Mar del Plata, marzo 30 de 2012.-

AUTOS Y VISTOS:

[1]. En el día de la fecha se reúnen los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, Dres. Roberto Atilio Falcone que lo preside, Mario Alberto Portela y Néstor Rubén Parra, ante la Secretaria doctora Magdalena Alejandra Funes, a fin de fundar el veredicto en esta **causa Nº 2473**, seguida por la privación ilegal de la libertad, tortura agravada por tratarse la víctima de un perseguido político y homicidio agravado por alevosía de Carlos Alberto Moreno, seguida a **Julio Alberto TOMMASI**, argentino, titular de la Libreta de Enrolamiento Nro. 4.801.229, casado, nacido el 13 de julio de 1930 en Gualeguay Pcia. de Entre Ríos, Coronel del Ejército Argentino retirado, hijo de Pablo José (f) y Paulina Fiorotto (f), actualmente detenido; **Roque Ítalo PAPPALARDO**, argentino, titular del D.N.I. Nro. 4.866.153, casado, nacido el 7 de octubre de 1937 en Vistaflores Departamento de Tunuyán Pcia. de Mendoza, Coronel del Ejército Argentino retirado, hijo de Carmelo (f) y de Ana María Ghellinaza (f), actualmente detenido; **José Luis OJEDA**, argentino, titular del D.N.I. Nro. 10.470.789, casado, nacido el 29 de octubre de 1952 en Capital Federal, Suboficial Mayor del Ejército Argentino retirado, hijo de José Bautista (f) y de René Manuela Molina, actualmente detenido; **Emilio Felipe MÉNDEZ**, argentino, titular de la Libreta de Enrolamiento Nro. 5.376.744, casado, nacido el 22 de septiembre de 1940 en Lobería Pcia. de Buenos Aires, jubilado, hijo de Emilio (f) y de Felisa Picabea (f), actualmente detenido; y **Julio Manuel MÉNDEZ,** argentino, titular de la Libreta de Enrolamiento Nro. 5.381.714, soltero, nacido el 30 de noviembre de 1942 en Lobería Pcia. de Buenos Aires, productor agropecuario, hijo de Emilio (f) y de Felisa Picabea (f), actualmente detenido.

[2]. Producida la prueba las partes efectuaron sus respectivos alegatos los que a continuación se reproducirán en lo esencial.

Alegatos del doctor César Sivo, representante de la querella Susana Mabel Lofeudo de Moreno, Matías Moreno y Martín Moreno.

El querellante adelantó que acusaría a los cinco imputados solicitando penas máximas para los militares y 20 años de prisión para los civiles, de cumplimiento efectivo en cárcel común, por la muerte de Carlos Alberto Moreno y todo lo que tenga que ver con su secuestro cautiverio y tormentos.

Luego de un pormenorizado análisis fáctico y jurídico llegó a la conclusión que Carlos Alberto Moreno fue secuestrado el 29 de abril de 1977 aproximadamente a las 22:00 hs cuando regresaba a su domicilio de Olavarría luego de concluir un trámite de su señora, interceptado por -al menos- tres personas del sexo masculino que se desplazaban en auto, trasladado inmediatamente a la llamada "quinta de los Méndez" en la ciudad de Tandil, donde estuvo privado de su libertad y sometido a

USO OFICIAL

tormentos, sufriendo amenazas, golpes, insultos, tortura física y psíquica. El 2 de mayo escapó de la finca siendo perseguido, fue recapturado, reingresado a la quinta, golpeado, puesto de rodillas y ultimado con un tiro en el corazón el día 3 de mayo por Ojeda y sus compañeros.

En forma inmediata a su secuestro su cónyuge interrogó a su vecino Verdura, máxima autoridad militar del Área 124, por la suerte de su marido. Continuaron las gestiones por parte de familiares y abogados, como así también, del juez instructor de la época, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las que finalizaron con la entrega del cuerpo el día 23 de mayo de 1977.

Concluyó la querella sosteniendo que el motivo por el cual Carlos Alberto Moreno fue privado ilegítimamente de la libertad, torturado y ejecutado por funcionarios del Ejército fue poner fin a la actividad laboral del abogado que defendía los derechos de los trabajadores exitosamente, ya que con su muerte no sólo se ponía coto a su actividad profesional sino que otros abogados tampoco tomarían estos casos, protegiendo con ello intereses económicos de los empresarios cementeros.

En cuanto a las participaciones criminales, el Dr. Sivo sostuvo que Tommasi, Pappalardo y Ojeda debían responder como coautores: el ejército reconoció haber intervenido en el hecho a través de comunicados y publicaciones en los diarios que daban cuenta de haber ultimado en un enfrentamiento a Carlos Alberto Moreno a quien, luego de su muerte, construyeron hacia la sociedad como un peligroso subversivo. Destacó que al momento de ser entregado el cuerpo se encontraba envuelto con una manta verde del Ejército Argentino y la presencia de camiones y soldados de esa fuerza en la denominada "Chacra de Méndez", narrada por los testigos durante el debate.

Efectuó una breve reseña de las reglamentaciones de la fuerza que dan cuenta de las responsabilidades y funciones que cabe a cada uno de sus integrantes.

Sostuvo que Julio Alberto Tommasi, por ser el Jefe del Área Militar 121 y del Batallón Logístico 1 de Tandil, dependiente del Comando de la Primera Brigada de Caballería Blindada con asiento en esa misma ciudad, conocía las actividades de sus subordinados, a quienes no dudó en calificar con cien puntos sobre cien en sus legajos personales.

Señaló que Roque Ítalo Pappalardo, Mayor del Ejército Argentino, con funciones de Oficial de Operaciones (S3) del Área Militar 121 y del Batallón Logístico 1 de Tandil, dependiente del Comando de la Primera Brigada de Caballería Blindada con asiento en esa localidad, fue reconocido por testigos que estuvieron privados de su libertad durante la dictadura militar como quien realizaba interrogatorios iguales a los que les formulaban durante la tortura, o bien, como encargado de las detenciones y torturador. Destacó que el Comisario Menéndez durante la audiencia de debate reconoció que se comunicaba con Pappalardo, así como también, los propios dichos del coimputado Emilio Méndez quien admitió haber tenido reuniones protocolares con las autoridades militares, nombrando a Tommasi y Pappalardo.

Colocó a José Luis Ojeda, Cabo 1° Conductor Motorista del Batallón Logístico I de Tandil, sede del Área Militar 121, con el cargo de Jefe de Grupo del Escuadrón Transporte de la citada unidad militar, como integrante de la patota, encargado de secuestrar, trasladar y custodiar a los detenidos oriundos de la ciudad de Tandil. Refirió que si bien muchos testigos no lo conocían por su nombre lo reconocieron por su característica su voz, sus rasgos físicos y su trabajo como remisero, habiendo sido asimismo sindicado por alguno de ellos como secuestrador y portador de un arma calibre 38 corto. Señaló que el personal policial que participó en los hechos lo señalaron como aquél que intervino en la persecución y recaptura de Moreno el día tres de mayo y quien solicitó que no se le dispare, dando a conocer su condición de militar, grado y nombre en forma espontánea e inmediata.

Finalmente, respecto de Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez, titulares de la quinta que ubicó catastralmente en Tandil, consideró su aporte como necesario, toda vez que la finca que suministraron al Ejército y era de su propiedad se encontraba ubicada en una zona estratégica que facilitaba el alojamiento clandestino de detenidos. Señaló que Emilio Méndez tuvo actividad durante el sumario interviniendo en alguna diligencia procesal y fue quien se entrevistaba con las autoridades de la época mientras que Julio Manuel continuó con el pago de la luz y el teléfono de la vivienda en cuestión. En atención a que la línea telefónica perteneciente a la quinta no figuraba en guía y que el aparato hallado en el lugar no tenía disco y poseía el número escrito en él, concluyó que los imputados fueron quienes pusieron en conocimiento de los ocupantes de la vivienda el número correspondiente.

USO OFICIAL

Realizó un relevamiento de la totalidad de los centros clandestinos de detención del país y arribó a la conclusión que todos eran propiedad del Ejército o del Estado o que habían sido alquilado formalmente para alguna actividad gubernamental, que ninguno fue ocupado ni usurpado, y afirmó que los hermanos Méndez tenían conocimiento de lo que allí sucedía.

En cuanto a la calificación legal de los hechos por los que deben responder Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda, en calidad de coautores entendió que debía ser la de privación ilegítima de la libertad (art. 144 inc. 1 142 inc. 1 141 bis CP) doblemente agravada por su calidad de funcionario público (art. 77) y por mediar violencia, e imposición de torturas agravadas por haber sido cometidos en perjuicio de perseguido político (144 ter) y homicidio agravado por alevosía (80 inc 2 CP) respecto de Carlos Alberto Moreno.

A Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez los consideró partícipes necesarios de los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida por funcionarios público y mediando violencia y amenazas (art. 144 inc. 1 142 inc. 1 141 bis y 77 CP) e imposición de torturas agravadas por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos (144 ter) respecto de Carlos Alberto Moreno.

Refirió no existir de atenuantes ni eximentes y señaló como agravantes: el haber utilizado recursos materiales y personales propiedad del estado

nacional, haber tenido lugar el hecho en el marco de un plan sistemático, la formación cultural y social de Tommasi y Pappalardo, la edad de la víctima y la extensión del daño causado a la viuda e hijos de Carlos Alberto Moreno.

Solicitó se condene a Tommasi, Pappalardo y Ojeda a la pena de reclusión perpetua por ser la prevista para delitos de lesa humanidad y respecto de Emilio y Julio Méndez se los condene a veinte años de prisión.

Requirió además se remitan los antecedentes al Ministerio de Defensa para que a través del trámite pertinente se destituya a los militares y se los prive de todos sus beneficios.

Finalmente peticionó se envíen copias pertinentes al Juzgado Federal de Azul para que se investigue la responsabilidad de los directivos de la empresa Loma Negra en el hecho de autos.

Doctor Manuel Marañón, querellante por la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Azul.

Luego de hacer mención a la historia y fines de su mandante adhirió al alegato del doctor Sivo.

Doctor Gabriel Norberto Becker, querellante por la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires.

Adhirió a los alegatos realizados por sus colegas, doctores Sivo y Marañón, especialmente en lo referente a las citas legales y doctrina invocada por el doctor Sivo.

Expresó el interés legítimo de su mandante para actuar en autos.

Realizó un análisis de los hechos mencionando la prueba en que se fundaba para tener por acreditados los mismos y solicitó la pena de reclusión perpetua para Tommasi, Pappalardo y Ojeda y la de 17 años de prisión para Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez.

Doctor Daniel Adler, Fiscal General.

Formuló un pormenorizado análisis fáctico y jurídico de las probanzas recolectadas en la audiencia por lo que dio por probado que el 29 de abril de 1977, aproximadamente a las 22:00 hs, Carlos Alberto Moreno fue abordado por dos personas que lo introdujeron en un automóvil en la intersección de calles Lamadrid y Dorrego de Olavarría, llevándolo a Tandil, donde estuvo en cautiverio hasta el 3 de mayo en la "Chacra de los hermanos Méndez", ubicada en el Paraje Los Laureles, y fue sometido a picana eléctrica, golpes e interrogatorios. Que el día 3 de mayo Moreno escapó y solicitó ayuda en la finca de Valentín Bulfoni -quien lo observó tambaleante, con un saco de vestir sin camisa, los zapatos en la mano, el dedo de su pie lastimado e infectado y con barba de unos días- identificándose y refiriendo que había sido secuestrado. Que continuó con su huida y fue perseguido por unas personas armadas a los tiros, recapturado, golpeado con

una pala y reingresado a la mencionada quinta donde finalmente, en total estado de indefensión, recibió un tiro en el pecho que le provocó la muerte.

Acreditó lo narrado con la totalidad de la prueba producida realizando un pormenorizado análisis en tal sentido.

En cuanto a la autoría en este tipo de delitos complejos argumentó que, tanto la teoría de Roxin de la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder como las teorías de la coautoría funcional o la de infracción de deber esgrimidas por Jescheck y Jakobs, dan respuesta a este punto, pudiendo consecuentemente el tribunal utilizar cualquiera de ellas para fundar su fallo. A su criterio el caso de autos se trató de coautoría funcional de dominio del hecho de parte de los militares y de participación primaria de los civiles.

Encontró probado con los documentos incorporados al debate y en virtud de lo acreditado en la sentencia dictada en la causa 13/84 la existencia de un plan sistemático y subterráneo de eliminación de enemigos de los militares, aprovechando la estructura vertical y horizontal de la fuerza, llevando a cabo acciones ilícitas, en las cuales cada uno de los agentes tenía una función y rol determinante. Señaló que el plan era el de eliminar a quienes consideraron subversivos, enemigos, encontrándose entre ellos un abogado laboralista defensor de los obreros que litigaba contra importantes cementeras. Indicó que la división de tareas y de roles tuvo como fin un único objetivo, siendo a su entender autor de este crimen tanto Videla como Ojeda, aunque por cuestiones de competencia el primero de los nombrados no fue juzgado con éste. Responsabilizó tanto a Saint Jean por exigir al juez instructor la remisión del expediente afirmando que Moreno era subversivo como a Suárez Mason a quien el mismo juez le remitió un telegrama. Manifestó que quedó evidenciada la cadena de mandos y las decisiones planificadas sobre las cuales un grupo tenía poder de configuración y codominio del hecho para llevar adelante el plan común.

En cuanto a la responsabilidad de los militares señaló que, a diferencia de lo manifestado por Ojeda y Pappalardo en el debate, éstos lucharon ilegalmente contra la guerrilla, siendo notorio y ya admitido en la causa 13 dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cómo desarrollaban dicho plan de exterminio. Agregó que Tommasi, Pappalardo y Ojeda, se encontraban en Tandil cumpliendo funciones en su calidad de militares y que llevaron a cabo la metodología que implementó el terrorismo de estado entre el 29 de abril y el 3 de mayo de 1977 en la localidad de Olavarría, secuestrando a Moreno, privándolo ilegalmente de su libertad y asesinándolo en Tandil, tal como lo comunicó Saint Jean. No descartó la eventual intervención de otras personas, encontrando probada con elementos comunes -comunicado del Ejército, manta verde que envolvía el cuerpo de Moreno y distintas declaraciones testimoniales- la responsabilidad de los tres nombrados, señalando los elementos probatorios que particularmente pesan en tal sentido respecto de cada uno de ellos.

Analizó la situación de Emilio y Julio Méndez, ambos civiles que colaboraron con el terrorismo de estado con el préstamo de su quinta a los militares

USO OFICIAL

para ser utilizada como centro de detención y tortura de personas detenidas, entendiendo que los mismos son partícipes necesarios. Indicó que su aporte fue interesado, ya que obtenían provecho social, económico y político de ello. Refirió que Emilio fue gerente del Banco Comercial de Tandil e integraba la comisión directiva de la Usina y que tuvo participación activa en el hecho de autos, toda vez que durante la instrucción participó de la inspección ocular y fue indicado por un testigo como quien lo amenazó para que cambiara su declaración.

El Dr. Adler sostuvo que los imputados no pueden invocar el desconocimiento del fin para el cual era utilizada la quinta de su propiedad por existir distintos indicadores -su estratégica ubicación geográfica, la frecuente presencia de camiones y soldados del ejército, la concurrencia de éstos al club "Los Cardos", el conocimiento que tenían quienes concurrían a este club de lo que allí sucedía- que no podían ser ajenos a ellos.

Concluyó que lo expuesto, sumado a la relación de Emilio Méndez con Tommasi y Pappalardo, las personas que dijeron haber estado detenidas en el lugar y la declaración de Neri Bulfoni que manifestó haber sido enviada por Ojeda al lugar a buscar refuerzos, son elementos concluyentes para sostener la participación necesaria y voluntaria por parte de Emilio y Julio Méndez con los militares. Sin perjuicio de ello, sostuvo que en el caso de autos existió por parte del primero una actuación más activa, aunque de ninguna manera puede descartarse el conocimiento y voluntad de participación del segundo que coadministraba la finca.

En cuanto a la calificación legal argumentó que Carlos Alberto Moreno fue privado ilegalmente de su libertad, sin orden de autoridad competente, con violencia, resultando sus captores ser funcionarios públicos (art. 144 bis in fine en función del art. 142 inc. 1º conf. Ley 14616, ambos del Código Penal). Expresó que la calidad de funcionario público determina que se clasifique a estos delitos como de terrorismo de estado ya que quienes debían brindar seguridad eran quienes secuestraban y asesinaban. Además sostuvo que, conforme a lo declarado por diversos testigos en la audiencia de debate, a Moreno lo sometieron a torturas, que se corrobora con los elementos que fueron vistos en la época en el lugar: elástico de una cama, manchas de sangre en la pared, gasas ensangrentadas, falta de higiene total, a lo que se debe sumar los gritos que se escuchaban por la noche. Concluyó que Moreno luego de la aplicación de tormentos fue víctima de homicidio con alevosía ya que cuando fue ejecutado con un tiro en el pecho se encontraba en total estado de indefensión.

Consideró que la calificación legal adecuada era la de los artículos, 80 inc. 2°, en concurso real, con el art. 144 bis, inc. 1° (texto según ley 14.616), en función de lo dispuesto por el art. 142, inc. 1° (texto según ley 20.642), y con el art. 144 ter, párrafos primero y segundo (texto según ley 14.616), todos del Código Penal, los cuales, en atención expuesto, constituían delitos de lesa humanidad.

Realizó una serie de consideraciones en cuanto a la posible responsabilidad del directorio de la empresa cementera Loma Negra y del Teniente Coronel Ignacio Verdura, así como también, del accionar de los miembros de la Suprema

Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por lo que solicitó la extracción de copias y remisión al Juzgado Federal en turno para su investigación.

Finalmente peticionó se condene a Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda a la pena de prisión perpetua, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales y costas, a Emilio Felipe Méndez a la pena de 16 años de prisión, accesorias legales y costas y a Julio Alberto Méndez a la pena de 12 años de prisión accesorias legales y costas.

Solicitó además la remisión de antecedentes al Ministerio de Defensa de la Nación a fin del trámite de destitución de Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda.

Alegato de la Defensora Oficial Ad Hoc, doctora Gabriela Maceda, por su asistido Julio Alberto Tommasi.

Hizo saber que junto a sus compañeros de la defensa pública realizarían una serie de planteos a los que adherirían recíprocamente.

En primer lugar planteó la prescripción de la acción penal. Señaló que a partir del dictado del fallo "Simón" de la CSJN no existe la obligatoriedad de los tribunales inferiores de aplicar el precedente en nuestro sistema procesal. Que si bien la costumbre internacional ha planteado la imprescriptibilidad en los casos de delitos de lesa humanidad no se ha determinado cómo ni cuándo ha comenzado esa costumbre y que lo cierto es que en el caso concreto, al momento de los hechos, no había norma que determinara su imprescriptibilidad. Con cita de fallos de la Cámara Federal de Capital Federal y de la CSJN, especialmente la causa 13, señaló que no se habla en ellos de imprescriptibilidad sino desde el momento en que comienza a correr el plazo de la prescripción. Agregó que tampoco hablaron de ello los legisladores en el año 1983 ni sus asesores o jueces debido a que la costumbre internacional no existía. En este sentido, haciendo referencia a diversos fallos y Convenciones, sostuvo que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles recién desde la convención sobre Desaparición Forzada de Personas, únicamente aplicable a casos posteriores a la referida convención, no pudiendo aplicarse a este caso que tuvo lugar mucho tiempo antes.

Solicitó que el tribunal declare la prescripción de la acción por haber transcurrido más de 15 años desde la comisión de los hechos hasta el llamado a indagatoria de su defendido y, consecuentemente, se dicte su sobreseimiento (arts 59 inc. 3, 62 y 67 a contrario del CP; 334, 336 inc. 1 del CPPN).

Expresó asimismo que adheriría al planteo de plazo razonable que luego efectuaría su colega y, sin perjuicio de ello, realizó una somera indicación en cuanto a que esta garantía se encontraría violada por haber transcurrido más de 34 años de investigación. En este sentido, señaló particularmente que en el año 1977 se colectó prueba en forma inmediata luego de lo cual el sumario se cerró y que recién se reabrió en en 2005 habiendo sido Tommasi llamado a prestar declaración indagatoria en el año 2008. Invocó los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, la Convención Internacional de Derechos Diviles

USO OFICIAL

y Políticos y sostuvo que no existieron conductas dilatorias de su defendido ni de la defensa técnica.

En cuanto a la autoría y responsabilidad de su defendido, consideró que la acusación estaba infundada, que los acusadores se basaron en que Tommasi era el Jefe de Área, no existiendo otro elemento probatorio en cuanto al aporte o conducta desplegada por él en el hecho en relación a Moreno. Sostuvo que la imputación se basó en derecho de pertenencia o derecho penal de autor lo que no condice con los principios de derecho vigente. Invocó como antecedente que avala lo aseverado la sentencia dictada en la causa 1261 por la Cámara de Capital Federal.

Expresó que en el debate se escucharon testimonios de víctimas en relación a la existencia de un accionar desplegado por el Ejército en todo el territorio del país pero que no surgió ningún elemento directo que permitiera inferir que Tommasi había intervenido en él y mucho menos que habría participado en los hechos que fuera víctima Carlos Alberto Moreno. Que de la declaración de los testigos y personal policial de la época no surgió el nombre de Tommasi ni tampoco se hizo alusión a que hubiera participado el Jefe de Área.

Analizó sentencias dictadas por el Tribunal Oral Federal 5 en cuanto a las atribuciones de responsabilidad en este tipo de hechos, la existencia de dos tipos de planos uno legal y otro ilegal, y las reglamentaciones militares vigentes en cuanto a la organización del aparato represivo, concluyendo que quienes deben responder por la implementación del plan son los mandos mayores y no los cargos inferiores como los jefes de subzona quienes no tenían posibilidad de solicitar siquiera un área libre.

Refirió que los acusadores no detallaron cuáles fueron las órdenes que supuestamente había impartido su defendido, que no hubo descripción típica del hecho y señaló que a Carlos Alberto Moreno lo secuestraron en el Área 124 por lo que resulta imposible que la orden haya emanado del Jefe de Área 121.

Conforme a todo lo reseñado, entendiendo que no existen elementos de cargo para condenar a Tommasi, resultando infundadas las acusaciones efectuadas, solicitó su libre absolución.

Para el caso que el Tribunal decidiera condenar a Tommasi la señora Defensora efectuó diversas consideraciones:

En cuanto al pedido de pena de reclusión expresó que el mismo no había sido fundado y que únicamente se hizo referencia a la existencia de numerosos fallos sin detallar por qué debían ser aplicados en el caso concreto. Señaló diversa doctrina nacional que hace referencia a la pérdida de vigencia de este tipo de penas, hizo referencia al fallo "Méndez" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e invocó el Estatuto de Roma en cuanto a que la pena de reclusión debe entenderse como prisión ya que la de reclusión se encuentra tácitamente derogada.

Solicitó asimismo se declare la inconstitucionalidad de las penas perpetuas por aplicación del principio de resocialización contemplado por el art 18 de la CN, tratados internacionales con jerarquía constitucional, la CADH, art. 5 ap 6, PIDCP, art. 7, ley 24660, art. 1 complementaria del código penal. Así alegó que si el fin de

la pena es resocializar al individuo la obligación del Estado de ninguna manera puede ser aplicar la perpetuidad de la pena, consideró que la pena máxima conforme lo establece el art. 80 no podría exceder los 25 años de prisión. Refirió que en el caso concreto de Tommasi que tiene 84 años de edad sería una condena a morir en la cárcel y que debe respetarse el derecho que le asiste a ser condenado a una pena justa respetando el principio de humanidad.

Consideró excesivo el monto de la pena peticionado y refirió que debía tenerse en cuenta la edad de su defendido, la ausencia de antecedentes penales y el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el hecho.

Respecto de los agravantes manifestó que el estado de la víctima está contemplado en el tipo penal y que Tommasi no integraba el gobierno sino que solo era miembro del Ejército Argentino. Sostuvo que la utilización de los medios es exagerado y requirió en el caso que se dictara sentencia condenatoria se aplique en atención a la edad de su defendido el mínimo legal de la pena de prisión en la modalidad de domiciliaria, art. 10 CP, ley 24660, argumentando que no era necesaria otra condición más que el tener 70 años de edad.

Finalmente, hizo reserva de recurrir en casación y del caso federal.

USO OFICIAL

Alegato de la Defensora Oficial ad hoc, doctora Victoria Sánchez Soulié, por su asistido Roque Ítalo Pappalardo.

La citada letrada comenzó la defensa adhiriendo a los planteos efectuados por la doctora Maceda y a los que haría posteriormente el doctor Varela.

En su alegato consideró que Pappalardo fue acusado como coautor funcional de los hechos mencionándose teorías de autoría mediante aparatos organizados de poder sin hacer referencia a elementos que indicaran la participación del nombrado en el hecho, entendiendo que el único elemento concreto que se le intentó imputar es una supuesta comunicación radial, respecto de la cual los informes no pudieron establecer si la policía podía comunicarse desde lo móviles con el ejército, debiendo en consecuencia aplicarse la garantía del *in dubio pro reo*.

Adhirió al análisis efectuado por la Dra. Maceda sobre las reglamentaciones militares, añadiendo que Pappalardo era Mayor, Jefe de Batallón Logístico 1 de Tandil. Que por ello, existiendo sobre el encartado otras personas jerárquicamente superiores, no podía fundarse la imputación en calidad de ejecutor de una conducta que no fue detallada correctamente por las acusaciones, y que una coautoría funcional en el hecho sería basada en presunción sustentada en derecho penal de autor.

En cuanto a la alevosía del art. 80 inc. 2 C.P., manifestó que no pudo probarse el aprovechamiento del estado de indefensión de Moreno ya que no hubo certeza de cómo sucedieron los hechos, a excepción de los datos que surgen de la

autopsia practicada, los cuales a su criterio no respaldan las conclusiones arribadas por las partes acusadoras.

Entendió asimismo que el agravante de tratarse la víctima de un perseguido político fue derogado por ley 23097 y no puede aplicarse por el principio de retroactividad de la ley penal más benigna. Sin perjuicio de ello, refirió que los testimonios indicaron que Moreno no tenía participación en partido político alguno sino que el motivo de su muerte fue el éxito en juicios laborales contra la empresa Loma Negra.

Por otra parte consideró que no pueden imputarle a su defendido la privación de la libertad en concurso real con tormentos por incurrir de esa manera en una doble valoración de la violencia como agravante de la privación ilegal de la libertad y como tormento.

En cuanto a la pena adhirió en todo a los planteos contrarios a la reclusión y a la perpetuidad realizados por la doctora Maceda, entendiendo que el monto pedido contrastaba con la edad de Pappalardo, en violación a la garantía de humanidad prevista para las penas privativas de la libertad.

Eventualmente manifestó que debía considerarse como atenuante que su defendido se sometió siempre al proceso, aun estando en su domicilio durante más de tres años, y que la calidad de funcionario no puede valorarse como agravante por haber sido contemplada en el tipo penal.

En forma subsidiaria solicitó el arresto domiciliario de Pappalardo en virtud del art. 32 de la ley 24.660.

Requirió tener presente la adhesión a lo expuesto por la Dra. Maceda respecto a la prescripción de la acción penal y consecuente sobreseimiento, adhiriendo al planteo de insubsistencia de la acción penal por aplicación de la garantía de plazo razonable de duración del proceso, que expondría posteriormente el Dr. Varela y el pedido de sobreseimiento de su asistido. Finalmente realizó reserva recurrir en casación y caso extraordinario ante la CSJN.

Alegato del Defensor Oficial, doctor Patricio Ezequiel Varela, por su asistido José Luis Ojeda.

Adhirió a los planteos de prescripción y de la falta de agravantes aplicables efectuados por las colegas que lo precedieron en los alegatos.

Planteó la insubsistencia de la acción penal por la violación al plazo razonable del proceso, garantizado por el art 18 y 75 inc. 22 de la CN, 8 de la CAMDH y 9 del PIDCP, agregando que habían transcurrido más de 34 años desde la fecha de los hechos, por lo que entiende que se ha superado en exceso el plazo razonable para llevar adelante el proceso, requiriendo en consecuencia la absolución de su defendido.

En cuanto a las acusaciones, luego de analizar las declaraciones testimoniales, expresó que hubo insuficiencia probatoria para enrostrarle a Ojeda el hecho juzgado ya que por sus relatos no se podía afirmar que haya estado allí. Por ello, en aplicación al principio in dubio pro reo, manifestó que su defendido debía ser absuelto por insuficiencia probatoria.

Subsidiariamente solicitó se le aplique la eximente de la obediencia debida contemplado en el art. 34 inc. 5 del CP argumentando que los superiores son responsables por las órdenes que dan y el inferior sólo cómplice cuando excediese alguna según el código militar. Entiende asimismo que Ojeda actuó creyendo estar amparado en una causa de justificación atento que la doctrina militar es algo más que reglamentos, teniendo el encartado obligación de combatir con las ordenes de sus superiores.

Para el caso de dictarse pronunciamiento condenatorio, planteó la participación secundaria de Ojeda en la privación ilegítima de la libertad de Carlos Alberto Moreno (art. 46 del CP), alegando que su colaboración fue menor y fungible por cualquier otro funcionario de la organización armada.

Doctor Andrés Arla, Defensor particular de Emilio Felipe Méndez y Julio Alberto Méndez.

Señaló que en las acusaciones de este juicio subyacían paralogismos, aunque efectuados de buena fe. Así indicó que el derecho de sus defendidos de no declarar es una garantía prevista por el art. 18 de la CN, quienes además, gozan del estado de inocencia hasta el momento en que hipotéticamente se dicte sentencia condenatoria y se hubiesen agotado los recursos. Señaló que tanto Julio como Emilio Méndez declararon en la instrucción ante juez, fiscal y defensor oficial, renunciando al derecho que tenían de guardar silencio; que la invocada posición social no podía ser base de imputación penal por resultar incompatible con el estado constitucional de derecho, debiendo juzgarse a una persona por el hecho que hubiere cometido.

Manifestó que durante este proceso sus defendidos fueron indagados por haber prestado a los militares la finca sita en Tandil a fin de ocultar allí a Carlos Alberto Moreno, privado previamente de la libertad entre el 27 de abril y 10 de mayo de 1977, y procesados por la misma plataforma fáctica, y que posteriormente el fiscal y los querellantes requirieron elevación a juicio modificando la banda fáctica para sus asistidos, transmutándose en tres hechos diferentes y particularmente graves, y atribuyéndoles la calidad de partícipes en distintos grados.

Continuó exponiendo que el requerimiento de elevación a juicio fue atacado de nulidad por la anterior defensa oficial de sus asistidos por haber sido efectuada con términos ambiguos y cambiando la plataforma fáctica del acto de indagatoria y del proceso, pero no se dijo nada de su mutación desde la primera intimación hasta el requerimiento. La conducta enrostrada oportunamente fue la de facilitación para ocultamiento, esto es un típico caso de encubrimiento, entendiendo que los actores del proceso han deformado la imputación original hasta convertirla en una participación activa de hechos de privación ilegal de la libertad y de tormentos y homicidio, todos agravados, violentándose así la defensa en juicio y la identidad de imputación en todas las etapas del proceso.

USO OFICIAL

Finalizó solicitando la nulidad absoluta del requerimiento de elevación a juicio y de las acusaciones por resultar violatorias de la defensa en juicio y el debido proceso legal arts 18 CN, 14 PIDCP, 168, 169, 170y 172 del CPPN al entender que la acusación del Ministerio Público Fiscal resulta el acto procesal que conduce a la ineficacia de los posteriores, lo que impediría la realización de un nuevo juicio oral por la garantía que impide el doble juzgamiento, debiéndose en consecuencia absolver a Emilio y Julio Méndez, disponiéndose la libertad de los nombrados.

El doctor Arla continuó su alegato invocando el estado de inocencia del art. 18 de la CN y el beneficio de la duda que asistía a sus imputados. Así consideró que no hay certeza en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los acusadores por lo tanto no podían responder sus defendidos por los hechos que les han endilgado. Refirió que los acusadores describieron la privación de la libertad de Moreno como efectuada por dos o tres personas, entendiendo que en ese hecho sus defendidos no tienen vinculación física ni intelectual. Asimismo que no puede achacárseles la facilitación del lugar como centro clandestino de detención; que no hay certeza tampoco en que hayan intervenido en el traslado de la víctima; que hubiese recibido tormentos en la vivienda; que hubiese escapado del inmueble mientras estaba en poder de sus captores, como asó tampoco su reingreso, y homicidio en ese lugar.

Manifestó que en base a las declaraciones testimoniales se desarrollaron conjeturas que luego se convirtieron en afirmaciones, cuestionando también la credibilidad de la testigo Stella Bassi. Señaló asimismo que la muerte de Moreno fue entre 9 y 10 de mayo y no el 3 de mayo, esto teniendo en cuenta el comunicado militar y certificado de defunción que da cuenta que el fallecimiento ocurrió el día 10 de mayo de 1977, instrumento público que otorga plena fe toda vez que no fue redargüido de falsedad. Atacó también la suposición del querellante en cuanto a la existencia sangre fresca en la pared de la finca, alegando que lo cierto es que la única manera de determinarlo es por una pericia que no existe en autos, los testigos manifestaron haber visto manchas pero en base a ello no puede afirmarse que se trate de sangre fresca.

En cuanto a la imputación al tipo subjetivo, refirió que el partícipe hace su aporte a un hecho doloso ajeno, tiene que ser con conocimiento actual de todos los elementos del tipo del actor, su aporte debe ser efectivamente doloso.

Cuestionó que los acusadores hayan dado por sentado que existió un centro clandestino de detención en la chacra de los hermanos Méndez, entendiendo que ello sólo responde a una construcción lingüística. Resaltó que la denuncia de Rabozzi que dio inicio a la causa madre, no mencionaba el lugar y asimismo que la comisión del consejo deliberante de Tandil no relevó como tal centro la zona la chacra de Méndez porque nadie lo había reclamado, manifestando que hubo una serie de inducciones forzadas para poner la chacra en tal carácter tales como el teléfono, la supuesta falsificación del acta de inspección por parte de Emilio Méndez

Por su parte refirió que Julio Méndez no fue mencionado en el debate y que el fiscal hizo alusión a que el condómino tiene responsabilidad penal,

situación con la cual denunció su desacuerdo, como asimismo con la pretensión de utilizar la condición social de sus defendidos por sustentar ello un derecho penal de autor.

Solicitó finalmente que se resuelva, en función de todo su alegato, la primera cuestión de nulidad y, subsidiariamente, la absolución de Emilio y Julio Méndez en orden a los hechos imputados, sin costas, haciendo reserva de caso federal.

Finalmente hizo uso de expresar su última palabra ante el Tribunal, José Luis Ojeda, no realizándolo por propia voluntad el resto de los coimputados.

CONSIDERANDO:

En las deliberaciones se estableció que las cuestiones a decidir se refieran: a la existencia del hecho delictuoso y sus circunstancias jurídicamente relevantes, la participación de los imputados, la calificación legal de sus conductas, sanciones aplicables, otras cuestiones que obstan al ejercicio pleno de la acción penal y costas. Producido el sorteo a fin de determinar el orden de votación de las cuestiones mencionadas resultó del mismo el siguiente: Dr. Roberto Atilio Falcone, Dr. Mario Alberto Portela y Dr. Néstor Rubén Parra.

USO OFICIAL

I. MATERIALIDAD:

El Dr. Roberto Atilio Falcone dijo:

En la audiencia de debate celebrada con motivo del juicio oral seguido en la presente causa, ha quedado debidamente acreditado que el día 29 de abril del año 1977, aproximadamente a las 22 horas, el abogado Carlos Alberto Moreno fue secuestrado en la intersección de las calles Lamadrid y Dorrego de Olavarría por al menos dos personas armadas que se movilizaban en un automóvil anaranjado, con patente colocada 017.333 sin determinarse su letra inicial, cuando el nombrado regresaba a su domicilio de calle Lamadrid 2986 de la citada ciudad, luego de cumplir un trámite administrativo en el Instituto Nacional de Comercio Álvaro Barros encomendado por su esposa.

Ello conforme a lo declarado en la audiencia de juicio por Susana Lofeudo de Moreno, quien describió la actividad profesional de su esposo como abogado laboralista y apoderado de AOMA, narrando en forma detallada lo ocurrido la noche del 29 de abril del año 1977 y las intensas gestiones realizadas con posterioridad, como asimismo la forma en que se encontraba vestido Moreno en aquella oportunidad; con la copia de las actas de declaración testimonial prestada por Junigunda Max de Moreno y Domingo Alfredo Moreno, obrante a fs. 13 y 14 de autos respectivamente, que fuera incorporada como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N.); copia del oficio de fecha de mayo de 1977 obrante a fs. 96, incorporado al debate, dirigido por la directora de la Escuela Nacional de Comercio de Olavarría a la comisaría de la misma ciudad, haciendo saber que conforme lo relatado por la vicedirectora de la institución Elsa María

Saiz de Braghini, que Susana Mabel Lofeudo de Moreno era profesora interina de Biología, que el 29 de abril la nombrada no concurrió al establecimiento por enfermedad, que siendo las 21.30 del mismo día Carlos Alberto Moreno se presentó para comunicar que su esposa no concurriría, y que siendo las 22.15 la Prosecretaria atendió una llamada telefónica de la Sra. de Moreno, quien preguntó si su esposo había concurrido a tramitar su licencia y si se había retirado del establecimiento; declaración de Carlos A. Haag obrante a fs. 87 e incorporada al debate por lectura previo acuerdo de partes, quien describió lo percibido como testigo presencial del secuestro de Moreno al día siguiente de producirse los hechos; declaración testimonial de Nemesio Guillermo Piccione, obrante a fs. 87 vta/88 también incorporada al debate, quien como sereno de la estación de servicios "San Ignacio" se entrevistó con Susana Lofeudo, indicando el trayecto seguido por su esposo en dirección a su hogar luego de guardar el vehículo; declaración recibida en el debate por Héctor Alfredo Moreno; declaraciones testimoniales de la Elsa María Saiz de Braghini y Angela Dora Trepiccio de Gorosito como Vicedirectora y Prosecretaria del Instituto Nacional de Comercio Alvaro Barros, obrantes a fs. 97 y 97/vta respectivamente; Inspección ocular y toma de fotografías de las calles Lamadrid, Belgrano, Moreno y Dorrego de la ciudad de Olavarría obrantes a fs. 90/vta; croquis de fs. 91; fotografías de la estación de servicios "San Ignacio" y la dirección que tomó Moreno en forma previo a su secuestro conforme lo indicado por el testigo Piccione, de fs. 92/vta; declaraciones testimoniales de Telmo Sánchez, Carmelo Vinci, Blanca Rodríguez, Carlos Santiago, Carlos Pineda, Stella Maris Judell de Tigre, Héctor Tigre, Mario Florencio Paniagua, Juan Zabala y del abogado Enrique Pizorno, todos ellos contestes en torno a la actividad profesional de Carlos Alberto Moreno en representación de trabajadores de empresas cementeras entre otras, refiriendo el último de los nombrados que en la época de los hechos *"existía una persecución de abogados laboralistas, considerados ideólogos de la subversión"* , lo que motivó su exilio a Canadá en el año 1978; declaración del Dr. Ignacio Adolfo Rocha Campos, dando cuenta de los urgentes trámites realizados luego de tomar conocimiento de la desaparición de Carlos Alberto Moreno, incluyendo la denuncia ante la Comisaría 1° de Olavarría, la promoción de una reunión en su estudio jurídico, donde gran número de abogados firmaron el Habeas Corpus que ocasionó la rápida intervención del Dr. Pagliere y la formación del expediente que en gran medida ha permitido la reconstrucción de los hechos juzgados, como asimismo la entrevista mantenida en la presidencia de la Suprema Corte provincial, todo ello concordante con las manifestaciones vertidas en el debate por los Dres. Juan Mario Pedersoli y Mario Daniel Gubitosi, quien recibió el llamado de Susana Lofeudo anoticiándolo del secuestro de su esposo, lo que motivó el inmediato llamado telefónico al Dr. Rocha Campos, con quien recorrió comisarías y hospitales de la zona para hallar al nombrado, a lo que debe sumarse la declaración mediante videoconferencia de Pedro Osvaldo Hardoy dando cuenta de la forma en que tomó conocimiento de la privación de libertad de su cuñado, su inmediato traslado a la ciudad de Olavarría para acompañar a Susana Lofeudo y las gestiones realizadas en esa ciudad en el convencimiento de que *"cuanto más pasaba el tiempo, menos posibilidades habían de volver a ver a Moreno"*.

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

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

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

Luego de observar por última vez a Carlos Alberto Moreno, Carlos Marchioni y Neri Bulfoni se dirigieron a la seccional policial con el objeto de radicar la denuncia, regresando al lugar detrás de una comisión policial que se desplazaba a

USO OFICIAL

bordo de una camioneta Estanciera, guiada hacia las cercanías de la cantera Albión por Roberto Rubén Pérez, quien había llegado en primer término a la dependencia.

Conforme a lo expuesto, los hechos narrados precedentemente encuentran sustento probatorio en la copia de la presentación de los doctores Tours, Tancredi, Lalanne, Dames y Rocha Campos en representación del Colegio de Abogados de Azul, obrante a fs. 61/vta, mediante la cual se hizo saber al Dr. Carlos Pagliere que habían tomado conocimiento que *a) el día 3 de mayo el Dr. Carlos Alberto MORENO, en situaciones físicas sumamente precarias se habría presentado requiriendo asistencia en un domicilio suburbano de la ciudad de Tandil. b) que en esas circunstancias irrumpió un grupo de personas que al parecer perseguía al mismo, como así también se hizo presente, posteriormente, una comisión policial de la secc. 1° de Tandil. c) tales hechos ocurrieron en el domicilio del Sr. BULFONI, ubicado en el Paraje "Los Laureles" próximo al acceso a la ruta nacional nro. 226, donde también se encontraban otros familiares del mismo, que tendrían conocimiento del hecho*; copia del acta de declaración testimonial de Valentín Bulfoni, obrante a fs. 63/64 vta e incorporada al debate conforme al art. 391 del CPPN, que fuera recibida por el Dr. Carlos Pagliere en el domicilio del nombrado, al día siguiente de producirse el hecho descripto y en las precarias condiciones de iluminación descriptas en el debate por el magistrado, quien narró detalladamente las tareas investigativas llevadas a cabo como juez de la causa, las que permitieron reconstruir los hechos sufridos por el Dr. Moreno luego de su secuestro en la ciudad de Olavarría, incluyendo la entrevista mantenida en la presidencia de la Suprema Corte bonaerense, en donde a su criterio, el ministro Alfredo Renón lo intentó disuadir de su actuación, tomando conocimiento del comunicado militar que daba cuenta de la muerte del citado profesional en voz del entonces presidente Peña Guzmán luego de recibir un llamado telefónico del ministro de gobierno Jaime Smart; declaración testimonial de Neri Bulfoni indicando que la persona que en un primer momento fue observada perseguir a otra efectuando disparos con su arma es la misma que luego tomó la pala de la camioneta de Marchioni y quien en esa oportunidad le expresó que (a Moreno) *"lo tenían por ser un subversivo"*. La testigo hizo referencia en el debate al grave estado físico en el que se encontraba el nombrado, describiendo los hematomas observados en su espalda y cuello y una herida con principio de infección en uno de sus dedos del pie, quien en la desesperación intentó subirse al vehículo de Ricardo Pérez, lo que fue impedido por el oficial manifestando que *"no lo llevarán a ningún lado porque los iban a matar y que lo llevarían a la casa donde lo tenían"*, sintiéndose atemorizada ante aquella expresión; declaración de Roberto Rubén Pérez reconociendo como propia la firma inserta en la declaración que en copia luce a fs. 68/69 y a las fotografías de Carlos Alberto Moreno que le fueran exhibida, en relación a las cuales afirmó que con seguridad se trata de la persona que era apuntada con un arma; y copia del acta de declaración testimonial de Carlos Marchioni obrante a fs. 115/117 e incorporada al debate conforme al art. 391 del CPPN; a lo que debe sumarse los reconocimientos efectuados por los testigos mencionados en relación a la persona cuyas fotografías obran agregadas a fs. 104/105, 107/110, como quien se presentara en el domicilio de la familia Bulfoni identificándose

como el abogado Carlos Alberto Moreno, de fs. 119; copia del acta labrada en la Seccional Primera de Tandil, dejando constancia que el día 5 de mayo de 1977 se hizo presente Valentín BULFONI, refiriendo que "*en circunstancias que recorría una parcela del campo ubicado frente a su domicilio, la cual es muy rocosa, en pendiente hacia la calle que conduce a la cantera Albión y a unos cincuenta metros en dirección a la sierra, encontró un saco color oscuro el cual hace entrega*"; declaraciones testimoniales de Gladys Amanda Peyrano, Ignacio Rocha Campos y Susana Lofeudo en cuanto refirieron haber reconocido el saco hallado como perteneciente al Dr. Moreno, resultando concordante con el reconocimiento efectuado por Gladys Mabel Suquilvide y Carlos Fernando Gainza, cuyas copias lucen a fs. 125/vta y 128 respectivamente, ambas incorporada al debate.

Corresponde agregar que en relación a la prenda hallada por Valentín Bulfoni a la que se hiciera referencia, conforme se desprende de la constancia obrante a fs. 300 incorporada al debate, el 1° de junio de 1977 el entonces General de Brigada Comandante 1° Brigada de Caballería Blindada, Alfredo O. Saint Jean, "*VISTO: las presentes actuaciones instruidas en sede judicial común en relación con la detención del delincuente subversivo Carlos Alberto Moreno el que fuera abatido al intentar evadirse, y CONSIDERANDO… que de sus constancias no surge la existencia de infracciones susceptibles de investigación en sede castrense*", ordenó el archivo de las actuaciones y la incineración del saco de vestir "*atento el estado de deterioro del mismo*".

Los testimonios de quienes presenciaron la recaptura de Carlos Alberto Moreno resultaron coincidentes con la versión brindada por Ricardo Alberto Rodríguez, Fernando Antolín Sánchez y Bautista Fittipaldi, quienes integraron junto a José Osmar Juárez la comisión policial que se hizo presente en el lugar a bordo de una camioneta Estanciera y un Ford Falcon negro, luego de recibir la denuncia de Ricardo Rubén Pérez, Neri Bulfoni y Carlos Marchioni, y asimismo mediante la declaración testimonial de Alfredo José Menéndez, Jefe de la Comisaría Primera de Tandil en la época de los hechos, en cuanto confirmó la actuación de sus subordinados, la subordinación de la dependencia al control operacional del personal militar que existía y la inspección de los diferentes calabozos realizada al día siguiente por el juez instructor Carlos Pagliere, esto último conforme se desprende del acta que en copia luce a fs. 59, incorporada al debate y a través de la declaración testimonial del abogado Osvaldo Ernesto Gutiérrez, refiriendo en el debate que en la época de los hechos concurrió a la Comisaría Primera de Tandil debido a su actividad profesional, observando allí gran cantidad de personas, entre ellas al Sr. Valentín Bulfoni, quien le relató los sucesos ocurridos en las inmediaciones de su vivienda y la presencia del Dr. Moreno. Esa información fue transmitida por el letrado al comisario de la dependencia, refiriendo en la audiencia que el nombrado le refirió que en el lugar ya había intervenido otra fuerza, aludiendo a las autoridades militares.

A través de sus relatos se acreditó que aproximadamente a cien metros luego de pasar el acceso a la cantera Albión, por indicación de Ricardo Pérez, los uniformados detuvieron a la persona que fuera vista armada persiguiendo a Moreno, quien en oportunidad de ser desarmado y esposado en el interior del vehículo policial se

USO OFICIAL

identificó como el Cabo 1° Ojeda del ejército, no pudiendo observar allí la presencia de Carlos Alberto Moreno. Que en ese momento, el oficial Juárez se comunicó con el batallón logístico mediante la radio del móvil policial, la cual tenía banda abierta con el regimiento existente en Tandil, a los fines de establecer la identidad del detenido, siendo informado a través de ese medio por el Mayor Pappalardo que efectivamente la persona detenida por los efectivos era el Cabo 1° José Luis Ojeda, quien se encontraba en operaciones -ejercicio de cerco -, debiendo ser inmediatamente liberado.

Que en virtud de las declaraciones testimoniales a las que se hiciera referencia, se encuentra acreditado asimismo que luego de su secuestro, Carlos Alberto Moreno permaneció ilegalmente privado de su libertad, en condiciones infrahumanas y sometido a cruentas sesiones de tortura, en la chacra utilizada por las fuerzas armadas como centro clandestino de detención, ubicada en la Circ. I Sec. D. Chacra 93 Manzana 93 del Partido de Tandil, cercana al club de rugby "Los Cardos", indicada por Moreno con su brazo al Sr. Bulfoni en su intento de fuga, la cual, conforme a la constancia que en copia luce agregada a fs. 377/378 incorporada al debate, era propiedad en esa época de los hermanos Julio Manuel y Emilio Felipe Méndez, personas económicamente activas en la zona y con fluídos contactos con las autoridades militares.

Así, de los relatos de Neri Bulfoni y Ricardo Pérez se desprende que la persona armada que fue vista perseguir a Moreno y efectuar disparos les ordenó frente al padre de la nombrada que se dirigieran a la mencionada chacra en busca de refuerzos, lugar que fue reconocido por la testigo en el debate al serle exhibidas la fotografías cuyas copias lucen agregadas a fs. 138/147, a excepción de las identificadas con los números 9 y 11 por no recordarlas. Pérez por su parte, en oportunidad de describir el modo en que se llevó a cabo la detención de Ojeda, refirió que la comisión policial llegó a las inmediaciones de la cantera Albión, observando al nombrado junto a una pala ancha frente a la tranquera de entrada de una casa distante a unos sesenta metros de la ruta, a lo que debe sumarse la declaración testimonial de Carlos Leonardo Marchioni prestada el 6 se mayo del año 1977 ante el juez Pagliere, cuya copia luce agregada a fs. 115/117, describiendo la llegada al lugar detrás a los efectivos luego de denunciar los hechos ocurridos, en donde asimismo ingresó un vehículo Ford Falcon negro de la comisaría, pudiendo observar la pala extraída por los perseguidores de Moreno de la caja de su camioneta y a Ojeda esposado en el interior de la camioneta policial.

Adquiere especial relevancia la declaración de Petronila García de Pozal ante la CONADEP, cuya copia incorporada al debate luce a fs. 359/361 (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. -testigo inhabilitada para declarar-), quien en la época de los hechos estaba a cargo del bufet del club de rugby “Los Cardos”, ubicado en la ruta de acceso a Tandil desde la ruta 226, lindero a la chacra en la que permaneció ilegalmente privado de su libertad Carlos Alberto Moreno, señalando que en el lugar se percibían diariamente movimientos de vehículos particulares y del ejército, como asimismo soldados de uniforme y otras personas de civil haciendo guardia en las inmediaciones, y por las noches quejidos y lamentos angustiosos. Que luego de quedar desocupado, al no percibir más movimientos, observó junto a sus hijos el interior de la vivienda, distinguiendo

algodones, gasas y compresas ensangrentadas, un elástico de cama, cables, un teléfono con una línea provisoriamente conectada, botellas de agua y una escalera metálica de piscina de natación. El relato de la nombrada debe ser valorado positivamente en virtud de su coherencia interna y por resultar conteste con los testimonios de Ana María y Daniel Angel Pozal recibidos durante la audiencia de juicio oral, este último asimismo describiendo la impresión que los elementos observados le generaron, y con el de Máximo Pozal recibido en sede judicial, cuya copia luce agregada a fs. 400 y fuera incorporada al debate conforme al art. 391 del CPPN.

Esta circunstancia, sumado a las constancias de fs. 1021/1033 que dan cuenta de la diligencia de constatación de las condiciones de ocupación y estado de conservación de la entonces chacra de los hermanos Méndez; imágenes satelitales del predio de fs. 1035/1040; reconocimiento judicial y croquis de fs. 1206/1209 tendiente a reconstruir el trayecto realizado por la víctima y los testigos presenciales; como asimismo a lo relatado en la audiencia por Neri María Bulfoni, quien describió en forma concordante con la familia Pozal los objetos visualmente percibidos en el interior del lugar con posterioridad a que el mismo fuera desocupado, permite aseverar lo concluido.

USO OFICIAL

El día 10 de mayo de 1977, conforme se desprende de la constancia obrante a fs. 130 incorporada al debate, los medios periodísticos reprodujeron un comunicado del Comando de Zona 1, ratificado posteriormente en forma oficial, mediante el cual se hacía saber a la población que *"fuerzas legales lograron capturar al delincuente subversivo Carlos A. Moreno, alias "Negro" o "Beto", perteneciente a la Columna Centro de la banda marxista Montoneros, quien en oportunidad en que se efectuaba su traslado intentó evadirse, siendo abatido al resistirse a la orden de detención impartida.".*

Luego de transcurridos nueve días de la publicación periodística, el Comando de la Primera Unidad de Caballería Blindada del Ejército emite el informe cuya copia luce a fs. 146/147, incorporada al juicio previo acuerdo de las partes, suscripto por el General de Brigada Oscar Alfredo Saint Jean quien, transcribiendo el comunicado referido precedentemente y los datos filiatorios de Carlos Alberto Moreno, solicitó al Juez Pagliere que se declare incompetente para seguir interviniendo y remita las actuaciones a jurisdicción militar, argumentando que *"la detención y ulterior muerte del delincuente subversivo de referencia en las circunstancias ya aludidas, resulta claramente legitimada por las disposiciones del Decreto 2772/75 y la ley 21460"*.

En orden a este punto corresponde afirmar que la aparición del cuerpo de Carlos Alberto Moreno se debió a las presiones que desde diferentes sectores se efectuaron en torno a la aparición del nombrado, a las que el Dr. Pedro Osvaldo Hardoy hiciera referencia en el debate oral, quien pudo mantener comunicaciones con personas que contaban con información sensible, presentándose el 9 de mayo del año 1977 ante la Suprema Corte bonaerense entre otras gestiones tendientes a conocer el paradero de su cuñado, día que también lo hiciera el Dr. Rocha Campos, con motivo del

habeas corpus firmado por gran cantidad de colegas de Azul, Tandil y Olavarría, y el mismo juez de la causa Pagliere con copia del expediente bajo su brazo. En la entrevista del Dr. Pagliere con el Ministro Carlos Alfredo Renón éste criticó su actuación, pidiéndole que volviera en dos horas, tal como previamente lo había hecho el ministro Gerardo Peña Guzmán; este ida y vuelta que se reiteró en tres oportunidades, forzó -a mi criterio- que el entonces ministro de gobierno Jaime Smart anunciara telefónicamente al Dr. Peña Guzmán el comunicado militar que daba cuenta de la muerte violenta del Dr. Moreno. De no haberse producido este interés por el abogado desaparecido, su cuerpo difícilmente hubiera sido localizado.

El sistema de la libre convicción o de la sana crítica radica en que la ley no vincula al juez, fijándole normas que cercenen su arbitrio para determinar la forma en que se acreditarán los hechos ni le anticipa el valor de los elementos de prueba. El órgano jurisdiccional tiene amplia atribución para seleccionar dichos medios, tan sólo debe ajustar sus conclusiones a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común (Código Procesal Penal de la Nación, comentado por Francisco D`Albora, 1ª ed, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, pg. 470).

De esta manera, la pretendida versión de la muerte resulta contradicha por la prueba colectada durante la audiencia de debate así como también a través de la documental incorporada como prueba previo acuerdo de las partes, en virtud de la cual se acredita que Carlos Alberto Moreno permaneció ilegalmente detenido desde la noche del día 29 de abril del año 1977, cuando fue secuestrado por personal militar antes de llegar a su domicilio y trasladado a la ciudad de Tandil, sin recuperar en ningún momento su libertad pese a las intensas gestiones realizadas por gran cantidad de abogados de la zona y sus familiares, incluyendo la visita de Susana Lofeudo al Teniente Coronel Ignacio Aníbal Verdura, Jefe del Área Militar 124 y vecino de la nombrada.

Que el día 3 de mayo intentó huir de su cautiverio en la chacra de los hermanos Méndez buscando refugio en la vivienda de la familia Bulfoni, siendo inmediatamente capturado y reconducido a la chacra por quien se identificó como cabo 1° Ojeda y otras personas no identificadas, aprovechándose de su grave deterioro físico, producto de las torturas sufridas y los golpes recibidos de sus secuestradores mediante una pala hallada en la camioneta del testigo Marchioni, resultando muerto por el accionar de las fuerzas armadas entre los días 3 y 4 de mayo del mismo año en total estado de indefensión.

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

Lo precedentemente afirmado ha quedado debidamente acreditado a través del testimonio de Pedro Osvaldo Hardoy recibido mediante videoconferencia, quien durante días concurrió a la morgue de la policía provincial de la

ciudad de la Plata, refiriendo que *"no era fácil identificar el cuerpo de Moreno por la gran cantidad de cadáveres. Era horrible ver la masacre de gente joven"*. Que en oportunidad de recibir el cuerpo de su cuñado le hicieron saber la inconveniencia de sepultarlo en la ciudad de Olavarría, siendo condición de su entrega que sea sepultado en la ciudad de La Plata. El testigo asimismo describió las graves heridas visualmente percibidas en el cuerpo de Moreno, refiriendo que se encontraba con el torso desnudo y con una herida de bala pequeña, a su criterio debido a la cercanía con la que se efectuó el disparo del arma de fuego. El relato de Hardoy resultó coincidente con las declaraciones de Susana Mabel Lofeudo y Héctor Alfredo Moreno, en cuanto describieron el estado en el que fue visto el cuerpo de Moreno, el último de los nombrados afirmando que recibió el cuerpo de su hermano en pésimas condiciones, con un fuerte golpe en su rostro, dos heridas de bala y la lesión profunda en el dedo del pie que fuera percibida por Neri Bulfoni cuando la víctima intentó huir de sus captores, sobre la cual se había colocado un apósito.

Todo ello se ha visto corroborado asimismo mediante las conclusiones a las que arribara el cuerpo médico forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación obrante a fs. 954/962, determinando que *"las lesiones encontradas en el tórax son compatibles con las provocadas por un proyectil de arma de fuego el cual a su paso provoca la destrucción tisular y hemorragia idóneas para provocar la muerte"*, dando cuenta también de una *"fractura completa en tercio medio de costilla izquierda n° 9, con trazos fracturarios radiales y pérdida de sustancia ósea"*; el informe de fs. 175 confeccionado el jefe de la policía bonaerense, dando cuenta que del Libro de entrega de cadáveres de la Dirección Sanidad de esa fuerza correspondiente al año 1977 surge el ingreso un cadáver NN o Carlos Alberto Moreno el día 20 de mayo de 1977, procedente de Tandil, "traído por personal militar del área, en un ataúd" y que el día 23 de mayo a las 11.30 fue entregado al Sr. Héctor A. Moreno; y mediante el acta de ingreso al cementerio de La Plata cuya copia luce a fs. 249, de donde se desprende que el fallecimiento de Moreno se produjo en la ciudad de Tandil, por hemorragia por heridas de armas de fuego, detallándose los mismos datos en el certificado de defunción que en copia fuera agregada a fs. 295, todas ellas constancias incorporadas al debate previo acuerdo entre las partes.-

Así lo voto.-

A las cuestiones planteadas los Dres. Mario Alberto Portela y Néstor Rubén Parra votaron en igual sentido.-

II. <u>PARTICIPACION</u>:

El Dr. Roberto Atilio Falcone dijo:

Previo a pronunciarme acerca de la prueba recibida en el curso de la audiencia oral y pública que vincula a los imputados **Julio Alberto TOMMASI**, **Roque Ítalo PAPPALARDO**, **José Luis OJEDA**, **Emilio Felipe MÉNDEZ** y **Julio Manuel MÉNDEZ** con la privación ilegal de la libertad, tortura agravada por tratarse la víctima de un perseguido político y homicidio agravado por alevosía de Carlos

USO OFICIAL

Alberto Moreno, corresponde formular algunas breves consideraciones en relación al contexto en que se produjeron los hechos, la superación del pasado a través del Derecho Penal, cuando –como ocurre en este caso- se trata de delitos sucedidos hace más de treinta años, así como también, al marco de actuación del personal militar en la lucha contra la subversión y al organigrama funcional de las fuerzas armadas de ejército.

a) Breve referencia al contexto en que se produjeron los hechos.

El 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales de nuestro país y se hicieron cargo del gobierno, dictando un conjunto de reglamentos de carácter reservado y circulación interna en el ejército –alguno de los cuales haré referencia en el apartado c- que constituyeron la base para llevar adelante la llamada "lucha contra la subversión".

Así, entre 1976 y 1983 en la Argentina rigió una dictadura compuesta por militares y civiles que, valiéndose de todo el poder del aparato estatal, ejecutaron un plan sistemático y generalizado de represión contra distintos sectores de la población que fueron identificados, seleccionados y etiquetados como "subversivos" o "guerrilleros" por aquéllos, en virtud de su ideología política y antecedentes gremiales o sindicales.

Este régimen militar violento alucinó una guerra y enarboló la doctrina de la seguridad nacional como bandera para asumir como ningún otro, un sistema penal subterráneo con campos de concentración y ejecuciones masivas, un sistema penal paralelo que pretendía mostrar hacia fuera que Argentina era un Estado de Derecho, que los argentinos éramos "derechos y humanos".

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal llevó adelante un juicio a los integrantes de las ex Juntas Militares en el que efectivamente se demostró la implementación por parte de las Fuerzas Armadas del señalado plan clandestino de represión, por el cual se otorgó a los cuadros inferiores una gran discrecionalidad para determinar la suerte de los detenidos (Causa Nº 13/84, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", 9/12/1985, Fallos: 309-II-1584/1585).

En el marco de ese plan criminal de represión, el aparato estatal imperante incurrió en una masiva y sistemática violación de los derechos humanos, cometiendo aberrantes crímenes que abarcaban, entre otros, la privación ilegal de la libertad de aquellos sospechados de tener algún tipo de vínculo con la subversión, su mantenimiento en clandestino cautiverio y su sometimiento a regímenes inhumanos de vida que incluían cruentos interrogatorios, todo tipo de tormentos psicológicos y largas sesiones de tortura, así como también, el saqueo de sus viviendas y la apropiación y sustracción de los niños nacidos durante la detención ilegal de sus madres las que luego de dar a luz eran asesinadas.

Resulta aquí harto elocuente el voto del Dr. Carlos Santiago Fayt, emitido el 30 de diciembre de 1986, en oportunidad de resolver los recursos

extraordinarios interpuestos por las partes contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en causa Nro. 13/84, en relación a la metodología utilizada por las Fuerzas Armadas y de Seguridad en la denominada "lucha contra la subversión", en el que sostuvo que la misma consistía básicamente en: *"a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones con la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar de alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno. Para permitir su cumplimiento, los comandantes dispusieron que los ejecutores directos fueran provistos de los medios necesarios: ropa, vehículos, combustible, armas, municiones, lugares de alojamiento de cautivos, víveres y todo otro elemento que se requiriera. Finalmente, se dio por probado que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados, que pueden considerarse –como los robos producidos- consecuencia del sistema adoptado desde el momento en que los objetos se depositaban en los centros militares que utilizaban como base de operaciones de los grupos encargados de capturar a los sospechosos"* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo 309:1689, voto del Dr. Carlos Santiago Fayt, concretamente p.p. 1773 y 1774).

Es entonces dentro de este plan clandestino de represión comprensivo de una masiva y sistemática violación de los derechos humanos que deben analizarse los hechos objeto de autos.

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

Una vez terminada la dictadura y comenzado el período democrático el nuevo gobierno debió elegir la forma correcta de buscar la superación del pasado y de dirigir a la sociedad por el sendero de la transición de la forma más pacífica posible, hacia el reforzamiento de los valores democráticos, impidiendo que el pasado de

USO OFICIAL

violencia institucional reverdezca. Esta suele no ser una tarea sencilla, ya que en muchos casos los miembros del anterior aparato de gobierno todavía conservan cierta aceptación en el inconsciente colectivo de algún sector de la sociedad, y conservan sus vínculos con los sectores influyentes que continúan vigentes. Por eso, esta delgada línea entre combatir el pasado y despertar a sus fantasmas resulta el límite al que el nuevo gobierno debe atenerse para luchar contra la impunidad sin poner en riesgo la joven democracia. De la interacción de estos factores surge que los resultados del combate del pasado en los distintos continentes han sido tan disímiles, como disímiles son también las historias de los pueblos.

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

Este normativismo de Jakobs que claramente conduce a la impunidad de los delitos más graves cometidos por aparatos de poder organizados tal como ocurrió con la Alemania Nacionalsocialista o en la Argentina dictatorial, retomado hoy por importantes profesores argentinos como Daniel Pastor es inaceptable (ver Pastor, Daniel "El neopunitivismo de las Víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos, "Poder Penal Internacional"). Tan inaceptable como fundar la falta de necesidad de pena, según Jakobs en "que cuando la sociedad fue reorganizada, ellos –los criminales- (el agregado me pertenece) **lograron adaptarse perfectamente al nuevo ciclo, como cáscaras personales rellenas con la sangre del sistema vigente";** no puede aceptarse su tan desafortunada metáfora, *"Wer sich nicht selbst als Täter in einem Konzentrationslager vorstellen kann, wei? da? er ein gro?er Charakter ist, oder aber er hat keine Phantasie" que debe leerse* ***"Quién no puede imaginarse a sí mismo como autor en un campo de concentración, sabe que tiene un gran carácter, o no tiene imaginación"*** (*Jakobs, Gunther ,* op. cit p. 42).

Sin creerme poseedor de un carácter ciclópeo, y a pesar de gozar de una mesurada imaginación, creo que la afirmación es incorrecta. Y esto porque no cualquier persona podría sobrellevar ser él quien ejecute los brutales homicidios acaecidos en los *campos de la muerte.* Pienso, que tampoco aquí se puede ser ingenuo,

que si bien es cierto que por aquellos años era verdaderamente difícil oponerse manifiesta y expresamente a la brutalidad y a la arbitrariedad oficial sin poner en riesgo la vida propia y la de los suyos, una cosa es callar cobardemente, como lo hizo en las primeras décadas del siglo XX gran parte de la sociedad alemana que se oponía al régimen (porque también la hubo), y otra muy distinta **es imaginarse a sí mismo como el fusil que da muerte en nombre del *Führer*** en palabras de *Schroeder.* Además, el propio *Jakobs* reconoce que estos funcionarios públicos recibían un sueldo de manos del Estado, y ello no los hace menos responsables como él cree.

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

USO OFICIAL

Como dice Lüderssen "**pero el derecho penal del estado de Derecho, no es tan tonto como para permitir que estos protagonistas simplemente reciban su jubilación. El derecho penal del estado de Derecho está también y precisamente para emplearse contra los poderosos, que en forma abrumadora han utilizado a los humanos como material de sus políticas. El derecho penal del estado de Derecho sólo debe aprender a estabilizar jurídicamente su derrocamiento a través de la persecución penal de los poderosos** (ver Lüderssen, Klaus, Zu den Folien des, Beitritts "fürr die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland", en Strafverteidiger 1991, pp 482, 487).

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

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

c) La subsunción de la teoría de los delitos de infracción de deberes especiales y de la elevada disposición al hecho en el terrorismo de Estado en Argentina.

En realidad asiste razón a *Schroeder* al continuar pensando que su teoría es superadora de la planteada por *Roxin* en cuanto a la fungibilidad del ejecutor y que por lo demás es difícil asociar su criterio con los otros presupuestos por él desarrollados. Concentrémonos ahora en las tres críticas expuestas a la teoría de *Roxin* por *Rezikowski*, *Herzberg* y el mismo *Schroeder* y notaremos que ninguna de las tres es aplicable a la elevada disposición al hecho (*Tatbereitschaft*), tal cual fuera formulada por *Schroeder* (La tesis doctoral del profesor *Schroeder* denominada "El autor detrás del autor" -Täter hinter dem Täter- de 1965 consistió en un complejo estudio de la autoría mediata en todas las teorías de la autoría, encontrado algo más de trece casos distintos en los que la conducta del hombre de atrás podía ser punible sin que se haya excluida previamente la imputación del hombre de adelante. Esta monografía, que lamentablemente aún no tiene traducción al español, significó un avance trascendental en la dogmática penal alemana, tanto que hoy prácticamente no hay manual en lengua germana que al estudiar la participación criminal no se refiera a ella, y que sea imposible referirse a casos de macrocriminalidad sin emplear el concepto de "autor detrás del autor"). Mengele posiblemente fuera irremplazable, por eso el fundamento de la imputación de los hombres de atrás no radica en su fungibilidad sino en la disposición a cometer el hecho que el ejecutor muestra antes de que efectivamente se decida que él será el encargado de la realización; se trata, en otras palabras, de la fidelidad que el autor deja entrever, en este caso, para con los postulados del nacionalsocialismo, que le asegura al hombre de atrás la realización de la conducta típica (por ello yerra la sentencia contra Fujimori al calificar a este criterio como subjetivo, no se trata de lo que el ejecutor pensó sino de lo que efectivamente mostró y de cómo fue interpretado esto por el hombre de atrás!). Así, se sortea también la dificultad planteada acertadamente por *Rezikowski* ya que en este caso el fundamento de la imputación del hombre de atrás no radicaría en un hecho tan factible como inexistente, sino en el hecho concreto. A su vez, y en relación al planteamiento de *Herzberg,* el hecho de que el centinela en el último instante se arrepienta y deje huir al sujeto será indiferente para la tentativa de homicidio del hombre de atrás, ya que el fundamento no radica en la efectiva conducta criminal sino en que con anterioridad se haya mostrado dispuesto a efectuar el hecho.

Reparemos ahora en los denominados delitos de Lesa Humanidad acaecidos durante la dictadura que asoló a nuestro país, lo que ocurría en los centros clandestinos de detención donde se torturaba, violaba y asesinaba a los disidentes del régimen. ¿Se puede sostener en estos casos que quienes no cumplieron sus deberes estatales no son autores, que dichos deberes son imprecisos? El hecho que desde un punto de vista naturalista *no se ejecute* no posee ninguna relevancia para la valoración normativa del suceso; quizá esa lejanía fenomenológica haga más complejo el juicio de imputación del resultado, más compleja la explicación a un lego, pero algo parecido ocurrió con la comisión por omisión en sus orígenes y hoy es postura mayoritaria.

Existe un consenso importante en la equiparación de la autoría mediata y la inmediata, la identidad normativa entre la acción y la omisión, ¿quién duda de que la madre que deja morir a su hijo de hambre, ha ejecutado el tipo penal de homicidio calificado (art. 80 inc. 1 CP), aunque desde un punto de vista naturalista, ella no ha ejecutado? Ha llegado el momento de mirar la dogmática penal con ojos más despiertos como señala *Cancio Meliá*, de lo contrario no sólo en los delitos de tinta el derecho penal presenta serias deficiencias e incomprensión, sino también cuando se trata de juzgar las atrocidades más graves que han ocurrido en nuestra patria. Y pensamos no haber violado ningún principio constitucional al interpretar la ley penal en la dirección propiciada.

En el caso argentino, de acuerdo a las comprobaciones alcanzadas en la causa 13/84, como ya se dijo, queda claro la existencia de un plan sistemático para aniquilar la subversión, que las muertes, torturas, apropiación de niños e infinidad de delitos producidos no fueron el puro arbitrio del sujeto ejecutante sino un comportamiento de continuación a partir de la decisión de la junta de gobierno de derrocar al gobierno constitucional para, como se dijo, aniquilar a la subversión (Cfr. *Ambos/Grammer*, Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann, en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, 9/16, 2003, 173 ss.). La junta dictatorial creo el marco dentro del cual se desplegó la criminalidad estatal; por lo tanto quienes han creado el marco y quienes los han rellenado son también ejecutores. Cuando la ejecución del hecho es producto de una obra colectiva, tanto los intervinientes que han fijado el marco antes de la ejecución o los ejecutores que lo rellenan deberían ser calificado de autores ya que la realización del tipo delictivo es marco y relleno, como una obra de teatro; ella es la representación de los actores, pero también del director, del encargado del escenario, tal como acertadamente ha escrito *Jakobs* (*Jakobs*, El ocaso del dominio del hecho, cit, 200-203). La creación del marco dentro del cual se llevaron a cabo miles de ejecuciones reviste una importancia liminar. Ello así porque la denominada "guerra contra la subversión" demuestra en los intervinientes una "solidarización con las consecuencias", esto es con todo el diseño político pergeñado para aniquilar a la disidencia política. Todas estas intervenciones se llevaron a cabo como una muestra de solidaridad con el quehacer delictivo precedente, todos los intervinientes con su aporte pertenecen al colectivo, pero también, por ello, quienes configuraron el marco y llevaron adelante el aparato criminal, se convierten en ejecutores propios, en autores directos de un delitos de infracción de deber especial en razón del cargo público desempeñado, en atención a la institución de los deberes genuinamente estatales. Aquí no estamos frente a simples instrumentos con apariencia humana (sólo naturaleza) sino ante sujetos de imputación[1].

USO OFICIAL

[1] El funcionamiento vertical y jerarquizado del aparato del que se derivan procedimientos reglados para la ejecución del plan criminal, también se deja ver en el Anexo 3 del Plan del Ejército, suscripto por Videla en febrero de 1976: "La operación consistirá en detener […] a todas aquellas personas que la Junta de Comandantes Generales establezca o apruebe para cada jurisdicción […] Cada comando de Zona establecerá en su jurisdicción los Equipos Especiales que resulten necesarios de acuerdo a las características de la misma. La planificación respecto a los elementos a detener [...] deberá contar con la aprobación de la Junta de

La competencia en estructuras jerarquizadas se desplaza de los ejecutores a la dirección. Aparece la responsabilidad en función del rango y no en la medida de los movimientos de los dedos, de la inervación muscular (fenotípico). En los delitos de infracción de deber general importa la cuantificación del aporte, en los delitos de infracción de deber especial la jerarquía del obligado. En la infinidad de aportes delictivos en el marco del terrorismo de Estado debe verse un encadenamiento hacia el resultado, un refuerzo solidario que hace que el delito sea obra de todos. Estamos frente a una adhesión al plan criminal, ante un incremento de la chance de éxito del resultado delictivo.

Sin embargo, estudiemos ahora lo afirmado por *Jakobs* en relación a la criminalidad de Estado durante el régimen del ex presidente Alberto Fujimori en Perú:

"En el caso de la lesión de obligaciones positivas, en los delitos de infracción de deber valen otras reglas. Autor es aquí cada obligado especial, que no adecua su estatus al bien del otro y una lesión de deber irreversible es ya el comienzo de la ejecución (los delitos de infracción de deber no reconocen accesoriedad para los deberes). Antes que lesionar a la victima del delito de infracción de deber lesiona a la institución separada de la víctima. Fujimori lesiono a través de su accionar, activo u omisivo, una relación positiva: sólo eso ya lo vuelve autor de los delitos por él iniciados (o meramente tolerados). Las figuras jurídicas de la coautoría o el uso de un aparato organizado de poder apartado del derecho no son necesarias. Más aún son contrapuestas a las lesiones al deber emanado de la función pública. Por ello es que deben ser abandonadas" (*Jakobs*, Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori, en: Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik, 11/2009, 572-575).

Coincidiremos con *Jakobs* tanto en la inaplicabilidad al caso de la teoría del dominio de la organización como en las dificultades dogmáticas que esta conlleva, sobre todo por fundarse en la fenomenológica teoría del dominio del hecho. También coincidiremos en el deber especial que le compete al funcionario público (deberes estatales) para la tutela de bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de la sociedad (como la vida, la integridad corporal, la libertad, etc.).

Sin embargo, *Jakobs* pasa por alto algo medular: no responden al mismo fenómeno un caso de cohecho, de falso testimonio -el declarante

---

Comandantes Generales. La incomunicación caracterizará todo el proceso de detención de los inculpados y solamente podrá ser levantada por la Junta de Comandantes Generales. No se permitirá la intervención de personas extrañas a las FF.AA. en defensa de los detenidos, quedando librada su posibilidad a resolución de la Junta de Comandantes Generales. La composición de los equipos especiales de detención, y todo el accionar de los mismos serán registrados en documentos secretos a elaborar, dentro del más estricto marco de seguridad y de secreto militar. Dichos documentos deberán estar permanentemente a disposición de la Junta de Comandantes Generales y elevados toda vez que ésta lo requiera".

A este plan del ejército debe sumarse la Directiva 404/75 también firmada por Videla que condujo, según el Documento Final, a la victoria total sobre la subversión, dejando una imagen clara ante la inexistencia de procesos contra "los subversivos": los comandantes en Jefe dirigieron y organizaron la represión clandestina como el método supuestamente más efectivo y sencillo contra la "subversión". El auto-elogio obrante en ese Documento Final por la victoria sobre la subversión, la consideración de muertos a los desaparecidos que no se encuentran exiliados o en la clandestinidad, demuestra inequívocamente el conocimiento y voluntad de la Junta de Comandantes y de todos los funcionarios públicos intervinientes en el plan criminal del resultado alcanzado. Lo expuesto no se compadece con la proclama de la Junta de restituir "la vigencia de los valores de la moral cristiana, de la tradición nacional y de la dignidad del ser argentino". Véase el "Acta de propósitos y objetivos del Proceso de Reorganización Nacional", Boletín Oficial, 31-3-1976.

como auxiliar de la justicia-, de prevaricato (todos delitos de infracción de deberes especiales) que los casos de macrocriminalidad estatal anteriormente mencionados. No se puede perder de vista que tal es la desigualdad entre delitos comunes y delitos de Lesa Humanidad, que a pesar de haber desarrollado *Roxin* la teoría de los delitos de infracción de deber, debió adicionar además a su sistema la teoría de los aparatos organizados de poder, para lograr la imputación de los hombres de atrás en calidad de autores en estos últimos casos. Por esto es que consideramos fundamental dentro de la teoría de los delitos de infracción de deber especial, la distinción entre delitos comunes y delitos de Lesa Humanidad, fundamentando, en el último caso, la autoría de los hombres de atrás, no sólo en la relación institucional de fomento con el bien jurídico, sino además en la ya estudiada teoría de la elevada disposición al hecho (*Tatbereitschaft*) del profesor *Schroeder*. Así, el hecho de ser un funcionario público, sumado a la certidumbre de la posterior realización de la conducta típica por parte del ejecutor, en base a su elevada disposición al hecho, fundamentan la autoría directa de los hombres de atrás en casos de macrocriminalidad estatal, tal como fue el terrorismo de estado en Argentina.

La elevada disposición al hecho, cual ejemplo de manual se verá con claridad en la actuación de Ojeda, quien una vez liberado por orden del Mayor Pappalardo, continuó con su faena: volvió al centro clandestino donde dio muerte al doctor Carlos Alberto Moreno. Para ninguno de los imputados el derecho formal podía alcanzarlos, estaban al margen del derecho. Tomassi y Pappalardo contaban con la elevada disposición al hecho del ejecutor Ojeda, y esto es más trascendente normativamente que la fungiblidad requerida por el maestro Claus Roxin.

USO OFICIAL

d) Consideraciones jurídicas sobre la estructura de la represión en la dictadura argentina.

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

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

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

Desde el punto de vista de la dogmática tradicional se trata de establecer si los superiores habían actuado como autores (mediatos) o sólo como

partícipes (instigadores). Ello en base a la estructura de la imputación en los delitos comisivos.

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

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

El Tribunal Supremo Federal alemán en "Neue Juristische Wochenschrift", 1994 pp 2703 y ss, 2706 (responsabilidad jurídico penal de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la DDR por homicidios dolosos en la frontera interior alemana por gendarmes contra quienes huían del país), sostuvo: "Hay……grupos de casos en los cuales a pesar de actuar un sujeto intermedio con responsabilidad irrestricta el aporte del hombre de atrás conduce de modo francamente automático a la realización del tipo deseado por este hombre de atrás. Ello puede existir cuando el hombre de atrás utiliza determinadas condiciones-marco mediante estructuras de organización, dentro de las cuales su aporte al hecho origina cursos causales de cierta regularidad. Condiciones marco de esta clase con cursos de cierta regularidad entran en consideración especialmente en estructura de organización estatales, de empresa, o similares a negocios, y en obediencia jerárquica. Si el hombre de atrás actúa en un caso tal en conocimiento de estas circunstancias, **utiliza especialmente también la disposición incondicional del ejecutor directo a cumplir el tipo**, y el hombre de atrás quiere el resultado como consecuencia de su propio actuar; es autor en la forma de autoría mediata".

La doctrina jurídico penal dominante habla en este contexto de la "fungibilidad del intermediario", que "confiere el dominio del hecho al autor de escritorio (ver Roxin "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", traducción de Carlos Elbert, Doctrina Penal, 1985, págs 399 y ss.). Aunque se debe remarcar que Schroeder, recientemente en Alemania, corrigiendo su tesis doctoral presentada en el año 1965, señala que lo decisivo para apreciar en estos casos autoría

mediata no es la fungibilidad del ejecutor sino **"la típica organización a la predisposición al hecho"**, lo que ha sido aceptado nada menos que por el propio Roxin en el libro homenaje a Schoereder con motivo de sus 70 años (Roxin, in Hoyer u.a. (fn 19) p.387 y 397). Aunque como se verá, la predisposición al homicidio por personal militar con poder de mando, permite en este caso, sostener un criterio diferente de imputación jurídico- penal.

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

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

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

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

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

A los fines de lograr una adecuada comprensión del lugar que ocupaban los imputados Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda en esa estructura de organización jerárquica referida y de cuáles eran sus funciones dentro de la misma, estimo corresponde efectuar una breve reseña del contexto legal y

USO OFICIAL

reglamentario que guió el accionar de las fuerzas armadas para luego adentrarme en el análisis de su participación en los hechos investigados.

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

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

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

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

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

- Reglamento RC-3-1 de "Organización y funcionamiento de los Estados Mayores". En sus artículos 1001 y 1002 establece que el comandante de la unidad es su único responsable no pudiendo delegar ni compartir esa responsabilidad y que el mismo estará acompañado de un estado mayor que constituye con él una única entidad militar, teniendo por objeto el exitoso cumplimiento de la misión del comandante.

En los artículos 2002 a 2006 dispone que el estado mayor tendrá campos de acción a los que denomina: Personal, Inteligencia, Operaciones, Logística y Asuntos Civiles, esquema que se reproduce en todos los niveles del ejército, aunque en las unidades en vez de existir estados mayores hay planas mayores S-1, S-2, S-3 y S-4 respectivamente (art. 2013). Así, Personal se encarga entre otros temas a lo referente al personal detenido

y todo sujeto que se encontrara bajo control militar; Inteligencia es responsable sobre todos los aspectos relacionados con el enemigo, debiendo coordinar las operaciones tácticas y reunir información, adquirir los blancos y coordinar las operaciones sicológicas; Operaciones está encargado de los aspectos relacionados con la organización, instrucción y operaciones y debe coordinar las mismas con Inteligencia; y por último, Logística es responsable de brindar apoyo en materia de abastecimiento, transporte y movimientos de tropa (arts. 3004 a 3010).

En el artículo 3008 determina las principales funciones del Jefe de Operaciones dentro de la Unidad y establece que, en el área específica de Operaciones, dentro de ellas se encuentran: a) efectuar la apreciación de operaciones; b) preparar y difundir los planes y órdenes de operaciones; supervisar y coordinar la ejecución de las operaciones tácticas de los elementos de combate y de apoyo de combate; c) integrar el apoyo de fuego y la maniobra táctica; d) proponer la asignación de armas nucleares, químicas y biológicas a los elementos dependientes; e) proponer las prioridades para la distribución del personal, abastecimientos y equipos, a los elementos de combate y de apoyo de combate dependientes; f) proponer las dotaciones iniciales para dichos elementos; g) revisar los planes correspondientes a: el apoyo de fuego; la defensa aérea; barrera y devastación; el empleo de medios químicos, biológicos y radiológicos; velo y engaño táctico; operaciones psicológicas; asuntos civiles; empleo del espacio aéreo, y aquéllos otros requeridos para las operaciones tácticas. Integrar estos planes dentro del plan de operaciones (o táctico); h) proponer zonas para el descanso y alojamiento; i) proponer la seguridad en las operaciones que realice la fuerza; j) movimiento de tropas; k) planear las operaciones sicológicas, incluyendo su coordinación con las operaciones sicológicas de carácter estratégico operacional y con la actividades de asuntos civiles; l) planear las operaciones no convencionales (guerra de guerrillas, evasión y escape, y subversión); m) coordinar las actividades de ingenieros, comunicaciones, aviación del Ejército y otras actividades de apoyo de combate, con las operaciones tácticas; n) integrar el apoyo de combate proporcionado por otros elementos del Ejército y por otros integrantes de las fuerzaas armadas, con las operaciones tácticas; ñ) coordinar el uso del espacio aéreo existente en la zona de responsabilidad de la fuerza; o) determinar la ubicación general de las instalaciones del comando; p) proponer la exploración de combate y la exploración en fuerza; q) planear las operaciones electrónicas (excepto en los aspectos de inteligencia); r) mantener actualizados los archivos e informes relativos a operaciones; s) planear y supervisar la seguridad de la zona de retaguardia; t) la valorización de daños, incluyendo la organización y empleo de los equipos de valorización y control; u) cuando el estado mayor no disponga de G-5, asumir las responsabilidades que le competen al jefe de asuntos civiles.

- Reglamento RC-8-2 "Operaciones contra fuerzas irregulares". Determina que la contrasubversión debe individualizar a los elementos de las operaciones subversivas para destruirlos o neutralizarlos, para lo cual la inteligencia y la actividad sicológica son fundamentales (conf. Arts. 1001, 1004 y 1005). Asimismo el art. 4009 en su punto 1

USO OFICIAL

expresa que la represión militar debe llevarse a cabo como una operación ofensiva, señalando entre sus principales finalidades destruir a las fuerzas de guerrilla y sus instalaciones y hostigar a las guerrillas con todos los medios disponibles para impedir que éstas puedan emplear sus recursos.

- Reglamento RV-200-10 "Servicio Interno". En su parte primera, capítulo I, Sección VI, en los artículos 1057 y 1058, regula las funciones y competencia del Oficial de Operaciones –S3- de la unidad. Determina que el Oficial de Operaciones –S3- es el miembro de la Plana Mayor que tiene responsabilidad primaria sobre todos los aspectos relacionados con organización, instrucción y operaciones. Asimismo, establece que, en el área específica de Operaciones, dentro de sus funciones se encuentran, entre otras: realizar la apreciación de situación de operaciones; preparar y difundir planes y órdenes de operaciones a quienes corresponda y supervisar su ejecución; revisar los planes y órdenes de apoyo a las operaciones a ejecutar y proponer la seguridad del cuartel y de las operaciones que realice la unidad, en coordinación con el S2 en lo concerniente a contrainteligencia y con el S1 en cuanto a seguridad.

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

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

En el Capítulo V, Sección I, se definen las Operaciones de Contrasubversión, las que tendrán como uno de sus principales objetivos el aniquilamiento de la subversión, para lo cual se deberá detectar y eliminar la infraestructura de apoyo,

aislar los elementos subversivos restringiendo al máximo su vinculación con el exterior, y desgastar y eliminar los elementos activos mediante acciones de hostigamiento, las que podrán llegar al aniquilamiento cuando consigan fijarlos (art. 5002 inc. 2).

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

Ahora bien, de conformidad con todo lo hasta aquí expuesto y específicamente a lo que hace al hecho materia de debate, cabe consignar que el Comando de Zona 1 estaba bajo la órbita operacional del Primer Cuerpo de Ejército y abarcaba las jurisdicciones de las Provincias de Buenos Aires, La Pampa y Capital Federal, conforme surge de la Orden Parcial Nro 405/76. A su vez, dicho Comando de Zona 1 se hallaba dividido en siete subzonas, la llamada "Capital Federal" y el resto identificadas con los números 11, 12, 13, 14, 15 y 16 que a su vez se dividían en áreas.

Por su parte, la subzona 12, que abarcaba entre otros el territorio de los Partidos de Tandil y Olavarría, se subdividió en las áreas 121, 122, 123, 124 y 125 bajo la dependencia del Comando de la Primera Brigada de Caballería Blindada con asiento en Tandil.

Conforme con lo expuesto y en lo que aquí interesa, el área 121 tenía su asiento en el Batallón Logístico I de Tandil, mientras que el área 124 lo tenía en el Regimiento de Caballería de Tanques 2 "Lanceros Gral. Paz" de Olavarría.

USO OFICIAL

f) Autoría penalmente responsable de Julio Alberto Tommasi y Roque Ítalo Pappalardo en los hechos. Los delitos de Infracción de deber.

De conformidad con lo expuesto en el acápite I, los elementos probatorios colectados durante la audiencia de debate y la documental incorporada como prueba, se halla debidamente acreditado que fueron las autoridades y personal de la subzona 12 quienes planificaron y ejecutaron el secuestro, aplicación de tormentos y posterior homicidio de Carlos Alberto Moreno, en circunstancias en que el nombrado se encontraba privado ilegalmente de su libertad y en absoluto estado de indefensión y que ello formó parte del plan criminal del gobierno de facto que se desarrolló en nuestro país durante los años 1976 a 1983.

Corresponde entonces efectuar un análisis detallado de la situación que revestían los imputados Julio Alberto Tommasi y Roque Ítalo Pappalardo en el marco de actuación arriba descripto y de su participación en el hecho investigado, para lo cual resulta necesario en primer lugar integrar las estructuras y organigrama detallados en el punto e).

Según se desprende de la copia certificada del "Legajo Personal Original – Ejército Argentino" perteneciente a Julio Alberto Tommasi -incorporada

como prueba documental al debate-, durante el período 1976-1979 el mismo ostentaba el grado de Teniente Coronel, siendo simultáneamente Jefe del Área de Defensa 121 y del Batallón Logístico I con asiento en Tandil.

Conforme las disposiciones citadas en el apartado anterior, era el máximo responsable del Área de Defensa 121, poseía poder absoluto para disponer los operativos a realizarse y pleno conocimiento de los que llevaban a cabo sus subordinados, así como también, de la totalidad de los sucesos acaecidos en su jurisdicción; era total responsable del accionar del ejército en esa zona.

Por su parte, Roque Ítalo Pappalardo, durante el período comprendido entre diciembre de 1974 y enero de 1979, se desempeñó con el grado de Mayor del Ejército Argentino como Oficial de Operaciones (S3) del Batallón Logístico I de Tandil, según surge de la copia certificada de su "Legajo Personal Original – Ejército Argentino" y el informe efectuado por el Coronel Mayor Edgardo Benjamín Carloni, Director de AAHH y Política de Género del Ejército Argentino obrante a fs. 4302 -ambos incorporados como prueba documental al debate-.

De conformidad con el Reglamento RV-200-10 "Servicio Interno" –ver punto anterior- el Oficial de Operaciones –S3- es miembro de la Plana Mayor de la Unidad, con responsabilidad primaria sobre todos los aspectos relacionados con organización, instrucción y operaciones.

Pappalardo dependía directamente del Jefe de Batallón Logístico I, el Teniente Coronel Julio Alberto Tommasi, y ejercía pleno control de todos los operativos que se llevaban a cabo en el Área, tanto por los integrantes de esa fuerza como de las pertenecientes a las reparticiones policiales de la zona.

Prueba cabal de ello es la comunicación vía radial que el mismo mantuviera con los policías que actuaron en los hechos investigados en la cual ordenó se libere a quien, como se apreciará más adelante, fue el captor de Moreno.

El imputado en la audiencia de debate al prestar declaración ante este Tribunal negó categóricamente la existencia de la mencionada comunicación radial, sostuvo que era imposible que desde un móvil policial se pudiera estableciera algún tipo de comunicación con el Batallón Logístico.

A la luz de los elementos probatorios producidos durante el juicio oral y la documental incorporada como prueba al debate la defensa esgrimida por Pappalardo no puede bajo ningún aspecto prosperar.

La Policía Departamental de Azul informó que entre los años 1977 y 1978 existían equipos de radio portátiles marca Motorola que habían sido asignados a la zona de Tandil (fs. 2108/2113). Ello, sumado a lo declarado por los testigos presenciales del hecho, confirma plenamente no sólo la existencia de los equipos de radio en los móviles policiales sino también la comunicación que fuera mantenida entre el Mayor del Ejército Roque Ítalo Pappalardo y el Oficial Principal de la Comisaría 1ra de Tandil José Osmar Juárez, con motivo de la detención del Cabo 1° José Luis Ojeda.

Tanto Fernando Antolín Sánchez –personal policial de la Comisaría Primera de Tandil que intervino en el procedimiento en el cual se detuvo al

Cabo Primero Ojeda- como Alfredo José Menéndez –Comisario a cargo de la Comisaría Primera de Tandil al momento de los hechos- al prestar declaración testimonial en la audiencia de debate hicieron referencia a la controvertida comunicación radial, siendo contestes al sostener su existencia, explicar que la misma se mantuvo a efectos de corroborar la identidad de la persona que había sido detenida y que fue el Mayor del Ejército Pappalardo quien, además de informar que aquél estaba en el lugar cumpliendo funciones, ordenó su inmediata libertad, lo que así ocurrió.

Lo mencionado se ve corroborado asimismo con la copia del acta de declaración testimonial prestada ante el Juez Federal de Primera Instancia de Azul, Dr. Carlos Pagliere, en el marco de la causa Nro. 42340, "DR. ROCHA CAMPOS denuncia privación ilegal de la libertad individual. Víctima Dr. Carlos Alberto Moreno – Olavarría-", por Bautista Fittipaldi –personal policial de la Comisaría Primera de Tandil que intervino en el procedimiento en el cual se detuvo al Cabo Primero Ojeda-, obrante a fs. 118vta, que fuera incorporada como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigo fallecido conforme certificado de defunción agregado a fs. 2420-).

Completa el cuadro probatorio el informe pericial efectuado por la División Comunicaciones Convencionales VHF-UHF de la Policía Federal Argentina obrante a fs. 4314/4316, que fura incorporado como prueba documental al debate, en el que no se descarta la posibilidad que los equipos de VHF del Ejército pudieran entablar comunicación con aquéllos que contaba la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

En virtud de lo expuesto, no existen dudas que el Mayor Pappalardo, como Oficial de Operaciones del Batallón Logístico I del Área Militar 121 de Tandil, ante el requerimiento vía radial de personal policial perteneciente a la Comisaría Primera de Tandil, dijo saber que el Cabo Primero José Luis Ojeda se encontraba cumpliendo funciones en el lugar y ordenó su inmediata liberación. El imputado con su accionar tuvo un rol preponderante pues al avalar la realización del operativo y ordenar la liberación de Ojeda selló definitivamente la suerte de Carlos Alberto Moreno quien hasta ese momento se encontraba con vida.

Cabe asimismo señalar que la comunicación radial referida no fue un hecho aislado o producto de la casualidad. Durante la dictadura que rigió en nuestro país entre 1976 y 1983 las fuerzas policiales se encontraban subordinadas al mando castrense, el control operacional sobre la policía lo tenía el Ejército –así lo señalaron en la audiencia de juicio los testigos Fernando Antolín Sánchez y Alfredo José Menéndez, lo que se corrobora con lo dispuesto en los distintos Reglamentos Militares que fueron incorporados como prueba documental al debate-. Prueba fehaciente de ello es la comunicación radial mantenida por personal de la Comisaría Primera de Tandil y el Mayor del Ejército Pappalardo: fue suficiente una simple orden verbal de éste para que se libere a un detenido, indocumentado, vestido de civil, a quien momentos antes habían visto perseguir a los tiros a una persona lastimada, semidesnuda, que había manifestado haber estado secuestrado por unos "atorrantes".

USO OFICIAL

Por su parte, la explicación brindada por Pappalardo al prestar declaración ante este Tribunal en cuanto a que, por pertenecer al Batallón Logístico, fue totalmente ajeno a los operativos que se desarrollaron en la "lucha contra la subversión" por cuanto no se hallaba dentro de sus funciones llevar adelante dicha tarea y, asimismo, carecer de medios y capacidad para ello, tampoco puede prosperar.

Las divisiones entre las distintas Unidades del Ejército -Combate, Apoyo de Combate y Logística- que esgrimió el imputado resultan absurdas a la luz de la prueba producida. Su intento en demostrar que las diversas Secciones del Ejército operaban como compartimientos estancos que cumplían únicamente las funciones que por reglamento se les adjudicaba sin tener ningún tipo de relación entre sí resulta disparatado y absolutamente incompatible con el plan ilegal de represión que las F.F.A.A. estaban llevando adelante en nuestro país y del cual él voluntariamente formaba parte –cabe aquí señalar que fue el propio imputado quien refirió al prestar declaración que no compartía el método utilizado, lo que obviamente demuestra que el mismo conocía perfectamente su existencia y que sin perjuicio de no compartirlo lo implementaba-.

Asimismo, diversos testigos durante la audiencia lo han señalado con un rol activo en la llamada "lucha contra la subversión", teniendo una participación que iba más allá de las funciones que por Reglamento se le asignaban como Oficial de Logística.

Finalmente, entiendo corresponde responder al planteo que efectuó Pappalardo en relación a que no se le imputa concretamente el dónde, cómo y cuándo ocurrieron los hechos que se le atribuyen.

En delitos de resultado con autor único se exige generalmente dar respuesta a lo que se denomina el hexaedro de quintiliano: qué, quién, cuándo, cómo, porqué y con qué medio.

En casos como el que nos ocupa en el que las víctimas del terrorismo de Estado han padecido el funcionamiento de una maquinaria de poder organizado al margen del derecho en la que han intervenido infinidad de agentes y en la que ha existido pluralidad de aportes la pregunta amerita otras consideraciones.

La teoría jurídica que se expondrá respecto de la intervención de los integrantes de un aparato organizado de poder en la comisión de delitos de lesa humanidad no puede ser vista únicamente a través del fantasma naturalista, esto es algo así como mostrar la fotografía de la mano manchada con sangre.

Pappalardo aún desde el punto de vista naturalista dentro de la teoría del dominio del hecho tomó decisiones de neto corte ejecutivo típico que culminaron con la muerte violenta del Dr. Carlos Alberto Moreno. Éste y no otro es el significado que tiene la orden que el imputado Pappalardo le dio al personal policial al disponer la liberación de Ojeda quien cumplía funciones en un operativo de cerco. Ojeda fue liberado para que continuara con su tarea, la que debe interpretarse como un acto de continuación de las precedentes. Ello es al secuestro le sobrevino la huida, a ésta le sobrevino la captura y después de ésta la liberación de Ojeda implicó una solidarización con su quehacer delictivo precedente. Una orden para la aniquilación de Moreno y Ojeda,

como engranaje predispuesto al hecho porque así fue formado, tal como lo dijo en la audiencia, cumplió a pie juntilla con la orden de matar.

Conforme a todo lo aquí expuesto y las pruebas señaladas no existen dudas en que los dos imputados, Julio Alberto Tommasi -Teniente Coronel del Ejército Argentino, Jefe del Área de Defensa 121 y del Batallón Logístico I- y Roque Ítalo Pappalardo -Mayor del Ejército Argentino, Oficial de Operaciones (S3) del Batallón Logístico I- tenían un total conocimiento de la existencia del plan encaminado a la "lucha contra la subversión", participando activamente del mismo.

Las constancias personales obrantes en sus Legajos Personales, así como también, lo declarado por los testigos durante la audiencia de debate son irrefutables y ubican a los nombrados dentro de la estructura operacional del Área de Defensa 121, resultando ser elementos importantes de ella, participando activamente en la lucha antisubversiva por decisión personal, ya que por su pertenencia a la Plana Mayor no podían bajo ningún concepto desconocer las circunstancias ocurridas en dicha Área.

La privación ilegal de la libertad, tortura y posterior homicidio del Dr. Carlos Alberto Moreno formó sin dudas parte de ese plan clandestino de represión instaurado por la dictadura militar imperante. Prueba cabal de ello es la nota obrante a fs. 153/154 en la cual el Comandante Alfredo Oscar Saint Jean, luego de transcribir el comunicado publicado el 9 de mayo de 1977 por el Comando Zona I en el que se reconoce que fuerzas legales habían abatido al nombrado abogado y lo "etiquetan" como delincuente subversivo… perteneciente a la columna centro de la banda marxista Montoneros…", requiere al Juez provincial actuante se inhiba de seguir entendiendo en la causa y remita las actuaciones a la jurisdicción militar por encontrarse la detención y ulterior muerte del profesional referido legitimada por las disposiciones del Decreto 2772/75 y la Ley 21460

Tommasi y Pappalardo conocían el marco criminal en el que prestaban servicio e impulsaron con su actuación el sostenimiento de la estructura represiva militar, colaborando desde su lugar en lo que hiciere falta. Ninguno de los imputados podrá decir como dijo **Eichmann** "**Tengo la más profunda convicción de que aquí estoy pagando por los vidrios que otros han roto**" (Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y cómplice en el Derecho Penal, Montevideo-Buenos Aires, 2007 ps 187 y ss). Eichmann como Tomassi y Pappalardo tuvieron pleno dominio de una porción del aparato ilegal y cumplieron eficientemente con el objetivo trazado por las fuerzas armadas en la ejecución del plan criminal: en consecuencia habrán de responder por sus propios actos.

Sentado lo que antecede, corresponde ahora referirme a la concepción normativa que justifica la imputación de la privación ilegal de la libertad, aplicación de torturas y homicidio de Carlos Alberto Moreno.

La autoría jurídico penal va a depender únicamente de lo que el interviniente realiza en un suceso delictivo, de nada más. Para tales efectos, sólo su propio hecho cuenta, como en la sentencia del compositor Richard Wagner <pregúntale a

USO OFICIAL

tu hecho y él te indicará tu culpabilidad> (Ver Lesch, Heiko, Der Verbrechensbegriff. Ggrundlinien einer funktionalen Revision, 1999, p. VI, cit por Caro Hohn, op cit pág 63).

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

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

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

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

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

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

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

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

USO OFICIAL

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

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

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

El rol constituye un haz de expectativas que surge de una determinada posición social, al igual que el actor representa algo que ya ha sido

determinado de antemano. Los roles definen qué se espera, como dije, de un policía, de un médico, de un guardia penitenciario, de un militar: en puridad se espera que cada uno en su función sea un centinela del bien jurídico.

En esta inteligencia los militares, guardias del servicio penitenciario o de los centros clandestinos de detención, que torturaban a los presos o las personas secuestradas, o que permitían que otros pusieran manos sobre estas personas desamparadas, en el marco de "una guerra sucia" decidiendo junto a otros su destino final, no requieren para la autoría la prueba del dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, ya que su actitud contraria al deber, manifestada por medio de su conducta es suficiente para erigirlos en autores de las privaciones ilegales de la libertad, de las torturas y los homicidios que en dichos ámbitos, generalmente clandestinos, se consumaban.

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

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

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

Esta visión de la autoría permite resolver cuestiones rechazando la accesoriedad de la participación, ya que en estos delitos, todos los actos del obligado especial que comporta una lesión para los bienes que debe proteger, generan

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

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

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

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

Podría ser que el autor ni siquiera conociera la norma en cuestión? o que de haberla conocido, asumiera erróneamente que su conducta se encontraba justificada. Esta constelación de situaciones que constituirían errores de prohibición está ausente en el caso juzgado. Julio Alberto Tommasi y Roque ítalo Pappalardo conocían perfectamente el plan criminal que se estaba desarrollando, fueron conocedores del secuestro, privación ilegal, aplicación de torturas y posterior muerte de Moreno y sabían que podían oponerse a ese sistema ilícito, lo que obviamente no hicieron por formar voluntariamente parte de él. No alcanzan sus explicaciones para excusar la grave responsabilidad que pesa sobre los nombrados quienes fueron parte de la aplicación

USO OFICIAL

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

En suma, los aportes del Teniente Coronel Julio Alberto Tommasi del Mayor Roque Ítalo Pappalardo en el secuestro, privación ilegal de la libertad, aplicación de tortura y posterior muerte violenta de Moreno responde a la clara fundamentación filosófica que suministra Hegel en este punto:.. "Todas las personas se encuentran sujetas a cumplir un deber determinado. El reconocimiento recíproco de los hombres como personas exige que cada quien sea tratado por el otro respectivamente como un ser libre; en tanto cada uno sea reconocido como un ser libre, él es una persona. Por eso, el mandato jurídico general reza: <**sé una persona y respeta a los otros como personas**>. Ver Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Texte zur Philosophischen Propädeutik, Werke 4, §, p. 233 citado por Caro John, "Normativismo e Imputación Jurídico Penal", Ara Editores, Perú, octubre de 2010, ps 63 y ss. Carlos Alberto Moreno no fue respetado como persona….No se trata aquí de la lesión de los deberes generales de actuación, conocidos como deberes en virtud de competencia de organización, sino del deber infringido por los actuantes –Teniente Coronel Tommasi y el Mayor Pappalardo - de comportarse correctamente en el ejercicio de la función pública; por ello el obligado siempre es autor, con independencia de que ostente o no el dominio del hecho (Ver Caro John, José Antonio, "Normativismo e Imputación Jurídico Penal", cit pág 69 y ss). De allí que la descripción de la autoría y la participación en los art. 45, 46 y ss del Código Penal argentino refiera sólo una distinción fenomenológica de los diversos actuantes que tomen parte en un hecho, distinción que permite establecer de una forma más clara la posición fáctica del actuante durante la realización del hecho en su conjunto.

La prueba recibida en el curso de la audiencia ha demostrado que los imputados conocían las atrocidades de las que era víctima el abogado Carlos Alberto Moreno; tanto Tommasi como Pappalardo facilitaron con su actuación el curso causal delictivo, por ello resultan ser autores de la privación ilegal de la libertad, tortura y homicidio del mismo.

g) Autoría penalmente responsable de José Luis Ojeda.

Según se desprende de las copias certificadas del "Legajo Personal Original" perteneciente a José Luis Ojeda y del listado del personal perteneciente a la Base Logística Tandil obrante a fs. 338/341 -ambas incorporadas como prueba documental al debate-, durante el período 1974-1980 el mismo revistó en el Batallón

Logístico I de Tandil, con el grado de Cabo Primero Conductor Motorista del Ejército Argentino, como Jefe de Grupo del Escuadrón de Transporte de la citada Unidad militar.

De conformidad con los elementos probatorios producidos en la audiencia de debate y la documental que fuera incorporada como prueba, se encuentra debidamente acreditado que José Luis Ojeda fue uno de los ejecutores materiales de los delitos cometidos en perjuicio de Carlos Alberto Moreno.

Según lo expuesto en el acápite I relativo a la materialidad, se halla probado que el día 3 de mayo de 1977 el Dr. Moreno, quien se encontraba en condiciones físicas deplorables, se hizo presente en el domicilio de Valentín Bulfoni solicitando auxilio y que momentos después fue perseguido a los tiros y recapturado por un grupo de personas.

Ojeda fue sin dudas una de las personas que participó en la referida persecución y recaptura del mencionado abogado, efectuando disparos con intención de herirlo y amenazándolo con darle muerte, lo que finalmente ocurrió.

Las declaraciones prestadas en la audiencia de juicio por Neri María Bulfoni, Roberto Rubén Perez y Fernando Antolín Sánchez lo vinculan directamente con los hechos reseñados, lo que se vé corroborado con las copias de las actas de declaración testimonial prestadas ante el Juez Federal de Primera Instancia de Azul, Dr. Carlos Pagliere, en el marco de la causa Nro. 42340, "DR. ROCHA CAMPOS denuncia privación ilegal de la libertad individual. Víctima Dr. Carlos Alberto Moreno – Olavarría-", por Valentín Bulfoni, obrante a fs. 64/65, Carlos Leonardo Marchioni, obrante a fs. 115/117 y Bautista Fittipaldi –personal policial de la Comisaría Primera de Tandil-, obrante a fs. 118/vta, todas ellas incorporadas como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigos fallecidos conforme certificados de defunción agregados a fs. 2381, 2298 y 2420 respectivamente-).

En esta dirección, Carlos Leonardo Marchioni, Neri María Bulfoni y Roberto Rubén Pérez reconocen a la persona que se hallaba detenida y esposada dentro del móvil policial como aquella que momentos antes se había identificado como policía federal y perseguía a los tiros a Moreno, amenazándolo de muerte. Esa misma persona es quien, según lo relatado por Bautista Fittipaldi y Fernando Antolín Sánchez, al ser detenido se identificó como el Cabo Primero del Ejército Ojeda.

Recordemos aquí que fue precisamente lo antedicho lo que generó que personal policial se comunicara vía radial con el Batallón Logístico I a efectos de corroborar la identidad del detenido lo que efectivamente fue confirmado por el Mayor Roque Ítalo Pappalardo quien refirió que el mismo se encontraba en funciones y ordenó su inmediata libertad, lo que efectivamente sucedió.

Ahora bien, al prestar declaración ante este Tribunal José Luis Ojeda negó ser la persona que fue detenida por personal de la Comisaría Primera de Tandil en oportunidad de producirse los hechos narrados. Alegó diferencias fisonómicas –una cicatriz en la frente y la falta de bigote- con la persona identificada como aquélla que perseguía a los tiros al Dr. Moreno y refirió desconocer los motivos que llevaron a ésta a

USO OFICIAL

identificarse con su nombre. Asimismo señaló conocer al sujeto en cuestión manifestando que pertenecía a otra Unidad de Tandil.

A la luz de la prueba señalada la defensa esgrimida por Ojeda no puede bajo ningún concepto prosperar.

De la compulsa del listado de Oficiales y Suboficiales de la Base Logística de Tandil del año 1977 obrante a fs. 338/341 –incorporada como prueba documental al debate- surge que José Luis Ojeda era el único con ese nombre y con rango de Cabo 1° en la jurisdicción.

Asimismo, el Mayor Pappalardo confirmó su identidad y ordenó liberarlo; era precisamente a Ojeda y no a otro a quien había que liberar porque era éste quien se encontraba en medio de un operativo.

Por su parte, las diferencias fisonómicas alegadas por Ojeda no revisten importancia si se tiene en cuenta que en la persecución del abogado Moreno participaron más de una persona, pudiendo así alguno de los otros perseguidores tener en su frente una cicatriz, lo que explicaría perfectamente las discrepancias señaladas por el imputado.

Ojeda a su vez efectuó un extenso relato de los cargos que tuvo en el Ejército y las funciones que prestó, señalando principalmente que las mismas se centraron en el cuidado y transporte de vehículos, viajando permanentemente por los distintos Comandos. El imputado, según su relato, no participó en la llamada "lucha contra la subversión", resultando totalmente ajeno a ella. Corresponde señalar aquí que diversos testigos durante la audiencia de debate lo han señalado con un rol activo en la misma, reconociéndolo con una participación que iba más allá de las funciones señaladas.

Llegados a este punto debemos tener presente que ante la conmoción que generó la situación vivida, los testigos Bulfoni, Marchioni y Pérez concurrieron a la Seccional Primera de Tandil a denunciar los hechos. En este interregno el Dr. Moreno desapareció del lugar y todo indica que tal como había pedido Ojeda fue llevado a la chacra de los Méndez ubicada a pocos metros donde fue finalmente asesinado.

Obsérvese que ni la propia policía pudo ingresar al predio de los Méndez donde había apostada gente armada pertenecientes al ejército; centro de detención que hoy se sabe "clandestino" al que regresó el imputado Ojeda luego de su ilegal liberación dispuesta por el co-imputado Pappalardo.

La secuencia descripta como así también el relato de testigos presenciales de aquél trágico suceso señalan inequívocamente cuál fue el derrotero y calvario que debió padecer el abogado Moreno. En el interior del referido centro clandestino, indefenso, con el sello de la tortura sobre su cuerpo fue asesinado de dos disparos de arma de fuego realizados a corta distancia sin que pudiere esgrimir defensa alguna. Su mínima resistencia la consumió en el intento de fuga frustrado…

En definitiva, conforme a todos los elementos probatorios señalados, entiendo que se halla debidamente acreditado que José Luis Ojeda fue una de las personas que persiguió a Moreno cuando huyó de la chacra donde se encontraba

cautivo y donde fue sometido a tormentos, disparó contra el mismo durante su huida y con posterioridad a su aprehensión participó de su asesinato. Su intervención entonces lo fue en calidad de autor directo, considerando que conoció y participó de manera directa en la ejecución de cada uno de los hechos descriptos.

Por último y conforme la secuencia de los hechos, no puede aceptarse la existencia de una causal de justificación o de inculpabilidad según la postura dogmática que se adopte: obediencia debida. Lo actuado por Ojeda como autor plenamente responsable en el marco del terrorismo de Estado que asoló en nuestro país no permite acoger la eximente cuando, como ocurre en este caso, las órdenes eran manifiestamente ilegales. La conducta no resulta justificada ni la culpabilidad eximida. No basta con alegar la causal de obediencia debida cuando no se la acompaña de argumentos de hecho y derecho que la tornen admisible, nada de ello ocurrió y por eso debe ser rechazada (art. 34 inc. 5 C.P.).

h) Participación penalmente responsable de Emilio Felipe MÉNDEZ y **Julio Manuel MÉNDEZ.**

1]. Nulidad de actos procesales incriminantes por una supuesta violación al principio de congruencia.

El Dr. Arla en su meditado y bien fundado alegato solicitó la declaración de nulidad del requerimiento de citación a juicio y demás actos procesales por entender que se había afectado el derecho de defensa en juicio de sus pupilos, específicamente el principio de "congruencia", toda vez que fueron convocados a indagatoria por haber facilitado un lugar para alojar al Dr. Moreno y luego ésa, a su criterio, única conducta fue desdoblada en diversos comportamientos punibles.

No puedo acompañar a la esforzada defensa. El acontecimiento histórico que diera lugar a la formación del proceso en relación a los hermanos Méndez no es asimilable a la unidad y pluralidad de delitos propia del derecho penal sustantivo. Los hermanos Méndez facilitaron su chacra en la que fue alojado y torturado el Dr. Carlos Alberto Moreno y ello está perfectamente incluido como complejo histórico unitario en el hecho que le intimara el Sr. Juez Federal al convocarlos a prestar declaración indagatoria. Y ello con independencia de la pluralidad delictiva que pueda exhibirse en el auto de procesamiento y en el requerimiento de elevación a juicio.

Tan convencido estoy de lo afirmado precedentemente que el Dr. Arla no pudo denunciar ninguna defensa puntual de la que se haya visto privado alguno de sus pupilos y sólo alegó una genérica violación al derecho de defensa en juicio cuando tuvo a su disposición todos los medios materiales para que en al audiencia oral pudiera aclararse desde el punto de vista jurídico procesal y punitivo la intervención de los hermanos Emilio y Julio Méndez. Sin perjuicio ni agravio concreto no existe nulidad ni actos procesales que correspondan ser invalidados (art. 167 incs. 1, 2 y 3; 168 "a contrario" del C.P.P.N. y 18 de la Constitución nacional).

USO OFICIAL

2]. Existencia de un centro clandestino de detención en la chacra sita en la intersección de la Avenida Juan Manuel de Rosas y calle Scavini, paraje "Los Laureles", de la ciudad de Tandil.

En nuestro país durante la última dictadura militar funcionaron cientos de centros clandestinos de detención que fueron especialmente concebidos como lugares de sometimiento, tortura y muerte de aquellos considerados "subversivos" o "enemigos del gobierno". Constituyeron una pieza fundamental del engranaje represivo ya que dentro de la planificación general y sistemática elaborada para "derrotar a la subversión", la existencia de la clandestinidad, de lo oculto, de lo secreto debía ser un punto de partida que permitiera ejecutar lo indecible, lo que para Kant constituye el "mal absoluto", lo que no sólo no puede ser juzgado sino tampoco ser enunciado.

En cuanto a su construcción, en algunos casos, fueron dependencias que ya funcionaban anteriormente como sitios de detención, en otros, como el de autos, se trató de locales civiles, dependencias policiales e, inclusive, asentamientos de las mismas Fuerzas Armadas, acondicionados ex profeso para funcionar como C.C.D. Todos ellos estaban supeditados a la autoridad militar con jurisdicción sobre cada área (Ver Informe final de la CONADEP, "Nunca Más", Editorial Eudeba, 5° edición, 1999, incorporado como prueba documental al debate).

Estos Centros no eran lugares elegidos al azar, presentaban características especiales que los convertían en lugares ideales para llevar adelante el plan clandestino de represión: funcionaban en lugares secretos o bien se ocultaban bajo una fachada de legalidad –comisarías, Unidades Penales-, presentaban una estratégica ubicación y se hallaban siempre bajo el directo contralor de la autoridad militar o policial responsable de la zona o área.

Así, las personas secuestradas eran llevadas de inmediato a estos lugares especialmente pergeñados para quebrar sus espíritus: allí perdían todo nexo con el exterior, se los despojaba de su identidad, se les aplicaba una siniestra modalidad de cautiverio que incluía, entre otros, su sometimiento a todo tipo de tormentos físicos y psíquicos. La locura y crueldad extrema gobernaban estos sitios; verdaderos centros de horror en los que centenares de detenidos perdieron sus vidas por el capricho de sádicos verdugos.

De conformidad con lo precedentemente expuesto y, en atención a los numerosos elementos probatorios recabados durante la audiencia de debate y constancias de autos que fueron incorporadas como prueba, se halla debidamente acreditado que en la chacra sita en la intersección de la Avenida Juan Manuel de Rosas y calle Scavini, frente a las instalaciones del Club de Rugby "Los Cardos", paraje "Los Laureles", de la ciudad de Tandil, funcionó en la época que ocurrieron los hechos objeto de autos un Centro Clandestino de Detención y que a ese lugar fue llevado luego de ser secuestrado el Dr. Carlos Alberto Moreno, donde permaneció en cautiverio, fue sometido a todo tipo de tormentos y finalmente ejecutado con posterioridad a ser recapturado tras un fallido intento de fuga por parte del mismo.

Su funcionamiento como Centro Clandestino de Detención y la permanencia allí en cautiverio del Dr. Moreno surge de las declaraciones testimoniales prestadas en la audiencia de debate por Ana María Pozal, Daniel Ángel Pozal, Neri María Bulfoni y Roberto Rubén Pérez, lo que se vé corroborado con las copias de las actas de declaración testimonial prestadas ante el Juez Federal de Primera Instancia de Azul, Dr. Carlos Pagliere, en el marco de la causa Nro. 42340, "DR. ROCHA CAMPOS denuncia privación ilegal de la libertad individual. Víctima Dr. Carlos Alberto Moreno – Olavarría-", por Valentín Bulfoni, obrante a fs. 64/65 y Carlos Leonardo Marchioni, obrante a fs. 115/117, todas ellas incorporadas como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. – testigos fallecidos conforme certificados de defunción agregados a fs. 2381 y 2298 respectivamente-), así como también, con la denuncia formulada por Petronila García de Pozal por ante la sede de CONADEP en fecha 15/05/1984 obrante a fs. 358/361 y su posterior declaración testimonial ratificando la misma obrante a fs. 371/vta, ambas incorporadas como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. -testigo inhabilitada para declarar-).

Los integrantes de la familia Pozal fueron contestes al declarar que en la chacra mencionada se observaban diariamente movimientos de vehículos particulares y otros pertenecientes al ejército, también soldados de uniforme y otras personas de civil que hacían guardia en las inmediaciones de la misma. Señalaron asimismo que desde que el personal militar arribó al lugar era habitual por las noches escuchar gritos, quejidos y lamentos angustiosos de mujeres y hombres.

Por su parte, Neri Bulfoni, Valentín Bulfoni y Roberto Rubén Pérez al relatar lo sucedido el 3 de mayo de 1977 refirieron que al quedarse sin balas la persona que se identificó como policía solicitó fueran a buscar refuerzos a la referida vivienda, que allí se encontraban sus compañeros.

Asimismo, el personal policial de la Comisaría Primera de Tandil que participó en la detención de Ojeda –Fernando Antolín Sánchez, Bautista Fittipaldi- y Carlos Leonardo Marchioni refirieron que la misma se produjo en la entrada de la finca en cuestión.

Completa el cuadro probatorio precedentemente expuesto lo manifestado por los testigos Ana María Pozal, Daniel Angel Pozal y Petronila García de Pozal (ésta última en la denuncia formulada ante la sede de CONADEP en fecha 15/05/1984 obrante a fs. 358/361 que fuera incorporada como prueba al debate, de conformidad con lo previsto en el art. 391 inc. 3 C.P.P.N. -testigo inhabilitada para declarar-) en relación a lo que pudieron observar, días después del 3 de mayo de 1977, dentro de la chacra señalada, una vez que el personal militar la había abandonado: cantidad de gasas, compresas y algodones ensangrentados, un elástico de cama metálico con gomas, cables que iban desde el elástico al enchufe, un teléfono, diversas manchas de sangre, entre otros. En similares términos declaró en la audiencia de debate Neri María Bulfoni quien también visitó la chacra una vez que el personal militar se fue de allí.

USO OFICIAL

Conforme a todas las probanzas detalladas, no tengo ningún tipo de dudas al sostener que en la chacra sita en la intersección de la Avenida Juan Manuel de Rosas y calle Scavini, paraje "Los Laureles", de la ciudad de Tandil, funcionó un Centro Clandestino de Detención y que a ese lugar fue llevado luego de ser secuestrado el Dr. Carlos Alberto Moreno, donde permaneció en cautiverio, fue sometido a todo tipo de tormentos y finalmente ejecutado.

Ahora bien, sin perjuicio de la cuantiosa prueba señalada que avala lo afirmado, estimo corresponde responder al planteo efectuado por el Dr. Arla al momento de efectuar su alegato en relación a que el Centro Clandestino de Detención que funcionó en la chacra que era propiedad de sus defendidos, Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez, al tiempo en que se produjeron los hechos objeto de autos, no existió, tratándose simplemente de un invento, una construcción lingüística que tuvo como único fin inculpar a sus representados.

Equivoca el empeñoso letrado defensor su enfoque ya que no existe en el marco de los debates orales nada que no sea una construcción lingüística. Ello porque el lenguaje siempre es mediador de los sucesos evocados por la memoria que consiste en traer al presente aquello que ocurrió en el pasado mediante la intermediación del lenguaje. Podría decirse que sólo las definiciones deícticas u ostensibles carecen del elemento constructivo que la semántica y la pragmática requieren necesariamente para nombrar todo aquello que no se encuentra presente en lo inmediato.

De esa suerte todo en el juicio es construcción lingüística: los dichos de los testigos, los documentos aportados y existentes, los alegatos de las partes y por supuesto el dictado de la sentencia. La contribución de cada uno de estos elementos al resultado final, que es nada más que éste, confluye en la existencia de un "relato" con pretensiones de veracidad que ha sido elaborado con todos esos elementos. Pretender descalificar algún elemento probatorio aseverando que es una "construcción" resulta, aún para los realistas más empeñosos una falacia, expresión también cara al Dr. Arla.

3]. <u>Participación penalmente responsable de Emilio Felipe MÉNDEZ y Julio Manuel MÉNDEZ.</u>

Sentado pues que en la chacra ubicada en la intersección de la Avenida Juan Manuel de Rosas y calle Scavini, paraje "Los Laureles", de la ciudad de Tandil, funcionó en la época en que se produjeron los hechos de que fuera víctima el Dr. Carlos Alberto Moreno un centro clandestino de detención y que allí el referido profesional fue mantenido en cautiverio y sometido a todo tipo de tormentos, corresponde analizar la participación que en los mismos tuvieron Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez.

Conforme se desprende de la copia certificada de la ficha dominial de la Municipalidad de Tandil del inmueble señalado –denominación catastral Circunscripción I, Sección D, Chacra 93, Manzana 93, partida 11466-, obrante a fs. 377/vta. (incorporada como prueba documental al debate) los hermanos Emilio Felipe y Julio Manuel Méndez eran sus propietarios al momento de la comisión de los hechos. Asimismo, los propios imputados al prestar declaración indagatoria a fs. 1462/1463 y

1479/1480 (actas incorporadas como prueba documental al debate) reconocieron haber sido co-propietarios del inmueble citado desde el año 1972 hasta el 2005 aproximadamente.

Los hermanos Méndez negaron haber prestado, cedido o alquilado la chacra a persona alguna y refirieron que en el año 1977 la misma se encontraba totalmente abandonada ya que por problemas de costos -la propiedad no contaba con agua para llenar la pileta que allí habían construido y debían contratar camiones cisterna a tales efectos- su uso no les resultaba viable. Sostuvieron que en esa época la chacra debió haber sido usurpada aunque jamás tomaron conocimiento de ello y que nunca fueron militares a la misma en carácter de invitados, sólo era utilizada por la familia.

Ahora bien, el presunto desconocimiento que en su descargo alegaron los hermanos Méndez respecto de lo que sucedía en la quinta de su propiedad no tiene ningún sustento probatorio, por el contrario, existe una pluralidad de elementos de cargo que no sólo llevan a descartar de plano su versión sino que además permiten sostener su clara participación en los hechos que se les imputa.

Resulta contrario a toda lógica pensar que dos personas de notoria actuación en la comunidad de Tandil –uno de ellos gerente del banco Comercial de esa ciudad y el otro administrador de importantes campos- pudiesen ignorar lo que estaba sucediendo en la chacra de su propiedad cuando era manifiestamente visible la existencia de personal militar en el lugar que actuaba a plena luz del día y no tenía ningún tipo de reparo ni tomaba ninguna precaución para ocultar su presencia. Corresponde en este punto una vez más recordar lo declarado en la audiencia de juicio por Ana María Pozal Pozal y Angel Pozal, así como también, por Petronila García de Pozal en la denuncia formulada por ante la sede de CONADEP en fecha 15/05/1984 obrante a fs. 358/361 y a fs. 371/vta, -ambas incorporadas como prueba al debate- (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. -testigo inhabilitada para declarar-) en cuanto a que era habitual en la época de los hechos ver a toda hora personal militar en la finca propiedad de los Méndez y que se presentaba en el Club "Los Cardos" como pertenecientes al ejército y les solicitaba agua y comida.

Asimismo, carece de toda razón pensar que las Fuerzas Armadas y de Seguridad usurparon una vivienda a los fines de establecer allí un centro clandestino de detención. Cabe reiterar aquí lo ya expresado en relación a que una de las características esenciales de estos centros era el ser ilegales, secretos; clandestinidad que en el caso de autos jamás podría haberse mantenido en el tiempo en el supuesto de no contar el ejército con la autorización de sus propietarios para ser utilizado a tales fines ya que los mismos, en caso de no ser así, habrían efectuado la correspondiente denuncia ante las autoridades judiciales correspondientes. Las Fuerzas Armadas no querían ni debían quedar al descubierto.

Cabe aquí volver a recordar lo declarado por Neri Bulfoni y Roberto Rubén Pérez al prestar declaración testimonial en la audiencia de debate, que se vé corroborado con la copia del acta de declaración testimonial prestada ante el Juez

USO OFICIAL

Federal de Primera Instancia de Azul, Dr. Carlos Pagliere, en el marco de la causa Nro. 42340, "DR. ROCHA CAMPOS denuncia privación ilegal de la libertad individual. Víctima Dr. Carlos Alberto Moreno – Olavarría-", por Valentín Bulfoni, obrante a fs. 64/65, que fuera incorporada como prueba al debate (art. 391 inc. 3 C.P.P.N. –testigo fallecido conforme certificado de defunción agregado a fs. 2381), en cuanto refirieron que la persona que perseguía a Moreno al quedarse sin balas solicitó fueran a buscar refuerzos a la "casa de los Méndez". El mensaje fue claro, debían ir a la chacra que era propiedad de los hermanos Méndez para buscar refuerzos, no había razón para ocultar esta circunstancia ya que contaban con su permiso para poder utilizarla.

De las diversas inspecciones judiciales efectuadas a la quinta propiedad de los hermanos Méndez así como también de las placas fotográficas obtenidas –todo ello incorporado como prueba al debate- se evidencia que las aberturas de la finca no presentaban signos de haber sido violentadas, todas se hallaban en regular estado de conservación. Esto permite aseverar que los captores de Moreno no se valieron de ningún método violento para ingresar a la finca, no forzaron cerraduras ni derribaron puertas, se manejaban allí con total naturalidad.

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

Las pruebas hasta aquí señaladas me permiten aseverar que las relaciones existentes entre los hermanos Méndez y las autoridades militares iban más allá de aquéllas de tipo protocolar. Por el contrario, las mismas eran tan estrechas que generaron el préstamo por parte de los imputados a las autoridades del Área de Defensa 121 de la chacra de su propiedad a sabiendas por parte de aquéllos del destino que iba a dársele a la misma, es decir, la instalación de un centro clandestino de detención donde se iban a alojar a personas privadas ilegalmente de su libertad a quienes se iba a interrogar y someter a todo tipo de tormentos, tal cual ocurrió con la víctima de autos, el Dr. Carlos Alberto Moreno.

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

La contribución de los hermanos Méndez fue indispensable para los ejecutores de los delitos contra Moreno. No se trató de una mera cooperación o de una ayuda posterior, por el contrario, el aporte realizado por los mismos fue imprescindible para el desarrollo y éxito del plan que tuvo como víctima al Dr. Moreno, si

éste no hubiera existido la empresa criminal no habría podido llevarse a cabo de la forma que fue originariamente pergeñada.

La doctrina y la jurisprudencia son pacíficas al reconocer que la "necesariedad" del aporte que efectúan los cómplices debe ser determinada ex ante, en función de su importancia objetiva para la concreción efectiva del plan concreto del hecho del autor.

Conforme a ello, cómplice primario es aquel que en la etapa de preparación del hecho aporta una contribución sin la cual no hubiere podido cometerse.

En el caso concreto se encuentra acreditado que sin el aporte vinculante que prestaron los imputados no hubiese podido llevarse a cabo el plan delictivo. Precisamente en este punto es donde toma especial relevancia la finca en cuestión.

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

USO OFICIAL

Conforme a todo lo expuesto es evidente que el aporte efectuado por Julio Manuel Méndez y Emilio Felipe Méndez fue de carácter infungible, resultando ser el mismo imprescindible y esencial para que los ejecutores de los delitos de privación ilegal de la libertad y tormentos contra el Dr. Carlos Alberto Moreno pudieran llevar adelante el plan criminal tal cual lo habían ideado.

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

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

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

Cabe aclarar que lo expuesto no le resta responsabilidad a Julio Manuel Méndez ya que la misma en el aporte resultó ser idéntica a la de su hermano: tenía poder sobre la finca de su copropiedad, decidió prestar la vivienda al ejército a los fines que allí se instalara un centro clandestino de detención y era conocedor de las atrocidades que allí sucedían.

Por último, si bien el delito atribuido a los imputados ha sido calificado como delitos de infracciones de delitos especiales atento la intervención de funcionarios públicos (obligados), no es menos cierto que en este caso particular la tortura y la privación ilegal de la libertad podrían también denominarse delitos de dominio. Por lo tanto la accesoriedad que rige la participación, podría parecer a simple vista que no presentaría diferencias sustantivas, pero ello no es así.

No debe olvidarse ciertos principios a saber: todos los partícipes intervienen en un solo y único delito, sin que sea lícito penar a unos subsumiendo su conducta en una figura delictiva y a otros encuadrando su comportamiento en una hipótesis legal distinta como lo propone la doctrina que proclama "la ruptura del título de la imputación".

Cuando como en el caso de autos se está en presencia de delitos de infracción de deber originados en relaciones genuinamente estatales, la condición de funcionario público de los autores es un elemento integrante del tipo y no una mera circunstancia de agravación. Y ello tiene importante repercusiones.

Cuando el aporte es de un extraneus como ocurre con la colaboración prestada por los hermanos Méndez en un delito de funcionarios su voluntad se funde con la del intraneus obligado, por lo tanto su conducta pierde sustantividad a favor de la principal y preferente del sujeto cualificado. En suma, el extraneus asume el plus de desvalor de la conducta del funcionario público al ser consciente de que induce o coopera a que aquél quebrante los deberes ínsitos a su función (Superior Tribunal Supremo España sentencia 14/3/1996). Por ello es más reprochable participar en un delito de infracción de deber que en uno de dominio del hecho.

Cuando el delito de infracción de deber es cometido por funcionarios públicos el quebrantamiento del deber no sólo lo afecta a él o a las relaciones internas entre él y el Estado. Se afecta la confianza de cada cual, confianza que para la comunidad jurídica es de extraordinaria importancia en aquellos que tienen encomendada especialmente la defensa del orden jurídico y el desarrollo de la idea del estado de derecho. El funcionario posee mientras está en ejercicio de su servicio una posición de confianza; la comunidad confía como sostuvo Wagner "en la limpieza de la actividad funcionarial" (Wagner, Amtsverbrechen, p. 302 citado por Sánchez Vera Gomez Trilles, op. Cit. p. 252). Y aquí reside una diferencia material con el delito especial atento que el delito de infracción de deber viola un deber positivo especial y no solo implica un aumento cuantitativo del contenido de injusto de un delito común. Allí reside el mérito de Claux Roxin cuando en el año 1963 al escribir su tesis de habilitación vislumbró esta problemática.

Para concluir:

La noción de prueba en el proceso penal es todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él son investigados y respecto de los cuales se pretende aplicar la ley sustantiva. Es el medio más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

En las resoluciones judiciales solo se podrán admitir como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas y legalmente obtenidas, lo cual impide que aquellas que sean fundadas en elementos puramente subjetivos (impresiones, prejuicios o conocimientos privados de los jueces) sean válidas (ver fallo Casal 22/6/2006 de CSJN y La Prueba en el Proceso Penal, José I. Cafferata Nores y Maximiliano Hairabedián, 6a ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2008. Primera Parte, Nociones Generales, Capitulo Único).

En lo que a la valoración de la prueba atañe, el principal sistema es de Libre Convicción o Sana Crítica el cual establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige que las conclusiones a que se llegue sea el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye (Código Procesal Penal de la Nación Comentado, Francisco D' Albora, p.p. 469/472). "Es condición de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundamentadas y constituyan en consecuencia derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa y no podrá basarse legítimamente en el conocimiento privado del juzgador ni en las meras conjeturas o impresiones (elementos subjetivos o internos) que surjan de su imaginación o en opiniones carentes de bases externas, sino de la prueba de la causa, incorporadas legítimamente al proceso y valorada con arreglo a la sana crítica racional" (CSJN fallos 261:209).

Otra característica es la necesidad de motivar (o fundamentar, Cafferata Nores las usa en forma indistinta) las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que arriban y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya. El juez no puede reemplazar su análisis crítico por una remisión genérica a las pruebas de la causa.

En lo que a los medios de prueba particular respecta, en este tipo de procesos tan complejos, predomina la prueba testimonial que es la declaración de una persona física, no sospechada por el mismo delito, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que conoce, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos. Quienes pueden prestar testimonio son los llamados testigos, incluyendo a la víctima y al actor civil.

USO OFICIAL

Para la valoración del testimonio debe tenerse en cuenta la *fidelidad* de percepción y la transmisión de lo *percibido*. Todo esto se logra analizando el desarrollo y calidad de las facultades mentales del testigo; las condiciones en que se produjo la percepción, pues factores tanto físicos (luz, distancia) como psíquicos (atención, angustia, ira, miedo) pueden afectar la fidelidad. Otro factor a tener en cuenta es el tiempo transcurrido entre la percepción y el momento de la declaración que, sumado a la presencia de secuelas psicológicas del terrorismo de estado en los testigos, en particular las diversas manifestaciones del trastorno de stress postraumático, pueden determinar que la evocación sea fragmentaria y en algunos puntos diversa, por eso es necesario además de la valoración individual de cada testimonio, cotejarlo luego con el resto de las pruebas reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria. Por la naturaleza traumática de los hechos que atravesaron las victimas, no puede esperarse razonablemente que recuerden detalles minuciosos de los hechos, o la secuencia precisa, o fechas y horas exactas de los eventos que describen. Hay que tener en cuenta también que desde que los hechos tuvieron lugar al día de la fecha han transcurrido mas de treinta y cinco años lo que genera que las victimas pierdan precisión de sus relatos, por lo que las discrepancias que pueda haber entre un testigo y otro al momento de su narración, siempre y cuando no sean de gran entidad y se refieran puntualmente al objeto de investigación, no deben ser tenidas en cuenta para rechazar uno de ellos; sino que se deben evaluarse en conjunto dado que bajo esas circunstancias traumáticas la percepciones humanas pueden llegar a ser distintas sobre un mismo hecho.

La prueba documental se pierde o deteriora, el paso del tiempo borra los rastros o las personas modifican las estructuras dificultando la realización de pericias por lo que la prueba testimonial en este tipo de procesos, además de ser la más común como en todo proceso penal, sigue siendo la más importante de todas.

Asimismo en relación a la sinceridad del relato es importante descubrir si no hay algún interés que pueda influir sobre la voluntad del deponente u otras circunstancias que influyendo en su ánimo puedan hacerlo apartar -conciente o inconscientemente- de la verdad. El control interno del relato es otro factor a tener en cuenta, es valorable positivamente la coherencia interna del mismo (La Prueba en el Proceso Penal, José I. Cafferata Nores y Maximiliano Hairabedián, 6a ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2008. Capítulos II, III, V y VII).

"Si la declaración testimonial no encontrara apoyo en prueba de carácter independiente, sería insuficiente para fundar una condena, pero no así si el sentenciante deja en claro la eficacia probatoria de esta pieza procesal, teniendo por válido el testimonio, luego de confrontarlo con las demás constancias del proceso y analizarlo de acuerdo a las reglas de la experiencia común" (C. Nac. Casación Penal, Sala 2ª, 27/3/1995, "Méndez, Iván, reg. 415, Bol. Jurispr. CNCP, 1º trim., 1995, p. 14).

Cabe aquí señalar que la incorporación por lectura de las declaraciones prestadas por testigos fallecidos no violenta el principio de contradicción ni la defensa en juicio. Ello así porque la muerte es una circunstancia impredecible lo que genera que, a excepción de que se trate de un testigo gravemente enfermo que no pueda

comparecer al debate lo que obligaría a aplicar las reglas del anticipo probatorio –situación que no es la que ha ocurrido en este proceso en el que se juzgan hechos acaecidos hace casi 35 años- , las objeciones formuladas por la defensa en tal dirección no pueden tener acogimiento (Cafferata Nores José, Tarditti Aída con la colaboración de Arocena Gustavo, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado, Tomo II, Mediterránea, Córdoba, 2003, p.p.220/221).

Conforme a todo lo precedentemente expuesto, cabe entonces señalar que la prueba recibida en el curso de la audiencia oral ha sido apreciada de conformidad con las reglas de la sana crítica -sistema de valoración de la prueba impuesto por el art. 398 del código de rito- teniendo especial consideración a las particularidades que se presentan en este tipo de procesos donde se juzgan delitos cometidos hace más de tres décadas por el terrorismo de Estado.

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

Así lo voto.-

A la cuestión planteada los Dres. Mario Alberto Portela y Néstor Rubén Parra adhirieron al voto que antecede.-

III. <u>CALIFICACION LEGAL</u>.

El Dr. Roberto Atilio Falcone dijo:

Los hechos descriptos precedentemente del cual resultara víctima el Dr. Carlos Alberto Moreno deben calificarse como delitos de Infracción de Deberes Especiales de privación ilegal de la libertad doblemente agravada por tratarse de funcionarios públicos y haber sido cometido con violencia; imposición de tormentos doblemente agravado por tratarse de funcionarios públicos y la víctima un perseguido político y homicidio calificado por alevosía, los que concurren realmente entre sí (CP 5, 12, 19, 29 inc. 3, 40, 41 45, 55, 80 inc.2, 144 bis inc.1 y último párrafo –texto conforme Ley 14.616– en función del art. 142 inc.1 –texto conforme Ley 20.642– y art. 144 ter párrafos primero y segundo –texto conforme Ley 14.616 y arts. 398/9, 403, 530 y 531 del CPPN), resultando Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda autores penalmente responsables de todos ellos y Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez partícipes necesarios de los dos primeros.

USO OFICIAL

Considero aquí necesario efectuar algunas consideraciones en relación al último tipo penal mencionado –imposición de tormentos- y dos de las agravantes referidas – el carácter de perseguido político de la víctima y la alevosía-.

Recién en 1958, mediante la ley 14.616, se tipificó en el artículo 144 tercero del Código Penal el delito de Tormentos.

No obstante la ubicación del artículo en estudio dentro del Código Penal, el bien jurídico protegido por la norma supera en cuanto a su alcance a la libertad individual. Tramas tan complejas como la problemática del campo de los Derechos Humanos, en los que se cruzan el aislamiento físico y espiritual –político, moral-, los efectos derivado de la sustracción de familiares, las condiciones infrahumanas de alojamiento, las consecuencias que sobre el sujeto privado de la libertad nacían de las coacciones psicológicas en sus formas más diversas, constituyen dimensiones de un fenómeno que conmovieron los cimientos de una perspectiva teórica basada en la ausencia de impedimentos para que una persona haga o deje de hacer cuanto le plazca.

Así, las nuevas subjetividades que nacen de la complejidad social han transformado el concepto de libertad. Conforme a ello, tratándose de una modalidad particularmente gravísima de afectación de la libertad por su efecto destructivo sobre la relación de la persona consigo misma, su dignidad, integridad psicofísica, la subyugación y colonización absoluta a la voluntad soberana del autor, la anulación del ser, el bien jurídico protegido comprende a la dignidad fundamental de la persona y la integridad moral de todos los ciudadanos, sin ningún tipo de distinción (Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, dirigido por Baigún David - Zaffaroni Eugenio R., Tomo 5, Parte especial. Artículos 134 al 161, Hammurabi: 2008, p.p. 300 y 371).

Cabe señalar entonces, conforme lo expuesto, que la doctrina y jurisprudencia actualmente es pacífica al sostener que los tormentos, en todos los casos, suponen un ataque a la dignidad de la persona.

El tipo penal no se agota únicamente en la aplicación a la víctima de un maltrato corporal o material sino que abarca todo tipo de padecimiento grave de índole psíquico o moral. Así, junto a los maltratos físicos, adquieren relevancia las técnicas de desorientación temporo-espacial, el uso del lenguaje, el manejo de los sentimientos de la víctima, y la continua incertidumbre sobre su futuro, todas ellas productoras de sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas que la colocan en una situación de particular vulnerabilidad, acrecentando el riesgo de agresión y arbitrariedad.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que *"...el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"* (CIDH, caso "Velázquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 156), infiriéndose de ello que deberá entenderse por tormento la aplicación de cualquier método tendiente a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque de hecho no

causen dolor físico. La tortura psicológica se propone causar la desintegración de la personalidad del individuo, la destrucción de su equilibrio mental y psicológico y el aplastamiento de su voluntad y puede provenir de la privación sensorial (vendas, capuchas, etc.), el aislamiento, la humillación verbal o física (p. ej. desnudez), la manipulación de la información sobre el detenido o sus allegados, la mentira (p. ej. falsas informaciones sobre daños sufridos por amigos y familiares), la desorientación física y mental, o la simulación de ejecuciones que contribuyan a la desmoralización. En general, lo que se persigue es la ruptura de la autoestima y la resistencia moral del detenido.

La privación ilegítima de la libertad y el mantenimiento en cautiverio de los detenidos en Centros Clandestinos de Detención, en los cuales eran sistemáticamente sometidos a una serie de tratos crueles, inhumanos y degradantes, implican por sí mismos, independientemente de las vejaciones físicas que allí pudieran sufrir, la aplicación de tormentos proscripta por el art. 144 tercero del Código. Este extremo se tuvo por acreditado en la sentencia dictada en la causa 13/84 por la Cámara Federal, en el marco del juicio a las juntas militares y en cuyo capítulo XIII estableció que *"Ya desde el momento mismo de la aprehensión quedaba claro que nadie iba a acudir en su ayuda. Pero a ello se agregaba el encapuchamiento inmediato; el traslado en el baúl o en el piso de un auto, o en un camión, maniatados; la llegada a un lugar desconocido donde casi siempre recibían de inmediato los golpes o la tortura; el alojamiento en "cuchas", boxes, "tubos", sobre un jergón o directamente en el suelo; el descubrimiento de que había otras personas en igual situación que llevaban largo tiempo así; la incógnita sobre cuál sería el desenlace y cuánto duraría; las amenazas de toda índole; la escasa y mala comida; la precariedad cuando no la ausencia de medios para satisfacer las necesidades fisiológicas; la falta de higiene y de atención médica; los quejidos; el desprecio y mal trato. Todo ello debía seguramente crear en la víctima una sensación de pánico cuya magnitud no es fácil comprender ni imaginar, pero que, en sí, constituye también un horroroso tormento".*

Conforme a todo lo expuesto, cabe concluir que por tormento debe entenderse todo maltrato físico o psicológico que se le infringe a una persona para la obtención de pruebas, ejercer venganza, tomar represalias, o por cualquier otra finalidad, pudiendo el autor valerse para ello de su propia fuerza o de instrumentos idóneos para atormentar, conocidos o no, que supongan un ataque a la dignidad e integridad de la víctima.

No tengo dudas entonces que el Dr. Carlos Alberto Moreno –secuestrado en medio de la noche a punta de pistola, llevado a una chacra que se encontraba en una zona despoblada en las afueras de una ciudad distinta a la que vivía, sometido allí a diversos tratos inhumanos y degradantes –se corrobora con el estado deplorable en que se presenta en la casa de la familia Bulfoni pidiendo desesperadamente ayuda y en el que se hallaba su cuerpo al ser entregado a sus familiares-, perseguido por sus captores a los tiros y recapturado mediando diversas amenazas de muerte- fue víctima de todo tipo de tormentos.

USO OFICIAL

Asimismo, de la pluralidad de prueba producida durante el debate, así como también, de aquella incorporada como documental por mediar acuerdo de partes, surge inequívocamente el carácter de perseguido político de la víctima de autos.

La doctrina es unánime al sostener que perseguido político *"no es sólo el imputado de un delito por causa política, sino también el individuo arrestado o detenido por motivo político como es el de ser opositor al régimen establecido o a las personas que ejercen el gobierno*" (Núñez, T. IV. pág. 57).

Carlos Alberto Moreno, abogado de profesión, militó en la Juventud Peronista durante sus años universitarios y al momento de ocurridos los hechos era Asesor de la Asociación de Obreros Mineros de la Argentina –AOMA-, entre otras en las empresas "Loma Negra S.A." y "Cal y Piedras". Mantuvo durante toda su vida un profundo compromiso social que se cristalizó en la decisión que tomara al finalizar sus estudios de defender los intereses de la parte obrera.

Los testimonios brindados por familiares y amigos durante la audiencia de debate *"…era habitual ver en el sillón de la sala de espera las marcas de cal dejadas por los obreros que iban a consultarlo…"*; *"…vine a verlo porque me dijeron que usted no cobra…"* (Susana Mabel Lofeudo, Héctor Alfredo y Margarita Julia Moreno, Blanca Rodríguez y Carlos Santiago entre tantos otros) y anécdotas tales como haber recibido como retribución por sus servicios un cachorro al cual bautizó LOMJE "Libertad o Muerte Jamás Esclavo" o compartido un asado en la casa de uno de los obreros, lo describieron como una persona justa, idealista, desinteresada, con un espíritu noble y absolutamente comprometido en la defensa de los trabajadores.

Fueron si dudas sus ideales, la actividad profesional gremial que desarrollaba, su militancia política y permanente compromiso social lo que generó que las fuerzas armadas y de seguridad lo consideraran enemigo y catalogaran como elemento subversivo.

Cabe señalar que el término "elemento subversivo" utilizado por los integrantes del plan sistemático de represión era totalmente impreciso y abarcaba a todo aquél que no respondía a los intereses pretendidos por las Fuerzas de Seguridad. Si bien puede decirse que principalmente eran catalogados de tales quienes detentaban ideas de izquierda, donde por supuesto se encontraban quienes abrogaban por los derechos de los trabajadores, también quedaban comprendidas personas que simplemente tenían un legítimo interés contrapuesto con un elemento del sistema represivo o vinculado a este.

Lo expuesto resulta corroborado por el Archivo de Inteligencia elaborados por la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (DIPBA), documental obrante a fs. 1251/1288 que fuera incorporada como prueba al debate, del que surge la existencia de tres fichas a nombre de Carlos Alberto Moreno, habiendo sido etiquetado en la última de ellas como "ds": delincuente subversivo.

Asimismo, fue el propio Comando de la Zona I el que informó mediante un comunicado que las fuerzas legales habían logrado capturar al delincuente

subversivo Carlos Moreno y que el mismo pertenecía a la Columna Centro de la banda marxista Montoneros, habiendo desarrollado una intensa actividad en fabricación de bombas y en el transporte de armamento (ver fs. 234/235 incorporadas como prueba al debate).

Las amenazas y persecución de la cual era víctima Moreno eran notorias y conocidas entre sus amigos y familiares. Conforme lo declarado en juicio por su cuñado, Pedro Osvaldo Hardoy, sus hermanos, Héctor Alfredo y Margarita Julia Moreno, y varios de sus amigos, Carlos Santiago y Blanca Rodríguez entre otros, en varias oportunidades trataron de persuadirlo en que dejara de defender a los trabajadores y se dedicara a otra rama del derecho, así como también, le propusieron sacarlo del país a fin de evitar su trágico final.

El riesgo de muerte era inminente y todos a su alrededor eran conscientes de ello, incluso el propio Moreno quien días antes de su secuestro llevó a la casa de su amigo Carlos Santiago una bolsa de nylon tipo consorcio llena de libros relacionados con el movimiento obrero y peronista, solicitándole como favor personal se deshiciera de los mismos y le comentó que para él todo estaba terminado, que "estaba jugado".

USO OFICIAL

No puede dejarse de lado asimismo que, en atención a la labor que desarrollaba el Dr. Carlos Alberto Moreno al momento de su secuestro –abogado asesor de AOMA, propulsor de diversas causas contra la cementera Loma Negra por enfermedades ocupacionales y reclamos por la implementación de medidas de seguridad e higiene que resultaban esenciales-, constituía también una molestia para el poder económico de aquella época.

Es dentro de este marco de persecución ideológica en el que corresponde analizar el allanamiento efectuado en la vivienda del Dr. Moreno una vez ocurrida su muerte -desalojaron de la vivienda a su esposa embarazada de cinco meses y a su hijo de corta edad prohibiéndole su posterior ingreso- y la condición impuesta por el ejército a su viuda para entregarle el cadáver de no llevarlo a Olavarría.

Conforme a todo lo aquí reseñado no dudo en sostener el carácter de perseguido político de Carlos Alberto Moreno lo que indudablemente provocó su trágico final.

Finalmente, estimo corresponde señalar que la alevosía requiere la presencia de componentes objetivos y subjetivos. En tal sentido, se comparte la opinión de Roxin, cuando al referirse a la agravante en el Derecho Penal Alemán señala, **"lo mismo sucede con la alevosía como elemento del asesinato, si con la jurisprudencia constante (B.G.H.S. t. 9, 385) se la define como aprovechamiento de la falta de sospecha y la indefensión de la víctima debido a una dirección de voluntad hostil; entonces el aprovechamiento será un elemento del tipo, y la tendencia de la voluntad pertenecerá a la culpabilidad"** (ver Roxin Claus, Derecho Penal, cit., pag 316).

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

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

Tras su desesperado intento de fuga Moreno, en un estado deplorable a causa de los tormentos sufridos y con notorios signos de agotamiento, fue perseguido a los tiros y apresado nuevamente por sus captores quienes lo redujeron a golpes de pala y lo llevaron de regreso a la chacra donde lo habían mantenido en cautiverio.

La muerte de Carlos Alberto Moreno no ocurrió como fuera descripto en el comunicado emitido por el Comando de Zona I de Ejército: "*... en oportunidad que se efectuaba su traslado intentó evadirse, siendo abatido al resistirse a la orden de detención impartida",* sino que fue causada en circunstancias en que el nombrado se encontraba privado ilegalmente de su libertad y en absoluto estado de indefensión.

Cabe señalar que este *modus operandi* fue utilizado de manera generalizada en todo el país como parte del plan de exterminio de presos políticos ocasionando la muerte en oportunidad de efectuarse traslados o disposiciones de libertad, montando falsos enfrentamientos o, como en el caso de autos, intentos de fuga de los detenidos.

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

Así lo voto.-

A las cuestiones planteadas los Dres. Mario Alberto Portela y Néstor Rubén Parra votaron en igual sentido.-

IV. <u>LA ACTUACION DEL PODER JUDICIAL</u>.

Hannah Arendt relata en su instructivo libro *Eichmann en Jerusalen* que durante la segunda guerra Mundial en Dinamarca se pudo observar el formidable poder propio de la acción no violenta y de la resistencia ante un contrincante que dispone de una fuerza superior. Así cuenta que cuando los alemanes, con el país invadido y ocupado, dieron la orden de implantar el distintivo amarillo a todos los judíos daneses, recibieron como respuesta de las autoridades sometidas que el rey sería el primero en llevarla. Al mismo tiempo los obreros de los astilleros se negaron a reparar buques alemanes, pese a que el comandante militar alemán declaró la emergencia y puso en vigor la ley marcial. Igualmente las unidades especiales de las SS que debían detener durante la noche del 1 de octubre de 1943 a los judíos daneses en sus casas para enviarlos al campo de concentración de Theresienstadt, recibieron la noticia que la policía local impediría que se penetrara en las viviendas por la fuerza, lo que motivó que los ocupantes sólo pudieran detener a quienes abrieron voluntariamente sus puertas (477 individuos de un total de 7800 judíos). Inmediatamente las autoridades danesas, sabiendo su inferioridad militar, avisaron a los judíos que se escondieran y que "el pueblo danés, en todos sus niveles, desde el rey hasta el más humilde ciudadano estaba presto a recibirles". Como consecuencia sólo murieron 48 judíos dinamarqueses internados en el campo indicado lo que motivó a que Eichmann opinara "que por diversas razones, la acción contra los judíos de Dinamarca fue un fracaso".

USO OFICIAL

Esta instructiva historia demuestra que siempre es posible la lucha no violenta contra la barbarie, lucha que en el caso aludido llevaron a cabo las autoridades y el pueblo de Dinamarca. La contrafáctica pregunta a realizar en el caso que nos ocupa en este acápite consiste en tratar de averiguar qué hubiera ocurrido si los jueces argentinos hubieran cumplido con su misión. No hablo de conductas heroicas de los magistrados, ya que los actos supererogatorios no son siquiera moralmente exigibles, sino que me refiero únicamente al estricto cumplimiento de la ley. En el caso en debate hemos podido advertir la conducta honorable de un juez dispuesto a cumplir con la ley por la que había jurado (en conjunto con la ominosa acta del proceso) y la deleznable del máximo Tribunal de la Provincia, dispuesto a hacer trizas esa ley para configurarse en cómplice de la fuerza bruta.

Así el Juez Pagliere una vez recibido el recurso de habeas corpus presentado por sus colegas en beneficio del Dr. Moreno se preocupó por averiguar el paradero del secuestrado y víctima de autos. Cuando recibió la indicación telefónica que el mismo había sido visto huyendo en una sierra en las proximidades de Tandil no vaciló en ir en su propio auto, con su secretario y un escribiente, a constatar la veracidad de la información. Una vez allí allanó todas las comisarías de la ciudad en la búsqueda de Moreno, se fue a tomar declaración a los Bulfoni a su casa, a la noche, en un paraje desconocido y sólo iluminado por un farol. Vuelto a su ciudad de Azul se enteró por el Jefe de la Unidad Regional que desde el 1er. Cuerpo de Ejército se requerían antecedentes acerca de su conducta lo que motivó que, en busca de apoyo fuera a entrevistarse con el Presidente de la Suprema Corte de Justicia provincial. Y allí, en La Plata, la contracara

judicial que surgió de la entrevista en la actitud patriarcal y paternalista de Peña Guzmán (quédese en la magistratura, es más fácil cambiar las cosas desde dentro que desde afuera) que no arrojó solución alguna al problema y la autoritaria y despótica de Renom, luego ascendido a la corte Nacional con Cesar Black para seguir la política de complicidad, que pretendía que dejara la investigación en el acto para arreglar un tema que era "militar y no judicial".

El modesto Juez de la instancia ordinaria sintió el peligro, que hollaron los supremos de la magistratura, pero su actitud (junto a otros factores concomitantes) permitió al menos la recuperación del cadáver de la víctima que de otro modo hubiera pasado a ser un desaparecido más. No fue la conducta de Pagliere la que causó la muerte de Moreno que seguramente ya había sido asesinado cuando interrogaba a los Bulfoni a la luz del sol de noche. En cambio la muerte del colega la provocó un Estado demente y asesino que no vaciló en recurrir a la complicidad de otros jueces para tratar de lograr lo que consiguieron durante 35 años: impunidad.

Si todos los jueces hubieran actuado como Pagliere, y hay otros ejemplos similares pero contados con los dedos de una mano, en lugar de rendir pleitesía a las autoridades militares de la época y de cada zona hubiera sido posible que el número de víctimas disminuyera dramáticamente. Pero era más cómodo ocupar mullidos sillones ubicados sobre alfombras rojas que tomar declaraciones a la luz de un farol, rechazar los habeas corpus imponiendo las costas a las víctimas que allanar comisarías en busca de desaparecidos. Y así quedó la sociedad argentina. Inerme, porque los encargados de tomarse los "derechos en serio", de ser los custodios de la dignidad de los ciudadanos, prefirieron aplaudir a los poderosos que sólo tenían como argumento el poder de fuego de sus armas. Ello autoriza una vez más a rebautizar a la dictadura como cívico militar ya que sin la dirección y el aplauso de los poderosos grupos económicos gravitantes en cada zona y sin el apoyo explícito de las autoridades judiciales, los militares no hubieran podido hacer otra cosa que sentarse sobre sus bayonetas.

Las actitudes de los aludidos ministros de la Suprema Corte, que además hicieron deambular por la ciudad de La Plata al Dr. Pagliere por más de cuatro horas, sumadas a la circunstancia de haber su Presidente recibido ese mismo día en audiencia a los representantes del Colegio de Abogados de Azul (en forma protocolar según los testimonios) y al influyente cuñado de la víctima, Dr. Hardoy, hacen presumir que de consuno con el entonces Ministro de Gobierno de la Provincia, Dr. Jaime Smart, se convino en fraguar la noticia del "enfrentamiento" donde habría perdido la vida el Dr. Moreno. Ello deberá ser motivo de investigación por el juez federal que corresponda.

Así lo voto.-

Los Dres. Mario Alberto Portela y Néstor Rubén Parra votaron en igual sentido.-

V. <u>SANCIONES PENALES</u>.

El Dr. Falcone dijo:

La función judicial de individualización de la pena constituye, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos penales, la tercera función autónoma del juez y representa la cúspide de su actividad probatoria (Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Edit. Comares, Granada, 1993, págs. 787). La misma debe interpretarse como una discrecionalidad jurídicamente vinculada, por ello deben seleccionarse los principios o criterio de orden valorativo que deban regir dicha función evitando decisiones arbitrarias o desiguales.

En este sentido puede afirmarse que "las operaciones que presiden la determinación discurren en varios niveles" (Bacigalupo, "La individualización de la pena en la reforma penal", RF-DUC, T. 3, monográfico, 1980, pág. 60):

1) Determinación de los fines de la pena: puesto que las normas penales (faz de conminación) deben servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito. De ello resulta además que la prevención general y la prevención especial deben figurar conjuntamente como fines de la pena (Roxin, "Derecho Penal" TI, Civitas, págs. 81 y 95). No obstante un elemento propio de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. Corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido desde el punto de vista preventivo. La "sensación de justicia", a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente de lo que se merece, y "merecida" es sólo una pena acorde con la culpabilidad.

2) Determinación de los elementos fácticos de la individualización de la pena: En primer lugar corresponde aclarar que en el ámbito de la individualización judicial de la pena, se opera con una culpabilidad para la medición de la pena y no para su fundamentación. Esta última atañe a la cuestión de bajo qué presupuestos existe responsabilidad jurídicopenal, del "sí" de la pena; es decir del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena; es decir del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena; cuestión propia del concepto sistemático de culpabilidad. La culpabilidad para la medición de la pena, en cambio, atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto "al conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto" (Hans Achenbach, 1974, 4, citado por Roxin, ob. Cit. Pág. 814); cabe recordar que no pueden ser tenidos en cuenta criterios que ya incidieron en la determinación del marco legal (prohibición de doble valoración –art. 67 Cód. Penal Español).

La gravedad de la culpabilidad como concepto en la medición de la pena, su contenido, dependerá en primer lugar de la gravedad del injusto del hecho realizado –comprensiva tanto del disvalor de acción (forma de ejecución del delito, etc.)

USO OFICIAL

como del disvalor del resultado (magnitud del daño, valor del bien jurídico afectado, situación de la víctima o su familia, etc.)- y en segundo lugar, de la gravedad de la culpabilidad por el hecho (móviles o motivos, etc.), en el sentido dogmático del concepto (Jescheck, "Derecho Penal", Bosch, pags, 801/802). Además, determinado lo anterior, debe tenerse en cuenta la personalidad del autor para la magnitud definitiva.

Este desarrollo doctrinario encuentra sustento legal en el derecho comparado a través de los artículos 66.1 del Cód. Penal Español y & 46.I y 46.II del StGB; en el mismo sentido el Comité de Expertos encargados de la elaboración del proyecto de Código Penal para la Comunidad Económica Europea propone una fórmula análoga a los criterios aquí sustentados, concretamente en su artículo 15. En nuestro Código Penal los factores enunciados en ambos incisos del artículo 41 del Código Penal determinan las pautas a seguir, debiendo interpretarse, como unánimemente sostiene la doctrina nacional, que los criterios decisivos son tanto el ilícito culpable como la personalidad del autor (Ziffer, El sistema argentino de medición de la pena, Univ. Externado de Colombia, 1996, pág. 23). Sólo resta destacar que en este artículo sólo se hace una enumeración no taxativa de las circunstancias de la medición de la pena sin determinar la dirección de la valoración –al igual que en el & 46 del StGB-, es decir, sin preestablecer si se trata de circunstancias que agravan o atenúan.

En el proceso de cuantificación de las penas, en algunos casos, se tomaran en cuenta elementos que forman parte del supuesto de hecho pero que nada impide se lo considere al mensurar la pena , para "particularizar su intensidad" (Zaffaroni, Alagia y Slokar "Derecho Penal" Ediar , pág 1047) pues "ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad" (Ziffer, Patricia, "Lineamientos de la determinación de la pena", Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, del voto del Dr. García in re "Coluccia Alberto y otro", causa 9978, Sala II inédita).

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

Por último una reflexión final acerca de la realización de este tipo de procesos, llevados a cabo contra personas en general ancianas. Felix Herzog, discípulo de Winfred Hassemer recuerda que en el año 1992 a raíz del proceso en contra de Erich Honecker (último gobernante de la República Democrática Alemana), la justicia alemana se ocupó vivamente de la discusión acerca de la admisibilidad de llevar a cabo un proceso penal en contra de una persona cuya esperanza de vida es muy corta. En el caso de Honecker, el Tribunal Constitucional Berlinés afirmó que el proceso llevado en contra de un moribundo, ya no podría alcanzar su finalidad legal, que consistiría en realizar la legítima pretensión de la comunidad estatal de esclarecer los hechos y que eventualmente se condene al autor. Que de este modo el proceso penal se convertiría en un fin en sí

mismo, que haría de la persona nada más que un objeto de medidas estatales. Herzog señala que en este tema no está sólo en juego el fin del proceso penal y la pena sino "la necesidad de justicia para las víctimas y sus familiares".

En tal caso, al tratarse de delitos gravísimos no se violenta el principio de proporcionalidad, "no creo que sea para nada cínico fundamentar la prosecución del proceso penal contra personas ancianas con el argumento de que se quiere dar al imputado la posibilidad de reconciliarse con la sociedad. Esta perspectiva tiene puntos de encuentro con todas las formas conocidas de pedir perdón…" y cumple con el fundamento retribucionista, al tomar en consideración el injusto pasado. No es necesario llegar a la rigurosidad de Kant en el conocido ejemplo de la isla en "La metafísica de las costumbres" porque aquí no nos referimos a la ejecución de la pena de muerte, sino a un sentido de justicia frente a una pena prescindente de fines. Concluyó Herzog en su interesante artículo que entiende con Hassemer que la pena no pretende la "adaptación o disuasión" sino la afirmación pública y aseguramiento de normas fundamentales. El proceso penal cumple así una función de resocialización y reconciliación (Ver Herzog Felix ¿No a la persecución penal de los dictadores ancianos? Acerca de la función del Estado en la persecución de la criminalidad estatal, Política Criminal, N° 5, 2008, D-5 pág 1-9). El artículo citado enriquece una discusión cuya actualidad es innegable. Sus fundamentos contestan en parte los argumentos de las esforzadas defensas de los imputados en orden al desconocimiento de principios preventivos especiales -resocialización- que conlleva la pena perpetua.

USO OFICIAL

En función de todos los principios reseñados precedentemente y las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P., para todos los imputados valoro como atenuantes la ausencia de antecedentes penales. Como agravantes, respecto de Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda, los cargos que revestían en el momento de los hechos y las funciones que les correspondían conforme fuera valorado al tratar sus participaciones; la circunstancia de disponer de medios materiales y humanos, correspondientes al Estado también debe ser valorado en este sentido; en relación a los cinco condenados, sus edades y niveles de instrucción que les permitiera internalizar las normas y actuar en consecuencia, como asimismo la mayor participación en los hechos evidenciada por Emilio Felipe en relación a su hermano a Julio Manuel; la edad de la víctima; la extensión del daño causado, toda vez que al hecho de privar ilegalmente de la libertad, torturar y dar muerte a Carlos Alberto Moreno, se le debe sumar los padecimientos de sus familiares que lo buscaron infructuosamente hasta que le entregaron el cuerpo y el posterior pedido de justicia; el haber formado parte de un plan criminal gestado y llevado adelante desde el mismo Estado, es uno de los puntos más salientes en lo que hace a los agravantes, a lo que debe agregarse como criterio de cuantificación el comportamiento posterior de los imputados tendientes a tornar imposible la satisfacción del derecho a la verdad internacionalmente reconocido.

Por lo antedicho estimo que debe condenarse:

1) a **Julio Alberto Tommasi**, **Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda** a las penas de Prisión Perpetua e Inhabilitación absoluta Perpetua, suspendiéndose el goce de toda jubilación, pensión o retiro que pudieran percibir, accesorias legales con la limitación referida a la incapacidad civil, con más las costas del proceso, por resultar autores directos penalmente responsables, por su condición de funcionarios públicos de los delitos de Infracción de Deberes Especiales: privación ilegal de la libertad doblemente agravada por tratarse de funcionarios públicos y haber sido cometido con violencia; imposición de tormentos doblemente agravado por tratarse de funcionarios públicos y la víctima un perseguido político y homicidio calificado por alevosía, en perjuicio de Carlos Alberto Moreno, los que concurren realmente entre sí (CP 5, 12, 19, 29 inc. 3, 40, 41 45, 55, 80 inc.2, 144 bis inc.1 y último párrafo –texto conforme Ley 14.616– en función del art. 142 inc.1 –texto conforme Ley 20.642– y art. 144 ter párrafos primero y segundo –texto conforme Ley 14.616 y arts. 398/9, 403, 530 y 531 del CPPN).

La suspensión de los beneficios previsionales (art 19 inc. 4 del C.P.) no resulta violatoria de la ley fundamental atento que los condenados, teniendo a su cargo la defensa armada de la República, incurrieron en la comisión de delitos de la órbita militar (fallos 315:1274). A fin de iniciar el procedimiento de destitución de los nombrados deberá oficiarse al Ministerio de Defensa de la Nación con remisión de los antecedentes del caso (art.19 anexo 4, ley 26.394).

2) A **Emilio Felipe Méndez,** a la pena de quince años de prisión, accesorias legales con la limitación referida a la incapacidad civil, con más las costas del proceso, por resultar partícipe necesario en delitos de Infracción de deberes especiales: privación ilegal de la libertad agravada por haber sido cometida por funcionarios públicos con violencia; imposición de tormentos agravados en perjuicio de un perseguido político, los que concurren realmente entre sí (arts. 5, 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 55, 144 bis inc. 1 y último párrafo –conforme ley 14616- del CP, , y arts. 398/9, 403, 530 y 531 del CPPN).

3) Y a **Julio Manuel Méndez,** a la pena de Once años de prisión accesorias legales con la limitación referida a la incapacidad civil, con más las costas del proceso, por resultar partícipe necesario en delitos de infracción de deberes especiales: privación ilegal de la libertad agravada por haber sido cometida por funcionarios públicos con violencia; imposición de tormentos agravados en perjuicio de un perseguido político, los que concurren realmente entre sí (arts. 5, 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 55, 144 bis inc. 1 y último párrafo – conforme ley 14616- del CP, y arts. 398/9, 403, 530 y 531 del CPPN).

Atento la magnitud de la pena impuesta a los acusados y las interferencias de todo tipo que desde que se cometió el hecho han dificultado su esclarecimiento, considero que se impone mantener la detención preventiva de los nombrados, quienes deberán ser alojados en unidades dependientes del servicio penitenciario federal para lo cual deberá tenerse en cuenta las afecciones que padecen en el caso Julio Alberto Tommasi y Roque Italo Pappalardo. Ello asimismo atento a que, no obstante tratarse los encartados de adultos mayores a setenta años de edad, las afecciones no revisten la entidad suficiente para coadyuvar a la necesariedad de disponer

el cumplimiento de la prisión preventiva en arresto domiciliario, por lo que debe concluirse que no se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por el art. 33 de la Ley 24.660.

Al referirme a las interferencias de todo tipo que ha sufrido este proceso no sólo me refiero a llamados a celulares de testigos de cargo como se ha constatado en la audiencia oral o a su convocatoria en horas de la madrugada para interpelarlos a callar circunstancias relevantes para el esclarecimiento del caso sino a las presiones que sufriera el propio juez instructor Dr. Pagliere de quien se requerían sus antecedentes al Jefe de la Unidad Regional de Azul cuando inició la pesquisa con el objeto de descalificarlo, vinculándolo, vaya a saberse, con qué intereses. Esta es una conocida técnica de neutralización que utilizan los victimarios del terrorismo estatal para descalificar a quienes investigan estos hechos.

La prisión perpetua no es una pena inconstitucional.

Conforme se expresara al inicio del acápite, la pena cumple junto a prevención general y especial una función retributiva limitada al principio de culpabilidad por el acto. En este sentido corresponde afirmar que "hay una conexión evidente entre la naturaleza retributiva de la pena y su función de prevención general de los delitos: la amenaza legal de la retribución penal puede prevenir solamente la comisión de hechos delictivos, no la subsistencia de condiciones personales o de status como son la peligrosidad o la capacidad de delinquir u otras similares; y por otra parte la pena ejerce una función preventiva o intimidatoria sobre todo si se inflige al que la ha «merecido» «Retribución», escribe incisivamente Alf Ross, «es, por definición, prevención». Pero no es necesariamente cierto lo contrario, dado que se puede prevenir sin retribuir algo: el fin de la prevención, si bien está implicado por el principio retributivo, no lo implica a su vez, pudiendo quedar satisfecho también por el castigo terrorista del inocente. La garantía del carácter retributivo de la pena - en virtud de la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es)- sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier posible finalidad preventiva o de cualquier otro modo utilitarista, el castigo del inocente aun cuando se le considere de por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito, etc. (Ver Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal", ed. Trotta, pg. 368/369)

En el caso se han juzgado a delitos de lesa humanidad, y aunque los instrumentos legales posteriores a Nuremberg han profundizado en la definición de crímenes contra la humanidad, existe un acuerdo generalizado sobre los tipos de actos inhumanos que constituyen crímenes contra la humanidad, los cuales son esencialmente los mismos que se reconocían hace casi ochenta años. A la luz del desarrollo actual del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, constituyen crímenes contra la humanidad el apartheid y la esclavitud. Asimismo, han sido considerados crímenes contra la humanidad la práctica sistemática o a gran escala del asesinato, la tortura, las desapariciones forzadas, la detención arbitraria, la reducción a estado de servidumbre, los trabajos forzosos, las persecuciones por motivos políticos, raciales,

USO OFICIAL

religiosos o étnicos, las violaciones y otras formas de abusos sexuales, la deportación o traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario.

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

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

El Pacto de Roma que creó la Corte Penal Internacional establece la competencia de la Corte para entender en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad y en su art. 7 los define así: "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; f) Tortura g)Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen del apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) ...". Con todo, el Estatuto de Roma no fue el primero que incluyó una definición de delitos de lesa humanidad.

A su vez, en la jurisprudencia nacional, nuestro más Alto Tribunal en "SIMON, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. – causa N° 17768- Voto de la Dra. Carmen Argibay ha dicho " … si se tiene en cuenta que esta categoría de crímenes internacionales se refiere a diversas conductas que también son consideradas delictivas en el derecho interno de los países, se hace necesario determinar cuál es el

rango que autoriza la inclusión de un acto no sólo en esta última, sino también en la primera. Considero que el criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental… los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad reproche. Por el contrario, los instrumentos internacionales que alguna mención hacen al tema establecen precisamente el criterio opuesto: Convención Internacional Sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad, artículo 1: Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo 7°: Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 29. A tales cláusulas cabe agregar la cita de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, conforme la interpretación que de ellos hizo la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos", Serie CN° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001. En el párrafo 41 de dicho pronunciamiento, ese tribunal expresa: "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

USO OFICIAL

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

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

encausados configuran, a la luz del derecho nacional e internacional en materia de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad o delitos contra la humanidad que, por ser repugnantes por la comunidad internacional, son imprescriptibles e inamnistiables.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en el art. 80 del Código Penal por no violentar el principio de irracionalidad mínima cuando la sanción punitiva resulta aplicada respecto de Delitos de Lesa Humanidad cometidos en el marco del genocidio llevado a cabo en la República Argentina por la dictadura cívico militar que asoló al país durante los años 1976/1983. La pena resulta proporcionada con la magnitud del injusto y de la culpabilidad.

Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el caso "Arancibia Clavel" en el año 2004 y los definió expresando que "correspondía calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos (sobre cuyo carácter no caben dudas) con la aquiescencia de funcionarios estatales. En efecto, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma que en la resolución apelada cita sólo en su art. 7, queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos. Así, no sólo quedan incluidas las formas "tradicionales" de participación (art. 25, inc. 3, aps. a, b y c), sino que expresamente menciona el contribuir "de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común" (art. 25, inc. 3°, ap. d), cuando dicha contribución es efectuada "con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte" (ap. Dispuesto i)."(Conf. CSJN - "Fallos": 327, pp. 3312).

En el considerando 23 se entendió que "el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheiminis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo.

En el caso "Priebke" se presentaba el problema de que el tratado de extradición existente con Italia requiere que el delito que motiva el reclamo no esté prescripto ni en la legislación del país requirente ni en la del requerido. La solución que se impuso en la mayoría de la Corte Suprema fue establecer que los tratados de extradición deben interpretarse a la luz del ius cogens, con arreglo al cual los crímenes contra la

humanidad son imprescriptibles. En el mismo fallo se dijo que la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico en virtud de lo prescripto por el art. 118 de la Constitución Nacional, y que el constituyente argentino receptó directamente de los postulados del derecho internacional sobre las ofensas contra la ley de las naciones y por tal motivo resulta obligatoria la aplicación del derecho de gentes en la jurisdicción nacional de conformidad con lo dispuesto por el art. 41 de la ley 48.

A su vez, el 14 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se pronunció en el caso "Simón" al que se hiciera referencia en los párrafos precedentes, zanjando definitivamente los escollos legales para juzgar los crímenes de la dictadura, que gobernó nuestro país entre los años 1976 y 1983. De esta forma declaró la invalidez e inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida por contrariar normas internacionales de jerarquía constitucional. Destacó la CSJN que "En conclusión, ya en la década de los años setenta, esto es, en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (ius cogens)" (Conf. CSJN - "Fallos": 328, pp. 2056).

USO OFICIAL

Así, los delitos que se le imputan a los endilgados configuran, a la luz del derecho nacional e internacional en materia de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad o delitos contra la humanidad que, por ser repugnantes por la comunidad internacional, son imprescriptibles e inamnistiables. Con estas reflexiones complementarias a lo expuesto en orden a la validez de la prisión perpetua corresponde rechazar la inconstitucionalidad de la imprescriptibilidad de la acción penal cuando se trata de delitos de Lesa Humanidad por no haberse planteado "cuestiones novedosas" que autoricen apartarse de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal.

Improcedencia de la pena de reclusión perpetua:

Las partes querellantes han solicitado la imposición a los imputados Tommasi, Pappalardo y Ojeda la pena de reclusión perpetua, la que estiman proporcionada a la gravedad de este delito. Ello no es posible.

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

trabajos públicos (Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Estudios básicos del Derecho Penal, Ediar 2009, pág. 242).

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

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

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

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

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

<u>El derecho a ser juzgado en un plazo razonable no se ha visto violado.</u>

La expresión "plazo razonable" ya fue tenida en cuenta por nuestra CSJN (al respecto cfs. causa "Mattei" del 29/11/68) y tanto en ese pronunciamiento como en otras fuentes doctrinarias se ha sostenido que la falta de una sentencia en tiempo prudente obstaculiza el ejercicio de la defensa, hace que se pierda pruebas y en definitiva invierte la lógica procesal; la amenaza penal no puede quedar suspendida ilimitadamente ya que la prescripción es el instrumento realizador de otro derecho fundamental que es el de la definición del proceso penal en un plazo razonable. Los plazos del código penal son

el marco máximo de duración del proceso, pero **la prescripción de la acción debe operar con anticipación si en la hipótesis concreta el tiempo excedió el marco de razonabilidad establecido por la Constitución y el derecho internacional** (Ver Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 859, y en el mismo sentido CIDDHH, caso Suarez Rosero del 29/1197 donde se argumentó en el sentido de impedir que un ciudadano permanezca un largo tiempo bajo acusación.).

El derecho a un juicio rápido ha sido reconocido en los Estados Unidos de América a partir de los precedentes "Barker vs Wingo" y U.S.A. vs Lovasco", sancionado su incumplimiento con sanciones negativas para el Estado que pretende seguir litigando. Este plazo debe ser computado a partir de la citación a prestar declaración indagatoria ya que desde ese momento el imputado queda legitimado pasivamente y sujeto a la jurisdicción del tribunal.

A punto tal esta cuestión ha preocupado a la Corte Nacional que en el caso "Amadeo de Roth, Angélica" priorizó el derecho a una rápida conclusión del proceso, declarando de oficio la prescripción de la acción penal sin cubrir con las exigencias impuestas por el art. 5 de la ley 22.117 (certificación de antecedente). (Ver D´Albora Francisco "La Corte Suprema y la Morosidad del Proceso Penal", "Prudentia Iuris", Política Criminal y Derecho Penal, junio de 2003 pág 248.). Es que una vez afianzada la imputación, lo que ha ocurrido desde el momento que una persona es convocada a indagatoria surge el derecho del imputado a que su situación sea resuelta de modo definitivo en el plazo máximo de prescripción establecido para el delito de que se trate. (Ver. Zaffaroni, Raúl y otros "Derecho Penal Parte General", cit. ps 861.)

Más aún, el plazo debería ser menor al de prescripción de la acción penal siempre a computarse desde el inicio de las investigaciones ya que aquí no cabría contemplar supuestos de interrupción que hicieran caer en el vacío el derecho del imputado. (Ver Pastor Daniel "El Plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho", Edit. Ad Hoc, Buenos Aires 2002 ps 540 y ss y Binder Alberto, "Justicia Penal, y Estado de Derecho", Edit Ad Hoc, Buenos Aires 1993 ps 132 y ss .)

Ahora bien, la demora en la tramitación de este proceso se debió a las vicisitudes que atravesó la República Argentina desde la irrupción de la dictadura. Presiones de todo tipo se ejercieron sobre el poder civil para que estos delitos no se juzgaran, y ello si bien no es imputable a conductas individuales de los imputados, si puede sostenerse que fueron las F.F.A.A. las principales interesadas en presentar la cuestión atinente a los crímenes de Lesa Humanidad como una respuesta al ataque de la subversión. La fuerte presión de corporaciones y grupos económicos con intereses afines a la dictadura, como se dijo, impidieron que las víctimas de estos delitos atroces obtuvieran la reparación moral y jurídica que una democracia debe garantizar. Es por todo ello, que estas dilaciones, teniendo en cuenta lo expuesto y la gravedad de los delitos juzgados, la magnitud de las penas impuestas, en modo alguno pueden interferir con el progreso de la acción penal, por lo cual corresponde el rechazo de esta excepción interpuesta por las defensas de los acusados.

USO OFICIAL

Inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P.

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

Este Tribunal conforme resolvió en causa "Yaques, Ivan s/ Infracción ley 23737", entiende que resulta inconstitucional la accesoria dispuesta en el art. 12 del Código Penal, conforme argumentación expuesta en el voto del suscrito al que adhirieran los Dres. Portela y Parra. En tal sentido se transcribe lo que resulta pertinente:

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

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

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

La incapacidad civil del penado, es la herencia superviviente de la "muerte civil" del Derecho Romano y de las Partidas. Representaba una pena infamante que tenía por objeto estigmatizar o separar al reo de la comunidad social, obstaculizando, cuando no impidiendo el ideal resocializador que claramente informan los Convenios Internacionales suscritos por la República Argentina. Concretamente puede afirmarse que esta pena es estigmatizante, indigna e inhumana, tal como lo sostiene Bustos Ramírez

(Derecho Penal, Parte Gral. Edición 1994, pág. 593), y Santiago Mir Puig (Derecho Penal Parte Gral. Pág. 795). Se advierte que esta accesoria, reviste a la sanción penal de tintes moralistas, al establecer un reproche moral ficticio por parte de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial, soslayando, la obligación que le incumbe al Estado de proveer en la medida de lo posible a su resocialización. Se convierte de este modo en una pena infamante, impropia de un Estado de Derecho que debe tratar a todo condenado como lo que es, un ser humano.

La reforma penal producida por el gobierno democrático español, llevó en 1983 a derogar la interdicción civil prevista en el art. 43 de su Código Penal como accesoria de la pena de reclusión mayor. El fundamento político-criminal expuesto por F. Morales puede sintetizarse así:

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

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

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

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

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

Zaffaroni ha sostenido que "la privación de estos derechos al igual que la suspensión de la patria potestad no resultan de la restricción ambulatoria que importa el encierro. Sin duda esta pena accesoria lesiona el principio de mínima irracionalidad, lo que indica que la ley debe ser interpretada muy restrictivamente, para

USO OFICIAL

evitar decisiones inconstitucionales. Para ello, debe tenerse en cuenta que la curatela es un instituto de derecho civil, que tiene carácter tutelar y, por ende, no puede interpretarse de modo diferente en sede penal… No puede imponerse mecánicamente, porque si falta el supuesto tutelar su fundamento sería un resabio de la muerte civil y, por ende, sería inconstitucional" (ver Zaffaroni, Eugenio R. Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2000 pág. 942/943).

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

Por lo precedentemente expuesto corresponde declarar la inconstitucionalidad de la incapacidad civil inherente a toda condena mayor a tres años de prisión o reclusión establecida en el art. 12 del Código Penal".

Así lo voto.-

A la misma cuestión los Dres. Mario Portela y Néstor Parra dijeron:

Que adhieren por los mismos fundamentos.