

Voto del Juez Rubén David Oscar Quiñones correspondiente al fallo dictado en la causa "**Tozzo, Norberto Raúl s/Privación de la libertad agravada en razón del tiempo, (art. 141 y 142 inc. 5 C.P.) cuatro hechos en concurso real art.55 C.P.)**" -expediente n° 1569/12 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Resistencia-.

A) Los planteos de nulidad formulados por la Defensa del acusado.

I) Nulidad de las acusaciones por falta de precisión.

I.1) El Señor Defensor Oficial planteó la nulidad de las acusaciones formuladas contra su asistido por el Ministerio Público Fiscal y por las partes querellantes, señalando que habían omitido las circunstancias de modo, tiempo y lugar que individualizaran el hecho atribuido a Tozzo y, principalmente, no explicitaban de qué manera habría participado el inculcado en su comisión.

I.2) Previsiblemente, al exponer sus réplicas, las partes acusadoras cuestionaron la naturaleza global de la tacha de nulidad y, con saludable economía expositiva, ajustaron los términos de la acusación. Debo distinguir la prolijidad con la que el Fiscal Amad expuso que el imputado había sido requerido por su participación en la comitiva militar que trasladó ilegítimamente a los prisioneros hasta el paraje próximo a la localidad de Margarita Belén. Añadió que la acusación sintetizada en los términos reseñados había sido refutada tanto por Tozzo como por su Defensa, lo que revelaba la inexistencia de agravios de base constitucional.

I.3.a) A los múltiples déficits e incongruencias

que son evidentes en la ordenanza procesal vigente, se añade una limitación fundamental: es absolutamente disfuncional para el juzgamiento de los crímenes de Estado, lo que ha determinado el notable esfuerzo de adecuación -por vía reglamentaria- con la sanción de la Acordada N° 1/12 de la Cámara Federal de Casación Penal.

Las manifiestas limitaciones de las normas de derecho interno para la sustanciación de procesos relativos a crímenes del Derecho Internacional son datos insoslayables, pero que ha pasado desapercibido para la Legislatura. Ello así, pese a que -desde la incorporación al sistema punitivo patrio en la Constitución histórica- se advirtió que su juzgamiento debía ser reglamentado por una "**ley especial**" (artículo 99 de la Constitución Nacional de 1853). El genio jurídico de Benjamín Gorostiaga intuyó la insuficiencia de las reglas procesales comunes, aunque la disposición constitucional luzca como limitada a las reglas de competencia.

Pero, por otra parte, no es posible renunciar al derecho comparado como referencia material a la singularidad de la tramitación de procesos de esta naturaleza. Adviértase, en este sentido, que la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg contiene en sus Secciones III, IV, V, VI y VII las disposiciones procesales apropiadas para el juzgamiento de los crímenes previstos por el artículo 6°. A su turno, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se remite -reiteradamente- a las Reglas de Procedimiento y Prueba (ver -en especial- los artículos 21 y 51). El mismo dato es considerado en el Estatuto del Tribunal Internacional para el Juzgamiento de las Personas Responsables por serias violaciones al derecho inter-

Poder Judicial de la Nación

nacional cometidas en el territorio de la Antigua Yugoslavia (artículos 15 y siguientes); en el Estatuto para el Tribunal Internacional para el Juzgamiento de las Personas Responsables de Genocidio y otras graves violaciones al derecho internacional cometidas en el Territorio de Rwanda (artículos 14 y siguientes); en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (artículos 14 y siguientes); en el Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Cambodia concernientes a la investigación bajo las leyes camboyanas de los Crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática se establece que el procedimiento se sustanciará conforme a la ley nacional, pero se aplicarán como normas supletorias las reglas de procedimiento establecidas a nivel internacional (artículo 12.1).

I.3.b) A este déficit primordial y de naturaleza estructural, se suman ciertos errores en la tramitación del proceso (a los que habré de referirme) que han acotado, de modo incompatible con la realidad, el objeto procesal de este juicio. Ello impuso a los acusadores la carga adicional de dividir discursivamente aquello que, en verdad, era una facticidad inescindible: la "Masacre de Margarita Belén", así considerada en todo contexto discursivo.

Por la misma razón, ha sido una difícil empresa el subsumir los hechos punibles que integraron la acusación en tipos de delitos de derecho interno y -al mismo tiempo- demostrar que, en realidad, se trataba de crímenes del derecho internacional general. Ello así, a partir de su inclusión en una extravagante e inexistente categoría: delitos de derecho interno "calificables" como de lesa humanidad, a la que subyace una contradicción lógica insalvable. Epigramá-

ticamente: o eran -al tiempo de su comisión- delitos de derecho interno o eran crímenes del *ius cogens imperativo*, resultando ilógica la construcción de una mixtura no respaldada por la dogmática.

Aunque tendré ocasión de referirme con la debida atención al tema, aquellas que parecen demasías en las postulaciones acusatorias son -en verdad- argumentos tendientes a demostrar la concurrencia del elemento contextual (*political requirement*) que es un elemento del tipo objetivo de los crímenes de lesa humanidad.

1.3.c) Creo, sin embargo, que estas dificultades fueron salvadas en la presentación de los cargos formulados contra el acusado Tozzo, a saber: su participación en un contingente de las fuerzas armadas y de seguridad que privó ilegítimamente de su libertad a Roberto Horacio Yedro, a Reynaldo Amalio Zapata Soñéz, a Fernando Gustavo Piérola y a Julio Andrés Pereyra como parte de un ataque sistemático contra civiles implementada por en el marco de la política de terrorismo de Estado.

En su defensa material, el acusado opuso que no había formado parte del grupo de captores, sino que fue convocado con posterioridad para imponerse de los hechos y redactar las comunicaciones necesarias. Por su parte, el Sr. Defensor objetó la incorporación de ciertas pruebas que se invocaron en soporte de las acusaciones y, subsidiariamente, descalificó el valor convictivo de esas y otras probanzas.

Concluyo, entonces, que no ha existido una afectación de la garantía de defensa en juicio del inculpado que, con

Poder Judicial de la Nación

la excepción de la que se dará cuenta en el apartado siguiente, fue informado en forma suficiente de los cargos que contra él se formularon, en cuya función los refutó de manera consistente más allá de la atendibilidad de sus argumentos exculpatorios.

Propicio, en consecuencia, que el planteo de nulidad hasta aquí analizado, sea desestimado, eximiendo de costas al postulante quien tuvo las razones plausibles para agitarlo antes explicitadas (artículo 531 del Código Procesal Penal).

II) Afectación del principio de congruencia.

II.2.a) Aunque la cuestión que se abordará seguidamente no ha sido planteada por la Defensa, es deber de este Tribunal analizar si han existido infracciones a las normas procesales que conciernen a la intervención y asistencia del acusado, y de declarar la nulidad de los actos procesales que presenten ese déficit cuando afecten garantías constitucionales del acusado (artículos 167, inciso 3°, y 168 -segundo párrafo- de la ordenanza procesal penal).

II.2.b) El artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza: "3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección".

En sentido análogo, el artículo 8.2 de la Conven-

ción Americana sobre Derechos Humanos reconoce: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa".

Estas garantías convencionales se encuentran reglamentadas por los artículos 298, 197 y 295 del ordenamiento procesal penal. En su primer párrafo, el artículo 298 prescribe: "Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad". El artículo 197 -en su párrafo final- establece: "El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294 bajo pena de nulidad de los mismos". Finalmente, el artículo 295 prescribe: "A la declaración del imputado sólo podrán asistir su defensor, y el Ministerio Fiscal. El imputado será informado de este derecho antes de comenzar con su declaración".

II.2.c) En virtud de la resolución de fs. 2.331, del 14 de Julio de 2003, se citó a prestar indagatoria -entre otros- a Norberto Raúl Tozzo "por la supuesta comisión de los delitos de Homicidio Agravado por Alevosía y por el Número de Partícipes y Desaparición Forzada de Personas".

Por razones que se conocen, el causante se fugó y permaneció en tal condición hasta el 17 de Septiembre de 2008,

cuando el Ministro Eros Grau -del Supremo Tribunal Federal de Brasil- dispuso su prisión preventiva con fines de extradición en los términos consignados en la Nota Verbal N° 46/2008 de la Embajada de la República Argentina: "delitos de Homicidio Agravado por Alevosía y por el Número de Partícipes y Desaparición Forzada de Personas en concurso real, previstos y sancionados por los artículos 80, incisos 2° y 6°, 141, **142, inciso 5°**, y 55 todos del Código Penal Argentino" (apartado 2° del Relatorio del Acuerdo de Extradición).

II.2.d) El artículo 63 de la Ley 24.767 ⁽¹⁾ -de Cooperación Internacional en Materia Penal establece: "Para solicitar la extradición de un imputado, el juez de la causa deberá librar una orden de detención que contenga la relación precisa de los hechos, la calificación legal que correspondiere y los motivos por los que se sospecha que la persona requerida habría tomado parte en el delito".

En sentido concordante, el artículo 80 del Estatuto do Estrangeiro ⁽²⁾, exige: "Ese documento o cualquier otro que se adjunte al pedido contendrá indicaciones precisas sobre el lugar, fecha, naturaleza y circunstancias del hecho delictuoso, la identidad del extraditando, y, además, copia de los textos legales sobre el delito, la pena y su prescripción" (*Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterà indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição*).

¹. Boletín Oficial N° 28.565, publicado el 16 de Enero de 1997.

². Ley 6.815, publicada en el Diario Oficial da União del 21 de Agosto de 1980.

El artículo 18.4.IV) del Acuerdo de Extradición celebrado en Río de Janeiro el 10 de Diciembre de 1998 entre los países integrantes del Mercosur ⁽³⁾ que -como se explicará era el que regía el proceso de extradición- establece: Solicitud: (...) En las hipótesis señaladas en los párrafos 2 y 3, también deberán acompañarse a la solicitud: I) una descripción de los hechos por los cuales se solicita la extradición, debiéndose indicar el lugar y fecha en que ocurrieron, su calificación legal y la referencia, a las disposiciones legales aplicables". El antiguo Tratado de Extradición entre Argentina y Brasil ⁽⁴⁾, de 1961, indicaba respecto a la orden de prisión o auto de procesamiento "Dichos documentos deberán contener la indicación precisa del hecho inculcado, del lugar y fecha en que el mismo fue cometido e ir acompañados de una copia de los textos de ley aplicables al particular, así como de datos o antecedentes necesarios para la comprobación de la identidad del individuo reclamado" (artículo IV, párrafo 1).

En el Auto Interlocutorio del 26 de Septiembre de 2008 (fs. 5.998/6.001, apartado 3.c), en relación a los hechos que aquí se juzgaron, se hace referencia al traslado de detenidos en la

³. La República Federativa de Brasil aprobó este Acuerdo en virtud del Decreto Legislativo N° 35/02 (Diario Oficial da União del 12 de Abril de 2002), señalándose en el artículo 2° de la disposición: "Este Decreto Legislativo entra en vigor en la fecha de su publicación" (*Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação*).

⁴. Argentina lo aprobó en virtud de la ley *de facto* 17.272 (Boletín Oficial N° 21.189, publicado el 16 de Mayo de 1967). Brasil hizo lo propio por el Decreto Legislativo 85/64, promulgado por el Decreto N° 62.979, del 11 de Julio de 1968.

madrugada del 13 de Diciembre de 1976, a la ejecución de la mayoría y se señala: "Asimismo cuatro personas que integraban ese traslado FERNANDO GABRIEL PIÉROLA, JULIO ANDRÉS PEREYRA, ROBERTO HORACIO YEDRO y REYNALDO AMALIO ZAPATA SOÑEZ ⁽⁵⁾, nunca fueron habidos por lo que también se le atribuye al encartado Tozzo la desaparición forzada de los mismos". En el apartado 3.a) de la resolución los hechos imputados a Tozzo habían sido calificados como homicidio agravado por alevosía y por el número de partícipes y desaparición forzada de personas, en concurso real previsto y sancionado por los artículos 80, incisos 2° y 6°, 141, **142, inciso 5°**, y 55 todos del Código Penal, en calidad de autor.

II.2.e) Con ciertos tropiezos, que constan en el relatorio del Acuerdo de Extradición, el proceso judicial prosiguió. Al tratar la cuestión de fondo, el Tribunal consideró que -conforme a las disposiciones penales brasileras- la pretensión punitiva por los delitos de homicidio calificado se encontraba prescripta. En relación a los delitos de privación ilegítima de la libertad, fueron encuadrados como supuestos de secuestro calificado, cuya naturaleza permanente determinaba que no hubiese comenzado a transcurrir el plazo de prescripción de la acción penal, encontrándose así reunidos los requisitos de doble tipicidad y de doble punibilidad.

En síntesis, la extradición fue parcialmente con-

⁵. En la relación del proceso extraditorio, preparada por la Ministra Carmen Lúcia, se transcribe la resolución del Juzgado Federal de Resistencia del 26 de Septiembre de 2008 (fs. 5.998/6.001), en la que se señala que fueron abatidos (*foram abatidos*), entre otros REYNALDO AMALIO ZAPATA (ver apartado 10 del Relatorio, y traducción a fs. 7.309).

cedida por los crímenes de desaparición forzada de personas, por la desaparición o secuestro de Fernando Gabriel Piérola, Julio Andrés Pereyra, Roberto Horacio Yedro y Reynaldo Amalio Zapata Soñez (punto resolutivo 11° del Acuerdo).

El artículo 148 del Código Penal Brasileiro tipifica la conducta de "Privar a alguien de su libertad, mediante secuestro o en cárcel privada"; el § 1 incrementa la pena para la figura básica: "III. si la privación de la libertad dura más de quince (15) días". Con este alcance se hizo lugar al requerimiento extraditorio (ver apartado 7° del Acuerdo: "*fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, en Brasil, al crimen de sequestro qualificado, previsto en el art. 148, § 1, inc. III del Código Penal*" (el hecho delictuoso imputado al extraditando correspondiente, en Brasil, al crimen de secuestro calificado, previsto en el artículo 148, § 1, inciso III del Código Penal).

II.2.f) El 24 de Octubre de 2011, el inculpado Norberto Raúl Tozzo -asistido por el Sr. Defensor Oficial Dr. Gonzalo Javier Molina- accedió a formular su descargo (fs. 7.762/7.768). Antes de que comenzara su exposición, el Sr. Juez Federal le informó: "(...) provisoriamente se encuentra incurso en los delitos de Privación ilegítima de la Libertad (Agravada) -desaparición forzada de personas- previstos y reprimidos por los arts. 141°, **142° inc. 5°** del Código Penal Argentino, en concordancia con lo normado por el artículo 148, segundo apartado del Código Penal Brasileño -Decreto Ley 2848- (Crimen de secuestro Calificado), en Cuatro (4) hechos en Concurso Real entre sí (art. 55 del C.P.A.) respecto de los ciudadanos Julio Andrés Pereyra, Roberto Yedro, Facundo Gabriel Piérola y Reynaldo Amalio

Poder Judicial de la Nación

Zapata Soñez, en calidad de Autor".

Recibida esta declaración y sus ampliaciones (fs. 7.770/7.777; 7.787/7.792; 7794; 7.797/7.800; 7.806/7.809 y 7.810/7.897), el Sr. Juez Federal -mediante el auto interlocutorio fechado el 17 de Febrero de 2012, obrante a fs. 7.938/7.999- el Sr. Juez Federal resolvió "Dictar auto de Procesamiento (art. 306° del C.P.P.N.) con prisión preventiva respecto de Norberto Raúl Tozzo, (...) por hallarlo "prima facie" responsable del delito de Privación Ilegítima de la Libertad (agravada) -desaparición forzada de personas- previsto y reprimido por los arts. 141°, **142° inc. 5° del Código Penal Argentino**, en concordancia con lo normado por el art. 148, segundo apartado del Código Penal Brasileño -Decreto Ley 2.848- Crimen de secuestro calificado, en Cuatro (04) Hechos en Concurso Real entre sí (art. 55 del C.P.) respecto de los ciudadanos: Julio Andrés Pereyra, Roberto Yedro, Facundo Gabriel Piérola y Reynaldo Amalio Zapata Soñez, en Calidad de Autor" ⁽⁶⁾.

La resolución parcialmente transcripta no fue recurrida por las partes legitimadas para ello.

II.2.g) Al formular el requerimiento de elevación a juicio (fs. 8.233/8.308), en el § V. "Autoría y Calificación Legal", el representante del Ministerio Público Fiscal -Dr. Patricio Nicolás Sabadini- precisó: "Entiendo que Norberto Raúl TOZZO, debe ser requerido por el delito de Privación ilegítima de la libertad agravada en razón del tiempo, previsto y penado por el 141 y **142 inc. 5 del CP**, en cali-

⁶. Ver apartado "**VI - SITUACIÓN PROCESAL DE NORBERTO RAÚL TOZZO**", donde se describen los hechos por los que fue indagado.

dad de coautor, cuatro hechos en concurso real (art 55 del CP) por la desaparición forzada de Julio A. Pereyra, Roberto Yedro, Reinaldo A. Zapata Soñez y Fernando Piérola" (fs. 8308 vta).

Sin embargo, al clausurar el alegato acusatorio de esa parte, postuló que el procesado fuera condenado como coautor penalmente responsable del delito de privación ilegítima de la libertad agravada, en virtud del **artículo 142, incisos 1° y 5°**, en función del artículo 141, por cuatro hechos en concurso real (cfr. acta de debate).

II.2.h) Al producir su requerimiento de elevación a juicio (fs. 8.169/8.228), la parte querellante Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia del Chaco, en relación al tema que tratamos, subsumió legalmente la conducta atribuida a Tozzo de la siguiente manera: "Privación ilegítima de la libertad agravada -Desaparición forzada de Personas- previsto y reprimido por los arts. 141°, **142° inc. 5° del Código Penal Argentino**, en concordancia con lo normado por el arto 148, segundo apartado del Código Penal Brasileño -Decreto Ley 2.848- Crimen de secuestro calificado, en cuatro (04 hechos) en Concurso Real entre sí (art. 55 del CP) respecto de los ciudadanos: Julio Andrés Pereyra, Roberto Yedro, Facundo Gabriel Piérola y Reynaldo Amalio Zapata Soñez, en calidad de autor" (cfr. apartado "Calificación Legal", fs. 8225 vta.).

Mientras tanto en la etapa de los alegatos, el Dr. Duilio Ramírez -representando a la querellante- sostuvo que la calificación legal que le corresponde al imputado es de: Privación ilegítima de la libertad agravada, previsto por los artículos 141 y **142 incisos 1° y 5° del Código Penal Argentino** en concordancia con lo nor-

Poder Judicial de la Nación

mado con el art. 148 del Código Penal Brasileiro denominado "crimen de secuestro calificado", en cuatro hechos en concurso real entre sí, respecto de los ciudadanos Reinaldo Amalio Zapata Soñez, Fernando Gabriel Piérola, Roberto Horacio Yedro y Julio Andrés Pereyra, todos en calidad de autor.

II.2.i) La querellante Liga Argentina de los Derechos del Hombre al formular el requerimiento de elevación a juicio (fs. 8.115/8.161), apartado VI. "Imputación", expuso: "Por todo lo expuesto se le imputa al encartado Norberto Raúl Tozzo, el carácter de coautor penalmente responsable, el delito de privación ilegal de la libertad agravada (4 hechos), arts. 141 y **142 inc. 5°** en 4 oportunidades (Yedro, Zapata Soñez, Pereira y Piérola) que concurren materialmente entre sí (art. 55 CP)" (fs. 8.160 vta).

Al formular el alegato acusatorio, la Dra. Guerrieri sostuvo: lo que sucedió en el Estado terrorista de Argentina ha sido claramente un **genocidio**, conductas que son tipificadas claramente en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, más precisamente en su artículo II.

A su turno, el Dr. Dinani -representante legal de la misma parte- consideró que: las conductas desplegadas por el encartado Tozzo son encuadrables en las previsiones del **artículo 142 agravadas por los incisos 1° y 5° del Código Penal**, añadiendo que correspondía aplicar las reglas del concurso real, artículo 55 del Código Penal.

II.2.j) La querella unificada de la Secretaría de

Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos de la Nación, del Centro de Estudios Legales y Sociales y familiares de las víctimas, requirió la elevación a juicio de la causa (fs. 8.021/8.114), en el apartado "Calificación legal", subsumió la conducta atribuida a Norberto Raúl Tozzo en los tipos penales de "Privación ilegítima de la libertad (Agravada) -Desaparición forzada de personas- previsto y reprimido por los arts. 141°, **142° Inc. 5° del Código Penal Argentino**, en concordancia con lo normado por el artículo 148, segundo apartado del Código Penal Brasileño -Decreto Ley 2.848- crimen de secuestro calificado, en cuatro (04) hechos en concurso real entre sí (art. 55 del CP) respecto de los ciudadanos: Julio Andrés Pereyra, Roberto Yedro, Facundo Gabriel Piérola (*sic*) y Reynaldo Amalio Zapata Soñéz, en calidad de autor" (fs. 8.109 vta./8.110).

Al formular su alegato acusatorio, el Dr. Mario Bosch -representante de las partes querellantes mencionadas- al formular el pedido de pena expresó -aproximadamente- que la privación ilegítima de la libertad del artículo 141, agravado por el **artículo 142 incisos 1° y 5°**, era un tipo penal insuficiente para captar la dimensión del injusto, a la desaparición forzada de personas, en concurso real y en carácter de coautor.

II.2.k) La extenuante relación precedente, por la que me disculpo, reconociendo que los destacados en negrillas no corresponden a las piezas procesales originales, pretende demostrar que la agravante derivada del medio comisivo empleado para consumir las privaciones ilegítimas de la libertad: *el empleo de violencia o amenazas* (**artículo 142, inciso 1°, del Código Penal**), recién le fue atribuida

Poder Judicial de la Nación

al encausado en la etapa final de la audiencia de debate, impidiéndole a él y a su Defensor la refutación del cargo. Ello implica la afectación de la garantía constitucional a la "comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada", de la persona acusada de un delito "a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella".

De la lectura de la totalidad de los actos procesales de imputación y -particularmente- de los requerimientos de elevación a juicio no resulta posible advertir que se hayan expuesto -siquiera en forma sumaria- los datos fácticos descriptos por la agravante, que fue tardíamente introducida por los acusadores, al tiempo de formular sus respectivos alegatos. A tal punto ello es así, que no se informó al acusado si las privaciones ilegítimas de la libertad fueron perpetradas con el uso de violencia o el empleo de amenazas o con la concurrencia de ambos medios que incrementan la lesividad de las conductas.

En la causa "**Farías**" ⁽⁷⁾, la Corte Suprema señaló: "Que estos obrados revelan sin lugar a dudas que, tanto la acusación de fs. 320 como lo actuado en su consecuencia respecto de Don E.R. Usín (defensa de fs. 364) y sentencia de fs. 425/433, contemplaron únicamente su conducta tendiente a impedir la entrega de la documentación mencionada a la Dirección General Impositiva, pero no aquélla mediante la cual habría después pretendido acallar la posible

⁷. CSJN, 27 de Mayo de 1960: "**Farías, Remigio y otros s/cohecho**", Fallos 246:361 (considerandos 3° y 4°).

denuncia al Jefe y empleados de la estación". "Que la señalada inobservancia, en el *sub iudice*, de las formas sustanciales del juicio comporta violación de la garantía de la defensa, protegida en el art. 18 de la Constitución Nacional. Porque, en efecto, como tiene establecido esta Corte, esa garantía requiere indispensablemente -y en cualquier clase de juicios- que se oiga al acusado y, además, que se le dé alguna oportunidad para producir la prueba de descargo de la que quiera valerse. No se compadece, entonces, con el acatamiento del precepto constitucional así interpretado, la sentencia ... que decide la condena de Usín por cohecho sobre la base de la tardía imputación de fs. 457, sin audiencia en tiempo oportuno de la defensa y sin haber brindado a ésta ocasión para ofrecer y producir la prueba".

"Corresponde dejar sin efecto la sentencia de la Cámara que condenó por el delito de robo con armas, fundada en que durante la comisión del hecho se produjo el apoderamiento de la pistola que portaba la víctima, siendo que ni en la indagatoria, ni en la acusación, ni en la sentencia de primera instancia, se le atribuyó haber robado con armas por el empleo de la pistola cuyo apoderamiento fue uno de los objetos del robo, impidiéndose de ese modo la defensa material y técnica" ⁽⁸⁾.

En el voto concurrente de los Ministros Fayt y Vázquez en el fallo de la causa "**Fariña Duarte**" ⁽⁹⁾, se precisó: "la concurrencia de una acusación así definida, contenida en el requerimien-

⁸. CSJN, 23 de Abril de 1991: "**Zurita, Hugo Gabriel s/ infracción al art. 166, inc. 2º, del Código Penal**", Fallos 314:333 (abstract).

⁹. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de Julio de 2004: "**Fariña Duarte y otros**", Fallos 327:2790.

Poder Judicial de la Nación

to de elevación a juicio, es indispensable para garantizar el debido proceso legal. Por el contrario, los informes finales *-Plädoyer-* sólo tienen por misión permitir a las partes una valoración del contenido del debate como facultad otorgada a aquéllas para influir sobre la voluntad del juzgador, quien conserva el poder de decisión sobre la procedencia o improcedencia de la acusación contenida en aquel requerimiento. Es por ello, que en tanto único objeto alrededor de la cual se instala el debate, su correcta formulación -como imputación a una persona determinada de un hecho delictivo concreto y singular- resulta aun más exigible para garantizar la inviolabilidad de la defensa".

El Ministro Zaffaroni, en su voto concurrente en el fallo de la causa "**Quiroga**" ⁽¹⁰⁾, explicó: "la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar".

"La finalidad del proceso o su función institucional es la aplicación del derecho al caso concreto, para lo cual habrá necesidad desde luego de verificar (enjuiciar o establecer) correctamente los hechos jurídicamente relevantes y desde allí formular un juicio jurídico acertado del que se desprenderán las consecuencias jurídicas correspondientes. Son fundamentales entonces la correcta aplicación de la norma y el acertado establecimiento de hechos. No basta a nuestro juicio con poner el acento de forma casi exclusiva en

¹⁰. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de Diciembre de 2004: "**Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302**", Fallos 327:5863 (considerando 14).

que el proceso sea un instrumento para que la jurisdicción haga aplicación del Derecho objetivo al caso concreto, sin advertir en ello lo importante que es apuntar un presupuesto fundamental, cual es que dicha función no es posible si no se dota a la jurisdicción de los mecanismos adecuados para la correcta verificación o establecimiento de los hechos relevantes para el asunto de que se trate, circunstancia que en último término acaba constituyéndose en una condición necesaria para la función de aplicación" ⁽¹¹⁾.

Desde el comienzo del proceso y hasta la formulación de los alegatos acusatorios, los elementos fácticos descritos por la agravante prevista por el **artículo 142, inciso 1°, del Código Penal**, no integraron la plataforma acusatoria, por lo que su tardía integración -en la etapa de alegatos- afecta las garantías constitucionales reconocidas por los artículos 8.2.b) y c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La omisión no reside únicamente en el señalamiento de la disposición legal que describe la circunstancia agravante, cuya importancia tampoco puede soslayarse (artículo 347, párrafo final, del Código Procesal Penal) ⁽¹²⁾, sino -también- en la indicación lo

¹¹. **Del Río Ferretti**: "Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 34, Valparaíso, 2010, pp. 349/383.

¹². El requerimiento de elevación a juicio deberá contener, bajo pena de nulidad, los datos personales del imputado; **una relación clara, precisa y circuns-**

Poder Judicial de la Nación

suficientemente detallada de los hechos que debían ser considerados como constitutivos de "violencia" o como "amenazas" y de su vinculación instrumental con las privaciones ilegítimas de la libertad, que no siendo inherentes a la conducta básica, han sido relevados por el legislador como una modalidad agravada, esto es: como un plus de lesividad respecto a la figura básica.

Tal como surge del acta que documenta la audiencia de debate, las partes acusadoras tampoco requirieron la ampliación de la acusación como lo autoriza el artículo 381 del digesto procesal, cuyo párrafo primero establece: "Si de las declaraciones del imputado o del debate surgieren hechos que integren el delito continuado atribuido, o circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de remisión, pero vinculadas al delito que las motiva, el fiscal podrá ampliar la acusación".

Debe resultar evidente que la disposición transcrita -parcialmente- está llamada a cumplir alguna función cual es la de posibilitar que el acusado tenga la posibilidad de refutar la concurrencia de la circunstancia agravante no contenida en el requerimiento fiscal. Es por ello, que los párrafos siguientes de la misma norma prescriben: "En tal caso, **bajo pena de nulidad**, el presidente le explicará al imputado los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen, conforme a lo dispuesto en los artículos 298 y 299, e informará a su defensor que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. Cuando este derecho

tanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda.

sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa. El nuevo hecho que integre el delito o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y en el juicio".

La doctrina ha precisado: "El hecho imputado o la calificación jurídica del mismo no tienen por qué mantenerse de modo inalterable dentro del proceso. Es posible que se produzcan variaciones dentro de la instrucción o dentro del juicio, situación que es perfectamente lícita. Sin embargo, ello no quiere decir que la modificación del hecho pueda producirse de manera arbitraria y caprichosa. Por ello, se afirma que por razones de seguridad jurídica las variaciones deben tener un límite. (...) El derecho a ser informado de la acusación no solo se relaciona con la existencia de la acusación inicial en la que se formulan cargos. Se reconoce también la posibilidad de imputar nuevos hechos, conectados o no con la primera imputación, siempre, claro está, que se cumpla con la obligación de informar de la imputación" ⁽¹³⁾.

La trascendencia del vicio señalado, es que la inclusión de la circunstancia agravante por el medio comisivo empleado duplica el mínimo y el máximo de la escala penal con que se en-

¹³. **Castillo Alva:** "El derecho a ser informado de la imputación" (apartado IX.4: *El derecho a ser informado de cualquier cambio y/o mutación que sufra el contenido de la acusación*, Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Perú) - Anuario de Derecho Penal 2008, pp. 189/222.

Poder Judicial de la Nación

cuentra conminada la figura básica ⁽¹⁴⁾.

Considero, entonces, que deben anularse parcialmente los alegatos acusatorios del Ministerio Público Fiscal y de las partes querellantes en el tramo que atribuyen al inculpado Tozzo la comisión de las privaciones ilegítimas de la libertad que se le atribuyen, **con el empleo de violencia o amenazas** (artículo 142, inciso 1°, del Código Penal), porque la agravante no integró la acusación por la que fue traído a juicio.

II.2.j) La sanción procesal debe hacerse extensiva al encuadramiento jurídico propuesto en el alegato acusatorio de la Liga Argentina de los Derechos del Hombre en el tipo objetivo del crimen de genocidio. Al respecto debe aclararse que aunque esa calificación jurídica había sido formulada por el Dr. Dinani en el requerimiento de elevación a juicio, lo cierto es que no se han incorporado los datos fácticos contemplados en el tipo objetivo previsto en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, particularmente la finalidad ultratípica de "destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal" perpetrando las acciones incluidas como *numerus clausus* en el mismo artículo.

En tal orden de ideas, es justo tener presente que -originalmente- la Resolución 95 (I), del 11 de Diciembre de 1946, incluía "la comisión del crimen (de genocidio) sobre bases religiosas, raciales, políticas o de otra naturaleza" (*whether the crime is committed*

¹⁴. Ley 20.642, modificada por la ley *de facto* 21.338, a su vez derogada -parcialmente- por la Ley 23.077.

on religious, racial, political or any other grounds), sin embargo en el proceso de positivización que concluyó con la sanción de la Convención específica, se suprimió *-por razones innobles*, que no vale la pena comentar- el elemento normativo "base política".

Sin embargo, cierta corriente doctrinaria, propugna la denominada denominada "concepción social del genocidio"⁽¹⁵⁾, según la cual la homogeneidad de las convicciones políticas de las víctimas puede llevar a considerarlas como un "grupo nacional" diferenciado. Ahora bien, tal concepción -para integrar la acusación previa y detallada- debió integrar la plataforma fáctica de la acusación, pues la concurrencia del señalado elemento normativo del tipo requiere -al menos- su demostración discursiva, ausente en el requerimiento de elevación a juicio y en el buen alegato acusatorio, en el tramo expuesto por la Dra. Guerreri.

II.2.I) En razón de que las sanciones de nulidad han sido dispuestas de oficio por este Tribunal, no corresponde pronunciarse sobre la imposición de las costas (artículo 530 del Código Procesal Penal *a contrario sensu*).

III) Exclusión de las declaraciones prestadas en la jurisdicción militar.

¹⁵. Entre otros, **Fernández Pacheco-Estrada**: "La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso de la represión en Argentina", publicado en Jueces para la Democracia N° 67, Noviembre de 2008, pp. 101/117. Ver también el voto en disidencia del Juez Giménez García en la Sentencia N° 798/2007, del 1° de Octubre de 2007, dictada por el Tribunal Supremo Español en la causa "**Adolfo Francisco Scilingo Manzorro**".

Poder Judicial de la Nación

III.1) El tenaz Defensor Oficial ⁽¹⁶⁾, protestó la incorporación al acervo probatorio de las declaraciones prestadas por quienes luego resultaron imputados por los ilícitos ocurridos en la Masacre de Margarita Belén, puntualizando los vicios que las afectaban y que determinaban su invalidez por afectar las garantías constitucionales de los declarantes, citando en apoyo de su tesis lo resuelto por la Corte Suprema en el fallo de la causa "**López**" ⁽¹⁷⁾ y la consecuente abrogación del Código de Justicia Militar en virtud de la Ley 26.394 ⁽¹⁸⁾. Invocó, en consecuencia, la regla de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas, aportando los argumentos tradicionales en la materia.

III.2) En réplica a este planteo, las partes acusadoras expusieron que la cuestión había sido saldada a favor de la validez de la admisión como pruebas de las declaraciones cuestionadas en las apelaciones resueltas en la causa principal, citando el precedente

¹⁶. "Parece obvio decirlo, pero quien *"defiende"* en una causa penal defiende siempre contra el Estado, y si ello beneficia al cliente en el ámbito nacional, es de esperar que el beneficio se logre también en la jurisdicción internacional. Al respecto, por lo tanto, sólo me queda formular fervientes votos para que suceda más a menudo esto de que los defensores oficiales se tomen su función tan en serio" (voto en disidencia del Ministro Petracchi, en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 12 de Septiembre de 2002: "**Ministerio de Relaciones Exteriores**", La Ley 2003-A:222.

¹⁷. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de Marzo de 2007: "**López, Ramón Ángel s/recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar**", Fallos 330:339.

¹⁸. Boletín Oficial N° 31.478, publicado el 29 de Agosto de 2008.

del fallo de la Corte Suprema en la causa "**Agüero Corvalán**" ⁽¹⁹⁾. Destaco la refutación expuesta por el Fiscal Amad quien extrapolando la reglamentación del antiguo Código de Procedimientos en Materia Penal ("Código Obarrios") concluyó que la antiguamente denominada "declaración informativa" no era lesiva de las garantías constitucionales del imputado no procesado, consideración que era aplicable a las declaraciones prestadas a tenor del 235, segundo párrafo, del Código de Justicia Militar.

III.3.a) Debo comenzar señalando que el *dictum* del fallo en la causa "**López**" no es linealmente aplicable al caso pues como se advierte en su texto el reparo constitucional era diferente: "Que en el remedio federal los defensores cuestionan, en lo fundamental, la constitucionalidad del juzgamiento de militares al menos en tiempo de paz por tribunales castrenses (art. 18 C.J.M.), por considerar que no satisfacen los requisitos de la defensa en juicio ni de un "tribunal independiente" que derivan de los arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.1 y 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (considerando 2°).

III.3.b) Resulta evidente que tampoco es enteramente aplicable al caso la doctrina del fallo "**Agüero Corvalán**" pues la convalidación de las declaraciones indagatorias prestadas ante la justicia militar, tácitamente importaba la aceptación del sistema de enjuiciamiento anulado por la Corte Suprema en el fallo "**López**", como lo demuestra el hecho de que las actuaciones fueran devueltas

¹⁹. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 9 de Noviembre de 1989: "**Agüero Corvalán, Jorge Ramón y otros**", Fallos 312:2146.

Poder Judicial de la Nación

para que se dicte un nuevo fallo, con arreglo a las disposiciones del Código de Justicia Militar.

III.3.c) Asumo, entonces, que es necesario acudir al concepto epistemológico de "paradigmas" definibles como "realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica" ⁽²⁰⁾.

Los modelos de gestión del conflicto penal inquisitivo y acusatorio no representan -solamente- una tecnología de habilitación del ejercicio del poder punitivo, sino que les subyacen ideologías políticas diferentes. No son, como no lo es ninguna verdad con pretensión científica, neutrales.

El sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal estaba basado en una concepción autoritaria del ejercicio de ese poder y -en consecuencia- uno de sus recursos teóricos legitimantes era la idea de que resultaba posible en un proceso penal acceder a una "verdad real o histórica" (lo que es imposible en el marco de una epistemología garantista, que sólo es compatible con una "verdad procesal", mediada por las pruebas ⁽²¹⁾) y, a tal fin, deparaba al Juez de Ins-

²⁰. **Kuhn**: "La estructura de las revoluciones científicas", p. 12

²¹. La referencia remite -obviamente- a la monumental obra de **Ferrajoli**: Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Parte I: *Epistemología. La razón en el derecho penal*. Explica **Biagioni de Lima**: "Como analisado, a verdade em si parece ser um caminho impossível de se chegar, não há que se ter a ambição de reconstituir o passado tal qual o foi. O que se deve deslumbrar são constatações acerca dos acontecimentos, aquilo que foi trazido ao processo como prova", Uma leitura epistemológica do processo penal garantista ("O mito da verdade real"), publicado en la Revista Eletrônica da

trucción exorbitantes facultades.

En lo personal, considero que nuestro actual sistema de enjuiciamiento penal, en el nivel de su reglamentación infraconstitucional no ha cambiado demasiado. La sola oralidad y publicidad de los juicios son apenas retoques estéticos que no han alterado su matriz inquisitiva pues no ha modificado el dato central de la "confiscación del conflicto penal" por parte del Estado y la conexas necesidad de justificar la imposición de penas.

La jerarquización constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos -en cambio- ha implicado un cambio de paradigma del proceso penal y proporciona las herramientas teóricas para el examen de la validez constitucional de las declaraciones impugnadas por la Defensa, porque es en el presente cuando se objeta su incorporación al plexo probatorio.

La Corte Suprema ha considerado: "hallándose en juego la interpretación de normas procesales, es aplicable el principio con arreglo al cual ello debe hacerse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan las leyes en cuestión, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso" ⁽²²⁾.

Entonces, "no debe confundirse el respeto a los

Facultade de Direito da Franca, Volumen 6, N° 1, año 2012. **Taruffo:** *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, Discusiones Año 2003, N° 3, pp. 15/41.

²². Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de Octubre de 2007: "**Cabezas, Daniel Vicente y otros s/denuncia —Las Palomitas— Cabeza de Buey**", Fallos 330:4454 (considerando 5°).

Poder Judicial de la Nación

recaudos que tienden a asegurar la protección del ejercicio de una garantía constitucional con la incolumidad de la garantía misma, pues suponer que una hipotética omisión formal -que en el caso no ha afectado la libre determinación del imputado a declarar- pudiera causar la nulidad del acto, implicaría convertir a los medios tendientes a proteger el ejercicio de aquella garantía en una garantía en sí misma, con olvido del carácter meramente instrumental que tales medios revisten" ⁽²³⁾.

Para explicarlo con un ejemplo, si -en el futuro- la reglamentación procesal penal se modificara estableciendo como obligatoria la asistencia del defensor a los actos procesales de la etapa preparatoria "que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles", que -actualmente- es facultativa (artículo 200 del Código Procesal Penal), la eventual inasistencia del defensor no determinaría -por sí misma- la nulidad de aquéllos, salvo que se acredite que, en razón de la naturaleza de aquella ausencia, se han afectado las garantías procesales del inculpado.

Lo esencial es, en consecuencia, examinar si las "declaraciones informativas" de los imputados no procesados se recibieron en condiciones tales que resguardaran -con otros recaudos- la inviolabilidad de su defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional).

III.4.a) Contra lo afirmado por el postulante, el proceso penal fue iniciado en virtud del requerimiento de instrucción

²³. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de Junio de 2002: "**Bianchi, Guillermo Oscar s/Defraudación**", Fallos 325:1404 (considerando 10°).

formulado por la Sra. Agente Fiscal -Dra. Alcira Lilian Vanegas- el 2 de Enero de 1984 (fs. 19/24), en la que luego de una sumaria relación de los hechos presuntamente delictivos, en la extensión conocida hasta ese momento, expuso: "El personal que habría intervenido, del Grupo de Artillería 7, habrían sido oficiales ejecutores: capitán BIANCHI, capitán RAMPULLA, teniente primero MARTÍNEZ SEGÓN, subteniente SIMONI; del Destacamento de Inteligencia 124, habrían participado los capitanes **TOSO**, CARNERO, BETOLI, ROMERO PAVÓN y los auxiliares civiles de inteligencia habrían sido un tal VALUSSI y Edardo Eugenio VICENTE". Entre las medidas probatorias solicitadas, requirió que se recibieran sendas declaraciones explicativas no juradas de los nombrados (Apartado IV.10).

Aunque la causa quedó radicada en la justicia castrense con fundamento en las reglas de competencia entonces vigentes, básicamente el artículo 109 del Código de Justicia Militar, modificado por la ley *de facto* 22.971 ⁽²⁴⁾. Ciertamente, la Ley 23.049 ⁽²⁵⁾, acotó la competencia de los tribunales militares a "los delitos y faltas esencialmente militares", pero "respecto de los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley" (artículo 1°).

En consecuencia, no se violó la regla *ne procedat iudex ex officio*. Debe hacerse notar -por otra parte- que el propio Código de Justicia Militar establecía en su artículo 146: "En los juicios militares se procede, únicamente, por acusación del fiscal (...)", fun-

²⁴. Boletín Oficial N° 25.300, del 15 de Noviembre de 1983.

²⁵. Boletín Oficial N° 25.365, del 15 de Febrero de 1984.

ción que se concatenaba con las atribuidas al Fiscal General en el plenario, según lo previsto por el artículo 53, inciso 1°, del mismo Código: "Intervenir como acusador en todas las causas de competencia originaria del Consejo Supremo". Vale decir que la función del órgano requirente es análoga a la que el actual ordenamiento procesal penal establece: separada de la del juzgador. Aclaro que esta consideración es benevolente: en el actual sistema de enjuiciamiento penal, al menos en la etapa instructoria, tal distinción no es tan nítida (ver artículos 194 y 199 del Código Procesal Penal). Si a ello añadimos que, pese a lo dispuesto por los artículos 109 y 120 de la Constitución Nacional, la instrucción puede ser iniciada en virtud de "una prevención o información policial" (artículo 195 -primer párrafo- de la reglamentación procesal), advertiremos que la calidad procesal de nuestro actual sistema está por debajo de los estándares convencionales.

III.4.b) Con respecto a la *calidad del título* del Juez de Instrucción, la Corte Suprema, en su actual integración, trató el tema en el precedente "**Rosza**" ⁽²⁶⁾, si bien consideró inconstitucional el régimen de subrogancias establecido por la Resolución 76/04 del Consejo Magistratura, al mismo tiempo, declaró "la validez de las actuaciones cumplidas por quien se desempeñó como magistrado al amparo del régimen declarado inconstitucional". Como se explica en el considerando 20°: "Que lo expuesto no implica en modo alguno

²⁶. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de Mayo de 2007: "**Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso de casación**", Fallos 330:2361. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de Mayo de 2007: "**Cherquis, Ernesto s/recursos de casación e inconstitucionalidad**", Fallos 330:2414.

cuestionar el funcionamiento y eficacia de las actuaciones que se hubieren iniciado o se hallaren aún en trámite bajo el sistema de subrogaciones, aquí tachado de inconstitucional. Elementales **razones de seguridad jurídica** obligan a rechazar cualquier inteligencia que admitiese la negación de las consecuencias derivadas de la aplicación del régimen de subrogaciones (...)".

Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial, las objeciones que se levantaron contra la precaria investidura del Juez de Instrucción Militar, con ser ciertas, no privan -automáticamente- de validez a los actos procesales cumplidos por el funcionario, excepto que se demuestre su nulidad por vicios intrínsecos, lo que no ha sucedido en la impugnación.

Aún en la actualidad (demostrando que el modelo autoritario de enjuiciamiento penal subsiste) funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo practican incluso "actos definitivos e irreproducibles", tales como los previstos por el artículo 184, inciso 5°, y 230 *bis* del Código Procesal Penal, encontrándose facultados a recibir declaraciones testimoniales (artículo 184, inciso 7°, del mismo Código) que pueden resultar insusceptibles de ratificación en los supuestos previstos por el artículo 391, inciso 3°, del mismo digesto.

En síntesis, las declaraciones objetadas no pueden ser invalidadas con fundamento en la insuficiencia de la habilitación de quien las recibió, sin perjuicio de que deban ser sometidas a un escrutinio más riguroso sobre su valor convictivo.

III.4.c) En similar dirección debe resolverse la objeción sustentada en la jerarquía que debía ostentar el Juez de Ins-

Poder Judicial de la Nación

trucción Militar respecto al imputado (artículo 84 del Código de Justicia Militar), en la medida que no se ha acreditado que esa circunstancia condicionara los términos de las declaraciones prestadas ante el funcionario militar.

Antes bien, el examen del tenor de las declaraciones recibidas en sede militar presenta un marcado sesgo autoexculpatorio que descarta la posibilidad de que hayan estado determinadas por relaciones de subordinación a la jerarquía castrense, a las que -incluso en su interpretación más extensa- no podría atribuírseles el sentido de una coacción.

III.4.d) La siguiente objeción alude al hecho de que los declarantes no estaban asistidos por un defensor. La cuestión puede examinarse incluso bajo los estándares vigentes.

El artículo 8.2.d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el "derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección". A su vez, el artículo 82.e) reconoce el "derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (...), si el inculcado no se defendiere por sí mismo (...)".

En sentido análogo, el artículo 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza a toda persona acusada por un delito el derecho "a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo".

La reglamentación infraconstitucional de la garantía sigue los lineamientos precedentes. El primer párrafo del artículo 104 del Código Procesal Penal establece: "El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor oficial; podrá también defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso".

Debe tenerse presente que, en la faz inicial de la investigación, los declarantes se produjeron en calidad de imputados no procesados (artículo 235 -segundo párrafo- del Código de Justicia Militar). Si lo hubiesen hecho en calidad de procesados porque había motivo bastante para sospechar que habían participado en la comisión de un delito (artículo 235 -primer párrafo del Código citado), hubieren debido designar defensor o -en caso omiso- debía serle provisto de oficio (artículo 96 del CJM), encontrándose asegurada la eficacia de su tarea con las conminaciones previstas por el artículo 100 del digesto militar ⁽²⁷⁾.

Así las cosas, la suerte del planteo de nulidad - en el aspecto analizado- estaba condicionada a la demostración de la incidencia perjudicial de la falta de asistencia del defensor sobre el contenido o la eficacia de las declaraciones, siendo que la autodefensa de un imputado está autorizada por las normas convencionales y las de jerarquía infraconstitucional.

²⁷. Al defensor que no prestare la debida asistencia a la defensa de su patrocinado o no cumpliera con los deberes de su cargo, podrá imponérsele, por los consejos respectivos, apercibimiento o arresto hasta treinta días, sin perjuicio de su remoción.

Poder Judicial de la Nación

III.4.d) Siguiendo con el análisis del discurso impugnativo, puesto que a quienes prestaron declaración sin juramento les asistían los mismo derechos que presidían declaración indagatoria, podían negarse a declarar (artículo 242 del CJM), negar su nombre y domicilio o fingirlos (artículo 247 del CJM). Tales precauciones revelan, a falta de agravios sustanciales, que no se afectaba la inviolabilidad de su defensa en juicio.

Tal como lo señaló el Defensor, los declarantes eran exhortados a que se produjeran con verdad. Efectivamente, según el Diccionario de la Lengua Española indica que la voz exhortar significa: "Incitar a alguien con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo". La semántica del verbo, remite a la voz incitar que, según el mismo Diccionario, significa "Mover o estimular a alguien para que ejecute algo", lo que reduce el contenido imperativo del término exhortar.

Pero, finalmente, lejos estaba ese estímulo de erigirse en una imprecación, en la medida en que el artículo 240 -segundo y tercer párrafo del CJM- prescribían: "Tampoco se podrá emplear con el declarante género alguno de coacción o amenazas o promesas de ninguna especie. El instructor que contraviniera estas disposiciones, será separado de la instrucción y se le impondrá arresto en buque o cuartel. La aplicación de estas sanciones a los instructores será hecha por la autoridad o jefe que los designó".

De tal modo, aún cuando alguna de las declaraciones pudiese derivar en una autoincriminación, ello no importaría -por sí mismo- una afectación de sus garantías constitucionales. El ar-

título 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza".

Sin perjuicio de ello, no parece haber sido éste el caso, pues el examen del contenido de las declaraciones prestadas en sede militar evidencia su meridiano tenor exculpatario basado -de manera sustancialmente coincidente- en la defensa opuesta contra un ataque de elementos subversivos a la columna militar que trasladaba a los prisioneros.

II.4.e) Al ejercer su defensa material, el imputado -tanto en sede instructoria, como en la audiencia de debate- expuso una versión diferente a la consignada ante la justicia militar. Debe, pues, prescindirse de esta última, no porque sea contraria a sus garantías constitucionales, sino porque el omitirla satisface -en mejor grado- la capacidad de rendimiento del ejercicio del derecho de defensa en juicio, lo que incluye -necesariamente- la facultad de retractarse o la de impugnar la autenticidad de la declaración previa, a fin de que no se erija en un vano ritual ⁽²⁸⁾. Trátese de un proceso militar o de uno común, entiendo que el señalado es un principio general sobre la cuestión. La declaración prestada en juicio por el imputado debe prevalecer sobre las de la etapa preparatoria.

Dicho sea de paso, que la audiencia de debate

²⁸. Sobre la capacidad de rendimiento de la retractación de la declaración prestada en sede instructoria, cfr. CSJN, 27 de Diciembre de 1976: "Vega Giménez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes -causa N° 660", Fallos 329:6019.

Poder Judicial de la Nación

se inicie con la declaración del acusado, antes que se reciba la totalidad de la prueba (artículos 378 y 382 de la ordenanza procesal penal) restringe sus posibilidades defensivas, tanto como la alternativa de dirigirle preguntas aclaratorias o la de hacerle notar contradicciones con declaraciones prestadas en la etapa instructoria. Son, como vengo sosteniendo, resabios del sistema inquisitivo, que goza -aún- de afianzado arraigo.

II.4.f) Se ha cuestionado que los declarantes no fueran impuestos de los cargos que pesaban contra ellos. Tal afirmación contrasta con el contenido de las declaraciones, siendo que según reza en las respectivas actas fueron interrogados con arreglo a lo dispuesto por 240, 241 y 243 del CJM, en función a los extremos previstos por el artículo 238, incisos 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 8°, del CJM, lo que hubiese sido materialmente imposible si ignoraban cuáles eran los hechos investigados.

II.4.g) Las anteriores referencias podrían representar especulaciones teóricas, excepto que se puntualice cuál fue la incidencia real de las declaraciones prestadas por los imputados, que -con claridad- se evidencia en la resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (fs. 1.345/1.422). En lo que a esta materia corresponde, fueron evaluadas en sentido favorable a los imputados, proponiéndose su sobreseimiento provisional por meritarse que los hechos no estaban bien probados (artículos 337, párrafo tercero, y 339, inciso 1°, del CJM).

Este test de eficacia de la relevancia de la defensa en juicio de los imputados, es una prueba palmaria que no sólo

no fue afectado, sino que -en principio- las declaraciones informativas fueron funcionales a aquella garantía. Dicho de otra manera, media una ostensible incongruencia entre la invocada afectación de la garantía de defensa en juicio y la resolución de mérito dictada en el sumario,

II.4.h) Considero, en razón de lo expresado, que la pretensión nulificatoria sostenida por la Defensa no puede ser acogida favorablemente. Sin embargo, creo que debe eximirse de costas a la parte quejosa teniendo en cuenta que la nueva corriente jurisprudencial y legislativa que puso en su quicio al fuero de excepción (violatorio de lo previsto por el artículo 16 constitucional), de prolongada vigencia, incluso superior a los veinte años de la recuperación de las instituciones democráticas, que excedió largamente a la ratificación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y a su posterior jerarquización constitucional, representaron razones plausibles para agitar el planteo (artículo 531 del Código Procesal Penal). En la medida en que no se incurra en un desvarío demasiado alejado de la ortodoxia abogadil, no hay ministerio que deba ejercerse con mayor energía que el de la defensa de un acusado contra quien pesa una severa imputación.

B) Sobre el objeto procesal del presente juicio.

I) Introducción.

Formalmente, el juicio que precedió al dictado de la presente sentencia, satisface -con las excepciones señaladas en punto a la imputación de la circunstancia agravante descripta por el

Poder Judicial de la Nación

artículo 142, inciso 1°, del Código Penal y a la calificación de los hechos punibles como genocidio- el requisito de congruencia entre la acusación, la defensa, las pruebas producidas en la audiencia de debate y el veredicto condenatorio.

En cambio, tal como -reiteradamente- se ha expresado en la audiencia de debate, desde el punto de vista sustancial importa un notorio desentendimiento de la realidad si consideramos que el inculpado Norberto Raúl Tozzo fue -inicialmente- imputado no sólo de las privaciones ilegales de la libertad de Fernando Gabriel Piérola, Julio Andrés Pereira, Roberto Horacio Yedro y Reynaldo Amalio Zapata Soñéz, sino también de los homicidios doblemente agravados de Patricio Blas Tierno, Mario Cuevas, Carlos Alberto Duarte, Manuel Parodi Ocampo, Luis Arturo Franzen, Néstor Carlos Sala, Luis Ángel Barco, Luis Alberto Díaz, Carlos Alberto Zamudio, Ema Beatriz Cabral y Alcides Bosch (cfr. decreto de citación a prestar indagatoria de fs. 2.331 y solicitud de extradición formulada a la República Federativa de Brasil, del 26 de Septiembre de 2008).

Sin embargo, concretada su extradición, Tozzo fue imputado, procesado y juzgado sólo por los primeros hechos que fueron calificados como privaciones ilegales de la libertad agravadas en perjuicio de las cuatro víctimas nombradas en primer término. Por lo pronto ello implica, objetivamente, una peligrosa alienación respecto a la plataforma fáctica inicialmente considerada como base de la imputación. Pero, la consecuencia más desfavorable es la situación de gravedad institucional derivada del incumplimiento de la obligación asumida por el Estado Nacional de investigar, juzgar y, si corres-

pondiere, condenar a los partícipes en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, conforme a la inalterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"La Corte ha establecido que la obligación de garantizar (artículo 1.1) comprende el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponer a los responsables las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. La obligación de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse".

"Si bien la Corte ha establecido que el deber de investigar es uno de medio, no de resultado, ello no significa, sin embargo, que la investigación pueda ser emprendida como *una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa* o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Es responsabilidad de las autoridades estatales realizar una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de

los autores de los hechos, especialmente en un caso como el presente en el cual estaban involucrados agentes estatales" ⁽²⁹⁾ ⁽³⁰⁾.

²⁹. Corte IDH, sentencia C-259, del 30 de Noviembre de 2012: "**Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia**", §§ 156 y 157; Precedentes: Corte IDH, sentencia C-4, del 29 de Julio de 1988: "**Caso Velázquez Rodríguez v. Honduras**", §§ 174 a 176; Corte IDH, sentencia C-5, del 20 de Enero de 1989, §§ 180 a 182; Corte IDH, sentencia C-6, del 15 de Marzo de 1989: "**Caso Fairén Garbí y Solís Corrales v. Honduras**", § 152; Corte IDH, sentencia C-28, del 14 de Septiembre de 1996: "**Caso El Amparo v. Venezuela - Reparaciones**", § 61; Corte IDH, sentencia C-42, del 27 de Noviembre de 1998: "**Caso Loayza Tamayo v. Perú - Reparaciones**", §§ 170 y 171; Corte IDH, sentencia C-68: "**Caso Duránd y Ugarte v. Perú**", § 130; Corte IDH, sentencia C-76: "**Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) - Reparaciones**", §§ 200 y 201; Corte IDH, sentencia C-75, del 14 de Marzo de 2001: "**Caso Barrios Altos v. Perú**", § 41; Corte IDH, sentencia C-78, del 31 de Mayo de 2001: "**Caso Cesti Hurtado v. Perú- Reparaciones**", §§ 62 a 64; Corte IDH, sentencia C-88, del 3 de Diciembre de 2001: "**Caso Cantoral Benavídez v. Perú - Reparaciones**", § 69; Corte IDH, sentencia C-90, del 6 de Diciembre de 2001: "**Caso Las Palmeras v. Colombia**", § 65; Corte IDH, sentencia C-92, del 27 de Febrero de 2002: "**Caso Trujillo Oroza v. Bolivia - Reparaciones**", §§ 100 y 101; Corte IDH, sentencia C-99, del 7 de Junio de 2003: "**Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras**", § 110; Corte IDH, sentencia C-101, del 25 de Noviembre de 2003: "**Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala**", §§ 153 y 154; CIDH, sentencia C-103, del 27 de Noviembre de 2003: "**Caso Maritza Urrutia v. Guatemala**", § 126; Corte IDH, sentencia C-108, del 3 de Julio de 2004: "**Caso Molina Theissen v. Guatemala - Reparaciones**", § 80; Corte IDH, sentencia C-109, del 5 de Julio de 2004: "**Caso 19 Comerciantes v. Colombia**", §§ 187 y 188; Corte IDH, sentencia C-110: "**Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú**", § 229; Corte IDH, sentencia C-114, del 7 de Septiembre de 2004: "**Caso Tibi v. Ecuador**", §§ 256 y 257; Corte IDH, sentencia C-116, del 19 de Noviembre de 2004: "**Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala - Reparaciones**", §§ 96 a 98; Corte IDH, sentencia C-117, del 22 de Noviembre de 2004: "**Caso Carpio Nicolle y otros v. Guatemala**", §§ 129 y 130; Corte IDH, sentencia C-120, del 1° de Marzo de 2005: "**Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador**", §§ 64 y 65; Corte IDH, sentencia C-121 del 3 de Marzo de 2005: "**Caso Huilca Tecse v. Perú**", § 82; Corte IDH, sentencia C-124, del 15 de Junio de 2005: "**Caso de la Comunidad Moiwana**

v. Surinam", §§ 146 y 147; Corte IDH, sentencia C-132, del 12 de Septiembre de 2005: "**Caso Gutiérrez Soler v. Colombia**", § 95; Corte IDH, sentencia C-134, del 15 de Septiembre de 2005: "**Caso de la Masacre de Mapi-ripán v. Colombia**", §§ 219 y 223; Corte IDH, sentencia C-136, del 22 de Noviembre de 2005: "**Caso Gómez Palomino v. Perú**", §§ 76 y 77; Corte IDH, sentencia C-138, del 28 de Noviembre de 2005: "**Caso Blanco Romero y otros v. Venezuela**", § 94; Corte IDH, sentencia C-140, del 31 de Enero de 2006: "**Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia**", §§ 143 a 145; Corte IDH, sentencia C-147, del 6 de Abril de 2006: "**Caso Baldeón García v. Perú**", § 195; Corte IDH, sentencia C-148, del 1° de Julio de 2006: "**Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia**", §§ 319 a 321; Corte IDH, sentencia C-150, del 5 de Julio de 2006: "**Caso Montero Aranguren y otros v. Venezuela**", §§ 137 y 138; Corte IDH, sentencia C-152, del 21 de Septiembre de 2006: "**Caso Servellón García y otros v. Honduras**", § 192; Corte IDH, sentencia C-153, del 22 de Septiembre de 2006: "**Caso Goiburú y otros v. Paraguay**", §§ 128 a 132; Corte IDH, sentencia C-154, del 26 de Septiembre de 2006: "**Caso Almonacid Arellano v. Chile**", §§ 110 y 111; Corte IDH, sentencia C-155, del 26 de Septiembre de 2006: "**Caso Vargas Areco v. Paraguay**", §§ 153 y 156; Corte IDH, sentencia C-160, del 25 de Noviembre de 2006: "**Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú**", § 405; Corte IDH, sentencia C-162, del 29 de Noviembre de 2006: "**Caso La Cantuta v. Perú**", § 115; Corte IDH, sentencia C-163, del 11 de Mayo de 2007: "**Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia**", § 148; Corte IDH, sentencia C-165, del 4 de Julio de 2007: "**Caso Escué Zapata v. Colombia**", §§ 163 a 165; Corte IDH, sentencia C-166, del 4 de Julio de 2007: "**Caso Zambrano Vélez y otros v. Ecuador**", §§ 80 y 81; Corte IDH, sentencia C-167, del 10 de Julio de 2007: "**Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz**", §§ 100 a 102; Corte IDH, sentencia C-168, del 20 de Noviembre de 2007: "**Caso García Prieto y otros v. El Salvador**", §§ 99/101; Corte IDH, sentencia C-186, del 12 de Agosto de 2008: "**Caso Heliodoro Portugal v. Panamá**", §§ 115 y 116; Corte IDH, sentencia C-190, del 26 de Noviembre de 2008: "**Caso Tiu Tojín v. Guatemala**", §§ 69 y 72; Corte IDH, sentencia C-191, del 27 de Noviembre de 2008: "**Caso Ticona Estrada y otros v. Bolivia**", § 85; Corte IDH, sentencia C-192, del 27 de Septiembre de 2008: "**Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia**", § 170; Corte IDH, sentencia C-196, del 3 de Abril de 2009: "**Caso Kawas Fernández v. Honduras**", § 139; Corte IDH, sentencia C-202, del 22 de Septiembre de 2009: "**Caso Anzualdo Castro v. Perú**", § 125; Corte IDH, sentencia C-203, del 23 de Septiembre de 2009: "**Caso Garibaldi v. Brasil**", § 169; Corte IDH,

sentencia C-209, del 23 de Noviembre de 2009: "**Caso Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos**", § 142; Corte IDH, sentencia C-211, del 24 de Noviembre de 2009: "**Caso de la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala**", §§ 129 y 130; Corte IDH, sentencia C-212, del 25 de Mayo de 2010: "**Caso de Chitay Nech y otros v. Guatemala**", § 209; Corte IDH, sentencia C-213, del 26 de Mayo de 2010: "**Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia**", §§ 166 y 167; Corte IDH, sentencia C-217, del 1° de Septiembre de 2010: "**Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia**", § 158; Corte IDH, sentencia C-219, del 24 de Noviembre de 2010: "**Caso de Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil**", § 256; Corte IDH, sentencia C-221, del 24 de Febrero de 2011: "**Caso Gelman v. Uruguay**", § 252; Corte IDH, sentencia C-226, del 19 de Mayo de 2011: "**Caso Vera Vera y otros v. Perú**", § 93; Corte IDH, sentencia C-229, del 26 de Agosto de 2011: "**Caso Torres Millacura y otros v. Argentina**", §§ 97 y 98; Corte IDH, sentencia C-232, del 31 de Agosto de 2011: "**Caso Contreras y otros v. El salvador**", § 83; Corte IDH, sentencia C-237, del 24 de Noviembre de 2011: "**Caso Familia Barrios v. Venezuela**", § 47; Corte IDH, sentencia C-240, del 27 de Febrero de 2012: "**Caso González Medina y Familiares v. República de Santo Domingo**", §§ 203/204; Corte IDH, sentencia C-241, del 27 de Abril de 2012: "**Caso de Pacheco Teruel y otros v. Honduras**", §§ 127 a 129; Corte IDH, sentencia C-250: "**Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala**", §§ 192/193; Corte IDH, sentencia C-251, del 24 de Octubre de 2012: "**Caso de Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana**", § 249; Corte IDH, sentencia C-252, del 25 de Octubre de 2012: "**Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador**", §§ 242 a 244; Corte IDH, sentencia C-253, del 20 de Noviembre de 2012: "**Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") v. Guatemala**", §§ 241 a 243; Corte IDH, sentencia C-258, del 29 de Noviembre de 2012: "**Caso García y Familiares Vs. Guatemala**", §§ 138 y 141.

³⁰. Cfr. en sentido análogo y en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Comité de DDHH de la ONU, Comunicación N° 84/1981, del 27 de Febrero de 1981: "**Guillermo Ignacio Dermit Barbato et alter v. Uruguay**", § 11 (b); Comunicación N° R/30, del 23 de Mayo de 1978: "**Eduardo Bleier v. Uruguay**", §§ 14 y 15; Comunicación N° 146/83 y 148/83 a 154/83, del 4 de Abril de 1985: "**John Khemraadi Baboeram, Andre Kamperveen, Cornelis Harold Riedewald, Gerald Leckie, Harry Sugrim Oemrawsingh, Somradj Robby Sohansingh, Lesley Paul Rahman and Edmund Alexander Hoost v. Suriname**", § 16 (I); Comunicación N° 563/1993, del 27 de

Considero, entonces, que la rama judicial del Gobierno Federal -que este Tribunal integra- debe dar razón de ello, pues las atribuciones que le han sido conferidas emanan del principio de soberanía popular (artículos 1° y 33 de la Constitución Nacional). Este órgano jurisdiccional es un mandatario, que debe rendir las cuentas de su gestión.

Una explicación demasiado simplificada de la consecuencia disvaliosa apuntada, consistiría en sostener que es el resultado mediato de los alcances del auto de extradición dictado por el Supremo Tribunal Federal de la República Federativa de Brasil. Si ese argumento fuese válido, hubiera debido resolverse la situación procesal del imputado en relación a los hechos de homicidio calificado, decisión sobre la que no se ha emitido ningún pronunciamiento, aunque constituye un derecho del inculpado y de las partes acusadoras. Nadie puede ser imputado de la comisión de hechos punibles sin que el órgano jurisdiccional defina su posición ante la ley, ese mandato constitucional no puede -tácitamente- delegarse en un tribunal extranjero (artículo 116 de la Constitución Nacional).

En realidad, las restricciones a la investigación de los hechos punibles originalmente imputados a Tozzo y, de corresponder, a su juzgamiento por aquellos, se deriva de la baja calidad de la actuación procesal de los representantes de nuestro país en el trámite de extradición, circunstancia que era harto previsible en razón de lo resuelto en el Acuerdo Plenario dictado por el Supremo Tribunal

Octubre de 1995: "**Bautista de Orellana v. Colombia**", § 10; Comunicación 612/1995: "**José Vicente *et alters* v. Colombia**", § 10.

Poder Judicial de la Nación

Federal de Brasil, el 6 de Agosto de 2009, en el pedido de extradición de Manuel Cordero Piacentini (Extradición N° 974-0) ⁽³¹⁾.

En el Informe N° 28/92 (del 2 de Octubre de 1992), correspondiente al caso "**Consuelo et alters**", la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó "que las Leyes Numeros 23.492 y 23.521 y el Decreto Numero 1002/89 son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaracion Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convencion Americana sobre Derechos Humanos" recomendando "al Gobierno de Argentina la adopcion de las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar" ⁽³²⁾.

Las **medidas necesarias** no pueden consistir en formalismos destinados -de antemano- a producir resultados que frustren la protección de los derechos humanos fundamentales reconoci-

³¹. Cfr. en idéntico sentido el Acuerdo Plenario del Superior Tribunal Federal de Brasil del 18 de Septiembre de 2012, por el que se hizo lugar parcialmente al requerimiento de extradición de Claudio Vallejos (Extradición N° 1.278).

³². Con el mismo alcance y en relación a las leyes citadas, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Informe del 5 de Abril de 1995 instó a la República Argentina "a continuar las investigaciones acerca del destino de las personas desaparecidas, a completar urgentemente las investigaciones acerca de las denuncias de adopcion ilegal de hijos/hijas de personas desaparecidas y a tomar accion apropiada. Ademas insta al Estado parte a investigar plenamente las revelaciones recientes de asesinatos y otros crímenes cometidos por los militares durante el periodo de gobierno militar y a actuar sobre la base de los resultados" (§ 16).

dos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado: "... ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado- y particulares –penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo".

"En tales términos, la extradición se presenta como un importante instrumento para estos fines por lo que la Corte considera pertinente declarar que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en este caso, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Además, en virtud de los principios mencionados, *un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes.* En consecuencia, el mecanismo de

Poder Judicial de la Nación

garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos del presente caso" ⁽³³⁾.

Ahora bien, siendo la República Argentina el país requirente y tratándose el extraditorio de un proceso judicial, pesaban sobre esa parte el *onus probandi* de los requisitos que habilitaban la extradición y es -en esta gestión- donde detecto las fallas.

II. El proceso de extradición del inculpado.

II.1) Razones harto conocidas y que fueron establecidas por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados ⁽³⁴⁾, generaron condiciones propicias para que Norberto Raúl Tozzo se sustrajera a la citación judicial a prestar indagatoria y -por tal motivo- el Sr. Juez Federal ordenó su captura nacional e internacional. Las investigaciones policiales permitieron ubicar su paradero en la República Federativa de Brasil, iniciándose el proceso de Extradición N° 1.150 sustanciado ante el Supremo Tribunal Federal.

Dicho proceso culminó con el dictado del Acuer-

³³. Corte IDH, sentencia C-153, del 26 de Septiembre de 2006: "**Caso Goiburú y otros v. Paraguay**", §§ 131/132; en el mismo sentido, sentencia C-162, del 29 de Noviembre de 2006: "**Caso La Cantuta v. Perú**", § 160; sentencia C-213, del 26 de Mayo de 2010: "**Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia**", § 166.

³⁴. Cfr. Fallo del 5 de Abril de 2006 del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación en el expediente n° 18: "**Dres. Tomás J. A. Inda y María Beatriz Fernández s/ pedido de enjuiciamiento**" (opinión de la mayoría de sus integrantes).

do del 19 de Mayo de 2011 mediante el cual se hizo lugar parcialmente al requerimiento extraditorio por el crimen de desaparición forzada de personas, equiparable al delito de secuestro calificado previsto por el artículo 148, § 1, inciso III del Código Penal Brasileiro, cometido en perjuicio de Fernando Gabriel Piérola, Julio Andrés Pereira, Horacio Yedro y Reynaldo Amalio Zapata Soñéz (cfr. puntos resolutivos 4° y 11°).

En virtud del mismo acto jurisdiccional, se rechazó el pedido de extradición para el juzgamiento de Norberto Raúl Tozzo por los delitos de homicidios calificados que se le habían imputado en razón de considerarse prescriptas las respectivas acciones penales con arreglo a lo previsto por los artículos 109, inciso I, y 111 del Código Penal Brasileiro (cfr. punto resolutivo 2° del Acuerdo y apartado 8° del voto de la Ministra Cármen Lúcia, al que adhirieron los Ministros Luis Fux y Ricardo Lewandowski).

II.2.a) Reglas procesales aplicables al trámite de extradición.

El proceso de extradición pasiva se encuentra reglamentado en Brasil por los artículos 76 y siguientes de la Ley 6.815/80 -Estatuto do Estrangeiro- ⁽³⁵⁾, que establecen "La extradición podrá ser concedida cuando el gobierno requirente la fundamente en un Tratado, o cuando ofrezca al Brasil reciprocidad".

Tal como consta en el primer apartado de la relación de la causa, la Embajada Argentina -mediante la Nota Verbal N°

³⁵. Diário Oficial da União del 21 de Agosto de 1980.

Poder Judicial de la Nación

456/2008- invocó las cláusulas del Tratado de Extradición celebrado entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina el 15 de Noviembre de 1961, aprobado por el Decreto Legislativo 85/64 y promulgado por el Decreto N° 62.979, del 11 de Julio de 1968 ⁽³⁶⁾.

Sin embargo, en todas sus intervenciones ⁽³⁷⁾, la Procuración General consideró que el trámite extraditorio se encuadraba en las previsiones del Acuerdo de Extradición entre los países del Mercosur, celebrado en Río de Janeiro el 10 de Diciembre de 1998 ⁽³⁸⁾. La misma referencia se constata en el voto de la Ministra Carmen Lúcia (considerando 9°) y en el del Ministro Marco Aurélio (con remisión a su voto en la Extradición N° 974, referido al extraditando Manuel Cordero Piacentini).

Entre el Tratado y el Acuerdo de Extradición existen diferencias relevantes para la solución del caso. El Acuerdo de

³⁶. Argentina lo aprobó en virtud de la ley *de facto* 17.272 (Boletín Oficial N° 21.189, publicado el 16 de Mayo de 1967).

³⁷. Dictámenes del 5 de Noviembre de 2008; 13 de Mayo de 2009; 20 de Agosto de 2009, 8 de Septiembre de 2009 y 18 de Diciembre de 2009. Adviértase que, en el dictamen del 20 de Agosto de 2009 (ordinal 7°) se hace referencia al incumplimiento por parte del Estado requirente del deber de aportar información suplementaria "(art. 21 del Tratado Multilateral específico", lo que es una obvia remisión al Acuerdo de Extradición, pues el Tratado de 1961 consta de veinte artículos).

³⁸. La República Federativa de Brasil aprobó este Acuerdo en virtud del Decreto Legislativo N° 35/02 (Diario Oficial da União del 12 de Abril de 2002), señalándose en el artículo 2° de la disposición: "Este Decreto Legislativo entra en vigor en la fecha de su publicación" (*Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação*). Cfr. su texto en el Boletín Oficial N° 29.130, del 21 de Abril de 1999.

Extradición ⁽³⁹⁾, explica en su Preámbulo: que se tiene "presente la evolución de los Estados democráticos tendiente a la eliminación gradual de los delitos de naturaleza política como excepción a la extradición". En consonancia con ese principio, en su artículo 5°, apartado 2, establece: "A los fines del presente Acuerdo, no serán considerados delitos políticos *bajo ninguna circunstancia*: (...) b) el genocidio, los crímenes de guerra o los delitos contra la humanidad en violación de las normas del Derecho Internacional".

La incorporación de esta cláusula vino a sortear -de manera expresa- la limitación consagrada en el artículo 5°, apartado LII, de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 ⁽⁴⁰⁾: "*não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*" (No será concedida la extradición de un extranjero por crimen político o de opinión).

De ello se sigue, que los países integrantes del Mercosur (además de Chile, Bolivia y Ecuador, que adhirieron al Acuerdo), reconocían como integrante de sus sistemas punitivos a los crímenes del derecho internacional pues -de otro modo- la disposición transcrita carecería de sentido racional, no estando llamada a cumplir ningún efecto (*a non clause*).

Desde este punto de vista, el Acuerdo del Mercosur vino a perfeccionar al Tratado de 1961, tomando en cuenta la evolución de los Estados democráticos. En tal sentido, el artículo 30.3

³⁹. Decisión 14/98 del Consejo del Mercado Común, publicada en el Boletín Oficial N° 29.130, del 21 de Abril de 1999.

⁴⁰. Diario Oficial da União del 5 de Octubre de 1988 (Anexo).

Poder Judicial de la Nación

de la Convención de Viena sobre del Derecho de los Tratados prescribe: "Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior" ⁽⁴¹⁾.

Según el artículo 31.1 de la Convención de Viena citada: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"; según el artículo 31.2 el contexto comprenderá su Preámbulo, al que hemos hecho referencia; también "Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado", éste es el efecto que debe asignarse a la adhesión de Bolivia, Chile y Ecuador; finalmente: "Se dará a un término un sentido especial, si consta que tal fue la intención de las partes" (artículo 31.4 de la Convención), resultando

⁴¹. Argentina aprobó esta Convención en virtud de la ley *de facto* 19.865 (Boletín Oficial del 11 de Enero de 1973). Brasil lo hizo mediante el Decreto Legislativo 496/2009 (Diario Oficial da União del 20 de Julio de 2009), promulgado por el Decreto 7.030/09 (Diario Oficial da União del 15 de Diciembre de 2009). Es preciso advertir, no obstante, que en el Manual de Procedimientos de la Práctica Internacional Brasileira (publicado en Mayo de 2008 por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil - División de Actos Internacionales), con anterioridad se afirmaba: "*O Brasil não é parte da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, celebrada sob os auspícios das Nações Unidas. Apesar disso, as regras processuais e a terminologia codificadas pela Convenção, por serem amplamente adotadas, e muitas constituírem normas consuetudinárias, têm orientado a prática brasileira de celebração de atos internacionais*".

claro que la expresión "los delitos contra la humanidad en violación de las normas del Derecho Internacional" tenía ese sentido específico.

Ahora bien, en el análisis conglobado de las cláusulas del Acuerdo de Extradición celebrado entre los países integrantes del Mercosur, no es posible prescindir de la consideración de las normas de la Constitución Brasileira de 1988, que abrogó el estatuto edictado en 1969 por los "Ministros en el ejercicio militar de la Presidencia".

El artículo 1° de la Constitución de Brasil consagra: "La República Federativa de Brasil (...) se constituye como un Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: ... III. la dignidad de la persona humana" (*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana*).

Con mayor atingencia al tema en tratamiento, el artículo 4° de la Constitución Brasileira establece: "La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: ... II. prevalencia de los derechos humanos" (*A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... II - prevalência dos direitos humanos*).

II.2.b) El sistema brasileiro de "*contenciosidade limitada*" en materia extraditoria.

La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, consolidada en numerosos precedentes, ha indicado que ri-

Poder Judicial de la Nación

ge en materia extraditoria el sistema de contenciosidad limitada, conforme al modelo belga. En este plano (el jurisprudencial) una referencia insoslayable es el Acuerdo Plenario de Extradición, del 6 de Marzo de 1996 ⁽⁴²⁾, en el que se resolvió el pedido de extradición n° 669-0 formulado por los Estados Unidos de América respecto a Mohammad Raslan Deeb. El extraditando planteó la inconstitucionalidad del artículo 85 § 1 del Estatuto del Extranjero, invocando que restringía -indebidamente- su derecho de defensa.

En un erudito voto, que valdría la pena reproducir íntegramente, el Ministro Celso de Mello repasó los tres sistemas extraditorios vigentes en el derecho comparado (el francés, el anglosajón y el belga), explicando -con profusas citas doctrinarias y jurisprudenciales- la arquitectura de *contenciosidad limitada* por el que había optado Brasil.

En los que más interesa a este análisis, se explicó: "El Supremo Tribunal Federal, al proferir un juicio de mera formalidad, sólo excepcionalmente analiza aspectos materiales concernientes a la propia sustancia de la imputación penal, cuando ese examen se torne indispensable para la solución de la eventual controversia concerniente (a) ocurrencia de la prescripción penal, (b) la observancia del principio de doble tipicidad o (c) la configuración eventualmente política del delito imputado al extrando. **Pero aún en esas hipótesis excepcionales**, la apreciación jurisdiccional del Supremo Tribunal Federal deberá tener en consideración la versión emergente de la denuncia o de la decisión emanadas de los órganos competentes en

⁴². Diario Judicial del 29 de Marzo de 1996.

el Estado extranjero" ⁽⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁾.

La descripción del sistema extradicional precedente es consistente con la doctrina del -tantas veces citado- fallo "**Priebke**" ⁽⁴⁵⁾: "Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional" (considerando 4° del primer voto).

Para poner orden a la cuestión, si los hechos punibles atribuidos a Tozzo eran homicidios doblemente agravados (artículo 80, incisos 2° y 6°, del Código Penal), la acción penal para su juzgamiento estaba prescripta, tal como resolvió en el proceso extraditorio.

⁴³. *O Supremo Tribunal Federal, ao proferir juízo de mera delibação sobre a postulação extradicional, só excepcionalmente analisa aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, desde que esse exame torne indispensável à solução de eventual controvérsia concernente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio de dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política do delito imputado ao extraditando. Mesmo em tais hipóteses excepcionais, a apreciação jurisdiccional do Supremo Tribunal Federal deverá ter em consideração a versão emergente da denúncia ou da decisão emanada de órgãos competentes no Estado estrangeiro".*

⁴⁴. En el mismo sentido, entre muchos otros, cfr. Acuerdo Plenario del STF, del 17 de Diciembre de 2003, requerimiento extraditorio de la República Portuguesa respecto a José Benedito Hortelão Bonifácio (Extradición N° 866-8); Acuerdo Plenario del STF, del 23 de Septiembre de 2004, requerimiento extraditorio del Gobierno de la República Checa respecto a Radomír Cespiva (Extradición N° 897-8).

⁴⁵. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de Noviembre de 2005: "**Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa n° 16.063/94**", Fallos 318: 2148.

Poder Judicial de la Nación

Si, por el contrario, como pienso, eran crímenes de lesa humanidad, luego -conforme a las normas del *ius cogens imperativo*- eran imprescriptibles la acción penal para su juzgamiento o la pena que se hubiese impuesto por su perpetración a un acusado.

El extravagante encuadramiento jurídico de los hechos como delitos de derecho interno "calificables" como delitos de lesa humanidad, que es **una categoría jurídica inexistente**, determinó -para escarnio del Estado requirente- que en el Acuerdo de Extradición no se le dedicara una sola línea al análisis de la invocada imprescriptibilidad. El pronunciamiento se vió limitado por los términos del requerimiento: homicidios calificados.

Tardíamente, la Ministra Relatora Carmen Lúcia afirmó: "(...) los diarios nacionales, tanto como los argentinos y europeos, de ayer, traen la noticia del juzgamiento, antes de ayer, por el Tribunal de Resistencia de Chaco (exactamente de donde proviene el decreto de prisión contra el extraditando), de los casos de la Masacre de Margarita Belén, Provincia del Chaco, norte. En ese juicio, ocurrido, por lo tanto, dos días atrás, la condena de algunos y la absolución de otros, demuestra que estamos delante de una situación que no tiene, en Argentina, ni indulto ni prescripción".

Se refería, claro está, a la Sentencia N° 239 dictada por este Tribunal -integrado en el caso por la Jueza Gladis Mirtha Yunes y los Jueces Eduardo Ariel Belforte y Ramón Luis González- en la causa n° 1.074/2009.

El yerro cobra su real dimensión al advertir que en la Nota Verbal N° 552/2008, el Estado requirente afirmó que sola-

mente los crímenes de lesa humanidad eran imprescriptibles. Aunque el dato es correcto, no alcanzo a comprender la razón por la que los hechos fueron encuadrados como delitos de derecho interno, aunque eran crímenes del derecho internacional general (crímenes de lesa humanidad).

Más aún, en el dictamen del 13 de Mayo de 2009, la Procuración General solicitó que el Gobierno Argentino adjuntara las copias autenticadas de las normas penales concernientes a la prescripción, sus causas de suspensión e interrupción vigentes en la época de los hechos delictuosos (apartado 12.II). El 20 de Mayo de 2009, el Ministro Eros Grau hizo lugar a lo peticionado, notificándose lo resuelto a la Argentina el 16 de Junio de 2009. Habiendo transcurrido el plazo previsto por el artículo 21 del Acuerdo de Extradición entre los países del Mercosur (45 días corridos), nuestro país no había presentado la información complementaria requerida. Por ello, en el dictamen del 20 de Agosto de 2009, la Procuración General propició el rechazo del requerimiento extraditorio (apartado 9), sin perjuicio de que éste fuera renovado.

Recién el 1° de Septiembre de 2009, vencido el plazo previsto por el artículo 21 del Acuerdo de Extradición del Mercosur, se presentó la información complementaria requerida, pero se omitió el adjuntar las normas sobre prescripción y sus causas de suspensión e interrupción (cfr. apartado 6 del dictamen de la Procuración General del 7 de Octubre de 2009).

Naturalmente, las normas en cuestión no eran las incluidas en el Título X del Libro Primero del Código Penal, referi-

Poder Judicial de la Nación

das a los delitos de derecho interno, sino la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", aprobada por la Resolución 2391 (XXIII), del 26 de Noviembre de 1968, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que, por lo tanto, eran parte del *ius cogens imperativo*, tal como se había anticipado en la Resolución 2.338 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 18 de Diciembre de 1967 ⁽⁴⁶⁾.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado: "Por otro lado, 42 años después de su adopción en el ámbito internacional, Brasil permanece sin la debida ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa-Humanidad a pesar de haberla firmado. Esa omisión ciertamente fue fruto de presión política de aquel grupo de militares que practicó las atrocidades descritas en este proceso. Sin embargo, esa falta de ratificación es superada, pues, como ya entendió esta Corte, su observancia obligatoria deriva de la costumbre internacional y no del acto de ratificación. La imprescriptibilidad de esos crímenes surge como categoría de norma de Derecho Internacional general, que **no nace con la mencionada Convención, pero si es en ella reconocido**" ⁽⁴⁷⁾.

La tesis de la obligatoriedad de la norma del *ius*

⁴⁶. "Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar, a través de una Convención, el principio de que no hay período de limitación para los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, y para asegurar su aplicación universal.

⁴⁷. Corte IDH, sentencia C-219, del 24 de Noviembre de 2010: "**Caso Gomez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil**".

cogens sobre imprescriptibilidad de la persecución de los crímenes de lesa humanidad es aceptada por la doctrina brasileira ⁽⁴⁸⁾.

II.2.c) La obligación *aut dedere, aut iudicare*.

La cuestión puede ser examinada desde otro punto de vista: el de los compromisos asumidos -por los países requiriente y requerido- ante la comunidad jurídica internacional, toda vez que ambos son miembros de las Naciones Unidas

Brasil, en su carácter de miembro fundador, ratificó la Carta de San Francisco sobre la Organización de las Naciones Unidas que es, claramente, un tratado internacional ⁽⁴⁹⁾. El artículo 55 de la Carta establece que las Naciones Unidas promoverán "... c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades". Mientras que el artículo 56 establece: "Todos los Miembros se com-

⁴⁸. **Rocha**: "A conformação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil", Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21, n. 11, Noviembre de 2009, pp. 47/56; **Bicudo**: "Anistia e crimes contra a humanidade que não prescrevem", Revista *ComCiência*, Nº106, Campinas, Año 2009; Centro Internacional para la Justicia Transicional: Parecer técnico sobre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad, la imprescriptibilidad de algunos delitos y la prohibición de amnistías solicitado por el Ministerio Público Federal de São Paulo; Relatorio elaborado por el Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales, en obra de AAVV: "Persecución Penal de Crímenes Internacionales en América Latina y España" (informe de Brasil), pp. 119/161.

⁴⁹. Cfr. Decreto 18.941/45 (Diario Oficial da União del 22 de Octubre de 1945) por el cual se aprueban la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

prometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55" (cfr. en el mismo sentido el artículo 13 sobre las facultades de la Asamblea General). En cumplimiento de sus deberes internacionales, los Estados miembros deben acatar de buena fe aquellas recomendaciones, pues ésta es la quintaesencia de la existencia del organismo internacional.

La Resolución 2.583 (XXIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (15 de Diciembre de 1969) sobre el castigo de los criminales de guerra y de las personas que hubieran cometido crímenes contra la Humanidad, exhortó a los Estados a adoptar las medidas necesarias (detención, arresto, extradición y castigo) de quienes no hayan todavía llevados a juicio o condenados.

Al mismo tema se refirió la Resolución 2.712 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (del 15 de Diciembre de 1970), añadiendo que requería a los Estados que no eran parte de la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" que ratificaran ese instrumento.

Intensificando esta línea normativa, la Resolución 2840 (XXVI) de la Asamblea General de la ONU (del 18 de Diciembre de 1971) precisó: "que la negativa de los Estados a cooperar en el arresto, extradición, juzgamiento y condena de las personas culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y a las normas generalmente reconocidas del Derecho Internacional".

La Resolución 3.020 (XXVII), del 18 de Diciembre de 1972), de la Asamblea General de las Naciones Unidas encomendó a la Comisión de Derechos Humanos la producción de un proyecto sobre los "Principios de Cooperación Internacional en la detención, arresto, extradición y condena de los culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad".

La Resolución 3.074 (XXVIII), del 3 de Diciembre de 1973, adoptó aquellos principios entre los que cobran importancia los números 4 y 5: "Los Estados deben asistir a cualquier otro en detectar, arrestar y llevar a juicio a las personas sospechosas de haber cometido los cuales crímenes y, si fueran encontrados culpables, en condenarlos". "Las personas contra las que haya evidencia de que han cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad deben ser sometidas a juicio y, si fueran culpables, condenadas, por regla general en el cual han cometido aquellos crímenes. En relación a ello, los Estados deben cooperar en las cuestiones de extradición de esas personas".

La Carta de las Naciones Unidas, establece en su artículo 25: "Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta".

Sobre el tema que consideramos, el Consejo de Seguridad emitió la Resolución N° 1318, del 7 de Septiembre de 2000, cuya Parte VI, apartado 3°, expresa que el organismo "Hace hincapié en que los autores de crímenes de lesa humanidad, crímenes de genocidio, crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho in-

Poder Judicial de la Nación

ternacional humanitario deben ser llevados ante la justicia".

A su turno, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas dictó la Resolución N° 1989/65 (24 de Mayo de 1989) en cuyo Anexo -Principios sobre la Prevención e investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias- la regla 18 establece: "Los gobiernos deberán velar por que las personas identificadas por la investigación como habiendo participado en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción sean llevados ante la justicia. Los gobiernos deberán llevar a esas personas ante la justicia o cooperar con la extradición de cualquiera de tales personas a otros países que deseen ejercer su jurisdicción. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas son, su nacionalidad o cuándo el delito haya sido cometido".

Tanto Brasil como Argentina ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos ⁽⁵⁰⁾, reconociendo las competencias interpretativa y contenciosa de los órganos del sistema de protección interamericano de los derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en ejercicio de las facultad que le depara el artículo 41.b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dictó -el 24 de Octubre de 2003- la Resolución 01/03 sobre el Juzgamiento de Crímenes Internacionales, cuyo punto resolutivo 3° señala: "Exhortar a los Esta-

⁵⁰. Decreto Legislativo 27, del 26 de Mayo de 1992, promulgado por el Decreto 678/92 (Diario Oficial da União del 9 de Noviembre de 1992) y Ley 23.054 (Boletín Oficial N° 25.394, del 27 de Marzo de 1984), promulgada por el Decreto N° 836/84).

dos a adoptar las providencias necesarias para considerar estos crímenes internacionales como delitos que dan lugar a extradición y conceder la extradición de toda persona acusada de haber cometido un crimen internacional o proceder a su juzgamiento".

La cuestión es que, al tiempo de comisión de los hechos atribuidos a Tozzo (Diciembre de 1976), tanto la tipicidad de los crímenes de lesa humanidad, como su régimen de consecuencias jurídicas estaban claramente establecidos en normas del *ius cogens imperativo* y la doctrina considera a las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas como fuentes formales del *ius cogens* ⁽⁵¹⁾, que testimonian o autentifican normas *iuris cogentis* que no carecen de *diuturnitas* (repetición o práctica frecuente) ni de la *opinio iuris*. Luego, su invocación en el proceso de extradición por parte del país requirente no hubiese alterado el sistema de *contenciosidade limitada* que caracteriza a esta clase de procesos en el hermano país.

Se ha sostenido al respecto: "Las afirmaciones de la obligación de extraditar o juzgar en relación con aquellos delitos también se encuentran en las resoluciones aprobadas en la ONU, que reflejan un compromiso entre las posiciones de los Estados miembros. Las resoluciones de la Asamblea General de la ONU son particularmente relevantes al evaluar la formación de una norma consuetudinaria ya que representan la opinión de la mayoría de los estados. Las resolu-

⁵¹. **Gómez Robledo**: "El *ius cogens* internacional. Estudio Histórico-Crítico", en especial Capítulo VIII: *La identificación del ius cogens*, pp. 153/172; **Halajczuck – Moya Domínguez**: "Derecho Internacional Público", pp. 82/85; **Moncayo – Vinuesa – Gutiérrez Posse**: "Derecho Internacional Público", tomo I, pp. 162/166.

Poder Judicial de la Nación

ciones más famosas que incorporan la obligación de extraditar o enjuiciar son la Resolución 2840 (XXVI) y la Resolución 3074 (XXVIII), que data de la década de 1970, se refieren a la persecución de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, incluido el genocidio. Su peso en la formación de una obligación consuetudinaria de extraditar o juzgar es notablemente fuerte, sobre todo teniendo en cuenta que ningún Estado votó en contra de las resoluciones y las razones de las abstenciones no estaban relacionadas con el reconocimiento de una obligación de extraditar o juzgar" ⁽⁵²⁾.

No se trata de una consideración fragmentada o carente de adecuado sustento jurídico. La Corte Suprema de Chile ha descrito al *principio de la compatibilización maximizadora* en los siguientes términos: "si bien es cierto el tribunal a quien se pide la extradición de un individuo debiera considerar y observar las condiciones que se establecen en el derecho interno, dicha labor deberá efec-

⁵². **van Steenberghe:** "The obligation to Extradite or Prosecute", Journal of International Criminal Justice N° 9 (2011), pp. 1.089/1.116 [*Assertions of an obligation to extradite or prosecute in relation to those crimes are also found in resolutions adopted at the UN level, which reflect a compromise between the positions of member states. The UN General Assembly (UNGA) resolutions are particularly relevant when assessing the formation of a customary rule since they display the opinion of the majority of states. The most famous resolutions embodying an obligation to extradite or prosecute are Resolution 2840 (XXVI) and Resolution 3074 (XXVIII) which, dating from the 1970s, are concerned with the prosecution of war crimes and crimes against humanity, including genocide. Their weight in the formation of a customary obligation to extradite or prosecute is remarkably strong, especially given that no state voted against the resolutions and the reasons for abstention were not concerned with the recognition of an obligation to extradite or prosecute*].

tuarse conciliando estas últimas disposiciones con las que de manera especial y preferente se han impuesto en los instrumentos internacionales sobre la materia, de tal manera que privilegiando el principio de auxilio mutuo entre las naciones para la conservación de un orden jurídico, se asegure el juzgamiento de todo hecho ilícito y, por consiguiente, se impida su impunidad por la fuga del delincuente" ⁽⁵³⁾.

II.2.d) La cuestión de la doble tipicidad.

Aunque suelen invocarse el artículo 6.c) del Estatuto de Nüremberg del Tribunal Penal Internacional para el juzgamiento de los mayores criminales del Régimen Nazi, el Estatuto para el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente o el artículo II de la Ley 10 del Consejo de Control, como aquellas que definieron la tipicidad objetiva de los crímenes contra la humanidad, considero que no eran normas del *ius cogens consuetudinario*, sino el ejercicio de las prerrogativas que se arrogaron las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial.

Recién cobran aquel estatus con la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 11 de Diciembre de 1946, aprobada por unanimidad, que afirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y por la sentencia del Tribunal (*Confirme les principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg, et par l'arrêt de cette Cour*).

Tanto Argentina como Brasil fueron países sig-

⁵³. Corte Suprema de Chile, sentencia del 21 de septiembre de 2007: "**Caso solicitud de de extradición de Alberto Fujimori**", considerando 13°.

Poder Judicial de la Nación

natarios de la Carta de las Naciones Unidas ⁽⁵⁴⁾. El artículo 13.1 de la Carta establece: "La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a) fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación; b) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

A su vez, el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas establece: "La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta".

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece cuáles son las fuentes del Derecho Internacional: "a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la deter-

⁵⁴. Aprobada por Argentina en virtud de la Ley 12.838 (Boletín Oficial del 21 de Noviembre de 1946).

minación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59".

La tesis del carácter vinculante de las normas del *ius cogens imperativo* ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva, del 28 de Mayo de 1951, sobre el efecto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio. "Los orígenes de la Convención indican que era la intención de la Naciones Unidas condenar y castigar el genocidio como "un delito del derecho internacional "que implica una negación del derecho de existencia de grupos humanos enteros, una negación que sacude la conciencia de la humanidad y da lugar a grandes pérdidas a la humanidad, y que es contrario a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas (Resolución 96 (1) de la Asamblea General, 11 de diciembre 1946). La primera consecuencia que surge de esta concepción es que los principios fundamentales de la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorias para los Estados, incluso sin cualquier obligación convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio y de la cooperación necesaria "para liberar a la humanidad de tal odioso flagelo" (Preámbulo de la Convención). Por lo tanto, la Convención sobre el Genocidio representó la intención de la Asamblea General y de las partes contratantes de asignarle definitivamente un alcance universal" ⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾.

⁵⁵. *The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as "a crime under international law" involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses*

Poder Judicial de la Nación

En consecuencia, no pueden albergarse dudas sobre la naturaleza vinculante de las *normas del ius cogens imperativo*, tanto para Argentina -país requirente- como para Brasil -país requerido-, entre otras la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de la ONU.

Por Resolución 174 (II) de la Asamblea General de la ONU, del 21 de noviembre de 1947, se sustituyó el Comité creado en virtud de la Resolución 94 (I), por la Comisión de Derecho Internacional y en virtud de la Resolución 177 (II), de la misma fecha, se le encargó que formulara "los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg" y que "elaborara un proyecto de Código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad, indicando el rol acordado a los principios antes citados".

En la primera sesión de la Comisión de Derecho Internacional, se adoptó un criterio de sustancial importancia: "Desde

to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the cooperation required "in order to liberate mankind from such an odious scourge" (Preamble to the Convention). The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely universal in scope.

⁵⁶. Cfr. Supremo Tribunal Federal de Brasil, Acuerdo Plenario del 7 de Junio de 1967. pedido de extradición de la República Federal Alemana respecto a **Franz Paul Stangl**.

que los principios de Nuremberg habían sido afirmados por la Asamblea General en su Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, no es tarea de la Comisión examinar si esos principios eran o no principios de derecho internacional. La Comisión debía meramente formularlos" ⁽⁵⁷⁾. Vale decir que se admite que los principios reconocidos por la Resolución 95 (I) de la Asamblea General ya formaban parte del *ius cogens* imperativo.

Finalmente, la Comisión aprobó –con enmiendas- el informe del Relator Especial Spiropoulos en el que se precisaban los principios de responsabilidad criminal y se definían –taxativamente- los crímenes del Derecho Internacional. Los principios formulados fueron comunicados a los Estados Miembros en virtud de la Resolución de la Asamblea General 488 (V), del 12 de diciembre de 1950.

Sin embargo, la más refinada definición de los crímenes contra la humanidad fue la producida por la Comisión de Derecho Internacional en 1954, con la elaboración definitiva del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad ⁽⁵⁸⁾. En una primera aproximación, se eliminó el requisito –contenido en el Estatuto de Nüremeberg- que exigía la conexión de estos crímenes con los crímenes de guerra o con los crímenes contra la paz,

⁵⁷. YearBook of the International Law Commission, 1950, volumen II, p. 189, § 36: "*Since the Nürnberg principles had been affirmed by the General Assembly in its Resolution 95 (I) of 11 December 1946, it was not the task of the Commission to examine whether this principles were or were not principles of international law. The Commission had merely formulate them*".

⁵⁸. YearBook of the International Law Commission, 1950, volumen II, pp. 149/152.

Poder Judicial de la Nación

pero dejando vacante el elemento conectivo ⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, al día siguiente la Comisión incluyó el elemento contextual, añadiendo la siguiente frase "actos inhumanos por las autoridades de un Estado o por individuos que actúan bajo la instigación o tolerancia de las autoridades contra una población civil".

Para no perder el hilo de la cuestión, la Comisión de Derecho Internacional celebró su sexta sesión en París -entre el 3 de Junio y el 28 de Julio de 1954- siendo uno de sus miembros el representante de Brasil Gilberto Amado (en rigor, Gilberto de Lima Azevedo Souza Ferreira Amado de Faria).

Concretamente, el artículo 2 (11) del Proyecto definía como crímenes contra la seguridad de la humanidad a los "Actos inhumanos tales como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o persecuciones contra una población civil sobre bases sociales, políticas, raciales, religiosas o culturales por las autoridades de un Estado o por individuos actuando bajo instigación o con la tolerancia de esas autoridades" (*Inhuman acts such as murder, extermination, enslavement, deportation or persecutions, committed against any civilian population on social, political, racial, religious or cultural grounds by the authorities of a State or by private individuals acting at the instigation or with the toleration of such authorities*) ⁽⁶⁰⁾.

Finalmente, al tiempo de perpetración de los

⁵⁹. Cfr. **Schabas**: "State policy against an element of International Crimes", The Journal of Criminal Law & Criminology", Volumen 98, N° 3, pp. 953/982.

⁶⁰. Las deliberaciones se encuentran registradas en International Law Commission - Yearbook of 1954 - Vol. II, pp. 112/122.

hechos, había entrado en vigor el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (aprobado el 12 de Agosto de 1949), cuyo artículo 3 -primera parte- establecía: "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados".

II.2.e) El requisito de la doble tipicidad y el nuevo orden jurídico brasileiro.

Sería ingenuo no advertir los cambios operados

Poder Judicial de la Nación

en las bases normativas de los países de América del Sur y, en consecuencia, relativizar su incidencia en materia de cooperación jurídica internacional, asumiendo v.gr. que el procedimiento de extradición de Tozzo se regía por las disposiciones del Tratado Bilateral de 1961, soslayando así el propósito manifiesto del Acuerdo de Extradición entre los países miembros del Mercosur, al que adhirieron Chile, Bolivia y Ecuador.

Creo innecesario destacar la incidencia que tuvo en nuestro régimen jurídico la reforma constitucional de 1994 y la jerarquización constitucional de los principales tratados sobre Derechos Humanos. Con ciertos matices, el mismo giro copernicano se verificó con la sanción de la Constitución Federal Brasileira de 1988.

En efecto, el artículo 1° de la Constitución de Brasil consagra: "La República Federativa de Brasil (...) se constituye como un Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: ... III. la dignidad de la persona humana" (*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana*").

Ya hemos mencionado que el artículo 4° de la Constitución Brasileira establece: "La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: ... II. prevalencia de los derechos humanos" (*A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... II - prevalência dos direitos humanos*).

El artículo 5°, § 1, de la Constitución Brasileira

establece: "Las normas que definen los derechos y garantías fundamentales, tienen aplicación inmediata" (*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*); el § 2 prescribe: "Los derechos y garantías consagrados expresamente en esta Constitución no excluyen a otros derivados de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte" (*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*).

Finalmente, tal como sucede con el artículo 118 de nuestra Constitución Nacional, la del hermano país -al delimitar la competencia de la justicia federal- prescribe en su artículo 109: "A los jueces federales les corresponde procesar y juzgar: ... V. a las causas relativas a derechos humanos a las que se refiere el § 5 de este artículo" ⁽⁶¹⁾. El citado párrafo quinto resulta inequívoco: "las hipótesis de graves violaciones a los derechos humanos" (*§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos*).

Resulta necesario destacar que la disposición citada, bajo un ropaje procesal consagra una regla sustantiva, fue incorporada por la Enmienda Constitucional N° 45/2004 ⁽⁶²⁾, lo que viene a confirmar -de manera meridiana- la evolución del sistema internacional de protección de los derechos humanos, tanto en nuestro país

⁶¹. *Aos juízes federais compete processar e julgar: ... V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo.*

⁶². Diário Oficial da União del 31 de Diciembre de 2004.

Poder Judicial de la Nación

como en la hermana República. Si no se refiriera a los crímenes contra el derecho de gentes, la expresión "las hipótesis de graves violaciones a los derechos humanos", estaría despojada de sentido, lo que es inconcebible como regla de hermenéutica constitucional.

Como pauta valorativa del orden público brasileño, debe precisarse que según el artículo 5°, apartado XLIII, de la Constitución Brasileña, son inafianzables e insusceptibles de gracia o indulto -entre otros- "los crímenes repugnantes" (*crimes hediondos*). Tales son los incluidos en la Ley 8.072 ⁽⁶³⁾, comprensivos -tanto en su forma tentada como consumada- de homicidio (artículo 121), cuando es practicado como una actividad típica de un grupo de exterminio, aunque sea cometido por un solo agente, y homicidio calificado (artículo 121, § 2, I, II, III, IV y 5) (*homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado*) ⁽⁶⁴⁾.

Debe destacarse que, ya en su versión original ⁽⁶⁵⁾, el Código Penal Brasileiro establecía en su artículo 5°: "Quedan sujetos a la ley brasileña, aunque hayan sido cometidos en el extranjero: ... II. Los Crímenes: a) Que por tratado o convención Brasil se obligó a reprimir ... § 2. En los casos del número II, la aplicación de la ley brasileña depende del concurso de las siguientes condiciones: a) que el agente haya entrado al territorio nacional; b) que el hecho sea pu-

⁶³. Diário Oficial da União del 26 de Julio de 1990.

⁶⁴. Artículo 1°, apartado I, incluido por la Ley 8.930 (Diário Oficial da União del 7 de Septiembre de 1994).

⁶⁵. Decreto-Ley 2.848, publicado en el Diário Oficial del 31 de Diciembre de 1940.

nible también en el país en el que fue practicado; c) que el crimen esté incluido entre aquellos por los cuales la ley brasilera autoriza la extradición; d) que el agente no haya sido absuelto en el extranjero o no haya cumplido la pena allí; e) que el agente no haya sido indultado en el extranjero o, por otro motivo, se haya extinguido la punibilidad, según la ley más favorable (*Artículo 5º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: ... II - os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; ... § 2º Nos casos do n. II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável*) ⁽⁶⁶⁾.

Bajo esta premisa, es necesario verificar, si además de las normas del *ius cogens consuetudinario* que ya hemos citado, Brasil se obligó -en virtud de un tratado internacional- a reprimir los crímenes de lesa humanidad.

II.2.e) El requisito de la doble tipicidad y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En línea con los argumentos anteriores, Brasil

⁶⁶. Las reformas incorporadas al Código Penal Brasileiro por la Ley 7.209 (Diario Oficial del 13 de Julio de 1984), no alteraron estos supuestos de extraterritorialidad de la ley penal brasilera que subsisten en el artículo 7º del Código.

Poder Judicial de la Nación

fue uno de los países gestores del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, más allá de su voluntad política, porque así lo establecía su Constitución. El artículo 7° de sus Disposiciones Transitorias establecía: "Brasil propugnará por la formación de un tribunal internacional de Derechos Humanos" (*O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*).

Brasil en virtud del Decreto Legislativo N° 112 del 6 de Junio de 2002 aprobó el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, siendo promulgado por el Decreto 4.388 del 25 de Septiembre de 2002 ⁽⁶⁷⁾, cuyo artículo 1° no deja margen para las dudas: "El Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, cuya copia se anexa al presente Decreto, será ejecutado y cumplido enteramente en su contenido" (*O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém*).

Finalmente, la Enmienda Constitucional N° 45/2004 incorporó a la Constitución Brasileira el artículo 5°, apartado LXXXVIII, § 4°: "Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, a cuya creación ha manifestado adhesión" (*O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*) ⁽⁶⁸⁾.

El Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que consagra estos principios: "Afirmando que los

⁶⁷. Diario Oficial da União del 26 de Septiembre de 2002.

⁶⁸. Enmienda Constitucional N° 45/2004 (Diario Oficial da União del 31 de Diciembre de 2004).

crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia"; "Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes; Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Es necesario advertir que el Estatuto de Roma contiene cláusulas que codifican crímenes del derecho internacional cuyo tipo objetivo ya estaba reconocido por las normas del *ius cogens imperativo*. Eran punibles antes de la aprobación del Estatuto y de su ratificación por los países que adhirieron a ese instrumento internacional. Representó, entonces, un grado de positivización mayor de los crímenes del derecho internacional general, cuya tipicidad objetiva había sido definida -con anterioridad- por normas del *ius cogens imperativo*.

Debe señalarse que tanto en el Preámbulo del Estatuto, como en su artículo 1º, se establece que la Corte Penal Internacional "tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales". Esta disposición, le confiere su sentido jurídico a las reglas de admisibilidad previstas por el artículo 17 del Estatuto, que habilitan la competencia de la Corte cuando el Estado Parte "no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo"; o cuando "el asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya

decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate". A tal efecto, se considerará: "Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte"; "Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia"; "Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia".

A ello se añade que, según lo previsto por el artículo 21 del Estatuto "Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán". De tal manera, la obligación asumida por la República Federativa de Brasil -al ratificar el Estatuto y someterse a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional- es la de juzgar los crímenes detallados en el artículo 5° del Estatuto o habilitar su juzgamiento con arreglo al principio de territorialidad de la ley penal por parte del país donde se hubieren cometido. La única alternativa vedada es la de tolerar -invocando disposiciones de derecho interno cancelatorias de la punibilidad- la impunidad de los presuntos infractores.

La operatividad directa de las normas del derecho de gentes que habilitan la persecución de los crímenes de Estado ha sido reconocida por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en el Acuerdo Plenario del 7 de Junio de 1967 (Extradición N° 274 - Repúbli-

ca Federal de Alemania respecto a Franz Paul Stangl, por el crimen de genocidio) y en el Acuerdo Plenario del 23 de Junio de 1994 (Habeas Corpus N° 70389-5 SP, respecto al crimen de tortura).

II.2.f) Aunque, al tratar la cuestión de la calificación legal de los hechos punibles por los que fuera acusado Tozzo, me extenderé sobre el tema, debo anticipar que los aberrantes daños infligidos a las quince víctimas de la "Masacre de Margarita Belén", no son compatibles -desde el punto de vista epistemológico- como una pluralidad de resultados lesivos meramente yuxtapuestos y concomitantes. La primigenia decisión, la planificación, la ejecución y las maniobras de encubrimiento se presentan como una totalidad, que no es susceptible de fragmentación discursiva. Sin avanzar demasiado en la cuestión, la racional aprehensión de aquella facticidad revela los siguientes elementos: a) se trató de un ataque; b) contra integrantes civiles de la sociedad, en altas condiciones de vulnerabilidad; c) que fue uno de los tantos episodios de un curso de acción implementado como política por el gobierno dictatorial; d) dirigido contra un grupo de quienes habían sido estigmatizados como oponentes; e) perpetrado por agentes estatales y f) encubierto -igualmente- por las autoridades estatales encargadas de su investigación.

No se trataba, pues, de resultados lesivos subsumibles en los tipos objetivos de los delitos de derecho interno, que no contienen los elementos fácticos y normativos reseñados, sino de **crímenes de lesa humanidad** y bajo esa calificación debió requerirse la extradición del inculpado, con arreglo a lo previsto por los artículos 1°, 2° y 5.2.b) del Acuerdo de Extradición celebrado entre los países

Poder Judicial de la Nación

miembros del Mercosur, con vistas a aportar al logro de uno de los objetivos centrales de ese acuerdo: "la eliminación gradual de los delitos de naturaleza política como excepción a la extradición" (Preámbulo).

La anterior es una opinión contrafáctica que, sin embargo, resulta confirmada con el análisis del Acuerdo Plenario del Supremo Tribunal Federal en la Extradición N° 1.150.

En el dictamen del 18 de Diciembre de 2009 (apartado n° 17), la Procuración General estimó: "Según el entendimiento adoptado por el Ministerio Público Federal en la Extradición N° 974, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas aún no fue ratificada por el Estado Brasileiro, lo que significa decir, que sus normas aún no fueron incorporadas al ordenamiento interno y, en consecuencia, no fue creado el tipo penal correspondiente a la desaparición forzada de personas. *Se considero, entonces, la posibilidad del análisis de la doble tipicidad con base en el delito de secuestro*" (cfr. en el mismo sentido apartado 7 del voto de la Ministra Cármen Lúcia, al que adhirieron los Ministros Fux y Lewandowski, y el voto -en disidencia- del Ministro Marco Aurélio).

En verdad, Brasil no ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, sin embargo - en una presentación oficial "señaló que la ausencia de dicha tipificación no impide que esa conducta sea subsumida en otro tipo penal"

⁽⁶⁹⁾. Resulta aplicable a la declaración del "estoppel", equivalente en el derecho internacional a los efectos de los actos propios.

Efectivamente, en el punto resolutivo 11° del Acuerdo Extraditorio, se dispone: "Extradición parcialmente conferida por los crímenes de desaparición forzada de personas, considerando la doble tipicidad del crimen de secuestro calificado (...)".

Con la misma técnica jurídica, la totalidad de los hechos punibles que motivaron el pedido de extradición debieron ser calificados como crímenes de lesa humanidad, como tales: imprescriptibles, sin perjuicio de la adaptación a las normas penales de derecho interno, aunque el Estado requerido tampoco haya ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Ello así, porque la cual Convención tiene jerarquía constitucional en nuestro país ⁽⁷⁰⁾ y porque la Constitución Brasileira prescribe "Artículo 4°: La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: ... II. prevalencia de los derechos humanos; III. autodeterminación de los pueblos; IV. no intervención; V. igualdad entre los Estados; ... IX. cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad. Párrafo único: La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Lati-

⁶⁹. Cfr. Corte IDH, sentencia C-219, del 24 de Noviembre de 2010: "**Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v Brasil**", considerando 286° (presentación del Estado Brasileiro).

⁷⁰. Ley 25.778, publicada en el Boletín Oficial N° 30.226, del 3 de Septiembre de 2003.

Poder Judicial de la Nación

na, con vistas a la formación de una comunidad latino-americana de naciones" (*A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; ... IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*).

Resulta obvio señalar que la denegación de la extradición por crímenes de lesa humanidad, imprescriptibles según una norma constitucional argentina, invocando disposiciones infra-constitucionales del derecho interno del hermano país (sobre prescripción de la acción penal), estaría en pugna con los principios supremos del orden público brasileiro recién enunciados. Citamos en apoyo de esta tesis, el *principio de la compatibilización maximizadora*, de la jurisprudencia chilena al que ya hiciéramos referencia.

En síntesis, por los motivos enunciados, tengo para mí que la calidad procesal de la gestión en el trámite de extradición no satisfizo el estándar de "*medidas adecuadas*" consolidado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal es la razón del acotamiento del objeto procesal de este juicio.-

C) Tratamiento de las cuestiones de fondo.

I) La existencia de los hechos punibles.

I.1) El artículo 398 de la ordenanza procesal pe-

nal establece un orden de tratamiento de las cuestiones a resolver en el que tienen prioridad "las relativas a la existencia del hecho delictuoso".

La particularidad de este debate es que ha sido controvertida -por parte de la Defensa- la indivisibilidad de los resultados lesivos de la libertad personal de las cuatro víctimas que se consideran como producto de una única conducta atribuible al acusado, básicamente: el ilegal traslado de los prisioneros desde la Alcaidía Policial hasta el paraje rural cercano a "Margarita Belén".

La tesis defensiva ha sido -naturalmente- opuesta a las acusaciones en las que se ha sostenido la independencia de las acciones ilícitas.

1.2) La solución de la cuestión no deriva de las previsiones de los artículos 54 y 55 del Código Penal que no podrían aportar ningún criterio para determinar cuándo la producción de múltiples resultados lesivos derivan de un solo hecho o de varios hechos independientes; se limitan a imputar consecuencias punitivas diversas en uno y otro caso.

Ese abordaje determinaría incurrir en la falacia normativista que consiste en derivar de una premisa normativa una conclusión fáctica. De tal manera, la unidad o pluralidad de acciones, conductas o hechos que -para el caso- tienen el mismo significado (aunque se hayan ensayado soluciones semánticas a la cuestión), debe establecerse en el plano óntico, en el de la concreta facticidad.

Resulta, entonces, que una acción supone una previa ideación, luego la selección de una finalidad, una programación

de la causalidad -más o menos adecuada- a la realización de ese fin y, por último, el manejo de la causalidad conforme al plan concreto de autor. Previsiblemente, el despliegue causal se ve interferido por factores no incluidos en el plan de autor que distorsionan su aprehensión cognoscitiva. En este sentido, la reducida cantidad de medios aparentemente empleados por Tozzo, no impiden reconocer que cada una de las privaciones ilegítimas de la libertad representaran la concreción de fines independientes, lo que permite escindir sus conductas en cuanto afectaron la libertad personal de las cuatro víctimas.

Ni siquiera es preciso considerar en su dimensión normativa -como bien jurídico- a la libertad personal porque forma parte de la mismidad del ser humano, cuya entidad no es concebible sin ese autogobierno ⁽⁷¹⁾.

En consecuencia, cualquiera fuese el despliegue causal -si subir a los prisioneros a los camiones, o esposarlos u obligarlos a descender de los vehículos- estuvo determinado por la producción de cuatro finalidades diferentes: la privación ilegítima de la libertad de cada una de las cuatro víctimas. Ciertos factores como la convergencia del despliegue causal o de un propósito unitario externo a la conducta, aunque la sobredeterminara, no suprimen la pluralidad de fines lesivos queridos por el acusado.

La insoslayable unicidad de las personas impone

⁷¹. En la nota al artículo 2312 del Código Civil señalaba Vélez Sarsfield: "Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etcétera".

un límite óntico a su agrupamiento determinado por determinado despliegue causal. El acusado planificó y tomó parte en la ejecución de la privación ilegítima de la libertad de Fernando Gabriel Piérola, en la de Julio Andrés Pereyra, en la de Reynaldo Amalio Zapata Soñéz y en la de Roberto Horacio Yedro, las que -en consecuencia- son resultados de conductas independientes, en cuanto suprimieron atributos inescindibles de cada una de las víctimas.

La individualización de una conducta no está determinada por el despliegue causal, ni por las interferencias que éste experimente, si no por su finalidad. De otro modo, se verificarían en el plano óntico insuperables inconsistencias. Así por ejemplo, la circunstancia accidental (en el sentido aristotélico del término) del modo como fueron trasladados los prisioneros (en el caso, integrando el mismo contingente) podría ser considerada como una única conducta, como dos, como tres o como cuatro acciones según variara el despliegue causal, por ejemplo por la capacidad del automotor o por la necesidad de hacer menos ostensibles las maniobras. Obviamente, ello importaría un peligroso distanciamiento con la realidad. Cualesquiera fuesen los medios empleados, siempre habría cuatro conductas individualizables en función a sus singulares fines.

Resultan ajenos a este análisis la homogeneidad de los medios empleados y el ultrapropósito de las conductas: son múltiples e independientes porque lo son los fines que las determinaron, a saber las privaciones ilegítimas de la libertad de cada uno de los seres humanos víctimas en la presente causa.

II.1) La "Masacre de Margarita Belén" como

parte de un plan sistemático implementado y ejecutado por un aparato organizado de poder estatal.

II.1.a) Hemos señalado que la "Masacre de Margarita Belén", fatalmente perpetrada el Lunes 13 de Diciembre de 1976, no puede ser percibida como una pluralidad contingente de hechos lesivos simplemente yuxtapuestos y, accidentalmente, concomitantes. Ontológicamente, fue un fenómeno cuya unicidad está dada por el propósito de eliminar físicamente a un número -aún indeterminado- de presos políticos, a quienes se había catalogado como "oponentes", conforme a los especiosos criterios derivados de la denominada "doctrina de la seguridad nacional" que, hay que decirlo, no es *doctrina*, no es de *seguridad*, ni es *nacional*. Era la fachada discursiva de un grupo de hombres de oscuros negocios que emprendió el más ambicioso proyecto de reconfiguración social, económica y política de la Argentina tendiente a instalar el "país del tercio", en el que el resto de la población quedara excluido de una genuina participación de la riqueza nacional.

II.1.b) En ese contexto la eliminación física de "oponentes" (probablemente aquellos a quienes se consideraba recalcitrantes), cumplía la finalidad de comunicar el meta-mensaje del terror en la población civil.

Sin embargo, el texto es delator. El "Acta fijando el propósito y los objetivos básicos del Proceso de Reorganización Nacional" ⁽⁷²⁾, contiene la siguiente exigua referencia: "erradicar la sub-

⁷². Publicada en el B.O. del 29 de Marzo de 1976.

versión", que –ni siquiera- ocupa el primordial lugar entre los principios fundacionales que enuncia. Como puede advertirse, ya no se habla de "neutralizar" ni de "aniquilar" el accionar subversivo, sino de algo sustancialmente distinto: "erradicar la subversión", esto es: "arrancar de raíz".

En cambio, el Objetivo Básico 2.5 es mucho más explícito: "Vigencia de la seguridad nacional, **erradicando la subversión y las causas que favorecen su existencia**". Esta declaración implica una modificación cualitativa del accionar represivo y permite comprender sus masivas características. El enunciado resaltado representa una clase de argumentación conocida como "sentido emotivo de las nociones" que consiste en "apelar a las técnicas de adaptación, incluyendo la flexibilidad y el endurecimiento de las ideas con el propósito de ensanchar o disminuir su extensión semántica y lograr así ciertos efectos en la argumentación. De forma que se manipulan determinados elementos para que pretendan una valoración o desvaloración de aquello que califican y que influye en su significado" ⁽⁷³⁾.

II.1.c) En el contexto de este plan de operaciones Cristino Nicolaides -Jefe de la VII Brigada de Infantería- le ordenó a Jorge Alcides Larrateguy, Jefe del Area 233, "por motivos de indisciplina dentro de la población carcelaria" que dispusiera el traslado de trece detenidos alojados en la Unidad 7 del Servicio Penitenciario Federal y en la Unidad Regional 1 de la Policía de la Provincia del Chaco a la Unidad 10 del Servicio Penitenciario Federal ubicada en la ciudad

⁷³. **Soler Costa:** "El discurso político como marco de relaciones de poder asimétricas", publicado en *Tejuelo*, N° 11, Año 2011, pp. 128/144.

Poder Judicial de la Nación

de Formosa. La operación se denominaría "Encubrimiento Rojo" y el transporte se realizaría por medio automotor (cfr. teletipo de fs. 537).

La nómina de detenidos estaba integrada por Luis Ángel Barcos, Mario Cuevas, Luis Arturo Franzen, Manuel Parodi Ocampo, Néstor Carlos Salas, Patricio Blas Tierno, Carlos Alberto Duarte, Julio Andrés Pereyra, Alberto Díaz, Roberto Horacio Yedro, Reynaldo Amalio Zapata, Carlos Alberto Zamudio y Fernando Piérola.

Creo que es necesario examinar los motivos invocados: la *indisciplina de la población carcelaria*. Más allá de que no se ha incorporado ningún dato que justifique esa afirmación, resusta torpe que un militar de alto rango expresara por escrito la imposibilidad de superar esa presunta conflictividad pese a la ingente cantidad de recursos de los que disponía (cfr. declaración informativa de fs. 469/470). Quien no puede superar problemas de indisciplina de prisioneros reducidos a penosas condiciones físicas, menos aptitudes tendría para combatir a los grupos subversivos. La admisión expresa de sus limitaciones pone en evidencia la falsedad del motivo.

Sólo que si la causa fuese verdadera, la decisión de ordenar el traslado de los indisciplinados (en conjunto) a un centro de detención de menor seguridad, resultaría un contrasentido, que acentuaría el propio reconocimiento de su ineptitud. También sería infantil asignarle la sugestiva denominación "Encubrimiento Rojo" a una burocrática gestión penitenciaria.

En realidad, el nulo soporte argumental de la orden de traslado pone en evidencia su verdadera finalidad, que se cumplió: el asesinato de los trasladados en el paraje rural próximo a

Margarita Belén, esto es el "ENCUBRIMIENTO ROJO".

II.1.d) En la declaración informativa prestada por Jorge Alcides Larrateguy (fs. 348/349), modificó el motivo que justificaba el traslado: "que por comentarios que le efectuaron los Directores de la Unidad Carcelaria Siete y de la Alcaidía Policial existían problemas con los internos que los preocupaban por sus conexiones con miembros de la organización que estaban en la clandestinidad y con quienes mantenían contactos a través de sus visitantes". Resultan palmarias las contradicciones entre quien dio la orden de traslado y quien la recibió. No obstante ambas son falsas si se relacionan los motivos aducidos y la decisión adoptada. Si -de algún modo- Larrateguy conoció esas conexiones no se advierte la razón para que no las utilizara como medio para aprehender a los subversivos que estaban en la clandestinidad, como parte de la "guerra contra el terrorismo".

Lo cierto es que los cautivos fueron reunidos en la Alcaidía Policial, en cuyo comedor fueron sometidos a torturas cuya intensidad fue superior a la habitual en los centros de detención. La obvia intención era menguar las ya flacas energías de los prisioneros para impedir que resistieran lo que sobrevendría.

Los detenidos fueron entregados a Athos Gustavo Renes, jefe del grupo de traslado integrado por los oficiales Patetta (declaración de fs. 427/428); Riquelme (declaración de fs. 429/430); Carnero Sabol (declaración de fs. 386/388); Simoni (declaración de fs. 389/390); Martínez Según (declaración de fs. 392/393); Reyes (fs. 423/424); Losito (fs. 425/426) y Tozzo (su carácter de integrante de la comitiva se evaluará al tratar su participación). Aparentemente e con-

Poder Judicial de la Nación

ducían en dos camiones militares y delante de ellos se desplazaba un móvil policial ocupado por los oficiales Carballo y Chas y los suboficiales Vargas y Cabral, integrantes de la Policía del Chaco.

De las constancias de la causa surge que el presunto traslado se inició entre las 03:30 y las 04:00 del Lunes 13 de Diciembre de 1976. No hace falta una inteligencia muy trabajada para advertir que si la finalidad real del traslado era la conducción de los trece presos hasta Formosa, los recaudos de seguridad serían ridículos. Así lo evidencia el reducido número de custodios, que todos fuesen oficiales encargados de tareas diversas a las que habitualmente desempeñaban, que se practicara en horas de la madrugada sobre la Ruta Nacional N° 11 con numerosos caminos transversales, que se conociera que los cautivos mantenían conexiones con otros compañeros en la clandestinidad, etcétera.

Por cierto, dado el escaso tiempo transcurrido entre el momento en que se dio la orden y el que ésta se cumplió, resulta inverosímil la posibilidad de que tuvieran conocimiento de ella integrantes de un grupo de ataque, quienes con toda celeridad programaran el asalto a un convoy, ignorando la hora de partida y el destino, como también la capacidad de respuesta del grupo de militares y el número de ellos.

La fábula del ataque es inconsistente al extremo, en grado insoportable. Si una maniobra de "ENCUBRIMIENTO ROJO" hubiese sido tan fácilmente detectable por un grupo subversivo, que dispuso de los medios para atacar el contingente y el resultado de la misión de traslado fue el asesinato de todos los detenidos, al menos

Nicolaides, Larrateguy y Renes deberían haber sido separados inmediatamente de funciones que no estaban en condiciones mínimas de desempeñar.

La ineluctable conclusión es que el "ataque" del grupo subversivo no existió y que fueron los propios militares quienes asesinaron a los trece prisioneros trasladados, a otros dos (Ema Cabral y Alcides Bosch) a quienes se hizo pasar por miembros del comando insurgente y, probablemente, a otros más, dato éste que aún no se ha investigado.

II.1.e) Esta sentencia no estaría desprovista de fundamentos si afirmara que el supuesto asalto al convoy militar no existió, que los prisioneros no eran trasladados hasta Formosa y que la "Masacre de Margarita Belén" fue un ataque, sistemáticamente planificado, ejecutado y encubierto por integrantes de un grupo de poder estatal organizado para perpetrarla. Su única finalidad fue la de asesinar a un grupo de presos políticos, eliminándolos físicamente y amedrentando a otros cautivos y al resto de la población civil (cfr. sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en la sentencia de la causa 13/84, caso de Patricio Blas Tierno).

Debo ser leal a mis convicciones y reconocer que el motivo último del vil sacrificio, fue funcional a la instalación de la idea de un accionar subversivo que había que aniquilar, subterfugio que -en realidad- encubría el ilegítimo despojo de la riqueza nacional por grupos de poder concentrados, cuya incapacidad para hacerse del poder por vías democráticas los llevó a poner al servicio de su ambi-

Poder Judicial de la Nación

ción oligárquica al estamento militar.

No fueron, entonces, los militares quienes recuperaron las instituciones democráticas. La bochornosa derrota en una guerra idiota y el compromiso inculdicable de los "oponentes" posibilitó que -con tremendas contradicciones intermedias- la realidad se fuera reconstruyendo con cada quien ocupando el lugar que eligió. Aquel sacrificio de jóvenes apresuradamente idealistas, luchadores, inconformistas, no fue en vano, por doloroso que haya sido.

II.2) Los resultados lesivos de la Masacre de Margarita Belén.

II.2.a) Las partes acusadoras han ofrecido como prueba la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, dictada el 9 de Diciembre de 1985, en la causa 13/84 caratulada "Causa originariamente instruída por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", invocándola tanto en los requerimientos de elevación a juicio, como en algunos de los alegatos.

En la referida sentencia, en el apartado cuarto: "Los casos: Hechos que los integran", fueron analizados los daños padecidos por Julio Andrés Pereyra (Caso N° 673), Reynaldo Amalio Soñaz (sic) (Caso N° 674), Roberto Horacio Yedro (Caso N° 676) y Fernando Piérola (Caso N° 682). En todos, el tribunal consideró: "Ante la identidad que guarda este caso con el tratado en el nº 678, y la comunidad de prueba, corresponde remitir a las consideraciones efectuadas al respecto, por resultar de integra aplicación al presente".

A su turno, la Corte Suprema, en el fallo anotado en Fallos 309:1689, confirmó la sentencia antes referida, con las únicas excepciones de las privaciones ilegítimas de la libertad de Mario Romero (caso 330) y de Guillermo F. Puerta (caso 533), de los que fue absuelto Roberto E. Viola ⁽⁷⁴⁾ y de los hechos de robo en perjuicio de Carmen G. Florani (caso 282), Jorge O. Cardozo (caso 284) y Américo O. Abrigo (caso 286), de los que fue absuelto Ramón Agosti ⁽⁷⁵⁾.

II.2.b) El caso N° 678 se refería a los hechos que damnificaron a Patricio Blas Tierno. En el tratamiento de la cuestión, el tribunal anticipó su conclusión:

"Los testimonios prestados ante este Tribunal, que se valoran a continuación, y los elementos de convicción que surgen de las actuaciones judiciales y administrativas labradas con mucha posterioridad al hecho que se investiga en autos, permiten determinar en forma por demás fehaciente que no solamente fue abatido Patricio Blas Tierno sino que también corrieron igual suerte sus compañeros de cautiverio y de traslado Luis Angel Barco, Mario Cuevas, Luis Arturo Franzen, Manuel Parodi Ocampo, Néstor Carlos Sala, Carlos Alberto Duarte, **Julio Andrés Pereyra, Fernando Gabriel Piérola**, Luis Alberto Díaz, **Ricardo Amalio Zapata Soñaz, Roberto Horacio Yedro** y Carlos Alberto Zamudio".

II.2.c) Para arribar a esa conclusión, se meritua-

⁷⁴. Por unanimidad.

⁷⁵. Voto de los Ministros Belluscio, Caballero y Fayt.

ron los testimonios de Raúl Tierno, Víctor Carlos Marchesini, Edwin Tissembaum, Antonio Ricardo Ufferer, Gregorio Magno Quintana, Omar Rafael Solís, Amanda Regina Mayor de Piérola, María Cristina Ferreira de Zamudio y Mirta Susana Clara de Sala. Además, las declaraciones prestadas en la causa 170/83 -en trámite ante el Juzgado Federal de Resistencia- por Antonio Eduardo Zárate, José Niveyro, Walter Valentín Medina, Juan Carlos Goya, Juan Fernández, Ricardo F. Ilde, Julio Argentino Cossio y Aníbal Ponti.

Se analizaron las contradicciones que surgían de los informes requeridos a las autoridades militares y policiales, la ausencia de elementales recaudos que debieron adoptarse si, como se afirmó, había existido un enfrentamiento, las confusas informaciones que recibieron los familiares de las víctimas y otras inconsistencias de similar laya.

El Tribunal, en base a ese cuadro probatorio, consideró:

"Todos estos elementos de prueba anteriormente reseñados llevan al Tribunal a la convicción de que se ha tratado de encubrir un accionar que en nada se aproxima a la versión oficial. El día inhábil en que se produjeron los hechos; su modalidad; las noticias contradictorias existentes proporcionadas por fuentes absolutamente fidedignas como son las emanadas del Ejército; las órdenes y contraórdenes relacionadas con este "enfrentamiento"; lo que surge de los dichos contradictorios de los policías Cenique, a la sazón Jefe de la Policía y Alvarez Paz, alto funcionario policial en cuanto al desconocimiento del

primero de casi todo lo relacionado con este hecho, al contrario de lo afirmado por el segundo, nótese que ambos estuvieron en forma inmediata en el lugar de los hechos (confr. fs.535/538 vta. y 548/549 de la causa 231 citada); la poca diligencia para tratar de individualizar los cadáveres, no identificados mediante rastros dactilares; la hora inoportuna en que se produjo el traslado de los detenidos, cuando aún no había salido el sol, sin contar con que el manto de la noche cubría el operativo posibilitando cualquier sorpresa; la total ausencia de aviso a Unidad 10, presunto destino, como consta en autos en forma por demás insólita; la omisión de vigilancia o apoyo; la falta de peritajes de práctica; la no intervención judicial en la esfera castrense; la renuencia para entregar los cadáveres de las víctimas a sus familiares a los que incluso llegó a ocultársele el hecho del fallecimiento, como está expresado en autos y demás antecedentes mencionados anteriormente, contribuyen a trazar un cuadro que permite a esta Cámara **afirmar que Patricio Blas Tierno y sus compañeros en la columna antes citada, fueron muertos por las fuerzas encargadas de su traslado** y no por elementos subversivos como oficialmente se anunció".

II.2.d) En el apartado octavo del fallo: "Atribuidad", se juzgó que Jorge Rafael Videla era autor doloso, entre otros delitos, de **Homicidio agravado por alevosía y por haber sido perpetrado por tres personas, por lo menos, reiterado en cincuenta oportunidades -arts. 55 y 80 incs. 2º y 6º, del Código Penal-**, inclu-

Poder Judicial de la Nación

yendo como víctimas a Julio Andrés Pereyra (Caso N° 673), Reynaldo Amalio Zapata Soñéz (Caso N° 674), Roberto Horacio Yedro (Caso N° 676) y Fernando Piérola (Caso N° 682), los que fueron concursados realmente. El causante fue condenado por estos y otros delitos a cumplir las penas de reclusión perpetua e inhabilitación perpetua.

Resulta necesario señalar que a Videla se le atribuyeron además trescientos seis hechos calificados como privación ilegal de libertad, calificados por haber sido cometidos con violencia y amenazas, -arts. 2, 55, 144 bis, inc. 1° y último párrafo, del Código Penal en la redacción de la ley 14.616, en función del art. 142, inc. 1° del mismo código según texto de la ley 20.642-, entre los que no se incluían los descriptos en los casos 673, 674, 676 y 678.

II.2.e) En las conclusiones del Informe Final de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco, aprobado por la Resolución N° 87/85 de ese cuerpo legislativo, en relación a la "Masacre de Margarita Belén" se afirmó: "DETALLE DE LA EJECUCION: DÍA 13-12-1976: HORA 03,30. Los prisioneros son retirados de los lugares donde estaban alojados; son torturados, las mujeres violadas; tres varones fueron castrados y llegaron casi muertos al lugar de la ejecución; luego la columna se pone en movimiento hacia Margarita Belén. HORA 06,30: Sobre un camino lateral próximo a la localidad de Margarita Belén se lleva a cabo la ejecución de 21 subversivos: mujeres: 4; varones: 17. Los que van a ser ejecutados son colocados en distintos vehículos, totalmente maniatados y debilitados por la tortura. Se efectúan disparos con distintas armas para dar la impresión de un enfrentamiento. En el Peugeot

504, en el lugar del volante se lo coloca al subversivo SALAS, inmovilizado, y desde un metro de distancia el Teniente Primero PATETA, lo ejecuta con un disparo de Itaca que le destroza la cabeza a Sala. Luego los presentes de una distancia de 40 metros disparan un total de sesenta tiros de Fal y matan a los otros tres ocupantes del Peugeot. A los demás prisioneros se los ejecuta de manera similar en los distintos vehículos empleados. El pacto era: que todos los presentes debían efectuar disparos sobre los prisioneros para evitar arrepentimientos posteriores".

II.2.f) En virtud de la Ley Provincial N° 5.582, se creó la "Comisión Provincial por la Memoria", que funciona en el ámbito del Ministerio de Educación, Ciencia, Cultura y Tecnología del Gobierno Provincial, autoridad de aplicación de la ley. Entre las funciones asignadas a la Comisión Provincial por la Memoria se encuentra la de "Crear y administrar el Registro Único de la Verdad" (artículo 3°, inciso k). En virtud del artículo 7° de la ley se instituyó el "Registro Único de la Verdad" cuyo objetivo es la implementación de una base de datos unificada que reúna información sobre la verdad de lo acontecido en los casos de personas que hayan sido víctimas de desapariciones forzadas, muerte, sustracción de menores, cambio de identidad y demás violaciones de los Derechos Humanos.

Puesto que la información del registro es pública, según la ley provincial citada, he compulsado los datos incluidos en el sitio web institucional (comisionporlamemoria.chaco.gov.ar). Respecto a Reynaldo Zapata Soñéz, se indica que nació en Paraná, Entre Ríos, el 16 de Mayo de 1941. "Fue asesinado en la Masacre de

Margarita Belén a los 35 años". De Fernando Gabriel Piérola, se informa que nació en Paraná, Entre Ríos, el 25 de Junio de 1952. "Fue asesinado en la Masacre de Margarita Belén a los 24 años". En relación a Julio Andrés Pereyra, se dice que nació en Formosa, el 20 de Mayo de 1950. "Fue asesinado en la Masacre de Margarita Belén a los 25 años". De Roberto Horacio Yedro, consta que nació en Corrientes, el 7 de Mayo de 1949. "Fue asesinado en la Masacre de Margarita Belén a los 28 años" ⁽⁷⁶⁾.

II.2.g) Finalmente, forma parte del plexo probatorio la declaración informativa prestada ante la instrucción militar por Jorge Alcides Larrateguy (fs. 348/349), quien -al describir- las maniobras de captura de los presuntos evadidos- señaló como al pasar que "cinco de los trasladados no murieron en ese enfrentamiento ni fueron recapturados durante los patrullajes".

Según la orden de traslado de fs. 537 y la comunicación de fs. 201, los cautivos que debían ser trasladados eran trece; del informe de fs. 71 figuran como inhumados en el Cementerio de Resistencia ocho de ellos (Díaz, Tierno, Cueva, Duarte, Parodi Ocam-

⁷⁶. La información se incluye en la sección "Contenidos Educativos" en la que se distingue la información arriba transcrita, de los casos de Dora Noriega ("probablemente asesinada en la masacre de Margarita Belén"), Eduardo Fernández ("es posible que haya sido asesinado en la Masacre de Margarita Belén"), Raúl Antonio Méndez ("presumiblemente fusilado en la Masacre de Margarita Belén"), Ramón Luciano Díaz ("probablemente asesinado en la Masacre de Margarita Belén") y de Ramón Vargas ("probablemente asesinado en la Masacre de Margarita Belén"). La naturaleza conjetural de estas conclusiones, revela las diferencias respecto a las formuladas sobre las situaciones de Yedro, Zapata Soñéz, Piérola y Pereyra, claramente asertivas.

po, Franzen, Salas y Barco), lo que determina un faltante de cinco prisioneros: Zamudio, Piérola, Zapata Soñéz, Pereyra y Yedro.

Respecto a Carlos Alberto Zamudio, en la nota de fs. 203, fechada el 30 de Diciembre de 1976, el militar Miguel Aurelio Baguear le informó a la madre de la víctima que su hijo había perdido la vida en el "ataque" del 13 de Diciembre de 1976. La afirmación del funcionario fue categórica, al punto que afirmó. "El cadáver se encuentra a disposición de la Jefatura de Area 232 - MISIONES".

Sin embargo, el mismo Coronel, en la nota de fs. 264, del 4 de Enero de 1976, dirigida a la Sra. Zamudio rectifica el dato anterior aclarando que Carlos Alberto "logró fugarse de la custodia militar, juntamente con otros delincuentes subversivos que se encuentran actualmente prófugos", agregando que su deceso se produjo en un enfrentamiento ocurrido en el interior de la Provincia de Misiones en la noche del 16 de Diciembre de 1976.

La confrontación del contenido de ambas notas, sólo permite tener por verdadera a la primera, por su precedencia cronológica y por sus meridianas informaciones.

La segunda nota es producto de la reconfiguración de la versión oficial aportada por Larrateguy, según la cual "cinco de los trasladados no murieron en ese enfrentamiento ni fueron recapturados durante los patrullajes". De tal suerte, tomando como base a la lista original de "trasladados", se sugiere que los otro cuatro "prófugos" eran Yedro, Piérola, Zapata Soñéz y Pereyra.

No es ajena a esta maniobra la nota que consta a fs. 172 por la que el Jefe de la Alcaldía de la Policía del Chaco, Ra-

Poder Judicial de la Nación

món Francisco Núñez, comunicó al Director de la Cárcel de Formosa la remisión de cinco detenidos: Días, Yedro, Zapata Soñéz, Julio Andrés Pereyra y Gabriel Fernando Piérola, por orden de Larrateguy. En primer lugar, se había ordenado el traslado de trece detenidos, según consta en la orden obrante a fs. 201 y en el informe del propio Núñez agregado a fs. 204, pero más singular aún es que la comunicación está fechada el 13 de Diciembre de 1976, luego de producida la Masacre.

Ahora bien, pese a que la identidad de los presuntos prófugos era conocida y que éstos se encontraban en pésimas condiciones físicas, la mayor parte de quienes integraban el comité de traslado fueron relevados de las tareas de búsqueda de manera casi inmediata, según surge de las declaraciones informativas de Carlos Marcelo Carballo (fs. 234/235); Alfredo Luis Chas (fs. 354); Athos Gustavo Renes (fs. 382/ 384); Jorge Daniel Carnero Sabol (fs. 386/388); Ernesto Jorge Simoni (fs. 389/390); Alfredo Héctor Martínez Según (fs. 392/ 393); Horacio Losito (fs. 425/426) y Germán Emilio Riquelme (fs. 429/ 430). Ya hemos explicado porqué no consideraremos la declaración prestada en sede militar por el imputado Tozzo.

Por el contrario, Ricardo Guillermo Reyes (declaración de fs. 423/424) y Luis Alberto Patetta (declaración de fs. 427/428), reconocieron haber integrado las patrullas de búsqueda de los "prófugos", "sin resultado alguno", "sin novedad".

Más allá de la responsabilidad penal que pudiere corresponderles a los "atacantes" y a los "trasladados prófugos" (según la versión militar), lo cierto es que los integrantes de la patrulla y su superior jerárquico (Larrateguy), podrían encontrarse incursos

en alguna de las infracciones previstas por el artículo Tratado Tercero, Libro II, Título XV ("Evasión de Presos y Prisioneros") del Código de Justicia Militar, bien fuera en la prevista por el artículo 866 del citado digesto: "Si la fuga de presos o de prisioneros de guerra, tuviere lugar por negligencia del personal militar encargado de su vigilancia, custodia o conducción, se impondrá destitución u otra sanción disciplinaria, en el primer caso, y prisión menor, en el último"; o en la tipificada por el artículo 739 del mismo cuerpo normativo: "Si el militar encargado de escoltar un convoy, se hubiere separado de éste, en todo o en parte, por efecto de su negligencia, será reprimido, en tiempo de guerra con prisión mayor, y en tiempo de paz, con prisión menor o sanción disciplinaria (cfr. artículos 549 y 551 del CJM). Por tal razón, Nicolaides debió ordenar la instrucción de un sumario "comprobar la existencia de alguno de los hechos que este código reprime" (artículos 178 y 181, inciso 1°, del CJM y 7° -inciso 1°- de la ley *de facto* 19.101⁽⁷⁷⁾).

Veamos: si el Jefe de la VII Brigada de Infantería (Nicolaides) impartió al Jefe del Area 233 (Larrateguy) la orden de trasladar desde Resistencia a Formosa a trece detenidos y el resultado objetivo del mandato (*sin contar los fusilamientos*) fue la evasión de cuatro o cinco de ellos, resultaba evidente la obligatoriedad de investigar por parte de la autoridad competente (el Juez de Instrucción Militar) la posible negligencia en que habría incurrido "el personal militar encargado de su vigilancia, custodia o conducción", a requerimiento del jefe con mando superior (artículo 12 de la ley *de facto* 19.101).

⁷⁷. Boletín Oficial N° 22.218, del 30 de Junio de 1971.

Tal como se señala en la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal dictada en la Causa 13/84: "Contrariando las normas legales vigentes, no se sustanció sumario alguno luego de este "enfrentamiento" a fin de deslindar posibles responsabilidades" (Apartado IV - Los casos: Hechos que los integran; Caso N° 678: Patricio Blas Tierno").

El análisis de las pruebas señaladas y de la normativa vigente en la época de perpetración de los hechos viene a confirmar que se sabía -desde el mismo Lunes 13 de Diciembre de 1976- que Piérola, Zapata Soñéz, Pereyra y Yedro habían sido asesinados en la Masacre de Margarita Belén. Confirman esta valoración el dato aportado por Larrateguy (fs. 348/ 349), conforme al cual las tareas de búsqueda finalizaron en horas de la tarde del 14 de Diciembre de 1976; el hecho de que las detenciones de Piérola y de Yedro se ordenaran varios meses después y que las capturas de Pereyra y Zapata Soñéz nunca fueran decididas. Estos datos cobrarían aún mayor relevancia si fuese cierto (aunque no lo es) que uno de los trasladados prófugos (Carlos Alberto Zamudio) se reintegró a las actividades insurgentes, siendo asesinado en otro "enfrentamiento" en el interior de la Provincia de Misiones.

II.2.h) He leído atentamente los requerimientos de elevación a juicio y he escuchado cada uno de los alegatos acusatorios, sin llegar a comprender cuál es el dato fáctico que, aún valorado como indicio, permita concluir que las víctimas o algunas de ellas sobrevivieron a los fusilamientos del 13 de Diciembre de 1976 y permanecieron privados de su libertad por más de un mes, cual es la hipóte-

sis acusatoria, que abarca la agravante prevista por el artículo 142, inciso 5°, del Código Penal.

La prudente valoración de las pruebas rendidas en la audiencia de debate, ha formado en mí la convicción de que Fernando Gustavo Piérola, Reynaldo Amalio Zapata Soñéz, Roberto Horacio Yedro y Julio Andrés Pereyra fueron asesinados en la misma oportunidad y del mismo modo que los demás integrantes del contingente de prisioneros.

La enorme diferencia es que sus restos mortales no han sido localizados aún.

Dentro de la dinámica perversa como fue planificada la masacre, conspiraría contra la impunidad buscada por sus perpetradores (ver las declaraciones prestadas ante la instrucción militar) el permitir que hubiese sobrevivientes y, en tales condiciones, potenciales testigos de los bárbaros hechos.

Sucedió, en cambio, que hubo un fallido despliegue tendiente a encubrir la matanza. Se fingió que la caravana militar fue atacada por un grupo insurgente y que, en la confusión del "combate", algunos de los prisioneros lograron fugarse, sin ser recapturados. Esta construcción ficcional importó la presurosa sepultura de los restos de Ema Cabral y de Alcides Bosch y la comunicación a la madre de Carlos Zamudio (rectificando la primer versión) que su hijo había sido abatido en un enfrentamiento en la Provincia de Misiones.

Con malevolencia, el encubrimiento incluyó el ocultamiento de los cuerpos muertos de Yedro, Pereyra, Zapata Soñéz y Piérola. No se sabe, cuáles fueron las razones por las que se los se-

Poder Judicial de la Nación

leccionó para ocultar sus restos mortales y, aún, se ignora dónde están.

Pero, del hecho cierto de que los restos mortales de las víctimas no hayan sido localizados, no es posible derivar linealmente la conclusión de que sobrevivieron a la masacre y que permanecieron privados de su libertad durante más de un mes. La idea de que aún continúan en esa condición es imposible de sostener, derechamente: inimaginable.

Es preciso insistir sobre la cuestión, pues -en definitiva- gravitará sobre la calificación legal de los resultados lesivos que se atribuyen a Tozzo. Los acusadores, no han aportado ninguna línea de razonamiento que permita arribar a conclusiones diferentes sobre el destino de las víctimas que aquel que se consideró acreditado en la sentencia que ofrecieron como prueba ⁽⁷⁸⁾, sin que puedan ser subrogados en el cumplimiento de esa carga procesal por este Tribunal.

II.2.i) De manera bastante realista, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido: "No puede admitirse el argumento del Estado en el sentido de que la situación misma de la indeterminación del paradero de una persona, no implica que hubiese sido privada de su vida, ya que "faltaría... el cuerpo del delito", como lo exige, según él, la doctrina penal contemporánea. Es inacep-

⁷⁸. Parcialmente confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sólo modificó la naturaleza de la participación atribuida a Videla, sin examinar la materialidad de los hechos considerados en los casos juzgados en la presente causa.

table este razonamiento puesto que bastaría que los autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores, quienes en estas situaciones pretenden borrar toda huella de la desaparición" ⁽⁷⁹⁾.

También ha señalado el Tribunal Internacional: "La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención" ⁽⁸⁰⁾.

"De las circunstancias que rodearon la debelación del Penal San Juan Bautista y del hecho de que ocho años después de ocurrida no se tengan noticias del paradero de las tres personas a que se refiere el presente caso, del reconocimiento del señor Ministro de Relaciones Exteriores en el sentido de que las víctimas no aparecieron dentro de los sobrevivientes y de que "tres de los [cadáveres no identificados] sin duda corresponden a esas tres personas" y del uso desproporcionado de la fuerza, se desprende la conclusión razonable de que ellos fueron privados arbitrariamente de su vida por las fuerzas peruanas en violación del artículo 4.1 de la Convención"

⁷⁹. Corte IDH, sentencia C-34, del 3 de Noviembre de 1997: "**Caso Castillo Páez v. Perú**", § 73.

⁸⁰. Corte IDH, sentencia C-4, del 29 de Julio de 1988: "**Caso Velázquez Rodríguez v. Honduras**", § 157.

Poder Judicial de la Nación

(81)

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán ha sostenido: "No hay ningún indicio que permita creer que las personas víctimas de desaparición forzada durante el Terrorismo de Estado se encuentren actualmente con vida. Por el contrario, ha sido probado judicialmente el sistema de desaparición y exterminio que implementaron las fuerzas usurpadoras del poder a la fecha que sucedieron los hechos. Así, ha quedado comprobada la implementación de un plan sistemático que consistía en el secuestro- tortura- detención clandestina- eliminación- ocultamiento del cadáver para lograr la impunidad (Causa 13/84)" ⁽⁸²⁾.

En el Informe Final de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, denominado "Nunca Más (Capítulo I, F), apartado final: "Por qué la desaparición de los cadáveres"), se afirmó: "Es muy difícil para nosotros, después de la dura y compleja tarea realizada en busca de los detenidos-desaparecidos vivos, aceptar que muchos de ellos están muertos, y que sus cuerpos han sido diseminados o destruidos en cumplimiento de una planificada política enderezada también a su desaparición". Se enuncian -seguidamente- las probables razones: "estos muertos sin nombre encuadran dentro de la misma lógica que decidió la desaparición forzada de personas: al

⁸¹. Corte IDH, sentencia C-20, del 19 de Enero de 1995: "**Caso Neira Alegría y otros v. Perú**", § 76.

⁸². Sentencia del 4 de Septiembre de 2008: "**Vargas Aignasse, Guillermo s/Secuestro y Desaparición**"; Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca, sentencia del 6 de Noviembre de 2012: "**Bayón, Juan Manuel y otros**"; Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Rosario, sentencia del 1° de Marzo de 2013: "**Muñoz, Jorge y otros**"; entre otros.

borrar la identidad de los cadáveres se acrecentaba la misma sombra que ocultaba a miles de desaparecidos cuya huella se perdió a partir de las detenciones y secuestros"; "fue otra de las formas de paralizar el reclamo público, de asegurarse por un tiempo el silencio de los familiares"; "también se pretendió con ello bloquear los caminos de la investigación de los hechos concretos, diluyendo en el ocultamiento de las acciones la asignación individual de responsabilidades; así se lograba extender el cono de sospecha a una gran parte de los funcionarios militares"; "impedir por todos los medios que se manifestara la solidaridad de la población y, con ello la secuela de protestas y reclamos que generaría en el país y en el exterior el conocimiento de que detrás del alegado propósito de combatir a la minoría terrorista, se consumó un verdadero genocidio".

La Corte del Distrito Norte de California precisó: "El 24 de marzo de 1976 los comandantes de las Fuerzas Armadas tomaron el gobierno de la presidente Perón. La junta militar continuó el "estado de sitio" y promulgó una legislación que preveía que los civiles acusados de delitos de subversión debían ser juzgados por la jurisdicción militar. Véase, por ejemplo, la Ley 21.264. En el período comprendido entre 1976 y 1979, decenas de miles de personas fueron detenidas sin cargos por el ejército, y **se estima que más de 12.000 fueron "desaparecidos", para nunca ser vistos otra vez"** ⁽⁸³⁾.

⁸³. United States District Court for the Northern District of California, octubre 6 de 1987: "**Forti, Alfredo et al. v. Suarez Mason**" ["On March 24, 1976 the commanding officers of the Armed Forces seized the government from President Peron. The ruling military junta continued the "state of siege" and caused the enactment of legislation providing that civilians ac-

"El 24 de marzo del 76 una junta militar integrada por Videla, Massera y Agosti tomó el poder. A través del trabajo de la CONADEP, nos enteramos de la existencia de 350 "centros de detención ilegales" (llamado "CCD") en la Argentina por la ferocidad de la dictadura militar sangrienta. Trescientos cincuenta Auschwitz, Mauthausen y campos de concentración de Dachau, verdad "oculta", donde fueron "deportados" en su mayoría jóvenes de entre 20 y 25 años. Por lo tanto secuestrados en sus hogares, durante su sueño, en medio de la noche, o llevados a la carretera, impotentes, a continuación, con los ojos vendados, encapuchados, tirado en un viejo "Ford Falcon", sin placa ni matrícula. Y llevados a esos centros, donde fueron torturados durante mucho tiempo con la "picana eléctrica" en todas las partes del cuerpo, y **luego se los hizo "desaparecer"** (de ahí el neologismo notorio de "desaparecidos") **con la llamada "fuga de muerte"**, arrojados vivos al Río de la Plata o al océano Atlántico desde aviones Skyvan antiguos, Hércules, o Electra, después de haber sido desnudados y aturdidos con inyecciones de "pentotal" ⁽⁸⁴⁾.

*cused of crimes of subversion would be judged by military law. See, e.g., Law 21.264. In the period from 1976 to 1979, tens of thousands of persons were detained without charges by the military, and it is estimated that more than 12,000 were "disappeared," never to be seen again"], citado en el fallo de la U.S. 9th. Circuit Court of Appeals, Mayo 22 de 1992: "**Siderman de Blake v. Republic of Argentina**".*

⁸⁴. Ministerio Público Fiscal de Roma, Requerimiento de Elevación a Juicio en la causa "**Massera, Emilio Eduardo y otros**" ["El 24 marzo del '76 una Giunta Militare composta da Videla, Agosti e Massera prende dunque il potere. Attraverso il lavoro della CONADEP ("Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas"), istituita dal neo-Presidente Alfonsín, si sarebbe infatti appreso dell'esistenza di ben 350 "centri clandestini di detenzione" (i cosiddetti "CCD") nell'Argentina insanguinata dalla ferocia della dit-

II.2.j) Así descritto el panorama, media una insalvable contradicción lógica entre la materialidad de los hechos que se consideraron acreditados en la sentencia de la causa 13/84 y que - en el presente juicio- se haya estimado que las víctimas (Fernando Gustavo Piérola, Roberto Horacio Yedro, Julio Andrés Pereyra y Reynaldo Amalio Zapata Soñéz) sobrevivieron a la matanza y fueron privados de su libertad durante más de un mes. Necesariamente, una de las dos proposiciones es falsa, porque se excluyen entre sí. Deploro el tener que decirlo de este modo: no puede seguir privado de su libertad durante más de un mes quien ha sido asesinado.

En tal orden de ideas, las reglas extraditorias vigentes -en los supuestos en que el requerido deba ser juzgado- no limitaban, las funciones de los órganos competentes del país requirente, salvo en lo que respecta a la acreditación del tiempo cumplido en prisión preventiva y el monto máximo de pena que podía imponérsele al causante, si fuera condenado. El resultado del juicio previo no debe ser -necesariamente- simétrico con los términos en que fue concedida la extradición, pues el proceso jurisdiccional que la precede tiene,

tatura militare. Trecentocinquanta Auschwitz, Mauthausen e Dachau, veri e propri campi di concentramento "occulti", dove venivano "deportati" giovani in prevalenza tra i 20 ed i 25 anni. Per lo più sequestrati nelle loro case, nel sonno, nel cuore della notte, oppure presi per strada, inermi, e quindi bendati, incappucciati, buttati su vecchie "Ford Falcon" prive di targa. E condotti in questi centri, dove sarebbero stati a lungo torturati con la "picana elettrica" in ogni parte del corpo, e poi fatti "sparire" (di qui il tristemente noto neologismo di "desaparecidos") con i cosiddetti "voli della morte", gettati vivi nel Rio de la Plata o nell'Oceano Atlantico da vecchi aerei Skyvan, Hercules o Electra, dopo essere stati denudati ed intontiti con iniezioni di "Pentothal"].

como ya explicamos, un ámbito cognoscitivo limitado a los aspectos formales del pedido y no cancela, ni limita, sino que -por el contrario- habilita el ejercicio -menguadamente restringido- de las facultades persecutorias del Ministerio Público (artículo 120 de la Constitución Nacional) y de las jurisdiccionales de los tribunales nacionales (artículo 116 de la Constitución Nacional).

En realidad, el tema está específicamente considerado en el artículo 4° del Acuerdo de Extradición celebrado entre los países del Mercosur: "Modificación de la Calificación del Delito". Si la calificación del hecho constitutivo del delito que motivó la extradición fuere modificada posteriormente durante el proceso en el Estado Parte requirente, la acción no podrá proseguir, a no ser que la nueva calificación permita la extradición". Luego, si la fallida calificación original (privación ilegítima de la libertad agravada), se modificaba - durante la tramitación del proceso- por la de crímenes de lesa humanidad, limitados en su tipicidad y punibilidad por las disposiciones penales de derecho interno simétricas de los subtipos de los crímenes del derecho general internacional, la acción podía proseguir pues - como se explicó- esta calificación más que permitir, obliga a extraditar, juzgar y, si correspondiere, condenar a sus partícipes, y no constituía un "delito distinto" que exigiera acudir al trámite previsto por el artículo 14, incisos 1.b) y 2, del Acuerdo de Extradición.

Tal modificación no implicaría un quebrantamiento del orden público de Brasil, país que concedió la extradición.

El Código del Proceso Penal de Brasil ⁽⁸⁵⁾, prescribe que el juzgamiento de los homicidios calificados (*inter alia*, el previsto por el artículo 121, § 2, apartado IV - *à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*, que es considerado un crimen repugnante (*crime hediondo*) según lo previsto por el artículo 1º, apartado I, de la Ley 8.072), debe realizarse por jurado. En estos supuestos, la faz preparatoria está regulada por el Libro II, Título I, Capítulo II del Código Procesal Penal ⁽⁸⁶⁾. Durante la etapa instructoria, el artículo 418 faculta al Juez a dar al hecho una definición jurídica diversa a la que constare en la acusación, aunque el acusado quede sujeto a una pena más grave (*O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave*). También está autorizado, según el artículo 421, § 1º, a remitir los autos al Ministerio Público Fiscal cuando hubiese una circunstancia sobreviniente que altere la calificación del delito (*Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público*).

Ya en la etapa del Debate (Sección XII), el Fiscal debe ceñir la acusación a la formulada en las etapas anteriores (artículo 476) "sustentando, si fuese el caso, la existencia de circunstan-

⁸⁵. Decreto-Ley 3.689/41 (Diario Oficial da União del 13 de Octubre de 1941), modificado -en este tema- por La Ley 263 (Diario Oficial da União del 26 de Febrero de 1948).

⁸⁶. Según la redacción de la Ley 11.689 (Diario Oficial da União del 10 de Junio de 2008).

Poder Judicial de la Nación

cias agravantes" (*sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante*), pauta que también limita la decisión del jurado (artículo 483.V y § 3, apartado II).

En conclusión: no hubiese existido un incumplimiento malicioso del Acuerdo de Extradición celebrado entre los países del Mercosur, la modificación de la calificación legal de los hechos originalmente imputados a Tozzo, al menos en la etapa preparatoria, permitiendo que la República Argentina cumpliera cabalmente con el deber asumido ante la comunidad jurídica internacional de investigar, enjuiciar y, en su caso, condenar a los responsables por la perpetración de crímenes de lesa humanidad, objetivo explícitamente consignado en el Preámbulo y en las cláusulas del Acuerdo de Extradición aludido, al que adhirieran nuestros hermanos países Bolivia, Chile y Ecuador.

II.2.k) En cambio, la medida en que se encuentra habilitada la jurisdicción del Tribunal está dada por el contenido de las acusaciones ⁽⁸⁷⁾, ninguna de las cuales ha incluido -como tales- a los resultados lesivos que se consideraron probados en la causa 13/84: cuatro homicidios doblemente agravados por alevosía y el concurso premeditado de dos o más personas -casos 673, 674, 676 y 678- (artículos 80, incisos 2° y 6°, del Código Penal), por los que fuera con-

⁸⁷. Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículo 8.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 14.1; Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 10; Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre: artículo XXVI; Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal ("Reglas de Mallorca"), Principio Segundo, Numeral 1).

denado Jorge Rafael Videla en el fallo de la Causa 13/84. Como se comprenderá, entre las conductas de privar a otros de su libertad (contenido de las acusaciones formuladas contra Tozzo) y haber causado sus muertes median diferencias tan evidentes que impiden considerar que estos resultados lesivos integraron las acusaciones.

Asumo como altamente probable que el acotamiento de las acusaciones fue una consecuencia residual del fallido trámite extraditorio, lo que importa un reconocimiento a las calidades profesionales de los abogados que representaron a las partes acusadoras, que -por supuesto- no necesitan, pero que -en cambio- es un deber para mí hacer esta salvedad.

II.2.1) En razón de lo expuesto en los apartados anteriores, entiendo que no se ha acreditado -por parte de los acusadores- que las privaciones ilegítimas de la libertad de Fernando Gustavo Piérola, Roberto Horacio Yedro, Julio Andrés Pereyra y Reynaldo Amalio Zapata Soñéz se haya prolongado durante más de un mes desde el 13 de Diciembre de 1976. El hecho que -desde entonces- no se haya tenido noticia alguna de ellos, es un indicio dual que puede concurrir a probar la hipótesis acusatoria (prolongación de la privación de la libertad), como la aquí sostenida: que fueron asesinados en la fecha indicada y que sus restos mortales fueron ocultados como parte de las maniobras de encubrimiento.

Se ha probado -en cambio- que las víctimas fueron privadas de su libertad por un grupo de militares y trasladadas contra su voluntad desde la Alcaldía Provincial de Varones hasta el paraje rural -próximo a la localidad de Margarita Belén- donde fueron

Poder Judicial de la Nación

asesinados.

II.2.m) Desde el punto de vista opuesto, y aunque en las mociones acusatorias no se le haya asignado relevancia jurídica a la condición especial del autor: fue expuesto por los requirentes, admitido por el acusado y acreditado con las constancias de su legajo militar que, al tiempo de comisión de los hechos, se desempeñaba como Teniente Primero de Ingenieros, reuniendo así la calidad de funcionario público, conforme a lo previsto por el artículo 77 del Código Penal.

Si bien, en el caso de autos, la condición personal del inculcado, junto al elemento normativo que -seguidamente- consideraremos, se erige en una circunstancia agravante, ésta no ha sido introducida de oficio por el Tribunal, sino que -incluso- integra la defensa material del acusado, como se explicará al analizar su participación en los hechos punibles.

II.2.n) Idéntica consideración nos merece la prueba de que los hechos punibles aquí examinados fueron perpetrados con abuso de sus funciones por parte de quienes tomaron parte en su ejecución.

Ciertamente, desde 1974 se encontraba vigente en nuestro país una espúrea legislación que había extendido ilegítimamente las atribuciones de las autoridades militares en desmedro de las garantías individuales de sus habitantes. Como ya señalé, el Decre-

to 1.368/74 ⁽⁸⁸⁾ declaró el estado de sitio en todo el territorio nacional, sin que se acreditara la concurrencia de los supuestos de "conmoción interior" o "ataque exterior", exigidos por el artículo 23 de la Constitución Nacional, ni se acotasen su extensión temporal o geográfica.

Excediendo el alcance normativo de los incisos 15, 16 y 17 del artículo 86 de la Constitución Nacional, en su versión anterior a la reforma de 1994, el Poder Ejecutivo Nacional dictó -además- el el Decreto "S" 261/75 ⁽⁸⁹⁾, que disponía: "El Comando General del Ejército procederá a ejecutar las operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de elementos subversivos que actúan en la provincia de Tucumán" (artículo 1°), a tal efecto, se ponían bajo a su disposición y control operacional a la Policía Federal (artículo 2°) y a la Policía Provincial (artículo 3°).

Finalmente, El Lunes 6 de Octubre de 1975, el Presidente Provisional, en acuerdo general de ministros, emitió los Decretos 2.270/75, 2.271/75 y 2.272/75 que –en síntesis- representaron la abdicación de las atribuciones que el artículo 86 –incisos 15, 16

⁸⁸. B.O. del 6 de noviembre de 1974. Este decreto fue prorrogado por su similar 2.717/75 del 1° de Octubre de 1975. Reforzando sus efectos, se reglamentó el derecho de opción de salida del país (artículo 23 de la Constitución Nacional), extendiéndose los plazos de tramitación y asignándosele efecto suspensivo al recurso contra la sentencia afirmativa (Decreto 807/75, publicado en el B.O. del 7 de Julio de 1975). Finalmente, el derecho de opción sería directamente suspendido mediante la ley *de facto* 21.275 (B.O. del 29 de marzo de 1976).

⁸⁹. B.O. del 5 de Febrero de 1975.

y 17- de la Constitución Nacional deparaban al Presidente de la Nación a favor del Consejo de Defensa (integrado por los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas y –ficcionalmente- por el Ministro de Defensa), facultándolo a "ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país". La alternativa de "neutralizar" el accionar subversivo, contemplada como posibilidad en el Decreto 261/75, resultaba suprimida en la nueva fraseología belicista, lo que -bajo ningún aspecto- fue una casualidad.

Naturalmente, esta normativa era sustancialmente ilegítima. Sin embargo, sobre esta cuestión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estimó: "La Comisión reiteradamente ha subrayado la obligación que tienen los gobiernos de mantener el orden público y la seguridad personal de los habitantes del país. Con tal objeto, los gobiernos deben prevenir y reprimir, aun enérgicamente, los actos de violencia, ya sea que quienes los cometan sean funcionarios públicos o personas privadas, ya sea que sus motivaciones sean de orden político o no. En la vida de cualquier nación, las amenazas al orden público o a la seguridad personal de sus habitantes que emanan de personas o grupos que utilizan la violencia pueden llegar a alcanzar tales proporciones que exijan suspender temporalmente el ejercicio de ciertos derechos humanos. (...) Como ya se ha señalado, el camino del respeto al imperio del derecho no excluye, en ciertas circunstancias, la adopción de medidas extraordinarias; allí donde la situación de emergencia es verdaderamente grave, pueden imponerse ciertas restricciones, por ejemplo, a la libertad de información o limitarse el

derecho de reunión dentro de los límites que señala la Constitución. Incluso, en casos más extremos, las personas pueden ser detenidas por corto tiempo sin necesidad que se le imputen cargos específicos. Es cierto que estas medidas pueden llegar a significar el riesgo de que se pierda el imperio del derecho; pero aquello no es inevitable si los gobiernos actúan responsablemente; si registran los arrestos e informan a las familias de las detenciones; si dictan órdenes estrictas prohibiendo la tortura; si entrenan cuidadosamente las fuerzas de seguridad, eliminando de ellas a los sádicos o sicópatas; si, en fin, existe un Poder Judicial independiente dotado de suficientes atribuciones como para corregir con prontitud cualquier abuso de la autoridad" ⁽⁹⁰⁾.

Bajo estas premisas, el traslado de detenidos originalmente ordenado, no puede reputarse como manifiestamente ilegal. Incluso la legislación vigente autoriza el traslado de detenidos a otros establecimientos por razones disciplinarias ⁽⁹¹⁾.

II.2.ñ) Sin embargo, bajo la pátina de este procedimiento autorizado por la normativa de emergencia vigente, se encontraba el verdadero motivo del traslado que, como venimos insistiendo, fue la de asesinar a los cautivos. Así fue concebida, ordenada y ejecutada la Masacre de Margarita Belén.

⁹⁰. Comisión IDH, 11 de Abril de 1980: "**Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina**", Capítulo I.E b) "Límites de la acción represiva del Estado".

⁹¹. Cfr. artículos 87.h) de la Ley 24.660 (Boletín Oficial N° 28.436, publicado el 16 de Julio de 1996) y 19.h) del Reglamento de Disciplina para internos aprobado por el Decreto 18/1997 (Boletín Oficial N° 28.563, del 14 de Enero de 1997).

Poder Judicial de la Nación

En la profusa normativa represiva, pública y secreta, no es posible encontrar alguna norma que autorizara la ejecución extrajudicial de prisioneros. En consecuencia, la privación ilegítima de la libertad de las cuatro víctimas representaron manifestaciones de un ejercicio abusivo del poder que excedió -hasta lo intolerable- las amplísimas facultades que les habían sido deparadas, pues su verdadera finalidad era la privación de la vida de los prisioneros trasladados, no las razones disciplinarias falsamente invocadas.

Cabe advertir que esta circunstancia no pasó desapercibida para el tribunal que concedió la extradición. En efecto, en el numeral 4, párrafo 4°, del voto de la Ministra Carmen Lúcia la jurista afirmó: "Debe resaltarse, además, que los delitos habrían sido cometidos *con abuso de poder o violación del deber inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión* (Código Penal, art. 61 inc. II, apartado i), lo que configura una circunstancia agravante de la pena" ⁽⁹²⁾.

En efecto, tal circunstancia agravante genérica estaba contemplada por el artículo 44.II.h) del Código Penal Brasileiro (según la redacción vigente al tiempo de comisión de los hechos punibles), encontrándose conminada con la pena de pérdida de la función pública (artículo 68.I del C.P. Brasileiro).

Debe, entonces, tenerse por acreditado que las privaciones ilegítimas de la libertad de las cuatro víctimas fueron cometidas por un funcionario público actuando con abuso de sus funcio-

⁹². É de ressaltar, ainda, que os delitos teriam ser realizados "*com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão*" (Código Penal, art. 61, inc. II, alínea "i"), o que configura circunstância agravante da pena.

nes.

III.1) Calificación legal de los hechos.

III.1.a) Crímenes de Lesa Humanidad.

Aunque tangencialmente me he referido a la cuestión al examinar los déficits que he achacado al requerimiento extraditorio, entiendo que es en este tramo de la fundamentación donde debo exponer, con la poca claridad de la que soy capaz, las razones por las que propongo subsumir las conductas atribuidas a Tozzo en el tipo objetivo de los crímenes de lesa humanidad, definido por normas del *ius cogens imperativo* al tiempo de su perpetración.

Es bicentenaria la idea prevaleciente en la *opinio iuris* nacional de que nuestro ordenamiento punitivo está conformado por dos subsistemas jurídicos: el de derecho interno y el del derecho de gentes ⁽⁹³⁾.

Así lo revelan los antecedentes del "constitucionalismo precario" (expresión que corresponde a **Sagüés**), entre los

⁹³. Con interés para el tema, puede consultarse a **García Castillo**: "Consideraciones en torno a la relación entre dos sistemas jurídicos no independientes", en especial Capítulo V: *Estructura de un sistema legal, sus relaciones*, pp. 147/182. En el mismo sentido, **Villajosana**: "Más allá de la ortodoxia: validez normativa y relaciones entre sistemas jurídicos", aparatado 6: *Relación entre los órdenes nacionales y el orden estatal*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 12, año 2009, pp. 71/98.

Sólo por ventajas expositivas omito señalar la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un tercer subsistema punitivo cual es el llamado "Régimen Penal de la Minoridad" y, aunque pueda resultar discutible- el sistema de internación involuntaria de personas con padecimientos mentales a quienes se atribuye la comisión de un delito (artículo 34.1 del Código Penal).

Poder Judicial de la Nación

que mencionaremos a los proyectos de Constitución presentados en la Asamblea del Año XIII: el Proyecto de la Sociedad Patriótica (Capítulo 21, artículo 169); el Proyecto Federal (artículo 34, inciso 5°); el Proyecto Oficial (artículo 38, inciso 6°) y el Proyecto de la Comisión *ad hoc* (Capítulo 14, artículo 9°).

El artículo XCVIII de la Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica (22 de abril de 1819) establecía la Alta Corte de Justicia "Conocerá en último recurso de todos los casos que descienden de los Tratados hechos bajo la autoridad del Gobierno; de los crímenes cometidos contra el Derecho Público de las Naciones (...)".

La Constitución del 24 de octubre de 1826, preveía en su artículo 123 que la Alta Corte de Justicia "Conocerá en último grado (...) de los crímenes cometidos contra el Derecho Público de las Naciones".

Sin embargo, el antecedente más relevante es el proyecto del jurista santiagueño José Benjamín Gorostiaga de 1852. En su artículo 62 consignaba "Todos los delitos que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados (...); pero cuando el crimen sea fuera de los límites de la Confederación contra el derecho de gentes, determinará el Congreso por una ley particular el lugar en que haya de seguirse el juicio".

Esta disposición fue incorporada –sin reforma alguna– como el original artículo 99 de la Constitución de 1853 (en la

noche del 30 de abril de 1853) ⁽⁹⁴⁾. Aunque los integrantes de la Comisión de Negocios Constitucionales (Gorostiaga y Gutiérrez), redactores del texto aprobado, afirmaron que "*su proyecto esta vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos*" ⁽⁹⁵⁾, precisamente en esta materia se apartaron del modelo indicado, optando por el sistema de la Constitución de los Estados Federados de Venezuela, del 21 de febrero de 1811 (artículo 117).

Gorostiaga que –como Gutiérrez– era un sagaz y erudito conocedor del derecho público norteamericano, no incluyó en su proyecto la facultad que la Constitución de EEUU le confiere al Congreso "*to define and punish (...) Offences against the Law of Nations*" (Artículo I, Sección 8, Cláusula 10). El proyecto original, discutido en la Convención de Filadelfia, sólo facultaba a la Legislatura a establecer las penas, pero no a definir los crímenes contra la Ley de las Naciones, prerrogativa que fue incluida por moción del convencional Morris, la que fue replicada por su par James Wilson: "pretender definir la Ley de las Naciones que depende de la autoridad de todas las naciones civilizadas del mundo sería una muestra de arrogancia que nos haría hacer el ridículo" [*to pretend to define the law of nations which depended on the authority of all the Civilized Nations of the World, would have a look of arrogance that would make us ridiculous*]. La posición de Morris triunfó en una estrecha votación de 6 a 5

⁹⁴. **Ibarra**: "Congreso Constituyente de 1852" (1933), pp. 196/199.

⁹⁵. **Lafont**: "Historia de la Constitución Argentina" (1935), p. 262; **Padilla**: "La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino" (1921), pp. 103/106.

Poder Judicial de la Nación

(96)

Sin embargo, las diferencias entre ambas constituciones es más aparente que real. Ya en 1820, la Suprema Corte de EEUU afirmó: "Lo que es la Ley de las Naciones puede determinarse por las obras y escritos de los juristas que profesan el derecho público, o por el uso general y práctica de las naciones, o por vía de las decisiones judiciales que reconocen y aplican esa Ley" ⁽⁹⁷⁾.

La Corte Suprema norteamericana -en 1841- se expidió sobre los alcances de un tratado internacional bilateral respecto al derecho internacional: "(...) la doctrina debe aplicar, cuando la vida humana y de la libertad humana son cuestionadas, y constituyen la esencia misma de la controversia. El tratado con España nunca podría haber tenido la intención de quitar la igualdad de derechos de todos los extranjeros, quienes deben presentar sus reclamaciones ante cualquiera de nuestros tribunales, a la igualdad de la justicia o la privación a dichos extranjeros de la protección otorgada por los otros tratados, o por la ley general de las naciones. Sobre el fondo del asunto, entonces, no nos parece haber ningún motivo de duda, que estos negros deben ser consideradas libres y que el tratado con España no interpone ningún obstáculo para la afirmación justa de sus derechos"

⁹⁶. **Kent**: "Congress's Under-Appreciated Power to Define and Punish Offenses against the Law of Nations", Harvard Law School Public Law Research, Paper 07-02, pp. 57/58.

⁹⁷. USSC, 25 de febrero de 1820: "**United States v. Smith**", 18.US.153 [*What the law of nations on this subject is, may be ascertained by consulting the works of jurists, writing professedly on public law; or by the general usage and practice of nations; or by judicial decisions recognising and enforcing that law*].

Debe concederse que los delitos contra el derecho de gentes se reconocían como una categoría punible diversa a los delitos comunes, lo que explica que se atribuyera al Congreso de la Nación la facultad de dictar el Código Penal (actual artículo 75.12 de la Constitución Nacional), mientras que la definición de los delitos contra el derecho de gentes se reconociera como derivada de fuentes internacionales (los usos y prácticas de las Naciones y los tratados internacionales).

III.1.b) Estas diferencias, entre los delitos de derecho ordinario y los crímenes de lesa humanidad, ha sido reconocida por tratados internacionales y la jurisprudencia, nacional y extranjera, sobre la materia.

El artículo I.b) de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, luego describir las conductas que los caracterizan, establece que serán considerados como tales "*aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos*".

La misma distinción se recoge en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fue-

⁹⁸. USSC, enero de 1841: "**The Amity Case**", 40.US.518, en el que se otorgó primacía a la Ley de las Naciones sobre un Tratado celebrado con España, vale decir lo que modernamente se reconoce como la inderogabilidad por vía convencional de las normas del *ius cogens imperativo*.

Poder Judicial de la Nación

ran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

Esta precisión es tributaria del reporte de **Spiropoulos** ⁽⁹⁹⁾, relator especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, "Formulation of Nürenberg Principles", en el que se afirmó como Principio II: "El hecho de que la ley interna no sancione un acto que es un crimen internacional no exime al perpetrador de la responsabilidad por ese crimen bajo la ley internacional" (p. 192) ⁽¹⁰⁰⁾. Citando, en apoyo de este principio, a la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: "La verdadera esencia del Estatuto es que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado individual" ⁽¹⁰¹⁾.

La Corte Suprema, en el fallo de la causa "**Priebke**" consideró: "Que, al respecto, ni el Convenio de Ginebra de 1949 ni su Protocolo Adicional I de 1977 contienen previsiones específicas sobre el punto y toda vez que *tanto el Código Penal como el Código de Justicia Militar, no contemplan en toda su dimensión el hecho por el que Priebke es requerido*, debe recurrirse para resolver el punto a la costumbre internacional y a los principios generales del derecho in-

⁹⁹. Cfr. Yearbook of the International Law Comission, año 1950, volumen 2, pp. 181/195.

¹⁰⁰. "The fact that domestic law does not punish an act which is an international crime does not free the perpetrator of such crime from responsibility under international law".

¹⁰¹. "The very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State".

ternacional, que forman parte del derecho interno argentino (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, N.70, L.XXIII, "Nadel" antes citado), y que constituyen las fuentes apropiadas para dar una adecuada respuesta en el ámbito del derecho internacional, en el cual debe examinarse la cuestión planteada y donde rige la tutela de intereses de los más vitales entre los internacionalmente protegidos" (102).

En su voto concurrente en el fallo de la Corte Suprema de la causa "**Arancibia Clavel**" el ministro Petracchi expuso: "Que aun cuando tal construcción sólo presente coincidencias parciales con la figura de la asociación ilícita prevista en nuestra legislación (artículo 210, Código Penal), ambas comparten el carácter de "delitos de preparación", susceptibles de ser alcanzados por la consecuencia de la imprescriptibilidad. Así, la redacción de la convención es lo suficientemente amplia como para que quede abarcada por ella la conducta de quien presta su colaboración en forma permanente a una agrupación destinada a perseguir opositores políticos por los medios que utilizaba la DINA, asumiendo como función, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una "red de informantes" y "contactos" con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre los posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de críme-

¹⁰². Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de noviembre de 1995: "**Priebke, Erich**" (Fallos 318:2148, en especial considerando 61° del voto de los Ministros Nazareno y Moliné).

Poder Judicial de la Nación

nes de lesa humanidad" ⁽¹⁰³⁾.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado "La Corte observa que, aun cuando los actos cometidos por los demandantes podrían haber sido considerados como legales bajo el derecho soviético en la época de los hechos, fueron encontrados - sin embargo- por los tribunales estonios constitutivos de crímenes contra la humanidad en virtud del derecho internacional en el momento de su comisión. El Tribunal no ve ninguna razón para llegar a una conclusión diferente" ⁽¹⁰⁴⁾.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Canadá ha afirmado: "La única razón por la que los tribunales canadienses pueden enjuiciar a estos individuos se debe a que los hechos que se denuncia que han sido cometidos son considerados como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. ***Un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad no es lo mismo que un delito interno.*** Hay otros elementos importantes que fundamentalmente configuran un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad" ⁽¹⁰⁵⁾.

¹⁰³. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de Agosto de 2004: "**Arancibia Clavel, Enrique Lautaro**", Fallos 327:3312, considerando 16°.

¹⁰⁴. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 17 de enero de 2006: "**Kolk, August – Kislyiy, Petr against Estonia**" (*The Court notes that even if the acts committed by the applicants could have been regarded as lawful under the Soviet law at the material time, they were nevertheless found by the Estonian courts to constitute crimes against humanity under international law at the time of their commission. The Court sees no reason to come to a different conclusion*).

¹⁰⁵. Supreme Court Of Canada, 24 de Marzo de 1994: "**The Queen v. Imre Finta**" (*The only reason Canadian courts can prosecute these individuals is because the acts alleged to have been committed are viewed as being war*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha postulado: "si bien los actos de tortura perpetrados contra el señor Bueno Alves han quedado alcanzados por la protección de la Convención Americana, ello no significa que deban ser calificados *per se* como *delitos de lesa humanidad*, como lo pretende la representante de la víctima, debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil" ⁽¹⁰⁶⁾.

En el sentido que vengo exponiendo, no puedo soslayar la opinión del Ministro Fayt en el fallo de la causa "**Espósito**": "(...) deben aplicarse disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una situación de hecho no alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad y en pleno funcionamiento de las instituciones democráticas" ⁽¹⁰⁷⁾; y la del mismo Ministro acompañado por la Ministra Argibay en su voto disidente en la sentencia de la causa "**Derecho**": "Debe señalarse, además, que de revocarse la decisión firme adoptada por los tribunales argentinos, el delito común atribuido en estos actuados se tornaría imprescriptible, pues la inves-

crimes or crimes against humanity. A war crime or a crime against humanity is not the same as a domestic offence. There are fundamentally important additional elements involved in a war crime or a crime against humanity).

¹⁰⁶. Corte IDH, sentencia C-164 del 11 de Mayo de 2007: "**Caso Bueno Alves v. Argentina**", § 87.

¹⁰⁷. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de Diciembre de 2004: "**Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa**", Fallos 327:5668, disidencia del Ministro Fayt, considerando 11°, párrafo final.

Poder Judicial de la Nación

tigación debería proseguir hasta tanto el o los responsables fuesen juzgados. De este modo, se estaría creando judicialmente una tercera categoría de delitos, inexistente tanto en el orden interno como el internacional, esto es, delitos comunes imprescriptibles. Como es sabido, la imprescriptibilidad es una regla privativa de los crímenes de lesa humanidad y su traslado antojadizo al ámbito de los delitos comunes —además de su incorrección técnica— iría en desmedro del arduo camino que recorrió la comunidad jurídica internacional para que los primeros tengan reconocimiento normativo y, a su vez, tornaría borrosos los claros límites entre unos y otros" ⁽¹⁰⁸⁾ ⁽¹⁰⁹⁾.

III.1.c) Debe, entonces, justificarse cuál es la diferencia dogmática entre los delitos de derecho interno y los crímenes del derecho internacional en general, y los crímenes de lesa humanidad, en particular, pues como puede advertirse en algunos casos sus resultados antijurídicos coinciden, circunstancia que no es una excepción en los sistemas que adjudican consecuencias punitivas.

¹⁰⁸. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de Noviembre de 2011: "**Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal**", Fallos 334:1504, considerando 9° de los Jueces que votaron en disidencia.

¹⁰⁹. En el Dictamen del Procurador General, del 1° de Septiembre de 2006, al que se remitiera la Corte Suprema en el fallo de la causa "**Derecho, René Jesús**", Fallos 330:3074 (luego revocado por el propio Tribunal), se sostuvo: "En conclusión, la pretensión de que el hecho que se denunció en esta causa constituye un crimen de lesa humanidad no es en absoluto correcta. No sólo no resiste el análisis relativo a los textos legales internacionales contemporáneos. Tampoco puede subsumirse el hecho en la categoría de delitos de lesa humanidad si se atiende a la idea central que ha constituido la motivación histórica con la que ha sido modelada la categoría, es decir, en el propósito de distinguir los crímenes de lesa humanidad de los delitos comunes" (Apartado V, párrafo final).

Respecto a los primeros, debe señalarse que en cualquier Estado existen personas o grupos de ellas que cometen infracciones punibles, incluso de la mayor gravedad. En tal caso, el Estado se apropia del conflicto, lo procesa a través de una reglamentación procesal que -generalmente- es respetuosa del debido proceso y, en el caso de encontrarlas responsables, les aplica penas o medidas inocularizadoras, tales como las penas perpetuas o las de larga duración. En trazos muy rústicos, la precedente es una descripción del modo como funcionan las normas penales que -en el derecho interno- habilitan el ejercicio del poder punitivo.

La cuestión es sustantivamente diferente cuando es el Estado o un grupo para-estatal fomentado, motivado o amparado por aquél, quienes perpetrar hechos que afectan a los derechos humanos fundamentales como una ataque generalizado o sistemático y como un curso de acción, como una política determinada.

En primer lugar, la capacidad ofensiva del infractor (el propio Estado) trasciende la posibilidad de afectar bienes jurídicos individuales y se erige en un peligro que se cierne sobre la humanidad. En segundo término, es -por definición- imposible que el Estado se enjuicie a sí mismo o a quienes ejecutaron sus políticas destructivas, lo que puede determinar que aquellas infracciones queden impunes. Finalmente, resulta posible que quien dispone de los recursos legislativos derivados del ejercicio del poder, prohija normativas que garanticen su impunidad, tales como leyes de amnistía, indultos, causas de cancelación anticipada de la punibilidad o extensión de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

Poder Judicial de la Nación

III.1.d) En síntesis, aún cuando los resultados disvaliosos de los delitos de derecho interno y de los crímenes de lesa humanidad pueden superponerse, la diferencia radical reside en el "elemento contextual" (*political requirement*) que integra el tipo objetivo de estos últimos.

"Si bien los actos individuales que forman parte de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra se encuentran reglados en la legislación nacional –por ejemplo, el asesinato, la lesión, etcétera-, no contienen el elemento internacional que los convierta en crímenes internacionales; es decir en crímenes de lesa humanidad, la comisión sistemática o múltiple (...)" ⁽¹¹⁰⁾.

"El elemento esencial que distingue los crímenes contra la humanidad de los delitos de derecho interno es que los actos inhumanos son cometidos como parte de un ataque criminal más amplio (...). En otras palabras, el perpetrador de un acto inhumano sólo es culpable de un crimen contra la humanidad si él o ella cometen el acto sabiendo que es parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil" ⁽¹¹¹⁾.

¹¹⁰. **Kai Ambos:** "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", en la obra colectiva "Persecución penal de Crímenes Internacionales en América Latina y España", pp. 25/31.

¹¹¹. **De Guzman:** "Crimes against humanity", Temple University Legal Studies Research Paper No. 2010-9 [*The essential element that distinguishes crimes against humanity from domestic crimes is that the constitutive inhumane acts are committed as part of a broader criminal attack. (...) In other words, the perpetrator of an inhumane act is only guilty of a crime against humanity if he or she commits the act knowing it is part of a widespread or systematic attack against a civilian population*]. Cfr. en el mismo sentido **Van**

"La estructura de los crímenes internacionales, difiere de la estructura de los crímenes de derecho interno en dos aspectos importantes. Primero, los crímenes internacionales típicamente incluyen –además de las conductas, resultados y circunstancias del caso– un elemento contextual que los crímenes nacionales raramente contienen. Además, en la medida en que los crímenes internacionales y crímenes nacionales muestran estructuras paralelas, se organizan de diferentes maneras. Por ejemplo, los crímenes internacionales, tales como atacar a los civiles se definen en términos de llevar a cabo una conducta, los delitos nacionales que implican disvalores similares, como el asesinato suelen definirse en términos de resultado ⁽¹¹²⁾.

"Esta referencia, a *“la necesidad de que el acto sea parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”*, ha sido denominada por la doctrina como cláusula umbral, estando destinada a establecer cuál es el grado de gravedad necesario que debe poseer la conducta realizada, para que los hechos cometidos

Schaak: "The internationalization of Crimes", Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 08-64, apartado "*The mens rea approach*".

¹¹². **Haque:** "International Crime: In context and in contrast", Rutgers School of Law-Newark Research Paper No. 081 [*The structure of international crimes, which differs from the structure of national crimes in two important respects. First, international crimes typically include—in addition to their conduct, result, and attendant circumstance elements— a contextual element that national crimes rarely contain. In addition, to the extent that international crimes and national crimes display parallel structures, the parallel structures they display organize similar values in dissimilar ways. For example, international crimes such as attacking civilians are defined in terms of conduct; national crimes that implicate similar values such as murder are typically defined in terms of result*"].

Poder Judicial de la Nación

sean susceptibles de considerarse crímenes contra la humanidad" ⁽¹¹³⁾.

"Así, el abuso del poder estatal **transforma** un delito de derecho interno o un concurso de delitos en un crimen internacional. Además, no es el *quantum* de los daños resultantes del control, sino la potencialidad de los daños a gran escala que podrían derivarse del abuso del poder estatal. En otras palabras, cuando los agentes estatales abusan del poder estatal, hay poco que pueda detenerlos antes de llevar a cabo un curso de conducta contra la población civil que ya no está protegida por esos actores, sino victimizada por ellos" ⁽¹¹⁴⁾.

"Probablemente la principal razón para fortalecer el requisito de plan o política sea articular de mejor manera la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual. La sentencia de Nuremberg tuvo razón al insistir en que los crímenes son cometidos por individuos y por entidades abstractas. Sin embargo, los crímenes cometidos de manera aislada de las «entidades abstractas» tienen poco o ningún interés a nivel internacional. En

¹¹³. **Mendoza Calderón:** "La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: el caso Scilingo", Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, Año 2005, pp. 85/113.

¹¹⁴. **Cherif Bassiouni:** "Crimes Against Humanity: historical evolution and contemporary application", p. 10 [*Thus, the abuse of state power **transforms** a domestic crime or a serie of crimes into an international crime. Furthermore, it is not the quantum of the resulting harm that controls, but the potentiality of large-scale harm that could derive from a state's abuse of power. In other words, when state actors abuse the power of a state, there is a little that can stop before they carry out the course of conduct against a civilian population that in no longer protected by these state actors, but victimized by them*].

efecto, la existencia de un plan o política de Estado puede ser el mejor criterio para distinguir entre crímenes individuales que corresponden a sistemas legales nacionales y crímenes internacionales, que contienen normas y principios especiales en cuanto a jurisdicción, inmunidad, limitaciones estatutarias y defensas" ⁽¹¹⁵⁾.

"Si el ataque es generalizado, sistemático, o ambos, el acto o los actos relevantes deben estar conectados a alguna forma de política. No es un requisito que la política provenga del gobierno central; la política puede ser de una organización u otro grupo privado. Este requerimiento político esencialmente reitera la posición de que actos aislados o aleatorios no pueden ser considerados como crímenes contra la humanidad. Los crímenes contra la humanidad *shockean* la conciencia de la humanidad y garantizan la intervención de la comunidad internacional, precisamente porque no son actos aislados o aleatorios de un individuo, sino que representan el resultado de un deliberado intento de apuntar contra una sociedad civil" ⁽¹¹⁶⁾.

¹¹⁵. **Schabas:** "La Política de Estado como elemento de los crímenes internacionales", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 63, pp. 173/202.

¹¹⁶. **Chesterman:** "An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity", Duke Journal of Comparative & International Law, Volumen 10, N° 2, año 2000, pp. 307/343 [*Whether attack is widespread, systematic, or both, the relevant act or acts must be connected to some form of policy. There is no requirement that the policy come from the central government; the policy may be that of an organization or other private group. This policy requirement essentially reiterates the position that isolated or random acts cannot amount to crimes against humanity. Crimes against humanity shock the conscience of mankind and warrant intervention by the international community precisely because they are not*].

Poder Judicial de la Nación

III.1.e) Con fundamento en la plataforma teórica expuesta, se advierte que las conductas que determinaron los resultados lesivos en perjuicio de Fernando Gustavo Piérola, Julio Andrés Pereyra, Reynaldo Amalio Zapata Soñéz y Roberto Horacio Yedro, presentan los requerimientos objetivos de los crímenes contra la humanidad, tal como se encontraban descriptos al tiempo de su perpetración.

Tal como ya se advirtió las conductas infraccionables no fueron contingentemente yuxtapuestas y concomitantes, sino que integraron una de las fases de un ataque contra un grupo de presos políticos o sociales, pergeñado -como tal- desde el despacho del teletipo que contenía la orden del "falso traslado" y la nómina de detenidos que luego serían asesinados cerca de Margarita Belén. Hasta tal punto es así que aunque se lo quizo mostrar como una burocrática gestión penitenciaria, estaba ominosamente denominada como "ENCUBRIMIENTO ROJO".

El ataque estuvo dirigido contra pobladores civiles que, además, se encontraban -debido a las torturas que se les habían infligido y a las inhumanas condiciones de detención- en condiciones de extrema vulnerabilidad.

Fue planificado, dirigido, ejecutado y encubierto por integrantes de un aparato de poder estatal organizado, principalmente por efectivos del Ejército Argentino.

Finalmente, formó parte de una política estatal de

isolated random acts of individuals, but instead result of a deliberate attempt to target a civilian population].

masivas violaciones de los derechos humanos fundamentales de los habitantes de la Nación, que asumió sus proporciones extremas con el toscamente llamado "Plan Cóndor" estructurado por las dictaduras del Cono Sur con vistas a coordinar el aniquilamiento de aquellas personas consideradas sus oponentes. La "Masacre de Margarita Belén" en la que se perpetraron los resultados lesivos juzgados en este proceso, se inserta en ese contexto, como parte de un curso de acción debidamente constatado en la jurisprudencia de los tribunales nacionales y extranjeros.

La criminología de los crímenes de Estado suele remitir a factores etiológicos raciales (categoría inexistente, pero empleada a estos fines), étnicos, religiosos, de nacionalidades o se encuentran vinculadas a la guerra. Ninguno de estos factores puede detectarse en la masacre argentina, que estuvo sobredeterminada por factores económicos: la distribución regresiva del ingreso nacional, los procesos de desindustrialización y de fraudulento endeudamiento externo, la pauperización de los sectores medios, la indigencia de los desposeídos, a cuyo efecto cobraban un rol imprescindible el disciplinamiento social o el aniquilamiento de los colectivos sociales (gremiales, estudiantiles, religiosos, profesionales o políticos) que podían resistir la implantación del modelo reconfigurador propuesto por los grupos oligárquicos.

Para decirlo de una vez, la causa de la masacre argentina fue la rapiña, sin aditamentos ideológicos que -tampoco- la legitimarían pero coincidirían con el discurso. Se trataba nada más que de ganar dinero ... a cualquier precio.

Poder Judicial de la Nación

III.2.a) La doble función limitante de los delitos de derecho interno.

Resulta perceptible que aunque las normas del derecho de gentes ya citadas, tipificaban de manera suficiente a los crímenes de Estado, en general, y a los crímenes de lesa humanidad, particularmente, adolecían de dos limitaciones: a) requerían de una tarea interpretativa de los órganos jurisdiccionales en orden a determinar el ámbito punible; b) no estaban conminados con una escala penal uniforme.

Adolecía, pues, de dos carencias: a) la amplitud en la descripción de los resultados lesivos, de la cual es un ejemplo paradigmático el pragma "otros actos inhumanos" ⁽¹¹⁷⁾ ⁽¹¹⁸⁾; b) la previsión *ex ante* de la respuesta punitiva. Ambos elementos integran el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) que forma parte de nuestro orden público.

En consecuencia, es una tarea judicial la de reducir al ámbito de lo punible mediante el ajuste de los resultados lesivos de los crímenes de lesa humanidad a los previstos en los tipos objetivos de los delitos de derecho interno vigentes al tiempo de la comisión. No se trata, entonces, de un supuesto de aplicación analógica

¹¹⁷. "*Other inhumane acts*", incluida en el artículo 6.c) del Estatuto de Núremberg del Tribunal Penal Militar Internacional, al que se remiten la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

¹¹⁸. Sobre la cuestión, cfr. **Terhi Jirkkiö**: "*Other inhumane acts as crimes against humanity*", *Helsinki Law Review* 2011/1, pp. 183/207.

extensiva, sino de la racional reducción de la habilitación del ejercicio del poder punitivo que ya estaba dada por el encuadre de las conductas en la tipicidad de los crímenes de Estado.

En lo que a la respuesta punitiva se refiere, el modo de aplicación anteriormente descrito, le confiere certeza a la respuesta punitiva prevista en abstracto para la comisión de los delitos de derecho interno a los que se han ajustado los subtipos de los crímenes de lesa humanidad. Ello satisface dos principios basales de nuestro ordenamiento punitivo: a) el de la irretroactividad de la ley penal; b) el de la ultraactividad de la ley penal más benigna. Además impone un límite infranqueable a la discreción judicial.

En este último sentido, adviértase que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Nuremberg establecía en su artículo 27: "El Tribunal tendrá la facultad de imponer al acusado, en caso de condena, la muerte o *cualquier otra pena que determine que sea justa*" ⁽¹¹⁹⁾.

Con mejor técnica respetuosa de las garantías del acusado, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia prescribe en el artículo 24.1: "La pena impuesta por la Sala de Juicio se limitará a la prisión. En la determinación de las penas de prisión, las Salas de Primera Instancia recurrirán a la práctica general relativa a las penas de prisión en los tribunales de la ex Yugoslavia"

¹¹⁹. "The Tribunal shall have the right to impose upon a Defendant, on conviction, death or such other punishment as shall be determined by it to be just".

Poder Judicial de la Nación

(120)

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda establece en el artículo 23.1: "La pena impuesta por la Sala de Juicio se limitará a la prisión. En la determinación de las penas de prisión, las Salas de Primera Instancia recurrirán a la práctica general relativa a las penas de prisión en los tribunales de Rwanda" ⁽¹²¹⁾.

El Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona prescribe en su artículo 19.1: "El Tribunal de Juicio podrá imponer a la persona declarada culpable, que no sea un delincuente juvenil, prisión por un número determinado de años. En la determinación de las penas privativas de libertad, la Sala de Primera Instancia, deberá recurrir en su caso, a la práctica en relación con las penas de prisión en el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y los tribunales nacionales de Sierra Leona" ⁽¹²²⁾.

Por tales razones, resulta –desde mi punto de vista– compatible con nuestro orden público (artículo 27 de la Constitu-

¹²⁰. *The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chambers shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia.*

¹²¹. *The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chambers shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of Rwanda.*

¹²². *The Trial Chamber shall impose upon a convicted person, other than a juvenile offender, imprisonment for a specified number of years. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chamber shall, as appropriate, have recourse to the practice regarding prison sentences in the International Criminal Tribunal for Rwanda and the national courts of Sierra Leone.*

ción Nacional), la reserva introducida por nuestro país al aprobar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional" ⁽¹²³⁾, al que se le asignara jerarquía constitucional "*en las condiciones de su vigencia*", sin que derogara "*artículo alguno de la primera parte de esta Constitución*" (artículo 75.22 de la Constitución Nacional).

Idéntica limitación se incluye en el artículo 13 – primera parte- de la Ley 26.200 (Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional): "**Principio de legalidad:** Ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional".

En consecuencia, resulta imprescindible –a los fines de su punición- la subsunción de los resultados lesivos producidos por los crímenes de lesa humanidad en los tipos de los delitos de derecho interno y que la determinación de la pena no exceda la escala penal con que se encontraban conminadas las conductas lesivas al tiempo de su comisión o la más benigna en el tiempo intermedio.

Esta doble función acotante del ejercicio del poder punitivo es la forma de compatibilizar dos normas que integran el *ius cogens imperativo*: a) la obligación estatal de juzgar y, eventualmente, sancionar los crímenes de lesa humanidad (ver, entre otras, la

¹²³. Ley 23.313, artículo 4° (B.O. 25.928 del 13 de mayo de 1986).

Poder Judicial de la Nación

Resolución 3 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 13 de febrero de 1946); b) los principios *nullum crimen y nulla pœna sine sine jure prævio* (artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 18 y 102 de la Constitución Nacional).

Debo aclarar que este argumento ha sido sostenido por **Bassiouni** considerando la naturaleza complementaria del derecho penal internacional que, en principio impone a los Estados la obligación de tipificar los crímenes del derecho internacional ⁽¹²⁴⁾, lo que les permite fijar un rango adecuado de penalidades ⁽¹²⁵⁾.

En el caso que juzgamos, los resultados lesivos de crímenes de lesa humanidad de los que ha sido acusado el inculpado, al igual que las reglas de participación criminal y las del concurso de infracciones penales que se han considerado aplicables, formaban parte del derecho interno antes de la comisión de los hechos que se les atribuyen. En tales condiciones, no existe afectación del principio de legalidad penal, en los términos en que han sido explicitados.

III.2.b) Tenemos así que tanto el Ministerio Público Fiscal, como las partes querellantes, han subsumido las conductas por las que acusan a Tozzo en la figura básica de la privación de la li-

¹²⁴. Ver, por ejemplo, artículo I de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

¹²⁵. **Bassiouni**: "Crimes against humanity in International Criminal Law", pp. 125/126; **Bassiouni – Manikas**: "The law of International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", p. 689; **Sharham Dana**: "Beyond retroactivity to realing justice: A theory on the principle of legality in international criminal law sentencing", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volumen 99, N° 4, pp. 857/928.

bertad de cuatro damnificados, descripta en el tipo objetivo del artículo 141 del Código Penal: "el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal" (redacción original del Código Penal).

Sin embargo, pese al contenido de las peticiones de las partes y en la medida en que la cuestión haya podido ser discutida en el juicio porque integraba la plataforma fáctica de la imputación, sin desbaratar la estrategia defensiva ⁽¹²⁶⁾, el Tribunal se encuentra facultado a modificar el encuadre jurídico propuesto sin violar la garantía de no agravación punitiva.

III.2.c) En la sesión del Senado de la Nación, del 21 de Mayo de 1958, el senador Rodolfo A. Weidmann presentó un proyecto de ley modificatorio del artículo 143 del Código Penal, en cuyo inciso 1° se conminaba con prisión de tres a diez años la conducta de "el funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privare a alguno de su libertad personal". En la sesión del 19 de Junio de 1958, se aprobó el despacho de la Comisión de Legislación General que reducía la escala penal de uno a tres años de prisión para el delito en consideración, pero elevaba su máximo a cinco años cuando concurrieren las circunstancias agravantes previstas por los incisos 1°, 2°, 3° y 5° del artículo 142. Pasado en revisión el proyecto a la Cámara de Diputados, en la sesión del 30 de Septiembre de 1958, a instancias del Diputado Tecco, se depuró técnicamente el catálogo de delitos contra la libertad cuando

¹²⁶. CSJN, 10 de Diciembre de 1996: "**Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ delitos de injurias y calumnias**", Fallos 319:2959, voto de los Ministros Petracchi y Bossert.

Poder Judicial de la Nación

eran cometidos por funcionarios públicos, incorporándose la conducta de privación de la libertad abusiva o ilegal al artículo 144 *bis*, inciso 1°, del Código Penal, incrementándose la escala penal de dos a seis años de prisión cuando concurrieren las circunstancias agravantes citadas. El Senado, en la sesión del mismo día, aprobó las modificaciones incorporadas en la Cámara de Diputados, lo que resultó en la sanción de la Ley 14.616.

Pese a las diferentes modificaciones "sufridas" por nuestro ordenamiento punitivo, por cuya intensidad se destaca la ley *de facto* 21.338, la descripción típica de la conducta y la escala penal con la que se encontraba conminada su comisión, no han sido modificadas desde entonces, con la sola excepción de la inclusión de la circunstancia agravante prevista por el artículo 6° del artículo 142, derogada por la Ley 23.077.

III.2.d) Considero que en las conductas por las que fuera acusado el Sr. Tozzo concurren los elementos del tipo objetivo de la figura prevista por el artículo 144 *bis*, inciso 1°, del Código Penal.

En efecto, en Diciembre de 1976 -época en que se perpetraron los hechos punibles- revistaba como Teniente Primero de Ingenieros, vale decir: ejercía funciones públicas de manera permanente (artículo 77 del Código Penal).

Como se explicará en párrafos posteriores está probado que integró el cuerpo militar que trasladó -en calidad de detenidos- al grupo de prisioneros incluidos en la nómina confeccionada por Nicolaides, sin que hubiesen discontinuidades en la privación de

la libertad de los damnificados maguer su encierro en centros clandestinos y oficiales de detención, hasta su agrupamiento en la Alcaldía Policial desde donde fueron trasladados hasta el paraje rural próximo a la localidad de Margarita Belén, que fue su último destino.

Se verifica, además, en las conductas que se le atribuye el elemento normativo del abuso de funciones (como lúcida-mente lo advirtiera la Ministra Carmen Lúcia en su voto del Acuerdo de Extradición). Bajo el pretexto de ejecutar un traslado de presos sociales, que no puede considerarse manifiestamente ilegal, lo real es que se llevó -contra su voluntad- a Zapata Soñéz, Piérola, Yedro y Pereyra hasta un lugar relativamente despoblado y a un horario con reducida o nula circulación de vehículos (supongo que el móvil que precedía a la caravana coadyuvaba en ese sentido), donde se los asesinó, en función a un plan preconcebido.

Ni la interpretación más extensa de las atribuciones que tenía Tozzo le deparaban una autorización para la comisión de esos hechos antijurídicos. Tal como ya se ha expuesto, la construcción ficcional de un "ataque" por parte de terceros que habría interrumpido el traslado de los cautivos a la ciudad de Formosa, es insuficiente para desvirtuar el sentido final de la operación.

III.2.e) Juzgo que el inculpado conocía cuál era el sentido final del traslado. En primer lugar, por sus aptitudes personales que habían sido destacadas por sus superiores. En segundo lugar, por ciertos elementos no solamente inusuales del presunto traslado, sino porque estaban en pugna con los mínimos recaudos de seguridad que el solo sentido común pone en evidencia. Tercero, por la compo-

sición de la comitiva de custodia, integrada por un reducido número de oficiales a los que se asignó roles menores tales como la conducción de los camiones militares o la mínima custodia de los detenidos. Cuarto, el hecho de que el presunto destino de los trasladados fuese una unidad penitenciaria en la ciudad de Formosa que ofrecía menos condiciones de seguridad que los anteriores lugares de detención.

Es preciso analizar que los datos reseñados contrastan -en grado superlativo- con la portación de armas de combate por parte de los militares, lo que supondría el haber considerado la alternativa de un enfrentamiento. Pero si eso hubiese sido -efectivamente- tenido en cuenta las medidas de seguridad eran ínfimas.

Sin embargo, existe un dato que demuestra en mayor grado el conocimiento de Tozzo sobre la dirección final del fingido traslado. Dentro de cualquier burocracia, incluso las de naturaleza represiva, se asignan funciones relativamente acordes a las capacidades de sus integrantes, quienes incluso, como en el caso del inculgado, son capacitados para reforzar esa idoneidad. Lo cierto es que el acusado realizaba funciones de inteligencia, como él mismo lo ha expresado, ciertamente como descargo. Por lo tanto, el hecho de que su superior lo comisionara a cumplir una tarea ajena -por completo- a su desempeño habitual, sólo es consistente con el conocimiento de la verdadera naturaleza de la operación, cuya letal eficacia estuvo condicionada por la aptitud y disposición de sus partícipes, no porque no existieran otros cuadros castrenses en condiciones de cumplirla.

En función a ese conocimiento Tozzo participó vo-

luntariamente del traslado de los detenidos hasta el lugar donde sabía que los presos serían asesinados. Ello permite afirmar su participación dolosa como funcionario público en las privaciones de la libertad de las víctimas actuando con abuso funcional, cual es la conducta descrita por el artículo 144 *bis*, inciso 1°, del Código Penal.

III.2.f) El único disenso que tengo con la opinión bien fundamentada de mis colegas reside en el hecho, ya explicado, de que según mi valoración de las pruebas producidas en la audiencia de debate me llevan a concluir que Fernando Gustavo Piérola, Roberto Horacio Yedro, Reynaldo Amalio Zapata Soñéz y Julio Andrés Pereyra fueron -al igual que sus demás compañeros- abatidos en la misma madrugada del Lunes 13 de Diciembre de 1976 y en idénticas circunstancias, coincidiendo con lo afirmado en el fallo de la causa 13/84 y de más pruebas ya referidas.

En mi humilde, y quizás equivocado, parecer, ello impide tener por configurada la circunstancia agravante prevista por el artículo 142, inciso 5°, del Código Penal que contempla la mayor lesividad de la prolongación por más de un mes de la privación ilegítima de la libertad, *factum* que sólo es compatible con la supervivencia de las víctimas al ataque, lo que no se ha acreditado en el juicio.

III.2.g) Sobre la pretendida subsunción de las conductas atribuidas al acusado en el tipo objetivo del crimen de desaparición forzada de personas.

En la actualidad, el crimen de desaparición forzada de personas integra el *ius cogens imperativo* convencionalmente

Poder Judicial de la Nación

positivizado en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, no se ha individualizado la existencia de alguna norma del *ius cogens* que definiera la tipicidad de este crimen de Estado, al tiempo de la comisión de las conductas que se atribuyen al inculpado Tozzo. Antes bien, la compulsa de los actos normativos del Derecho Penal Internacional revela que la existencia del pragma conflictivo fue detectado -en su dimensión de ofensa contra la humanidad- a raíz de su práctica generalizada algunos países de América del Sur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Chile, por parte de las dictaduras militares que ejercieron el poder en las décadas del '70 y del '80.

Así se advierte, en la Resolución 33/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 20 de Diciembre de 1978, en cuyos considerandos se explica: "Profundamente consternada por los reportes de varias partes del mundo referidos a la desaparición forzada o involuntaria de personas como resultados de excesos de parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley u otras autoridades de seguridad u organizaciones similares, a menudo aquellas personas son sujetas a detención o prisión, en virtud de acciones ilegales o de generalizada violencia"; "Preocupada también por los reportes de las dificultades en obtener información confiable de autoridades competentes sobre las condiciones de aquellas personas, incluyendo reportes sobre la negativa de aquellas autoridades u orga-

nizaciones para dar a conocer que mantienen a esas personas bajo su custodia o de alguna forma a cargo de ellas".

Se decidió, entonces, recomendar a los Estados Parte realizar investigaciones serias e independientes para buscar a las personas víctimas de desapariciones forzadas e involuntarias; asegurar que las autoridades de seguridad, en cumplimiento de sus deberes, tomaran en cuenta la responsabilidad por los injustificables excesos derivados de las desapariciones forzadas o involuntarias de personas y otras violaciones a los derechos humanos. Finalmente, en cuanto resulta más relevante en este análisis, se urgió al Secretario General a continuar o usar **sus buenos oficios** en los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas, considerando como apropiadas la experiencia relevante de la Cruz Roja Internacional y otras organizaciones humanitarias.

En consonancia con la resolución anterior, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en virtud de la Resolución 20 (XXXVI), del 29 de Febrero de 1980, decidió conformar un Grupo de Trabajo, "para examinar las cuestiones relevantes sobre la desaparición forzada o involuntaria de personas" (*to examine questions relevant to enforced or involuntary disappearance of persons*).

Ello permite advertir que, inicialmente, la desaparición involuntaria o forzada de personas era considerada, al tiempo de perpetración de los injustos, bajo el prisma del Derecho Internacional Humanitario (que no tipifica infracciones, ni establece la obligación de sancionar las violaciones a los derechos humanos). La expresión "buenos oficios", propia del Derecho Internacional Humanita-

Poder Judicial de la Nación

rio, es indicativa de la etapa embrionaria de la individualización del pragma conflictivo que precede -en sentido lógico- a su descripción normativa y a la adjudicación de respuestas punitivas a su comisión.

Sólo con la sanción de la Resolución 49/193 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 9 de Marzo de 1995, y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada el 9 de Junio de 1994), puede considerarse que el resultado punible pasó a ser definido como un crimen del Derecho Internacional General ⁽¹²⁷⁾.

La naturaleza continua o permanente del crimen no modifica los criterios de responsabilidad individual por los crímenes de Estado, entre otros el principio *nullum crime sine iure prævio*. En tales condiciones, al tiempo del comienzo de ejecución de las conductas imputadas a Tozzo no estaba definido, por normas del *ius cogens imperativo*, como crimen del derecho internacional.

Creo que las partes acusadoras participan de la misma convicción, pues si consideraran que los crímenes se sigue cometiendo y que eran punibles al tiempo de su comienzo de ejecución, el encuadre legal propuesto sería el del artículo 142 *ter*, primer párrafo, del Código Penal y, como consecuencia de ello, conforme a los criterios de dosimetría punitiva expuestos, la pena requerida sería la máxima habilitada por el artículo 55 del Código Penal, según su redacción vigente al tiempo de comisión de los hechos: veinticinco años de

¹²⁷. Cfr. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: *workpaper* "Comentario general sobre la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad".

prisión (el máximo de la especie de pena de que se trate).

La legitimidad de la persecución de los crímenes del derecho internacional general está condicionada al estricto respeto a los principios del derecho penal de garantías, lo que impide sortear sus principios por odiosas que nos resulten las acciones gravemente violatorias de los derechos humanos.

Por este motivo, estimo que las mociones acusatorias en el sentido aquí analizado no pueden prosperar.

III.3.a) Participación del acusado.

Tanto en su defensa material, como en la técnico-jurídica que ejerciera su Defensor, el acusado no negó la materialidad de los hechos con los resultados lesivos ya explicitados, sino su participación en la comisión de aquéllos.

En tal orden de ideas, sostuvo que -luego de producidos los eventos- fue convocado al lugar de los hechos al solo efecto de imponerse de lo ocurrido y confeccionar los partes informativos, y a tal fin regresó a su lugar habitual de trabajo, ubicado en nuestra ciudad.

Señaló que las actuaciones sumariales labradas por el Juez de Instrucción Militar, no reflejaban la realidad de su módica intervención, encontrándose condicionada por la animadversión que sobre él pesaba en la institución militar y que habían determinado su pase a retiro tal como consta en su legajo profesional. En efecto, de las constancias aludidas surge que en virtud de la nota fechada el 10 de Octubre de 1980, se le informó que la Junta Superior de Cali-

ficación de Oficiales había propuesto calificarlo como "INEPTO PARA LAS FUNCIONES DE SU GRADO", propuesta que había sido aceptada por el Comandante en Jefe del Ejército. La causa: "Haber suscitado en la superioridad el convencimiento que su permanencia en la Fuerza, revistando en situación de actividad, perjudica la cohesión espiritual de los cuadros, por no encontrarse adecuadamente compenetrado con la filosofía y el sentir institucional del Ejército, lo que ha lesionado decisivamente su prestigio y concepto ambiente".

En línea con esa estrategia defensiva, se situó como integrante del grupo de oficiales militares llamado "los 33 Orientales", separados del servicio activo hacia el año 1980, por su disconformidad con las políticas que llevaba a cabo el autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional".

El Presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (parte querellante en esta causa) -el periodista Horacio Verbitsky- publicó, en la edición del Sábado 6 de Noviembre de 2010 del periódico Página/12, la nota titulada "La cruz de los 33", de la que parecería inferirse que Norberto Raúl Tozzo integraba ese grupo, porque se lo menciona allí. Lo cierto es que el artículo indicado carece del tono apologético que sugirió el inculpado, sino que -antes bien- se orienta a demostrar la conocida opinión del intelectual nombrado sobre la incidencia de las jerarquías católicas en la formación de los oficiales del Ejército, que -previsiblemente- critica.

El acusado, ensayó la excusa de que revelaba la predisposición del estamento castrense contra los miembros del grupo señalado, la circunstancia de que hubiesen sido reivindicados al res-

taurarse el orden democrático, misión a la que hizo su aporte. Invocó que había alcanzado el grado de Mayor en virtud de lo dispuesto por la Ley 23.223 ⁽¹²⁸⁾.

En realidad, fueron tres las leyes que reconocieron los derechos de los oficiales del Ejército que fueron pasados a retiro obligatorio, de conformidad con las resoluciones del Ministerio de Defensa Nros. 1.447/80; 1.448/80; 1.449/80; 1.450/80 y 1.452/80. Además de la señalada, la Ley 24.110 ⁽¹²⁹⁾ autorizó al Poder Ejecutivo a abonarles las diferencias entre el porcentual recibido como personal retirado y la totalidad del haber correspondiente al grado que tenía en el momento en que se ordenó su retiro, con las actualizaciones correspondientes. Finalmente, la Ley 26.345 ⁽¹³⁰⁾, amplió los alcances de la restitución del grado que les hubiese correspondido, autorizando una promoción de superior jerarquía en los términos del inciso c), del artículo 11 del Decreto 1.332/73.

Ahora bien, del Legajo Personal de Tozzo no surge que haya sido beneficiario de algunas de esas normas, que en cuanto deparaban una autorización al órgano ejecutivo debían materializarse en actos administrativos que le confirieran eficacia. Pero, por otra parte, de la nota de Verbitsky y del proyecto del diputado Villaverde (Expediente 4203-D-2006) no es posible inferir que su pase a retiro sea indicativo de su falta de participación en los hechos que se le atribuyen. El comienzo y el final del artículo periodístico citado son

¹²⁸. Boletín Oficial N° 25.759, publicado el 11 de Septiembre de 1985.

¹²⁹. Boletín Oficial N° 27.462, publicado el 1° de Septiembre de 1992.

¹³⁰. Boletín Oficial N° 31.323, publicado el 15 de Enero de 2008.

Poder Judicial de la Nación

elocuentes en este sentido.

Del mismo modo, no puede vincularse linealmente el ascenso al grado de Capitán de Tozzo en Diciembre de 1976 como una prueba de su participación en la "Masacre de Margarita Belén" (cfr. artículo 44, primer párrafo, de la ley *de facto* 19.101).

III.3.b) Lo que -en rigor- le quita mérito a la afirmación de que la instrucción del sumario fue amañada en su perjuicio es el contenido de las declaraciones informativas prestadas por los imputados no procesados y el modo como fueron merituadas por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.

-Cristino Nicolaidis (fs. 469/470): Admitió haber dado por escrito la orden de traslado, con la anuencia de sus superiores.

-Miguel Aurelio Baguear (fs. 783/784): Sostuvo que conoció con posterioridad los sucesos investigados y que se limitó a confeccionar los partes informativos.

-Jorge Alcides Larrateguy (fs. 348/349): Admitió en su declaración que fue quien informó a Nicolaidis los problemas causados por las conexiones que los prisioneros mantenían con sus compañeros en la clandestinidad. También reconoció que fue quien dispuso lo necesario para el traslado de los detenidos. Es verdad que indicó a Tozzo como integrante del grupo que trasladó a las víctimas, pero también los mencionó a Carnero Sabol, Patetta, Simoni y Martínez Según, sin sugerir -siquiera- alguna relevancia especial en el accionar del acusado.

-Armando Hornos (fs. 369/370): Señaló que, en su carácter de superior jerárquico, les ordenó a Tozzo y a Carnero Sabol que integraran la columna que custodiaría a los detenidos, recibiendo de parte de este último la información posterior de la existencia del "ataque".

-Athos Gustavo Renes (fs. 382/384): Reconoció que fue el líder del grupo militar que trasladó a los prisioneros. Mencionó a Tozzo como integrante de la columna, pero también a Carnero Sabol, Rodríguez Díaz, Simoni, Martínez Según y Patetta.

-Jorge Daniel Carnero Sabol (fs. 386/388): Admitió haber integrado el grupo de custodia de los detenidos por orden verbal de su superior. Señaló como integrantes de la comitiva a Renes, jefe del grupo, Tozzo, Simoni, Rodríguez Díaz y Losito.

-Ernesto Jorge Simoni (fs. 389/390): Precisoó que integró el grupo de custodia que estaba al mando de Renes y conformado por Reyes, Rodríguez Díaz, Losito, Carnero Sabol, Riquelme y Martínez Según. Como se advertirá, el declarante ni siquiera lo indica a Tozzo como parte del grupo que trasladaba a los prisioneros.

-Aldo Héctor Martínez Según (fs. 382/393): Reconoció que integró el grupo que custodiaba a los prisioneros, indicando que además estaba compuesto por Patetta, Tozzo, Reyes, Riquelme, Renes y Simoni.

-Ricardo Guillermo Reyes (fs. 423/424): Admitió haber integrado el contingente militar junto a Patetta, Martínez Según, Tozzo, Riquelme, Renes, Carnero Sabol y Simoni.

Poder Judicial de la Nación

-Horacio Losito (fs. 425/426): También reconoció que integró la columna militar con Renes, Carnero Sabol, Rodríguez Díaz y Simoni. Es otro de los declarantes que no señala a Tozzo como parte del grupo de custodia.

-Luis Alberto Patetta (fs. 427/428): También reconoció que integraba la columna militar, compuesta además por Renes, Tozzo, Riquelme, Martínez Segón, Reyes y Carnero Sabol.

-Germán Emilio Riquelme (fs. 429/430): Reconoció que integró el grupo que condujo a los detenidos, que estaba al mando de Renes. Agregó que formaban parte del contingente de custodia Tozzo, Patetta, Martínez Segón y Carnero Sabol.

III.3.c) El análisis por separado y en conjunto de las declaraciones antes reseñadas permite advertir que cada uno de los declarantes asume el grado de intervención en la operación militar (bien que trastocada con la versión del ataque que hemos descalificado), señalando que la columna militar estuvo integrada por Tozzo (con excepción de Losito y Simoni) pero sin agregar dato alguno que lo señale como desplegando una acción más relevante o diversa de los demás integrantes del grupo. Ni siquiera se lo sindicó como custodio directo de los prisioneros y, en cambio, se lo ubica en el camión que escoltaba al vehículo donde aquellos eran trasladados.

No resulta atendible, entonces, la afirmación del acusado según la cual la instrucción en sede militar estuvo direccionada a perjudicarlo por el concepto que gozaba en el ámbito castrense. Si ello fuese así, carecería de sentido que fuera posible -a partir de esas declaraciones- reconstruir la nómina completa del personal que

intervino en el traslado de los prisioneros, principalmente sobre la base de sus propios reconocimientos y del señalamiento de otros integrantes de la patrulla militar.

Resulta correcto remarcar en este momento de la exposición aquello que habíamos anticipado al considerar uno de los planteos de nulidad formulados por el Sr. Defensor Oficial. Nada revela mejor que la capacidad de rendimiento de las declaraciones objetadas y que no estuvieron determinadas por algún tipo de coacción, que el contenido de aquéllas. Invariablemente, se refieren a la existencia de un ataque al convoy en el que eran trasladados los prisioneros, cuyos resultados fueron la muerte de algunos de ellos y las fugas de otros. Ello demuestra que, más allá de su nula atendibilidad, cumplieron la finalidad procesal a las que estaban destinadas: eximir al conjunto de la responsabilidad en los hechos investigados. En consecuencia, no resultó afectada la defensa en juicio de los deponentes.

III.3.d) Al declarar ante el Tribunal, el acusado afirmó que su declaración -en sede militar- ya había sido redactada y que, simplemente, le fue presentada para su firma por el Juez de Instrucción Militar. Aunque el extremo no ha sido probado siquiera por indicios, como ya se adelantó esa declaración no puede ser computada en este juicio, en la medida en que resulta desplazada por la que prestara en esta sede.

Ha señalado, entonces, que luego de producidos los acontecimientos fue convocado para imponerse de la situación y preparar los partes informativos correspondientes.

Al respecto, debe señalarse que las declaraciones

Poder Judicial de la Nación

de ocho de los integrantes del contingente militar y la de su superior refutan esa versión exculpatoria. Pero, por otra parte, no se condice con la real naturaleza de la Masacre que -como dijimos- implicó montar un escenario del fingido ataque, antes que en informar falsamente sobre lo ocurrido. Una convocatoria, con tan modestos e irrelevantes objetivos, estaría en contradicción con el modo como ocurrieron los hechos.

Finalmente, el ensayo de refutación de las declaraciones formulado por Tozzo se ha diluído en generalidades que no han hecho foco en aquellas que presentan mayor importancia: la de Hornos, su superior jerárquico, y la de Carnero Sabol con quien compartía tareas de inteligencia. No explicó el causante las razones por las que los nombrados lo señalaran (sin incriminarlo) como integrante de la patrulla militar.

II.3.e) El dato más relevante, sin embargo, es la valoración del material reunido en el sumario militar. En definitiva, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas -por unanimidad- resolvió elevar la causa al Ministerio de Defensa proponiendo que se dispusiera el sobreseimiento provisional de los imputados por considerar que no estaba bien probado el hecho que motivara el sumario (artículos 337, párrafo tercero, y 339, inciso 1°, del Código de Justicia Militar.

Resulta un dato objetivo que en aquella resolución no existe algún argumento de mérito que le dé soporte. No reúne esas características la siguiente afirmación. "Que este Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas no desconoce que en la causa seguida a las Juntas Militares, la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en

lo Criminal y Correccional Federal ha declarado probados homicidios por alevosía en la localidad de Margarita Belén, luego de vejámenes y/o torturas en dependencias policiales. Se ha fundado para ello en testimonios recogidos judicialmente -algunos ante sus propios estrados-, y en diversos indicios que afirmaban las sospechas de los denunciantes. Este Consejo Supremo entiende en esta causa que versa, específicamente sobre los mismos hechos, y lo hace tiempo después de aquel pronunciamiento y valiéndose de una prueba testimonial, pericial y documental abundante, que no estuvo a disposición de aquel alto Tribunal. Esto le permite una revisión de los hechos y aún de las probanzas anteriormente utilizadas y llegar a una conclusión diferente. Para este Tribunal, la denuncia de la masacre carece de andamiaje probatorio y la mera sospecha, de subsistir, vuelve improcedente una declaración formal de responsabilidades y hace aplicable el axioma "in dubio, pro reo".

A los fines que aquí interesan, no es importante el "juicio de valor" transcripto (una mera petición de principios), sino el modo como se propuso resolver la situación del aquí acusado, marcadamente contradictoria con sus afirmaciones sobre la animadversión del estamento castrense hacia él.

II.3.f) Corresponde, en consecuencia, asignándole credibilidad a las declaraciones informativas reseñadas, tener por acreditada la participación en carácter de coautor de Norberto Raúl Tozzo en la privación de la libertad, con abuso de funciones, de los damnificados Fernando Gustavo Piérola, Roberto Horacio Yedro, Julio Andrés Pereyra y Reynaldo Amalio Zapata Soñéz, desde la Alcaldía Po-

Poder Judicial de la Nación

licial de Resistencia hasta el paraje rural próximo a Margarita Belén
donde fueron ejecutados.

Debo aclarar que el título que califica la participación del inculpado: coautor, resulta del dato que no existen diferencias cualitativas entre los aportes funcionales que realizaron los integrantes de la comitiva militar en orden a producir los resultados lesivos computados. Más allá de su concreta materialidad, concurrieron en equivalencia de condiciones a producirlos.

III.4) Regla concursal aplicable.

Por razones de buen orden expositivo hemos debido tratar en el apartado I) del presente capítulo la cuestión, concluyendo en que los hechos que lesionaron los derechos fundamentales de las víctimas resultan independientes en razón de causar resultados lesivos a cada una de las personas que fueron abusivamente privadas de su libertad. Rige el caso, la regla concursal vigente al tiempo de comisión de los hechos: artículo 55 del Código Penal.

IV. Propongo en función de lo expuesto que el acusado Norberto Raúl Tozzo sea condenado como coautor penalmente responsable de crímenes de lesa humanidad con resultados lesivos en perjuicio de Fernando Gustavo Piérola, Roberto Horacio Yedro, Julio Andrés Pereyra y Reynaldo Amalio Zapata Soñéz, derivados de la pluralidad de conductas equiparables a la privación de la libertad personal de las víctimas, cometidas por un funcionario público con abuso de funciones (artículos 144 *bis*, inciso 1°, 45, 55 y 77 del Código Penal).

**IV) Las penas que corresponde imponer al incul-
pado Norberto Raúl Tozzo.**

IV.a) Conforme a la calificación legal de los crímenes de lesa humanidad por los que debe ser condenado el acusado, ajustada a la que -dentro de los delitos de derecho interno- guarda simetría con los subtipos de aquellos crímenes del derecho internacional general y a la regla concursal aplicable, la pena privativa de la libertad que corresponde imponerle debe determinarse dentro de la escala comprendida entre los tres y los veinte años de prisión (artículos 144 *bis*, inciso 1°, y 55 del Código Penal, vigentes al tiempo de comisión de los hechos por los que se lo considera penalmente responsable).

IV.b) Tanto el Sr. Defensor Oficial como el acusado han argumentado sobre la futilidad de la pena que correspondería imponerle al segundo, invocando el letrado que no cumpliría la finalidad de prevención especial positiva, que es su fundamento constitucional legitimante, porque Tozzo es -actualmente- otra persona, sobre quien no pesa ninguna otra imputación. A su turno, el requerido invocó el disociación (asumo que espiritual) con los hechos por los que resulta condenado (artículo 223.a) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional).

IV.c) Desde el punto de vista opuesto, el destacado abogado Mario Bosch, representante de las querellas unificadas, afirmó que la pena privativa de libertad debía cumplir una finalidad de prevención especial en la etapa de ejecución de la pena, pero que -al tiempo de su imposición- debía fungir de disuasivo, confirmando la

Poder Judicial de la Nación

vigencia de la norma prohibitiva.

Debo aclarar que las síntesis anteriores no son textuales, sino el extracto de cómo he percibido las dos tesituras filosóficas.

IV.d) Creo, a mi vez, que cuando se trata la cuestión de los fines de la pena, en realidad la controversia se remite no a lo que la pena *es* sino a lo que la pena *debería ser* y, por ello, las diversas posiciones son irreductibles.

Tengo para mí que la imposición de una pena y su graduación deben cumplir con el principio de mínima *eticidad* que le es exigible al Estado pues es lo único que justificaría la confiscación del conflicto por quien no es titular de los bienes jurídicos afectados. Si este fuera el caso, las ofensas contra el mínimo de valores compartidos por la humanidad no deben quedar impunes, pues -entonces- la intrínseca dignidad del ser humano sería un bien fungible, a merced de cualquier fin. La impunidad no *deshumanizaría* (me disculpo por el barbarismo) al infractor, sino a todos porque pertenecemos a la especie humana. Desafortunadamente, la conciencia jurídica universal no ha arribado a algo mejor que el Derecho Penal, como hubiera querido Radbruch.

IV.e) Desde el punto de vista de gravedad de los injustos por los que debe condenarse a Tozzo no existen atenuantes computables. No sólo por la enorme lesividad de las conductas por las que fuera juzgado, sino porque los resultados lesivos que se le han imputado no contemplan en toda su dimensión los daños causados. Ya

he señalado que considero que las víctimas no sólo fueron privadas de su libertad, sino asesinadas.

No puede considerarse como agravante que haya empleado para su perpetración los recursos estatales porque tal circunstancia integra el tipo objetivo de los crímenes contra la humanidad y no puede ser objeto de una nueva (des)valoración.

IV.f) En lo que atañe al grado de culpabilidad exteriorizado con la comisión de los injustos, el examen de visu del acusado (artículo 41.2 del Código Penal) ha revelado que es una persona con aptitudes, con una especial formación y que no se advierte que haya tenido dificultades para proveer a su sustento y el de su familia.

En cambio, me parece que debe contemplarse con eficacia reductora de la punibilidad, el contenido de su formación profesional. Reiteradamente, se ha invocado a la doctrina de la seguridad nacional, al ascendiente reaccionario de la Iglesia Católica en la formación de los cuadros militares (ver la opinión de Horacio Verbitsky ya citada). Esos hechos no fueron entes metafísicos que no influyeran en la percepción distorsionada de la realidad por parte de los militares argentinos, como lo demuestran las calificaciones que recibiera durante su servicio activo Tozzo y el tenor de los escritos, agregados a su legajo, solicitando su reincorporación.

En la tristísima sesión del Senado de la Nación, desarrollada en la madrugada del 29 de Mayo de 1987, cuando ya se tenía una información clara de lo ocurrido en los crueles años comprendidos entre 1974 y 1983, una de las primeras víctimas del terrorismo de Estado, un comprometido luchador por los Derechos Huma-

Poder Judicial de la Nación

nos (junto al entrañable Mario Abel Amaya) Hipólito Solari Yrigoyen afirmó: "He comprobado a través de conversaciones con jefes militares que de buena fe creen lo que les inculcaron sus superiores: que combatieron exclusivamente a la subversión guerrillera y se sorprenden cuando se les informa que la inmensa mayoría de las víctimas de la represión -a las cuales he conocido personalmente en las cárceles y en el exilio- condenaban la violencia y nada tenían que ver con ella". Sólo cito esta opinión por considerarla paradigmática, por quien la emitió y por su contenido.

Excluir este componente existencial al graduar la reprochabilidad de la conducta de Tozzo, sería políticamente correcto y éticamente censurable, pues lo cosificaría al soslayar datos comprobados de su experiencia vital. Importaría suponer que sólo la maldad y ciertos impulsos psicopáticos informaron las conductas por las que hoy se los condena.

Se ha incorporado como cláusula no escrita del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional el mandato "NUNCA MÁS". Su efectiva realización no se satisface sólo con la condena a Tozzo sino con una revisión autocrítica de la sociedad entera. Asumo, aunque me pese, la parte que me corresponde.

Voto, en consecuencia, por imponer al acusado la pena de diecinueve (19) años y seis (6) meses de prisión, seguramente insatisfactoria para el condenado, las víctimas y el colectivo social, pero que refleja mi leal valoración sobre la respuesta jurídica adecuada.

IV.g) El concurso de delitos por el que resulta

condenado Tozzo se encuentra conminado con la pena conjunta de inhabilitación especial por doble tiempo que el de la pena privativa de libertad, lo que importa la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena (artículo 20 del Código Penal). Sin embargo, según consta a fs. 230 del Legajo Profesional del condenado, en virtud de la resolución del Jefe del Estado Mayor General del Ejército del 25 de Febrero de 2008, fue dado de baja de la institución militar por encontrarse incurso en las previsiones de los artículos 20, inciso 6°, de la ley *de facto* 19.101 y 175 del Código de Justicia Militar. Por tal razón, la pena cuya imposición se pretende resulta ya ejecutada en sede administrativa.

IV.f) Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 29, inciso 3°, del Código Penal, debe imponerse al inculpado la obligación de satisfacer las costas del proceso, comprensivas de los rubros indicados por el artículo 533 de la ordenanza procesal penal.

V) Otras reparaciones.

V.I) El artículo 61.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

Poder Judicial de la Nación

V.2) Resulta evidente que, en casos como el presente, la reparación del daño en el caso de las víctimas directas es materialmente imposible y respecto a los damnificados indirectos cualquier reparación es insuficiente.

V.3) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha perfilado -en casos de graves violaciones a los derechos humanos- un alto estándar de reparaciones que exceden la sanción individual a los responsables penalmente por tales infracciones y se encuentran a cargo de los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

V.3.a) Como primer dato a considerar, no es ajena a aquella doctrina la modificación de las formas de gobierno vigentes al tiempo de la violación a los derechos humanos y al de la recuperación de las instituciones democráticas. No obstante, ha establecido: "Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron" ⁽¹³¹⁾.

¹³¹. Cfr. entre otros Corte IDH, sentencia C-4, del 29 de Julio de 1988: "**Caso Velázquez Rodríguez v. Honduras**", § 184.

La intervención como partes querellantes en el presente juicio de los Gobiernos Federal y Provincial revela una vocación por cumplir con este compromiso, de la que se toma debida nota.

V.3.b) El derecho a la verdad integra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, diferenciable de los derechos de los damnificados directos. "En cuanto a las violaciones alegados por la presentante en su propio nombre, el Comité toma nota de que su declaración de que estaba en Uruguay en el momento de los hechos en relación con su hija, no se contradice con el Estado Parte. El Comité comprende la angustia y el estrés causado a la madre por la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero. La reclamante tiene el derecho de saber lo que ha sucedido a su hija. En ese sentido es también una víctima de las violaciones del Pacto soportadas por su hija, en particular, del artículo 7" ⁽¹³²⁾.

"Esta Corte ha señalado, en otras oportunidades, que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En un caso que involucraba la desaparición forzada de una persona, el Tribunal afirmó que la viola-

¹³². Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comunicación 107/1981, del 21 de Junio de 1983: "**María del Carmen Almeida de Quinteros et al. v. Uruguay**", § 14 [*With regard to the violations alleged by the author on her own behalf, the Committee notes that, the statement of the author that she was in Uruguay at the time of the incident regarding her daughter, was not contradicted by the State party. The Committee understands the anguish and stress caused to the mother by the disappearance of her daughter and by the continuing uncertainty concerning her fate and whereabouts. The author has the right to know what has happened to her daughter. In these respects, she too is a victim of the violations of the Covenant suffered by her daughter in particular, of article 7*].

Poder Judicial de la Nación

ción de la integridad psíquica y moral de dichos familiares es una consecuencia directa, precisamente, de la desaparición forzada. En particular, la Corte consideró que las *circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos*" ⁽¹³³⁾.

"En relación con las violaciones a la Convención Americana anteriormente citadas, la Corte considera que el Estado peruano está obligado a investigar los hechos que las produjeron. Inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos. Corresponde por tanto al Estado, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance" ⁽¹³⁴⁾.

"En este sentido la Corte considera que la entrega de los restos mortales en casos de detenidos-desaparecidos es un acto de justicia y reparación en sí mismo. Es un acto de justicia saber el paradero del desaparecido, y es una forma de reparación porque permite dignificar a las víctimas, ya que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto para con sus deudos y con el

¹³³. Por todos, cfr. Corte IDH, sentencia C-70, del 25 de Noviembre de 2000: "**Caso Bámaca Velázquez v. Guatemala**", § 160.

¹³⁴. Corte IDH, sentencia C-34, del 3 de Noviembre de 1997: "**Caso Castillo Páez Vs. Perú**", § 90.

fin de que éstos puedan darle una adecuada sepultura" ⁽¹³⁵⁾.

"Finalmente, Suriname debe emplear todos los medios técnicos y científicos posibles – tomando en cuenta las normas pertinentes en la materia, tales como las establecidas en el Manual de Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias – para recuperar con prontitud los restos de los miembros de la comunidad que fallecieron durante el ataque de 1986. Si el Estado encuentra los restos mortales, deberá entregarlos a la brevedad posible a los miembros de la comunidad sobrevivientes para que los fallecidos puedan ser honrados según los rituales de la cultura N'djuka. Asimismo, el Estado deberá concluir, en un plazo razonable, los análisis a los restos humanos encontrados en la fosa común en 1993, y comunicar el resultado de dichos análisis a los representantes de las víctimas" ⁽¹³⁶⁾.

V.4) "Sois, oh dioses, crueles y maléficos. (...) Ahora, que ha perecido, no os atrevéis a salvar el cadáver y ponerlo a la vista de su esposa, de su madre, de su hijo, de su padre Príamo y del pueblo, que al momento lo entregarían a las llamas y le harían honras fúnebres; por el contrario, oh dioses, queréis favorecer al pernicioso Aquiles, el cual concibe pensamientos no razonables, tiene en su pecho un ánimo inflexible y medita cosas feroces, como un león que, dejándose llevar por su gran fuerza y espíritu soberbio, se enca-

¹³⁵. Corte IDH, sentencia C-92, del 27 de Febrero de 2002: "**Caso Trujillo Oroza v. Bolivia**", § 115.

¹³⁶. Corte IDH, sentencia C-24, del 15 de Junio de 2005: "**Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam**", § 208.

Poder Judicial de la Nación

mina a los rebaños de los hombres para aderezarse un festín, de igual modo perdió Aquiles la piedad y ni siquiera conserva el pudor que tanto favorece o daña a los varones. Aquél a quien se le muere un ser amado, como el hermano carnal o el hijo, al fin cesa de llorar y lamentarse, porque las Parcas dieron al hombre un corazón paciente" ⁽¹³⁷⁾.

"Quiero escarbar la tierra con los dientes, quiero apartar la tierra parte a parte, a dentelladas secas y calientes. Quiero minar la tierra hasta encontrarte y besarte la noble calavera y desamordazarte y regresarte" ⁽¹³⁸⁾.

Ciertamente, el arte no impone mandatos jurídicos pero es testimonio de aquello que define a la experiencia humana: el amor, la vida y la muerte. Si es verdad que el fin último del derecho es posibilitar la realización de cada plan de vida existencial, no puede privarse a los deudos de las víctimas del derecho a honrar a sus muertos.

V.6) En la presente causa, se han realizado infructuosas búsquedas de los restos mortales de Fernando Gustavo Piérola, Roberto Horacio Yedro, Reynaldo Amalio Zapata Soñéz y Julio Andrés Pereyra, impulsadas más por el denodado tesón de sus familiares que por iniciativa jurisdiccional, siendo que esta última actividad estuvo presidida por la finalidad de investigar la responsabilidad del acusado.

"En una amplia dimensión, el Derecho Internacio-

¹³⁷. **Homero:** La Ilíada, Canto XXIV: *Rescate de Héctor*, citado por el Sr. Fiscal Dr. Jorge Eduardo Auat.

¹³⁸. **Miguel Hernández:** "Elegía a Ramón Sijé", citado en su declaración testimonial por Alfredo Piérola.

nal de los Derechos Humanos ha contribuido al rescate de la posición central de la figura de la víctima en el ordenamiento jurídico. En el ámbito de la propia criminología, se ha intentado dedicar mayor atención a la víctima (y no sólo al agente violador de sus derechos), pero los esfuerzos en ese sentido no logran trascender el enfoque de la víctima como sujeto pasivo del delito, - cuando habría que ir más allá. En el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el rol de la víctima efectivamente trasciende la figura del sujeto pasivo del delito, pues aquí la víctima asume el rol de auténtico sujeto activo de la acción judicial internacional en defensa de los derechos que le son inherentes como ser humano" ⁽¹³⁹⁾.

Sigue vigente, pues, la obligación estatal de reparar a las víctimas sobrevivientes, con los alcances explicitados en los considerandos anteriores.

Superada, al menos en esta instancia, la etapa de adjudicación de responsabilidad penal, los esfuerzos deben centrarse en cumplir el segundo mandato, a cuyo efecto el Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias de las Naciones Unidas ("Protocolo de Minnesota") ⁽¹⁴⁰⁾, contiene protocolos de actuación que son el producto de una larga elaboración y que -quizás- coadyuven a cumplir con la genérica obligación de respetar los derechos (artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

¹³⁹. Voto del Juez Cançado Trindade (considerando 16), en Corte IDH, sentencia C-114, del 7 de Septiembre de 2004: "**Caso Tibi v. Ecuador**".

¹⁴⁰. Aprobados por la Resolución 44/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 15 de Diciembre de 1989.

Poder Judicial de la Nación

V.7) Puesto que el compromiso de dar cumplimiento a las obligaciones convencionales recae tanto sobre el Estado Nacional, como el Provincial (artículo 29.1 y 29.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), resulta procedente exhortar a las ramas ejecutivas de los Gobiernos Nacional y Provincial, a fin de que prosigan y -de ser el caso- se intensifiquen las tareas tendientes al hallazgo de los restos mortales de las víctimas y su adecuada identificación, a cuyo efecto deberán librarse las comunicaciones pertinentes.

D) Resolución de cuestiones accesorias al objeto procesal del juicio.

I) Prórroga de la prisión preventiva.

La sentencia dictada en la presente causa no se encuentra firme y le asiste al condenado la facultad de recurrirla (artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sin embargo, según consta en la causa, durante la etapa sumarial, aprovechando los efectos de una equivocada decisión judicial, se sustrajo a la actuación de la justicia, eludiendo las órdenes de captura nacional e internacional que sobre él pesaban, hasta que se produjo su aprehensión y ulterior proceso extraditorio que permitió la realización del presente juicio.

Este dato representa una base objetiva que permite presumir el riesgo procesal que comportaría cualquier medida de flexibilización de la medida cautelar que viene cumpliendo, impidiendo que la pena privativa de libertad impuesta se cumpla.

Sin desconocer, la normativa convencional que garantiza la excepcionalidad de la prisión preventiva, en el caso es indispensable prorrogar esta medida por razones de interés general, a fin de no esterilizar la eficacia de la condena impuesta (artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 280 del Código Procesal Penal).

Procede, en consecuencia, disponer de oficio aquella prórroga, disponiendo que la restricción cautelar del derecho a la libertad personal del causante se siga cumpliendo en la Unidad 7 del Servicio Penitenciario Federal, debiendo comunicarse esta medida al responsable del establecimiento penitenciario.

II) Honorarios profesionales.

En la estimación pecuniaria del mérito y extensión de la tarea profesional de los letrados que representaron al inculcado y a las partes querellantes, cobran importancia la trascendencia del proceso pero -en mayor grado aún- el resultado que se hubiere obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada en el juicio por el vencido (artículo 6°, inciso c) de la ley *de facto* 21.839 ⁽¹⁴¹⁾, modificado por la Ley 24.432 ⁽¹⁴²⁾).

A la luz de estos parámetros y encontrándose en paridad la calidad de la gestión procesal de todos los profesionales actuantes, la suma que corresponde a regular a cada consorcio de abogados será de cuarenta mil pesos, distinguiendo la naturaleza de

¹⁴¹. Boletín Oficial N° 23.959, publicado el 20 de Julio de 1978.

¹⁴². Boletín Oficial N° 28.057, publicado el 10 de Enero de 1995.

Poder Judicial de la Nación

sus respectivas intervenciones.

Sólo cabe hacer dos excepciones, en el caso del Sr. Defensor Oficial -Dr. Juan Manuel Costilla- quien debió litigar contra cuatro partes acusadoras, lo que supone -de suyo- un esfuerzo profesional superior y en el caso del Dr. Mario Federico Bosch quien tuvo a su cargo la representación de las querellas unificadas, mandatos plurales que justifican un monto mayor que justiprecie su labor profesional. En ambos casos, deben regularseles en concepto de honorarios profesionales las sumas de cincuenta mil pesos, respectivamente.

III) Cómputo de pena y comunicaciones que deben practicarse.

De conformidad a lo previsto por el artículo 493, primer párrafo del digesto procesal, consentida o ejecutoriada que fuere la presente sentencia, deberá practicarse el cómputo de pena, con arreglo a lo previsto por el artículo 24 del Código Penal e incluyendo el tiempo servido por el causante como detenido a los fines de su extradición.

Finalmente, debe comunicarse el dictado de la presente sentencia al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a fin de acreditar el resultado de la *negotiorum gestio* que le cupo (artículo 65 de la Ley 24.767 ⁽¹⁴³⁾) y al Registro Nacional de Reincidencia (artículo 2°, inciso i), de la ley *de facto* 22.117 ⁽¹⁴⁴⁾).

En el sentido hasta aquí expresado, emito mi voto

¹⁴³. Boletín Oficial N° 28.565, del 16 de Enero de 1997.

¹⁴⁴. Boletín Oficial N° 24.314, del 14 de Diciembre de 1979.

en disidencia parcial con el que forma la mayoría en el acuerdo precedente.-

Rubén David Oscar Quiñones
Juez Subrogante