambios operados en la conciencia jurídica prevaleciente”. Por ello, el artículo 118 de la Constitución Nacional es una ‘clausula abierta’ “en el sentido de que capta realidades de su época (realidades mínimas ya que el catálogo de delitos iuris gentium era en ese momento reducido) y realidades del presente como del futuro (puesto que engloba a figuras penales posteriores a su sanción)” (cfr. Sagües, Néstor Pedro “Los delitos contra el Derecho de Gentes en la constitución Argentina”, E.D. T. 146 págs. 938/939).

La experiencia indica que existe el mas amplio consenso en torno a que los derechos fundamentales del hombre contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen este carácter imperativo e indisponible.

Lejos de constituir el patrimonio exclusivo de un estado particular, pertenecen a la humanidad entera. Los Estados tienen a su respecto obligaciones plenamente operativas que comprometen tanto la prevención y la tutela como la reparación y sanción en casos de violaciones.

La prohibición de la esclavitud, de la piratería y del uso de determinadas armas fueron las primeras a las que se les reconoció el status de *ius cogens* con sus connotaciones actuales, integrándose luego con la sanción y prevención del genocidio, la desaparición forzada de personas, la tortura u otros tratos y castigos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la discriminación racial, que constituyen una ejemplificación no exhaustiva de normas de derecho consuetudinario a las que se les reconoce este carácter preeminente e imperativo (Cfr. CIDH caso Domingues supra citado parág. 50; la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia -South-West Africa- not withstanding Security Council Resolution 276/1970” del 21 de junio de 1971; “United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran -United States of America v. Iran”, rta. por la Corte Internacional de Justicia el 24 de mayo de 1980).

Los instrumentos de derecho internacional constituyeron un importante aporte para la internacionalización de delitos que originariamente o no se sancionaban o se consideraban como de carácter doméstico. Al respecto señalaba Cassín que “a partir del momento en que Convenciones multilaterales de conjunto fijan el alcance de los derechos y libertades fundamentales enunciados por la Declaración que los Estados se comprometen a respetar, la violación de uno de esos compromisos por un Estado, aún en relación a uno de sus nacionales, deviene sin duda alguna un problema internacional si no es previamente contenido reprimido o reparado en el interior mismo del país interesado mediante recursos administrativos, políticos o judiciales” (cfr. Cassín. Op. cit. pág. 45).

La Corte Internacional de Justicia, en el leading case “Barcelona Traction” resaltó que cabe distinguir entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo, y aquéllas que emergen de la relación *vis-a-vis* entre los Estados...”. “Por su especial naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. A la vista la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados asumen un interés legal en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*. De tales obligaciones derivan, por ejemplo, el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión, y del genocidio, como también de los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, entre ellos la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunas de las tutelas

correspondientes a estos derechos ya integran el cuerpo del derecho internacional general(Reservas a la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports 1951, p. 23); otros instrumentos internacionales les han conferido un carácter universal o cuasi-universal(cfr. I.C.J. “Barcelona Traction, Light and Power Compagny Limited (Belgium v. Spain)”, rta. el 5 de febrero de 1970, parágs. 33 y 34).

En estas actuaciones se han acreditado conductas que han detruido a quienes las han padecido de las manifestaciones mas elementales de su ser.

Estos caracteres de preeminencia, indisponibilidad y supremacía de las normas del ius cogens, que integran por igual el ordenamiento jurídico argentino, privan de relevancia a la afirmación defensiva relativa a que no pueden aceptarse tipos penales “que contravengan figuras de los Estados”, y a los intentos exculpatorios que pretenden sustento en los decretos mencionados en el escrito de interposición del recurso de casación.

En este sentido, ninguna situación de conflicto, ni una guerra, ni el cumplimiento de un deber o la consecución de un fin no importa cual sea, ni el ordenamiento normativo, pueden acordar justificativo como aduce la defensa, o legitimar "jurídicamente" las conductas que en esta causa se han demostrado. Porque, como se dijo no es el Estado, ni su carta fundamental, ni son sus ocasionales gobernantes los dispensarios graciosos de los bienes humanos que aquí han sido anulados.

VIII. Delitos de lesa humanidad.

En el estado actual de la evolución del derecho penal internacional, existen determinadas conductas que por sus características generan obligaciones universales de persecución y sanción penal.

Como señala M. Cherif Bassiouni “el reconocimiento de ciertos delitos internacionales como de ius cogens, acarrea el deber de persecución o extradición” (cfr. M. Cherif Bassiouni “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio erga Omnes, 59, AUT Law & Contemp. Probs. Pág. 65).

La evolución de la noción de delitos contra la humanidad y la de la correlativa respuesta jurídica, aparece signada por la necesidad de poner coto, prevenir y sancionar las desviaciones de poder y las calamidades ocurridas en tiempos de guerra.

Precisamente, es en el marco de los tratados internacionales de entre guerra donde se fue desarrollando la noción de crímenes contra la humanidad.

La Declaración de San Petersburgo de 1868 reconociendo los "límites técnicos en que deben detenerse las necesidades de la guerra" y "considerando que los progresos de la civilización deben tener por efecto atenuar en cuanto sea posible las calamidades de la guerra" proscribió el empleo de armas que por sus características "agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable" y declaró que su uso sería "contrario a las leyes de la humanidad". Asimismo se asumió el compromiso de que los desarrollos ulteriores en materia de armamentos deberán conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad".

Poco tiempo después la guerra Franco-Prusiana de 1870 motivó la iniciativa del suizo Gustav Mynier para la constitución de una Corte Penal Internacional que juzgara las violaciones a la Convención de Ginebra que tuvieron lugar en el marco de ese conflicto bélico.

La Primera Conferencia de Paz de la Haya de 1899, introduce al preámbulo del convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre la cláusula por la que "esperando que un Código mas completo pueda ser redactado, en lo que concierne a sus leyes, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes queden bajo la garantía y el imperio de los principios del Derecho de Gentes como resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública"(cfr. Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre del 29 de julio de 1899, ley 5082).

Siguió la Declaración de 1915 por la que Francia, Gran Bretaña y Rusia calificaron como "crímenes contra la humanidad y la civilización" la matanza de armenios que tuvo lugar en Turquía a manos del imperio Otomano.

El Tratado de Sévres de 1920 se expresó en el mismo sentido y en 1919 la Comisión de la Conferencia de Paz declaró que los crímenes contra la humanidad comprendían asesinatos, masacres, terrorismo sistemático, matanza de rehenes, torturas de civiles, inanición deliberada de civiles, violación, abducción de mujeres y niñas para su sometimiento a prostitución forzosa, deportación de civiles, internamiento de civiles bajo condiciones inhumanas, trabajos forzosos de civiles en conexión con las operaciones militares del enemigo y bombardeo deliberado de hospitales y lugares indefensos.

Concluida la Segunda Guerra Mundial, el Estatuto constitutivo y la labor llevada a cabo por el Tribunal Militar de Nüremberg constituyeron sin duda un hito cardinal no sólo para el afianzamiento y precisión conceptual de los denominados delitos de lesa humanidad sino también en el reconocimiento de su carácter universal, y correlativamente la sanción de los responsables de tanto horror que le precedió.

El artículo sexto de la Carta del Tribunal, estableció los alcances de su jurisdicción, que comprendió a) la comisión de crímenes contra la paz, b) la comisión de crímenes de guerra y c) la comisión de delitos contra la humanidad, tales como el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación u otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos en la ejecución de o en conexión con cualquier otro crimen atribuible a la jurisdicción del Tribunal, ya sea que hayan sido cometidos o no en violación a las leyes internas del país donde se perpetraron.

Las cuatro convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 dispusieron que "en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto" (Cfr. artículos terceros de las cuatro convenciones, Ley 14.467).

El Estatuto del Tribunal Internacional creado para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, incluyó en su enunciado los delitos contra la humanidad. Entre ellos enuncia el asesinato, el exterminio; la esclavitud; la deportación; el encarcelamiento; la Tortura; g) la violación; las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; otros actos inhumanos" (cfr. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 827, del 25 de mayo de 1993, art. 5° del Estatuto).

Luego, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reiteraría esta enunciación en la adopción del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, definiendo a los crímenes de lesa humanidad como aquéllos que "han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso" (cfr. artículo 3°).

El art. 2° del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda establece que "se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal: a) Asesinato de miembros del grupo; b) Graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial; d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo" y que "serán castigados los siguientes actos: a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio".

Por ley 25.390 se incorporó a nuestro derecho interno el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, en cuyo preámbulo se afirma que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia"; asimismo, se expresa la decisión de "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes".

El art. 7 del mencionado Estatuto precisa aquellas conductas comprendidas dentro del concepto delitos de "lesa humanidad", incluyendo a los siguientes: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave

de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

A su respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales” y “las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos (cfr. causa "Simón, Julio Héctor" supra cit., voto del doctor Juan Carlos Maqueda considerandos 56 y 57).

Por su parte, la Cámara de Juicio del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló que: "Generalmente se reconoce que los crímenes contra la humanidad constituyen graves violaciones que shoquean la conciencia colectiva. El libelo que contenía los cargos contra los acusados ante el Tribunal de Nüremberg especificó que los crímenes contra la humanidad constituían rupturas de las convenciones internacionales, del derecho interno, y de los principios generales de derecho penal que derivan del derecho penal de todas las naciones civilizadas.

En esta dirección, el Secretario General de las Naciones Unidas en su reporte proponiendo el Estatuto para el Tribunal Internacional, considero que ‘los crímenes contra la humanidad comprenden actos inhumanos de gravedad extrema, tales como el homicidio, la tortura, la violación, cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil por motivos nacionales, políticos étnicos, raciales o religiosos' (S/25704 párrafo 48).

En 1994 la Comisión de Derecho Internacional afirmó que ‘la definición de crímenes contra la humanidad comprende actos inhumanos de carácter muy serio que involucran violaciones generalizadas o sistemáticas dirigidas contra la población civil en todo o en parte (Reporte de la Comisión de Derecho Internacional 1994, Suplemento n° 19 -49/10, comentario al proyecto de estatuto para

una Corte Penal Internacional, art. 20 parágrafo 149).

Los crímenes contra la humanidad son actos serios de violencia que dañan a los seres humanos privándolos de lo que es más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites tolerables por la comunidad internacional, que forzosamente debe exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden al individuo porque cuando el individuo es lesionado, la humanidad es atacada y anulada. Es por tanto el concepto de humanidad como víctima el que caracteriza los crímenes contra la humanidad" (cfr. Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia -Cámara de Juicio- caso "Grazen Erdemovic", sentencia del 29 de noviembre de 1996, parágrafos 27 y 28).

No obstante que la evolución de la noción de crímenes de lesa humanidad se encuentra ligada desde una perspectiva histórica a la problemática de los conflictos bélicos, resulta indistinto a los efectos de su calificación como tales y de la asignación de las consecuencias jurídicas que su comisión conlleva la circunstancia de que hubiesen sido perpetrados en tiempos de guerra (cfr. en este mismo sentido Guénaél Mettraux "Crimes Against Humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda", 43 Harvard International Law Journal p.299).

Por su naturaleza este tipo de conductas alcanzadas por las normas del ius cogens, tampoco admiten la defensa de "cuestiones políticas no judiciales" (cfr. Karen Parker op. cit. p. 447). Por tanto, la investigación y determinación de responsabilidad resultan un deber ineludible de los tribunales de justicia.

En relación a los elementos distintivos de este tipo de delitos, nuestra Corte Suprema señaló que "la descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como 'crímenes contra la humanidad' porque: 1- afectan a la persona como integrante de la 'humanidad', contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado.

El primer elemento pone de manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir

que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son ‘fundantes’ y ‘anteriores’ al estado de derecho”. “El segundo aspecto requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos. No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno. No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura y el secuestro configurando un ‘Terrorismo de Estado’ que ninguna sociedad civilizada puede admitir. No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad” (Cfr. C.S.J.N. Causa “Simón, Julio Héctor” supra cit. voto del doctor Ricardo Luis Lorenzetti, considerando 13).

IX. El derecho Humanitario.

IX. a.

El recurrente planteó que “la guerra contra la subversión es jurídicamente legítima y los combates que protagonizaron las fuerzas armadas están justificados porque se produjeron en defensa de la patria y el legítimo cumplimiento del deber” (fs. 4507; que las imputaciones dirigidas contra su pupilo “deben encuadrarse en actos de guerra debidamente realizados” (fs. 4507) que la situación “exigía una forma de combate nuevo”, que “de lo contrario las fuerzas armadas hubieran sido negligentes en el cumplimiento del deber” (fs. 4510); que “cuando el enemigo es además delincuente de guerra se lo combate y se lo trata como tal” y que “el legítimo cumplimiento del deber, justifica plenamente la acción que se pretende condenar” (fs. 4515 vta.).

IX. b.

La pretensión de sustentar en la hipótesis de un guerra una conclusión exculpatoria en favor de Etchecolatz, encuentra un firme obstáculo en las normas del derecho humanitario.

Es que constituyen un límite indisponible aún y precisamente en la eventualidad de un conflicto armado. Se ha destacado la función que cumplen los distintos tratados de derecho humanitario en la preservación de normas fundamentales justamente en esos contextos en los que se encuentra particularmente amenazada la primacía del derecho (cfr. Chetail, Vincent “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 850, P. 235).

Sus disposiciones revisten el status de *ius cogens*, por lo tanto participan de los atributos de obligatoriedad e indisponibilidad, e impone a los Estados las obligaciones de tutela y investigación y sanción frente su violación. En este sentido la Corte Internacional de Justicia ha dicho que “las normas fundamentales de derecho humanitario debe ser respetadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones en que estás inscritas, pues constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario” (opinión consultiva “Legality of the use Threat or Use of Nuclear Weapons”, *ICJ Reports*, p. 258, párr. 83).

Que en el caso, las conductas atribuidas al causante, aún en el contexto de la hipotética situación de guerra que conjetura la defensa, constituyen violaciones al derecho humanitario.

Vale señalar que el artículo tercero de los cuatro Convenios de Ginebra antes citados, contienen *inter alia*, la expresa prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal, los tratos crueles, los suplicios, los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes y el cercenamiento de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

La pretendida condición de “enemigos” a la que se alude en el recurso de casación, no justifica en ningún caso los tratos que sufrieron las personas que se encontraban privadas de su libertad al momento en que el imputado se encontraba a cargo de la Dirección General de Investigaciones.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que aun en tiempos de guerra en que ciertos derechos sufren un eclipse parcial o temporario subsiste siempre la conservación, como intangible, de la protección al bien jurídico vida dentro de un mínimo internacional local o de un mínimo de orden jurídico interno admitido internacionalmente y que no se puede desconocer” (cfr. Fallos: 318:2148 voto del doctor Gustavo A. Bossert, considerando 30).

Con similar criterio el Tribunal Penal Internacional para juzgar los delitos contra el derecho humanitario en la ex-Yugoslavia afirmó que los delitos de homicidio y tratos crueles acarrearán responsabilidad penal individual (Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, planteo de jurisdicción, rta. el 2 de octubre de 1995 parág. y *Prosecutor v. Naser Orić*, rta. el 30 de junio de 2006, parág. 261). pretorianas, ni de circunstanciales manifestaciones legislativas. Nuestro país ya con anterioridad a la ocurrencia de los hechos que aquí se juzgan había dado recepción legislativa a los cuatro convenios de Ginebra y a la Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia observó “que la protección dispuesta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, salvo cuando se aplica el artículo 4, que permite la derogación de algunas disposiciones en situaciones de emergencia nacional. El respeto del derecho a la vida (garantizado por el artículo 6 del Pacto Internacional) integra sin embargo, esas disposiciones. El derecho de las personas a no ser privadas arbitrariamente de la vida también se aplica durante las hostilidades (opinión consultiva “*Legality of the use Threat or Use of Nuclear Weapons*”, ICJ Reports, p.240 párr. 25).

IX. C. La obligación de investigar y sancionar los delitos de lesa humanidad como norma de ius cogens. Los “obstáculos” de derecho interno.

En relación a los planteos dirigidos contra la declaración de nulidad de las leyes 23.492 y 23.521, cabe señalar que la cuestión ya sido dirimida por la Corte Suprema en oportunidad de resolver la citada causa “Simón”, sin que en esta oportunidad se aporten argumentos nuevos que permitan apartarse de la doctrina del precedente mencionado.

En la ocasión, el Alto Tribunal sostuvo, *inter alia*, que “a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse

de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal mas grave ni la cosa juzgada” (cfr. causa Simón considerando 31).

Por otra parte, en Fallos 318:2148, afirmó que “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional” y que “en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya” (considerandos 4° y 5° del voto la mayoría). En tal sentido cabe recordar que como se dijera, la parte recurrente no ha esgrimido argumentos nuevos que permitan apartarse del criterio sentado en el caso de mención.

Cabe añadir que la aplicación de la imprescriptibilidad tiene fundamentos en el derechos de gentes. Como dice Bidart Campos la aplicación *ex post facto* de las normas que declaran la imprescriptibilidad de determinados delitos, no contradicen nuestro ordenamiento jurídico “porque la propia constitución, en su propia recepción y remisión al derecho de gentes en materia penal, consiente la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, aun mediante ley posterior” (cfr. Bidart Campos, Germán, “La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad” ED t.135 págs. 326/327). En igual sentido Fallos:326:2805 y 326:4797.

Habiéndose determinado que las conductas por las que se juzga a Etchecolatz, constituyen crímenes de lesa humanidad, resultan aplicables las consecuencias jurídicas inherentes a delitos de tal naturaleza.

En esta dirección y como se señalara supra, existe consenso en la comunidad internacional de que no pueden existir obstáculos en el derecho interno de los Estados que arroje como resultado la impunidad de estos delitos (cfr. causa “Simón” supra cit., los estatutos constitutivos del tribunal de Nüremberg y de la Corte Penal Internacional -ley 25.390- como los de los tribunales para juzgar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y Rwanda).

El Relator Especial de las Naciones Unidas para la cuestión relativa a la impunidad de los perpetradores de violaciones a los derechos humanos, Louis Joinet, definió la impunidad como la ausencia de responsabilidad de facto o de iure por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos -ya sea que esa responsabilidad sea de índole penal, civil, administrativa o disciplinaria-, porque se sustraen a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos

culpables, a la condena” (cfr. E/CN.4/Sub.2/1996/18 Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos preparado por el Sr. L. Joinet, 20 de junio de 1996).

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió la impunidad 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” (casos Blake rto. el 22 de enero de 1999 parág. 64 y 65; “Paniagua Morales y otros rto. el 8 de marzo de 1998, parág. 173; Loayza tamayo, rto. el 27 de noviembre de 1998 parág. 171 y Suárez Rosero rto. el 20 de enero de 1999 parág. 80).

Tengo para mí que la tesis que descarta eventuales obstáculos que puedan representar las normas del derecho interno para la investigación y sanción de delitos de esta naturaleza, reside justamente en la supremacía de los valores que conculcan los crímenes de lesa humanidad, que forman parte del *ius cogens*.

En este sentido, la situación de tensión entre las leyes 23.492, 23.521 y 25.778 y el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede fundarse en estrictas consideraciones de temporalidad, sino antes bien estableciendo un justo orden de prelación entre los valores comprometidos en el caso.

Así se ha dicho que el poder de amnistiar encuentra límite frente a determinadas conductas -v.gr. crímenes de lesa humanidad- que comprometen la obligación de los Estados de perseguir y sancionar a los responsables. En este sentido las denominadas “amnistías sábanas”, “deniegan a la judicatura la posibilidad de perseguir, y en consecuencia hacen imposible la efectiva persecución de delitos cuya persecución es requerida por el derecho internacional consuetudinario”. La prohibición de estas leyes tiene por lo tanto bases sustantivas (cfr. Burke-White, William “Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to An Analysis Of Amnesty Legislation”, 42 Harvard International Law Journal, Págs 529 y 530).

En esta dirección, en la causa Simón de precedente cita se ha señalado la estrecha vinculación existente entre el ejercicio de jurisdicción de conductas como las que aquí se juzgan, el principio universal y la soberanía del Estado.

En efecto, se dijo que “el hecho nuevo que hoy se presenta es el funcionamiento real, efectivo y creciente del principio universal. Hay ciudadanos argentinos que

están detenidos, procesados y juzgados por otros estados en razón de estos delitos cometidos en el territorio nacional” y que “cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía. El hecho nuevo que aparece a partir de las leyes cuestionadas no es la mera posibilidad de ejercicio de la jurisdicción extranjera sobre hechos cometidos en el territorio, sino el efectivo ejercicio de esas jurisdicciones. Los reclamos de extradición generan la opción jurídica de ejercer la propia jurisdicción o de admitir lisa y llanamente la incapacidad para hacerlo y, por ende, renunciar a un atributo propio de la soberanía nacional, cediendo la jurisdicción sobre hechos cometidos en el territorio de la Nación por ciudadanos argentinos”. (cfr. C.S.J.N. causa “Simón” cit. voto del doctor E. Raúl Zaffaroni considerando 33).

La incorporación de la tutela de los derechos humanos al ámbito de la jurisdicción internacional, no implica la declinación de la jurisdicción interna de los estados sino que, además de las consecuencias que emergen del principio universalista, significa que la promoción, el cuidado de los derechos humanos y la sanción de sus violaciones constituyen obligaciones asumidas por el estado ante la comunidad internacional y cuyo desconocimiento genera responsabilidad internacional (cfr. en el mismo sentido Bidart Campos, Germán “Los Derechos del Hombre” supra cit. pág. 167/168 y Moncayo, Guillermo R. “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema” en “La aplicación de los tratados...” supra citado).

En igual sentido se pronuncia Emilio J. Cárdenas, al señalar que “algunos responsables de haber cometido crímenes de lesa humanidad contra civiles inocentes en nuestra Patria deben todavía enfrentar la verdad y -en su caso- la justicia”, deben ser juzgados dado que las conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad “no han prescripto” (cfr. Cárdenas, Emilio J. “Conductas que constituyen ‘crímenes de lesa humanidad’” en E.D. del 11 de abril de 1006 n°11.488 Año XLIV).

X. La adecuación típica de los hechos que se tuvieron por probados.

Aún cuando no ha sido motivo de agravio, corresponde tratar la cuestión a los efectos de agotar la revisión del pronunciamiento condenatorio.

En tal sentido, cabe señalar que en función de la respuesta dada a la cuestión anterior, resulta ajustada a derecho la calificación de las conductas del imputado efectuada por el Tribunal Oral en cuanto las considera constitutivas de los delitos de homicidio calificado en perjuicio de Diana Esmeralda Teruggi, privación ilegal de la libertad calificada, aplicación de tormentos y homicidio calificado de Patricia Graciela Dell’Orto, Ambrosio Francisco De Marco, Elena Arce Sahores, Nora Livia Formiga y Margarita Delgado; privación ilegal de la libertad calificada y aplicación de tormentos en perjuicio de Nilda Emma Eloy; privación ilegal de la libertad calificada y aplicación de tormentos en perjuicio de Jorge Julio López, todos en concurso real, por lo que cabe remitirse sin otro comentario adicional a todo cuanto se precisó al tratar la tercera cuestión.

XI. La atribución de autoría mediata.

La defensa ha cuestionado la atribución de autoría mediata a su pupilo por considerar que se sustenta en un criterio de responsabilidad objetiva ajeno al Derecho Penal Argentino.

Cabe precisar en primer término que el Tribunal tuvo por cierto que “todos los hechos en examen han transcurrido en ámbitos de ‘dominio efectivo’ del imputado Etchecolatz” (cfr. fs. 4445 vta.). En lo que respecta a los hechos de los que resultaron víctimas Nilda Emma Eloy, Jorge Julio López y Diana Esmeralda Teruggi, el tribunal a quo tuvo por probada la intervención personal del nombrado “en el secuestro de la primera, en las torturas del segundo y en el ataque donde fue asesinada Diana Teruggi” (fs. 4446).

Respecto de otros hechos imputados, se ha acreditado que Etchecolatz estuvo a cargo de la División General de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires entre mayo de 1976 y enero de 1979, en cuyo ámbito funcionaban los centros de detención donde según se ha demostrado tuvieron lugar algunas de las conductas disvaliosas motivo de este proceso.

En tales condiciones, el punto de partida para la determinación de la autoría mediata es el dominio del hecho (cfr. Donna, Edgardo Alberto “El Concepto de Autoría y la Teoría de los Aparatos de Poder de Roxin”, Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales -Homenaje al profesor Claus Roxin-, Córdoba 2001, pág 298), circunstancia fáctica que como se ha señalado en el caso ha sido demostrada.

Sostiene Roxin que autor mediato “es todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder -sin importar en nivel de la jerarquía- y que a través de las órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad del ejecutante” y que la “fungibilidad” del autor inmediato “es lo que garantiza al hombre de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar los acontecimientos” En estos casos el autor inmediato es sólo “un ‘engranaje’ reemplazable en la maquinaria del aparato de poder” (Conf. Roxin, Claus, “La autoría mediata por dominio en la organización” en Revista de Derecho Penal 2005- 2 pág. 9 y sgte.).

La teoría de Roxin sobre el dominio de la voluntad por medio de una fuerza organizada de poder como una manifestación mas de dominio mediato del hecho, es respuesta jurídica a aquellas situaciones en las que no media dominio del hecho por medio de dominio de la voluntad en virtud de acción o de error.

Señala el profesor alemán que los “crímenes de guerra, de estado y de organizaciones -como los que aquí se analizan- no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómenos global” (cfr. Roxin , Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid 2000 pág. 270).

En tal sentido, no constituye crítica suficiente de la teoría aplicada en el fallo, la afirmación de que se funda en “criterios de responsabilidad objetiva ajenos a nuestro ordenamiento penal”.

Otras posiciones doctrinarias han dado respuesta a la cuestión de la imputación autoral en casos como el de autos, pronunciándose en favor de aplicar la coautoría (cfr. Zaffaroni, R. E., Alagia, A. y Slokar. A. “Derecho Penal. Parte General., Buenos Aires 2003 pág. 780; García Vitor, Enrique “Nuevas Formulaciones...” cit, pág. 347; Aboso, Gustavo Eduardo, “Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder” en Revista de Derecho Penal año 2005-2 pág.320) o la instigación (cfr. Donna, op. cit. pág. 325).

XII. Por todo lo expuesto cabe dar respuesta negativa a

esta quinta cuestión.

La doctora Liliana Catucci dijo:

a) Plantea la defensa particular de Etchecolatz la ausencia de facultades del Congreso Nacional para declarar la nulidad de las leyes 23.492 y 23.521 de punto final y obediencia debida respectivamente por tratarse de un tema de competencia exclusiva del Poder Judicial de la Nación que tampoco puede hacerlo de manera retroactiva.

Agregó que no puede otorgarse a esas nulidades carácter retroactivo para agravar la situación jurídica de los justiciables pues de esa manera se afectan las garantías de juicio previo y de legalidad previstos en el art. 18 de la Constitución Nacional, y de la ley más benigna.

Es de señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re: "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad", S. 1767. XXXVIII, causa n° 17.768, rta. el 14/6/05 -Mayoría: Petracchi. Voto: Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti, Argibay. Disidencia: Fayt.-), tiene dicho que "...El sentido principal que se pretendió dar a la declaración de nulidad de las leyes 23.492 y 23.521 fue el de facilitar el cumplimiento del deber estatal de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional... En el ámbito del Poder Legislativo las directrices del Preámbulo, y la disposición del art. 75, inc. 32, de la Constitución Nacional, otorgan un marco adecuado de habilitación para que el Congreso de la Nación se sienta obligado a dar una respuesta legislativa excepcional -declaración de nulidad de las leyes 23.492 y 23.521- para satisfacer desde lo institucional las consecuencias que nacen de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, y con el fin preciso de proteger al Estado argentino de eventuales responsabilidades en el orden internacional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda)... Sin perjuicio de que la Corte Suprema, en función de mandatos de derecho interno y de derecho internacional, declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y, más aún, declare expresamente que carecen de todo efecto que de ellas o de los actos practicados en su función, puedan emerger obstáculos procesales que impidan el cumplimiento de los mandatos del derecho internacional, no puede obviar que el propio Congreso Nacional sancionó la ley 25.779 que las declara insanablemente nulas, aplicando a su respecto las palabras que el texto constitucional reserva para los actos previstos en su art. 29, ley que forma parte del derecho positivo vigente... La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es -sin duda- aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería

considerada un ilícito internacional, pues cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23.492 y 23.521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por dicho tribunal de derechos humanos... La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda respecto de la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y permite resolver las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que no rige. Además, brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, como es la inexecutableidad de dos leyes penales nacionales, la reafirmación de la voluntad nacional de ejercer en plenitud la soberanía y la firme decisión de cumplir con las normas internacionales a cuya observancia se sometió en pleno ejercicio de esa soberanía, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni)... Sin perjuicio de reconocer que las leyes 23.492 y 23.521 han perdido todo efecto en función de la ley 25.779, corresponde ratificar que son inconstitucionales, y declarar que se cancela cualquier efecto directo de ellas o de los actos en ellas fundados que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina, a fin de que no queden dudas acerca de que cesa la posibilidad de que cualquier país pueda invocar el principio universal y reclamar el juzgamiento de estos crímenes en extraña jurisdicción, reasumiendo la Nación la plenitud de su soberanía y, por ende, del ejercicio de la jurisdicción como atributo de ésta (del mismo voto)... La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda respecto de la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y permite resolver las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige. Además, brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

b) Este tema de los delitos de lesa humanidad así como todas sus consecuencias jurídicas fue tratado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: "Arancibia Clavel, Enrique L. S/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", A. 533. XXXVIII, T. 327: 3312 del 24/8/2004, al sostenerse, entre otras cosas, que: "...corresponde calificar a la conducta como delito de lesa humanidad si la agrupación de la que formaba parte el imputado estaba destinada a perseguir a los opositores políticos del gobierno de facto por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos, con la aquiescencia de funcionarios estatales... La desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar, sin

perjuicio de la ley positiva del Estado de que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados parte en la Convención, que empleara esta calificación, la doctrina y la práctica internacional han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad... El fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda -de la acción o de la pena-, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en el que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico-aneecdótico: la excepción a la regla está configurada por aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se trata de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera, dada la magnitud y la significación que los atañe... Tanto los 'crímenes contra la humanidad' como los tradicionalmente denominados 'crímenes de guerra' son delitos contra el 'derecho de gentes' que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar... Si para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el Derecho Internacional de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad".

Asimismo, el Más Alto Tribunal recordó que: "La Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía del derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente, con el consiguiente deber de su aplicación por los tribunales respecto de los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción (del Voto del Dr. Maqueda). La consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía, al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa, un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio, independientemente del consentimiento expreso de las Naciones, que las vincula y que es conocido actualmente 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. Ningún Estado de la comunidad internacional actual puede encontrarse ajeno a la vigencia de *ius cogens* que obliga a las organizaciones gubernamentales a proteger a sus ciudadanos y a los ciudadanos de otros Estados de la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Se agregó 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 los delitos de lesa humanidad (del voto del Dr. Maqueda).

Por otra parte, el Máximo Tribunal de nuestro País in re: "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.", causa n° 17.768, S. 1767. XXXVIII, rta. el 14 de junio de 2005 Simón, señaló que: "Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Voto del Dr. Antonio Boggiano. Mayoría: Petracchi. Voto: Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Higton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. Disidencia: Fayt).

A ello la doctora Carmen Argibay en su voto consignó que: "La segunda versión del argumento supone que la acción penal para perseguir judicialmente un delito de lesa humanidad, de acuerdo con el derecho internacional, puede extinguirse por prescripción o amnistía".

"La respuesta es que los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad del reproche. Por el contrario, los instrumentos internacionales que alguna mención hacen del tema establecen precisamente el criterio opuesto: Convención Internacional Sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad, artículo I; Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo 7°; Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 29".

"A tales cláusulas cabe agregar la cita de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, conforme la interpretación que de ellos hizo la Corte Interamericana en el caso 'Barrios Altos', Serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001. En el párrafo 41 de dicho pronunciamiento, ese tribunal expresa: 'Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos'".

Asimismo, recordó el Más Alto Tribunal que "Más adelante, en el párrafo 43, confronta estas consideraciones con las cláusulas de la Convención Americana: 'La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de la autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de la violación a derechos humanos ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente' [Énfasis añadido]".

"Por lo tanto, si los jueces, en la etapa inicial en que se encuentra el proceso, hubiesen calificado los hechos como crímenes contra la humanidad y acto seguido declarado extinguida la acción por prescripción o amnistía, hubiesen incurrido en una contradicción manifiesta con las propias bases de su pronunciamiento y, consiguientemente, en una palmaria violación del derecho penal internacional".

"Esto implica que, cuando se trata de procesos penales por delitos de lesa humanidad, las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del acusado), o ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena (cosa juzgada)".

"15) De la combinación de las respuestas a los argumentos, tratadas en los dos considerandos precedentes, resulta que las defensas de prescripción y amnistía no pueden admitirse, salvo que, previamente, se consiga refutar la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad. Por otra parte, esta refutación sólo podrá ser considerada por esta Corte al revisar un pronunciamiento que no admita la revisión posterior del punto, es decir, en la sentencia definitiva (Sobre el criterio correcto para equiparar un auto de prisión preventiva a una sentencia definitiva, ver el argumento de Fallos: 290:393 y 300:642)".

"En otras palabras, los recurrentes no cuentan con un

derecho constitucional a cancelar la continuación del proceso por prescripción o amnistía y, en la medida que las leyes 23.492 y 23.521 pueden reconocerlo, son inconstitucionales".

"16) Sin perjuicio de que lo antes expuesto es suficiente para rechazar el recurso extraordinario, la gravedad de las consecuencias que derivan de esta decisión hace necesario considerar si, como lo postula la recurrente, la resolución que propongo implica la violación del principio de legalidad, en alguna de sus manifestaciones".

"En primer lugar, el principio de legalidad en cuanto protege la competencia del Congreso para legislar en materia penal, se ha visto cumplido con la doble intervención del poder legislativo, tanto al ratificar la Convención sobre Imprescriptibilidad (ley 24.584), cuanto al conferirle "jerarquía constitucional" (ley 25.778)".

"En otro sentido, el principio de legalidad busca preservar de diversos males que podrían afectar la libertad de los ciudadanos, en particular los siguientes: la aplicación de penas sin culpabilidad, la frustración de la confianza en las normas (seguridad jurídica) y la manipulación de las leyes para perseguir a ciertas personas (imparcialidad del derecho). La modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ninguna de estas lecturas".

"No se viola el principio de culpabilidad, en la medida que las normas legales sobre prescripción no forman parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal, es decir, su modificación no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan. En otros términos, no se condena por acciones lícitas al momento de la comisión, ni se aplican penas más graves".

"Tampoco hay frustración de la confianza en el derecho que corresponde asegurar a todo ciudadano fiel a las normas, porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional. El agotamiento del interés público en la persecución penal, que sirve de fundamento a la extinción de la acción por prescripción, depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que el autor del delito merece por ley. Es absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente a esa pérdida de interés en la aplicación de la pena".

"Sobre la base de lo señalado en los dos párrafos anteriores, considero que resultaba correcta la jurisprudencia de esta Corte que no reconocía en el artículo 18 de la Constitución Nacional un derecho a liberarse de la persecución penal por el transcurso del tiempo. Así lo ha dicho, remitiéndose al dictamen del Procurador General, en Fallos: 181:288, quien sostuvo que 'Las leyes ex post facto inaplicables en el concepto constitucional, son las que se refieren a delitos y no las que estatuyen acerca de la manera de descubrirlos y perseguirlos...'. A ello añadió que lo asentado en Fallos: 193:487, esto es que 'La garantía constitucional invocada [defensa en juicio] asegura la audiencia de los procesados e impone que se les dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento...pero no requiere que se les asegure la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo, ni constituye ciertamente tampoco un medio para dilatar la marcha de los juicios, a los efectos de procurarla'. En el caso de crímenes contra la humanidad, cabe agregar que el Estado argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, interés que ésta misma ha declarado inextinguible".

"Por otro lado, tampoco ha habido un desconocimiento del principio de legalidad como protección de la objetividad, entendida como 'no manipulación', que previene contra las decisiones parciales oportunistas. Si bien la Convención sobre Imprescriptibilidad ha sido ratificada por la República Argentina en 1995, ella había sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas ya en 1968 como un eslabón más del proceso que se había iniciado con el dictado de la Carta de Londres en 1946, la que sirvió de base a los juicios de Nüremberg y cuyo artículo 6.c introduce la primera delimitación expresa de los crímenes contra la humanidad. Este proceso continuó con la sanción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.2, establece el compromiso de juzgar y condenar a los responsables de delitos conforme a principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (la eficacia de la reserva hecha por la República Argentina al ratificarlo se ve debilitada por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad), la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 y, más recientemente, con la organización de los tribunales para juzgamiento de crímenes en la ex Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994), así como la aprobación del Estatuto para la Corte Penal Internacional (1998). En el ámbito regional americano, este proceso dio lugar al dictado de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (1994)".

"En este contexto, la ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad en 1995 no puede tomarse como una manipulación del derecho que afecte su

imparcialidad al instaurar una persecución selectiva o discriminatoria, pues la Convención se encontraba aprobada por la Asamblea de la ONU desde 1968 y en cualquier momento que hubiese sido ratificada por Argentina, antes o después de la comisión de los hechos de esta causa, el efecto hubiera sido, como se verá en el considerando siguiente, el mismo, a saber: el de implantar la imprescriptibilidad retroactiva y prospectiva para los delitos de lesa humanidad cometidos en territorio argentino. Por lo tanto, al ser indiferente el momento de su ratificación, no puede alegarse manipulación alguna por el hecho de habérsela llevado a cabo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa".

"17) Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo (El objetivo inmediato fue el de remover el obstáculo que suponían las leyes nacionales sobre prescripción para el juzgamiento de crímenes cometidos durante el régimen nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945)".

"En los trabajos preparatorios que precedieron a la aprobación de la Convención, algunos gobiernos plantearon el problema de la aplicación retroactiva. El representante de Noruega, Sr. Amlie, manifestó: 'uno de los principios básicos del ordenamiento penal de su país es el de la irretroactividad de la ley, con la consecuencia de que aquellas personas que hayan cometido un delito cuyo plazo de prescripción hubiese expirado no pueden ser sometidas nuevamente a proceso en el caso de que una ley posterior ampliara el citado término de caducidad'. Agregó más adelante que 'la frase introductoria del artículo I del proyecto de convención contradice el principio de irretroactividad al que su Gobierno no se encuentra dispuesto a renunciar...'. La propuesta de su delegación fue la de introducir una enmienda al artículo I y suprimir la frase 'cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...' (Naciones Unidas, Documentos oficiales de la Asamblea General, Vigésimo Tercer Período, Tercera Comisión, Actas resumidas de las sesiones del 25 de septiembre al 17 de diciembre de 1968, Nueva York, 1970)".

"Esta objeción, compartida por otros representantes, finalmente no prosperó, especialmente porque, tal como fue puesto de resalto por más de una delegación, '... la enmienda de Noruega...es contraria al objetivo mismo de la convención, que no tendría sentido si se aprobara esta propuesta'. También se puso de manifiesto que la imprescriptibilidad acordada era aplicable 'a los crímenes pasados, presentes y futuros'. En el mismo sentido, el representante de Francia expresó: 'Aunque uno de los objetivos de la convención sea permitir el castigo de los criminales de la segunda guerra mundial, no es cierto que

se refiera exclusivamente al pasado. Las reglas de derecho internacional fijadas por la convención podrían aplicarse no sólo a actos ya cometidos y no castigados, sino a todos los que se perpetren en el futuro, siempre que reúnan las condiciones estipuladas en la convención (Ídem)".

"Estas réplicas condujeron al retiro de las objeciones por parte de sus proponentes y a la aprobación del artículo I de la Convención en los términos del proyecto original, que se refiere a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido (Ídem)".

"En vista de tales antecedentes y de lo prescripto en los artículos 26 ('Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe') y 28, última parte, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ('Las disposiciones de un tratado no obligarán a una Parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa Parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo') [Énfasis añadido], el Estado argentino no podría excusarse de aplicar retroactivamente la Convención de 1968: esa es la obligación que asumieron los Estados Partes conforme lo que surge tanto del texto de la Convención cuanto del espíritu con que fue aprobada. Creo que es deber de quienes tienen que decidir descorrer el velo que cubre el pasado y allanar el camino para que irrumpa la verdad que, alguna vez, se pretendió ocultar en las sombras para que cayese en el olvido" (ver, en razón de brevedad, en análogo sentido a los Considerandos 30 y 31 del voto del doctor Petracchi; 21/22 y 40/49 del doctor Boggiano, 73 y 90/94 del doctor Maqueda, 26 y 27 del doctor Zaffaroni, 14, 25, 31 y 32 de la doctora Highton de Nolasco y 32 del doctor Lorenzetti).

En consecuencia, se advierte que el Alto Tribunal se expidió con claridad y precisión respecto a la aplicación retroactiva de las normas sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, dentro de los cuales están los que son objeto de la actual investigación.

Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación con cita del precedente, in re: "Barrios Altos", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló con nitidez que resulta inadmisibles a la luz de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica cualquier forma de prescripción de la acción penal en los casos en que se juzgan delitos como los investigados en la presente.

A todo evento, puede agregarse que esta Sala in re: "Bergés, Jorge Antonio y otro s/recurso de casación", causa n° 5475, Reg. N° 7477, rta. el 8 de marzo de 2005,

integrada por los doctores Bisordi, Rodríguez Basavilbaso y Catucci, recordó que el Alto Tribunal (causa A.533. XXXVIII. 'Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-', del 24 de agosto de 2004) ha considerado -por voto mayoritario de los jueces Zafaroni, Highton de Nolasco, Petracchi, Boggiano y Maqueda- que hasta el delito de asociación ilícita -cuando tiene por objeto la comisión de crímenes contra los derechos humanos- debe considerarse delito de lesa humanidad y por ello imprescriptible.

En consecuencia, si esta clase de delitos, se reputan imprescriptibles, con más razón aún deben serlo los delitos considerados per se de lesa humanidad.

c) En punto al autor mediato dice Guillermo J. Fierro que se sirve de otro como de un instrumento ,es decir que se vale de las genuinas acciones de otro y no de su mero cuerpo."El autor mediato se sirve del obrar, del actuar del autor inmediato quien lleva a cabo la acción típica descripta por la figura ",("Teoría de la participación criminal", Bs.As. 2001, Editorial Astrea, pags.360 y ss).

En esos casos no cuenta el mayor o menor conocimiento que el autor mediato tenga respecto de quien realice la acción, ya que dicho instrumento puede ser hasta el propio hijo del " hombre de atrás". Lo que ocurre en este supuesto es que, en el proyecto elaborado por el autor mediato, a éste le resulta lo mismo quien es el que ejecuta la acción..."debe haber una relación de dominio o control sustancial entre el autor mediato y el autor inmediato, y debe ser de tal entidad que la doctrina universal no ha vacilado en calificar como un instrumento al individuo que, en manos del llamado "hombre de atrás", realiza la infracción punible". Agrega después que "para utilizar a alguien de ese modo y llegar al extremo de hacerle cometer un delito, se precisa conocerlo aunque más no sea someramente, pues resulta inverosímil aceptar que el autor mediato utilice a su instrumento con un propósito claro y definido, y para lograr éxito programa todos los pasos, pero sin reparar mayormente en lo que es sustancial ,esto es, el medio del cual se va a servir. Esa idea rectora que caracteriza a la autoría mediata, tampoco es compatible con el desconocimiento por parte del "hombre de atrás" del hecho concreto que se pretende cometer, pues ello supondría no tener dominio alguno ...".

Por otra parte, dicho autor sostuvo (pág. 390/1), que: "...a veces, una banda de gangsters (por ej. La mafia) o el propio aparato estatal de represión (la tesis fue pensada teniendo en miras la estructura nazi), construye una organización que desarrolla una vida independiente de lo variables que pueden ser sus integrantes. Quien está detrás, o mejor dicho, en la cúspide de la estructura de mando, no necesita conocer quién será el ejecutor final de la orden y puede confiar tranquilamente en que si uno falla será rápidamente reemplazado por otro que ocupará su lugar y cumplirá la orden impartida, sin que de ese modo se

perjudique el plan total. Tales ejecutores, en la mayor parte de las veces, actúan culpablemente y, por tanto, son penalmente responsables a título individual, pues los sucesos se dominan desde la cúpula sin ejercer la coacción o el engaño, pero ello no quita su carácter de figuras anónimas intercambiables con relación a quien se encuentra en la cima de la cadena de mandos. Además, en esa cadena, se presenta la característica de que, salvo quienes se encuentran en ambos extremos, son todos ellos dadores-receptores de órdenes, y se ha sostenido que a medida que un sujeto se aleja del ejecutor (escalones más bajos) se acerca gradualmente a la fuente del poder de decisión y, por ello, su responsabilidad aumenta en lugar de disminuir.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación a su vez tiene dicho en "causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decr. 158/83" que "La autoría material de la autoría mediata es el dominio efectivo del acto por el inductor. El autor mediato es autor, no partícipe. A diferencia de la instigación que se presenta como corrupción del hombre libre, la autoría mediata se caracteriza esencialmente por el abuso del hombre no libre o parcialmente no libre, porque controla desde el principio al fin el curso de los acontecimientos ..." (rta el 13/12/86, L.L. 1987-A-535).

Sostiene Carlos Fontán Balestra (Tratado de Derecho Penal-Parte General, citado en Lexis Nexis- Abeledo Perrot, ver Lexis N° 1503/001660) que: La autoría mediata cae fuera del concepto restringido de autor, que se limita a quien cumple la acción típica. Por eso se precisa una fórmula que comprenda también al autor mediato. Dice EUGENIO CUELLO CALÓN que es autor no sólo el que personal y directamente realiza el hecho punible, sino también el que acude a fuerzas vitales extrañas a su persona que emplea a modo de instrumento para su perpetración. Al que en esta forma utiliza el esfuerzo ajeno, agrega, se le denomina en la doctrina científica autor mediato (Derecho penal, 9ª ed., p. 548). Por su parte, FRANCESCO ANTOLISEI considera que no se debe decir que es autor el que realiza la acción típica, pero es necesario decir que es autor quien cumple una acción que, mirada ella sola, es conforme a la descripta en el modelo abstracto del delito. Partícipe, en consecuencia, es el individuo que pone una acción que por sí sola no realiza el tipo criminoso (Manuale, n° 171).

Con fórmula sencilla y clara da GUILLERMO SAUER el concepto de autor, comprensivo también del autor mediato: es autor el que ejecuta el hecho por sí mismo o por medio de otro, el cual por esta causa no es responsable (o no es totalmente responsable).

Los comentarios doctrinales transcritos permiten sin esfuerzo identificar a Etchecolatz como autor mediato en aquéllos casos donde no se demostró la intervención

directa del nombrado en la ejecución pero sí su dominio jerárquico y fáctico del centro de detención donde tuvieron lugar los restantes. Es decir que cualquiera fuese el nombre que se quisiera dar a su intervención en los episodios delictuales de ningún modo puede entenderse como atinentes a la responsabilidad objetiva que dice la defensa particular.

Es así que concuerdo con la conclusión dada a esta cuestión.

El doctor Gustavo Mitchell dijo:

Que adhiere a los votos precedentes.

SEXTA CUESTIÓN:

El doctor Raúl Madueño dijo:

En lo que atañe a este punto cabe señalar que el Tribunal Oral ha expuesto a fs. 4469 vta./4471 vta., las razones que determinaron el monto de la sanción impuesta a Miguel Osvaldo Etchecolatz, de conformidad con las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, considerando las condiciones personales del imputado que resultan de los informes de fs. 3193/3196, la naturaleza de las acciones que se le reprochan, los medios empleados para cometerlas y la extensión del daño y del peligro causados.

Al respecto el a quo tuvo en cuenta que “el imputado dispuso de todo el aparato de poder del Estado argentino estructurado en esa época para llevar adelante los delitos aquí juzgados. En ese marco y ostentando el grado más alto de jerarquía de la policía de la Provincia de Buenos Aires -Comisario General-, secuestró, torturó y mató” (cfr. fs. 4470 y vta.).

Por tanto, al no haberse demostrado la concurrencia de un supuesto de arbitrariedad o apartamiento de las normas sustantivas que rigen la gradación de la pena, no se advierten razones que permitan modificar lo decidido en la instancia anterior.

La doctora Liliana Catucci dijo:

Que adhiere al voto precedente.

El doctor Gustavo Mitchell dijo:

Que adhiere al voto del doctor Raúl Madueño.

SÉPTIMA CUESTIÓN:

El doctor Raúl Madueño dijo:

XIII. El lugar de cumplimiento de la pena.

En punto a los cuestionamientos que introduce la defensa respecto al lugar de detención de Etchecolatz, cabe señalar que el Tribunal Oral ha expuesto las razones por las que decidió que Etchecolatz quede alojado en el Complejo Penitenciario II de Marcos Paz.

Por otra parte, se tiene en cuenta que del informe médico obrante a fs. 4653/4654 surge que Miguel Osvaldo Etchecolatz, “al momento del examen se encuentra compensado hemodinámicamente, no observándose signos ni síntomas clínicos de patologías agudas o crónicas en evolución”, por lo que en tales condiciones, no se advierten de momento motivos que permitan modificar lo decidido al respecto en la instancia anterior.

La doctora Liliana Catucci dijo:

Por cuanto la argumentación del recurso de la defensa en este punto se ha limitado a mantener la insistencia en los postulados anotados en favor del arresto domiciliario del encausado sin controvertir los fundamentos del tribunal de mérito, me adhiero la postura de mi distinguido colega con la salvedad de que se deberán efectuar los controles consignados en el examen médico de cita.

El doctor Gustavo Mitchell dijo:

Que adhiere a los votos que anteceden con la salvedad formulada por la doctora Liliana Catucci.

OCTAVA CUESTIÓN:

El doctor Raúl Madueño dijo:

XIV. En atención a la forma en que fueron resueltas la cuestiones anteriores, corresponde rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos por la

defensa particular de Miguel Osvaldo Etchecolatz, con costas (arts. 470 -a contrario sensu-, 474, 475, 530 y 531 del C.P.P.N.).

La doctora Liliana Catucci dijo:

Que adhiere al voto precedente.

El doctor Gustavo Mitchell dijo:

Que adhiere al voto del doctor Raúl Madueño.

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:** Rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la defensa particular de Miguel Osvaldo Etchecolatz a fs. 4504/4549 vta. de las presentes actuaciones, con costas, debiéndose realizar los controles médicos aconsejados en el dictamen de fs. 4653/4 por intermedio del órgano competente a tal efecto.

Regístrese, notifíquese en la audiencia del día de de 2007, a las horas, designada a los fines establecidos en el artículo 400, en función del 469 del Código Procesal Penal de la Nación. A tal fin líbrense cédulas y oportunamente devuélvase al tribunal de origen.