

## *Poder Judicial de la Nación*

///Plata, 7 de marzo de 2006. Rtro. S. II T. 79 f\*12/64

**VISTO:** El presente expediente número 2625, caratulado “VON WERNICH, Cristian Federico s/ Infracción arts. 144 bis, 144 ter., 80 inc. 7° y 54 del Código Penal” proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 3, de esta ciudad.

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **EL DOCTOR SCHIFFRIN DIJO:**

I. Llegan estos autos a la Alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, a fs. 387/388, por el Dr. Juan Martín Cerioli, en representación de Cristian Federico von Wernich, contra la resolución obrante a fs. 364/370, que decreta el procesamiento del mencionado von Wernich, por hallarlo, prima facie, partícipe secundario de los delitos de privación ilegítima de la libertad y torturas, y partícipe necesario de homicidio calificado, todos en concurso real (arts. 144 bis, 144 ter, 80 inc. 7°, 45, 46 y 55 C. P. apartados IV y V de la resolución de primera instancia).

II. Los agravios expuestos por el Dr. Cerolini se refieren a que no se hallaría acreditada la intervención de von Wernich en los hechos que se le atribuyen, a la vez que solicita se revoque la prisión preventiva impuesta a su representado (fs. 525/537).

Cabe señalar que, a fs. 538/541, se presentó ante esta Alzada el Dr. Oscar Alberto Rodríguez, en representación de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos La Plata -parte querellante en las actuaciones-, apoyando el procesamiento dictado por el Dr. Corazza.

III. Pongamos también de relieve que, previo a recibir la declaración indagatoria de Cristian von Wernich, el a-quo declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 23.942 (llamada de punto final) y 1, 3 y 4 de la ley 23.521 (conocida como de obediencia debida).

Esta decisión no fue apelada en su momento ni ahora es objeto de agravios, de manera que el Tribunal no está facultado para emitir un

pronunciamiento vinculante al respecto

De cualquier modo, dada la extrema gravedad institucional del caso, creo oportuno expresar, como obiter dictum, mi conformidad con la decisión del a-quo en los tópicos señalados, remitiéndome a mis propios trabajos académicos muy anteriores al inicio de la causa y que arrancan de una publicación en el periódico Página 12 contemporánea a los indultos de los integrantes de las tres primeras juntas militares (Decretos 2741/90), contribución que volvió a aparecer en el periódico La Vanguardia, de febrero de 1996. Después tomé posición sobre el tema de la validez o invalidez de las leyes citadas en diversos trabajos, empezando por el titulado “Ius Gentium y concepción estatalista del derecho en relación con nuevos desarrollos de la doctrina y jurisprudencia argentinos” (v. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Verdad y Justicia, Homenaje a Emilio Mignone. Cels y Fundación Ford. San José de Costa Rica, año 2001, pág. 411 y sigs; sobre el punto, en especial, págs. 416/417), así como la ponencia sobre la Argentina, que expuse en el coloquio internacional “Estado de Derecho y Delincuencia de Estado en América Latina. Proceso de Transformación Comparados”, que tuvo lugar del 22 al 24 de febrero de 2002 en la ciudad de San Pablo, Brasil, organizado por el Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, la Fundación Vourod Adenauer y el Instituto Max Plank de Derecho Extranjero e Internacional, cuya sede se halla en Freiburg im Breisgau. En la versión final de la ponencia (en curso de publicación) me ocupé del tema de la invalidez de las leyes 23.942 y 23.521 en los apartados IV y V.

Como es notorio, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha pronunciado específicamente sobre la validez de esas leyes (aunque sí sobre la imprescriptibilidad de los hechos de terrorismo de estado como delitos de lesa humanidad in re A. 533. XXXVIII “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa n° 259—, del 24 de agosto de 2004) existe entre nosotros una amplia cantidad de precedentes por

## *Poder Judicial de la Nación*

la invalidez de tales normas, que, por lo común, se apoyan en los siguientes argumentos que paso a enumerar.

1) las razones vertidas por el Dr. Jorge Bacqué en su memorable disidencia en el caso Camps (Fallos 310: 1162), las cuales se apoyan en que las leyes carecen de la generalidad requerida para su validez como tales y, en cambio, están destinadas a substituir las decisiones judiciales pertinentes por actos, ex post facto del Parlamento, con desmedro del principio de división de los poderes;

2) también se ha deducido la invalidez de las leyes 23.492 y 23.521 de las disposiciones del art. 29 de la Constitución Nacional. En este sentido, ya en el año 1984, tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal como la Corte Suprema de Justicia se habían pronunciado por la invalidez de la ley de facto 22924, llamada de autoamnistía, fundándose en aquella norma básica de nuestra Carta Magna. Al respecto, cabe destacar que el art. 29 no sólo fulmina de nulidad insanable a los actos del Congreso y de las Legislatura allí evocados, sino a los “de esta naturaleza”, entre los que se cuenta la asunción por parte de la Junta Militar de 1976 de facultades extraordinarias de tal amplitud que le permitieron montar un aparato criminal organizado dentro de la misma estructura del Estado (Marcelo A. Sancinetti-Marcelo Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi-De Palma, buenos Aires, 1996, pag. 271 y sgs.).

3) Amén de estos argumentos, en sí convincentes, se ha insistido en que las leyes tal 23.492 y 23.521, resultaban ya en el momento de su sanción incompatibles con la Convención de la Naciones Unidas contra la tortura y otros tratados y penas crueles, inhumanas y degradantes, pues dicha Convención, en su art. 2, punto 2 y 3, excluye la emergencia y la obediencia debida como causas para justificar la tortura. En abono a ello, si bien no está claro que cuando en 1987 fue sancionada la ley 23.521, llamada de "obediencia debida", el instrumento estuviese ya en vigencia internacional, por haber

reunido el número de ratificaciones exigibles, de todos modos, lo dispuesto en el art. 18 de la Convención de Viena sobre los Tratados, instrumento también vigente desde hacía tiempo en el país, impedía que el Estado realizara actos evidentemente frustrantes del objeto y fin de la Convención contra la tortura.

Este argumento se refuerza teniendo en cuenta que la Corte Suprema mantiene desde el año 1992, como doctrina general, después incorporada a la Constitución de 1994, que los tratados prevalecen sobre las leyes ordinarias y que la Convención contra la tortura, etc, fue incorporada con rango quasi-constitucional por esa misma reforma (art. 75 inc. 22). Puede observarse que cuando en 1987 se produjo la desincriminación de las conductas criminales del terrorismo de estado, excepto en los niveles máximos de decisión, y cuando entre 1989 y 1990, fueron indultados los responsables de máxima jerarquía, la Corte Suprema, como vimos, no había aún declarado la superioridad de los tratados sobre las leyes ordinarias. Por otra parte, en las condiciones de aquel momento (año 1987), la violación de la Convención contra la tortura, por vía del art. 18 de la Convención de Viena para los tratados, no habría debido producir efectos inmediatos en el derecho interno, sino responsabilidad internacional del Estado.

Sin embargo, a esta altura cabe tener en cuenta la derogación de las leyes 23.492 y 23.521 por el Congreso en el año 1997. Tal derogación no fue una declaración de nulidad por vía legislativa (lo cual tiene escaso sentido jurídico), pero podría argumentarse que al recuperar su vigencia las leyes anteriores a la de punto final y obediencia debida debían aplicarse al caso porque el art. 2 del Código Penal que prescribe la aplicación ultra activa de la ley intermedia más benigna es una simple norma legal, como lo declaró reiteradamente la Corte Suprema, sobre la cual tendría que prevalecer las disposiciones sobre la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura etc., elevadas a rango cuasi-constitucional por el ya citado art. 75 inc. 22 de la Constitución reformada en el año 1994.

## *Poder Judicial de la Nación*

Esta conclusión tropieza, empero, con la circunstancia de que, junto con la elevación a jerarquía constitucional de la Convención contra la Tortura etc. también fueron incorporado con ese nivel el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Interamericano de Derechos Humanos, cuyos art. 15 n° 1 y 9 in fine, respectivamente, establecen que si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone que se imponga una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella. Desde luego podría decirse que los Tratados de mención no se refieren, literalmente, a la hipótesis de una desincriminación completa, mas es obvio que el argumento de *minore ad maius* vale aquí con amplitud, ya que la más leve de las penas es que no exista ninguna pena prevista.

4) Esta situación conflictiva entre dos normas de igual rango quasi-constitucional obliga a volver la vista a otros aspectos de nuestra carta magna, y en especial al art. 118 de la C.N.

Concedida la preminencia del derechos de gentes receptado por el art. 118 de la Constitución sobre todo el derecho nacional, criterio sobre el cual volveremos más adelante, cabe señalar que con muchísima anterioridad a los crímenes de terrorismo de Estado que se perpetraron en Argentina entre los años 1976 y 1983, el *ius gentium* había expresado de manera terminante en la carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg el rechazo de la obediencia debida como eximente de pena (art. 8, ver Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1958, Vol. II, pag. 1247 en adelante, especialmente, pag 1249). Recordemos que la Carta del Tribunal de Nuremberg formulada por el acuerdo suscripto en Londres el 8 de agosto de 1945, fue aprobada unánimemente por la Organización de las Naciones Unidas entre cuyos miembros ya se encontraba la Argentina por la resol. 95 de la Asamblea General, adoptada el 11 de diciembre de 1946, con la intención de los principios aprobados se hicieron parte permanente del derecho internacional (ver el texto de la resolución Friedman, León *Law of the war*,

New York, Random House, 1972, T. II pag. 1027/1028). Recordemos también que el Tratado de Roma que establece el Código Penal Internacional y la Corte Penal Internacional aprobada por ley 25.390, repite en forma más detallada los lineamientos del art. 8 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

Vemos, pues, que la exclusión de la obediencia debida absoluta (*per inde ad cadáver*) como eximente de pena estaba incorporada, mucho antes de 1987, a los principios del derecho de gentes tales como ellos resultan de las costumbre establecidas entre las naciones civilizadas, así como las leyes de la humanidad y la exigencia de la conciencia pública. Así, reza la Convención de la Haya del 19 de julio de 1899, a la que adhirió nuestro país por medio de la ley 5082. Esta declaración inspirada por el internacionalista Mertens se repite en otras convenciones sobre el derecho de la guerra en especial por las convenciones de Ginebra de 1949 a la que se adhirió la Argentina por el decreto Ley 14.452/56, ratificado por ley 14.467.

En conclusión, concedido que el art. 118 de la Constitución Nacional - originario 102 de la Constitución de 1853/60- cuando recepta el derecho de gentes en materia penal lo hace atribuyéndole superioridad sobre todo el derecho interno, dejan de tener importancia decisiva las dificultades que encierra la aplicación respecto de las leyes de punto final y obediencia debida de la Convención de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes.

5) la demostración suficiente de la nulidad *ex radice* de las leyes recién citadas por vía del art. 118 de la C.N. requiere, pues, exponer los fundamentos de esa superioridad normativa que postulamos para aquella norma

Qué cosa es el derecho de gentes, he tratado de exponerlo en mi voto *in re expte. n° 9275 "Schwammberger, Josef s/Extradición"* del 30 de agosto de 1989, mediante una perífrasis que reproduzco, del famoso pasaje de Cicerón (República, etc.) referido al *jus naturae*, pero que, a mi entender corresponde mejor a la definición del Digesto sobre el derecho de gentes (*ius gentium id est*

## *Poder Judicial de la Nación*

quod vere naturalis ratio inter omnes homines constituit, *Instituta de Justiniano* L. I Título II parag. 1).

El derecho de gentes contiene al derecho natural, entendido como el conjunto de modos elementales de las relaciones de sobrevivencia, solidaridad y sanción que parten del comportamiento ya observables en los animales superiores (ius naturale quod naturae omne animalia docuit, *Instituta de Justiniano* L. I T. II Pr. y Digesto L. I Título I punto 1 parag. 3- Carl Sagan en un importante ensayo se encara este tema).

Desde luego, sabemos bien que el pensamiento jurídico más corriente se siente por lo menos muy incómodo cuando se ve obligado, en virtud de referencia que el art. 118 de la C.N. hace al derecho de gentes en materia penal.

Esta incomodidad, o inclusive, total rechazo, proviene de ver al derecho de gentes como un campo de imprecisiones y vaguedades, que pueden favorecer el arbitrio y hasta el capricho. En cambio, el derecho estatal posee una estructuración y una manera de autenticar las soluciones jurídicas que proporcionan un mayor grado de seguridad.

Esta es una verdad parcial, primero, porque el derecho estatal tiene tal cantidad de zonas grises, contradicciones, oscuridades y maneras de manipulación, que la seguridad que proporciona será muchas veces ilusorias.

Por otra parte, un convencido positivista, como fue Gustavo Radbruch, después del nazismo concluyó que el valor seguridad debía ceder frente al de justicia cuando se trataba de casos de monstruosa ilicitud disfrazada de legalidad (ver de ese autor *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962).

No es aquí el lugar para estudiar el formidable desarrollo que estas ideas del último Radbruch ha tenido en la jurisprudencia alemana. Me ha cabido la suerte de leer la magnífica exposición al respecto que nos obsequia el maestro Giuliano Vassalli en su obra *Formula di Radbruch e diritto penale* (Giuffè Editore, Milán, 2001).

A su vez, la defensa del derecho estatal como único derecho está esencialmente ligado al individualismo contractualista como fundamento del estado. O sea, que cada individuo es un ente en y por sí, una mónada cerrada, cuya comunicación con las otras mónada es puramente tangencial, lo cual significa que el querer monádico es absoluto, ilimitado. La limitación nace entonces como renuncia parcial a trozos del querer autónomo a favor de un sujeto colectivo, cuyo poder está compuesto por la entrega de porciones del querer individual, concretada en las leyes que estipulan cuánto margen de libertad declina cada uno y cuanto se reserva.

Este tipo de construcciones sirven muy bien para fundamentar la idea de que el jus puniendi depende la *lex stricta et scripta*, que concretiza el pacto de renuncia y de reserva, a la vez.

Mas estas construcciones son insuficientes, porque no pueden explicar por qué las estipulaciones deben observarse (*pacta sunt servanda*). Y, además, el carácter ficticio del contractualismo individualista es evidente, pues las formaciones históricas que son los estados se basan sobre complejos procesos psicológicos, sociales, culturales, religiosos y económicos en que los elementos coactivos de un modo u otro prevalecen sobre la supuesta voluntad autónoma de los integrantes de la sociedad estatal.

Podría decirse, claro está, que aún cuando las circunstancias serán tales, la formación contractual individualista de estado debería perseguirse como un ideal, inalcanzable si se quiere, pero por el cual valdría la pena combatir permanentemente, para acercar algo la sociedad al modelo.

No me atrae para nada como modelo la ideal el sistema de los sujetos-isla, de los "yo" monádicos y excluyentes entre sí, sólo dotados de relaciones periféricas. Una visión personalista, en la que el sujeto se construyen sobre la comunicación y el reconocimiento con y por el otro, y por la mutua responsabilidad, es la idea de la que fluyen la libertad y la justicia.

Este ideal postula la existencia de un sociedad universal, de todo el

## *Poder Judicial de la Nación*

género humano, cuya concreción es necesaria para la subsistencia y desarrollo del género mismo. La *societas gentium* es, a la vez que una necesidad elemental cada vez más comprobada, una formación muy débil, casi evanescente, y que sólo puede crecer por un progresivo consenso universal que, a la vez, vaya dando perfil a sociedades estatales basadas en modo de mutuo consentimiento racional cada vez más expandidos.

[Me detengo en este punto para realizar una digresión que creo útil. Siempre he apreciado el principio -expresado con tanta fuerza- aunque con discutible consecuencia, por Kelsen, según el cual no cabe derivar de los juicios de ser, juicios de deber ser. Sin embargo, todas las concepciones que venimos mencionando se apoyan en que de determinados datos antropológicos (juicios de ser) se derivaron ciertas exigencias ideales (juicios de deber ser). Para el derecho y la ética no hay muchas salidas al dilema: o recaen ocultamente en la deducción del deber ser desde el ser, estableciendo normas hipotéticas fundamentales, o se remiten a una instancia trascendente al ser mundanal que puede buscarse en la órbita platónica de las ideas, o en algo parecido, que es la intuición de la esfera extra-ontológica de los valores, o se propone la aceptación de un mandato divino trascendente que obliga a la subsistencia y desarrollo del género humano en relaciones interpersonales constitutivas. Esta última es la línea de las tres grandes religiones monoteístas, que acepto de corazón, pero con la cual comulgan solo aquellos que tienen fé. Mientras tanto, el derecho, en su administración práctica, ha de conformarse tomando, como provisorio dato del deber ser el asentimiento generalizado acerca de que es, o bueno, o por lo menos tolerable, que el género humano subsista y se desarrolle]

6) Las reflexiones anteriores permiten abordar el problema del rango normativo del art. 118 C.N. en cuanto se refiere al *ius gentium* penal, y que yo mismo, como tantos otros doctrinarios y magistrados consideramos que remite al derecho de gentes internacional para hacerlo explicable con carácter de

superioridad al derecho interno.

Sin embargo, en algún trabajo he manifestado dudas sobre los alcances de este texto, pues, explícitamente, sólo dice que los delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera del territorio argentino serán juzgado por los tribunales nacionales. Esta es una cláusula de competencia que expresa el principio de la jurisdicción universal, pero sin determinar si dicho principio se aplica sólo a hechos cometido fuera del territorio de cualquier estado, en alta mar, o si se refiere -y está sería su inteligencia ad literam- a todo delito jure gentium cometido en cualquier país, lo cual significaría que el estado argentino habría de reconocer la jurisdicción de tribunales de otros estados para conocer de los hecho, aún cuando fuesen cometidos en territorio argentino.

Debemos dejar de lado este tema de la jurisdicción, pues no interesa directamente a la solución de nuestro caso. El problema que tenemos por delante es si la exclusión de obediencia debida per inde ad cadáver, y de la prescripción respecto de delitos del derecho de gentes, exclusión a la que este obliga, puede ser compatible con la exigencia de la ley penal previa scripta et stricta, y de la aplicación ultra activa de la ley posterior más benigna, principios consagrados en el derecho interno. La cuestión es saber por qué ha de prevalecer el jus gentium sobre ese derecho interno.

Ahora bien, el texto del art. 118 C.N. nada dice sobre la superioridad del derecho de gentes sobre el interno; no contempla la hipótesis de que el juez argentino que deba conocer de un caso conforme la competencia conferida por esa norma deba aplicar el derecho interno. Más aún, el art 21 de la ley 48 ("Los Tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de al provincia, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va

## *Poder Judicial de la Nación*

establecido") sólo admite al derecho de gentes como fuente auxiliar, con rango muy por debajo de la ley nacional.

Por otra parte, es también cierto, como lo ha demostrado Alejandro Rúa en un trabajo muy serio, que muchos antecedente normativos y proyectos nacionales anteriores a la Constitución de 1853 ponían al derecho natural y de gentes por arriba del propio derecho estadual (ver del autor citado *De Schwamberger a Massera*; Nueva Doctrina Penal 1999- B, pag.555 y sgs. y también el voto del Dr. Maqueda in re “Arancibia Clavel” y citado ).

7) Por ende, del análisis del art. 118 de la C.N., en cuanto hace al rango normativo interno del derecho de gentes no arroja resultados concluyentes. Y, entonces, dadas las características de la incorporación de los tratados de derecho humanos efectuada por el art. 75, inc. 22, C.N. en 1994, no tendremos forma segura de deducir, conforme a las reglas del método histórico subjetivo la superioridad del jus gentium sobre el derecho interno.

En efecto, pese a la trascendencia del artículo 75, inciso 22, de la Constitución, sancionado por la Convención de 1994, no se puede ver en esta norma una nueva y más explicativa consagración de la supremacía del derecho de gentes que perfeccione el texto del artículo 118. En efecto, la Comisión de Redacción de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales que, siguiendo las ideas del distinguido constitucionalista Germán Bidart Campos, sí establecía claramente la supremacía interna del derecho de gente sobre todo el derecho interno, incluso el constitucional, que habría de interpretarse de acuerdo con el primero.

Esta idea tropezó con un serio problema formal derivado del sistema de reforma que prevé el art. 30 de la Constitución, el cual comprende dos pasos: el primero, llamado etapa preconstituyente, consistente en que el propio Parlamento declare por mayoría de dos tercios de sus miembros la necesidad de la reforma, especificando si ha de ser total o sólo cerca de algunos puntos. Sobre la base de esta ley se reúne una Convención Reformadora, elegida

especialmente, que, por mayoría simple, establece nuevos textos constitucionales.

Ahora bien, el texto del art. 75, inc. 22, actual, pudo ser establecido porque el artículo 2.i de la ley 24.309 determinó que uno de los puntos en que podía modificarse el antiguo artículo 67, era el relativo a los institutos para la integración (comunitaria) y la jerarquía de los tratados internacionales.

En cambio, el artículo 7 de dicha ley declarativa, expresa que la Convención Constituyente no podía introducir alguna a las aclaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional, estableciendo el art. 6 que serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención apartándose de las competencias otorgadas.

Por tal motivo, el art. 75, inc. 22, en su formulación final, determinó que si bien las declaraciones y tratados que enumera gozan de jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Consecuencia de lo dicho es reforzar lo que ya expresé en otros otros trabajos míos, en cuanto a que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución reformada, no significa atenuar el principio de legalidad scripta et stricta del artículo 18 de la Constitución Nacional contenido en esa primera parte del texto que permanece inalterable e inalterado (v. en el mismo sentido, los votos de los Dres. Fayt, Belluscio y Vázquez in re “Arancibia Clavel” ya citado).

Más aún, en el debate de dicho artículo 75 inc. 22, se tuvo en cuenta que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se incorporaba con la reserva al apartado 2do. del artículo 15 que formuló la República Argentina al ratificarlo, circunstancia que subrayó el convencional Natale (Diario de Sesiones de la Convención, pag.- 2891) y no se pronunció la Convención sobre el proyecto del convencional Lucero, que en referencia a los delitos de lesa

## *Poder Judicial de la Nación*

humanidad, proponía agregar al texto de la Comisión el siguiente : "En relación a los tratados internacionales de Derechos Humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistías. Las acciones a su respecto serán imprescriptibles" ( pag. 2923 del Diario de Sesiones de la Convención)

De la labor constitucional de 1994 no podemos deducir, pues, aclaraciones sobre el rango normativo del derecho de gentes del artículo 118 (ex 112) de la Constitución. O sea que mirado desde el derecho interno dicho tema no se resuelve ni aún con la novedad que significó el art. 75 inc. 22 de la Constitución. Otras hubieran sido las conclusiones de haberse impuesto la tesitura que en definitiva no halló eco.

8) La ambigüedad que señalamos se disipa si la cuestión del rango normativo del art. 18 C.N. es visualizada con arreglo a los criterios de la interpretación objetiva, válida, a mi juicio, cuando a partir del pensamiento originario de los autores de las normas jurídicas no es posible arribar a conclusiones bien fundadas sobre los mismos problemas que tales normas suscitan. Ahora bien, si nos atenemos a esta segunda perspectiva, con facilidad se advierte que el derecho de gentes, como lo explicamos antes, nutrido por la costumbre la doctrina y las convenciones, se concibe a sí mismo como de superior valor que los derechos de los estados, y en esto radica una de sus notas escenciales. Entonces, la remisión que el art. 118 hace al derecho de gentes significa la apertura de la Constitución, en el campo del Derecho penal, a los contenidos que emanan de aquel otro derecho, al cual, ninguna norma interna puede derogar (v. el voto del Dr. Maqueda in re "Arancibia Clavel").

Obviamente, la aproximación de lógica jurídica que acabo de efectuar adquiere mayor vigor y temple si tiene por fondo una concepción del derecho que se dirige a admitir la existencia de una sociedad de todos los hombres y de un derecho que le es propio y mayor que el de cualquier Estado. En conclusión, estimo que son compartibles la cantidad importante de decisiones judiciales,

inclusive de la Corte Suprema, que de un modo o de otro, apuntan a dar prevalencia al derecho de gentes penal por sobre el derecho interno.

Al respecto, y además del precedente “Arancibia Clavel”, podemos citar los fallos de la Sala I de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional in re "Videla, Jorge Rafael R.", expediente 31.312; el de la Sala I de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, "Massera, Emilio", expediente n° 30.514, ambos del 9 de septiembre de 1999; el del doctor Bagnasco in re "Nicolaidis, Cristino y otros s/Sustracción de menores", expediente. n° 10.326/96, del 22 de septiembre de 1999; el de la Sala II de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, "Astiz, Alfredo s/Nulidad", expediente n° 16.071, del 4 de mayo de 2000; el fallo de la Sala II de la Cámara Nacional Federal y Correccional, "Contreras Sepúlveda s/prescripción de la acción penal" expediente n° 18.020, del 4 de octubre de 2000; la sentencia del doctor Cavallo in re "Simon, Julio-Del Cerro, Juan Antonio s/Sustracción de menores de 10 años", expte. n° 8.686/00, de 6 de marzo de 2001, y los fallos de la Sala II de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional in re "Incidente de apelación de Simón Julio", expte. n° 17.889, "Del Cerro J. A. s/queja", expediente n° 17.890, "Simón, Julio s/procesamiento", todos estos del 9 de noviembre de 2001, el fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal de Capital Federal, Sala I expediente 36.773 "Suárez Mason, Guillermo y otros s/Inconstitucionalidad de indultos decretos 1002/89 y 2746/90" de la Sala. A estos precedentes cabe agregar el pronunciamiento de la Corte Suprema emitido el 14 de junio de 2005 (cuando ya este proyecto de voto había entrado en circulación) in re “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad”, n°17.768.

9) Conviene efectuar precisiones en cuanto a la impostación del tema conocido habitualmente como “imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad”. Este enunciado presupone la existencia de una regla universal de prescripción penal, tanto en la esfera interna como en la internacional, que

## *Poder Judicial de la Nación*

reconocería algunas excepciones, o sea los casos de imprescriptibilidad, discutiéndose si esas excepciones, consagradas hoy en el derecho internacional por el artículo 29 del Estatuto de Roma, han formado antes parte del derecho internacional o si se trata de normas excepcionales nuevas.

El planteo anterior es, a mi juicio, incorrecto, porque nunca fue la prescripción penal conocida en el derecho de gentes, como tampoco se trata de un instituto indiscutido y de larguísima tradición en los derechos internos europeos.

Respecto de lo primero, basta tener en cuenta que en la tradición del derecho natural y de gentes, tanto de los postglosadores como de los canonistas, no se admitía ni siquiera la prescripción civil, que era un instituto exclusivo de los derechos estatales (v. Ernst Reibstein, *Die Anfänge des neuen Natur und Völkerrechts*, Verlag Paul Haupt, Bern, página 133 in fine y 134).

En cuanto a lo segundo, el derecho anglosajón reconoce la prescripción penal en forma muy restrictiva, mientras en los países de tradición germánica el instituto se introdujo lentamente a lo largo del siglo XIX, por influjo del Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, que, apartándose de viejos antecedentes franceses, aplicó la prescripción a todas las infracciones penales (v. *Revue Internationale de Droit Pénal*, año 37, 3er y 4to trimestre de 1966, n°3 y 4, dedicado al proyecto de Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad. Allí ver el trabajo introductorio de Jean Graven, páginas 406 y ss. y 414 y ss.; y la opinión del Grupo Americano de la Asociación Internacional de Derecho Penal, dentro de la misma encuesta a la que está dedicado ese volumen de la revista, páginas 592/593 y 609/611).

Insistimos en la importancia de tener en claro si la prescripción penal ha de categorizarse como un derecho básico de las personas, como un principio general reconocido por las naciones civilizadas, o si se trata de un instituto fundado en razones de oportunidad y de alcances muy diferenciados, en cuanto al grado de reconocimiento, en los distintos cuerpos jurídicos nacionales. Según la respuesta que obtengamos, se resolverá la cuestión del silencio sobre

la prescripción que guardan los actos iniciales del derecho penal internacional del presente, y la relación entre las normas de prescripción de los derechos nacionales y de no prescripción en el internacional.

Ahora bien, en los trabajos preparatorios de la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad adoptada por el Congreso argentino mediante la ley 24.584 (noviembre de 1995), trabajos que consulto en la publicación de la Association Internationale de Droit Pénal sobre la materia, demuestran de manera aleccionadora, que, como dice uno de los estudiosos intervinientes “Nous ne croyons pas que la prescription en matière pénale soit de droit et même de droit criminel interne. Nous tenons, au contraire, que cette prescription étant surtout dictée par des motifs d’opportunité, il n’y a point de prescription de l’action publique, sans texte exprès et que -dans le silence de la loi- c’est la non prescription qui est la règle”( Dautricourt, *Revue Internationale de Droit Pénal*, citada, pag. 462/463)

A partir de estos resultados, Jean Graven, en el estudio introductorio de la obra citada en el párrafo anterior, sostiene que el silencio sobre la prescripción de los documentos básicos sobre los cuales se fundó el Tribunal Penal Internacional de Núrmberg (Declaración de Saint James, de 13 de enero de 1942; Declaración de Moscú, de 1º de noviembre de 1943; el Acuerdo del 8 de agosto de 1945 para crear ese Tribunal, y el Estatuto o Carta del mismo; la Resolución n°95 de las Naciones Unidas, del 11 de diciembre de 1946; la ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania y la directiva n°38 del Consejo , de 12 de octubre de 1946), no significa admitir el principio de la prescripción, sino que fue un “silencio calificado”.

Y después de enunciar los justificativos corrientes para la prescripción penal, añade “ Podemos estar seguros que tales argumentos no han podido conmovier y ni siquiera rozar el espíritu de los autores de la Declaración de Moscú y del Estatuto de Nuremberg que exigían precisamente, por el contrario,

## *Poder Judicial de la Nación*

un castigo ejemplar, riguroso y por siempre memorable en la historia de la justicia penal internacional. Estos argumentos, además, conducen a error respecto de los criminales a los cuales habrían de aplicarse. El olvido que apaga el anciano de justicia para nada se dio, muy por lo contrario, esa anciano se despertó en una escala universal desde que apareció la cuestión de la prescripción...esas constataciones de esas razones no permiten e impiden, incluso, reconocer -y esta es una segunda conclusión- que razones de esta índole hayan podido realmente conducir a querer admitir la prescripción en derecho penal internacional, al menos para los homicidios y los crímenes más odiosos”(v. *Revue Internationale de Droit Pénal, citada*, página 415).

“Contra esta visión del asunto Stefan Glaser expresa que el hecho es que el derecho internacional la positivo guarda silencio sobre este problema. Se podría deducir que ese derecho excluye la prescripción, como habría que admitirlo en el orden interno, en el caso de que una ley nacional omitiera mencionar la prescripción, pues entonces las disposiciones respectivas no estarían incluidas. Por otra parte, empero, tal conclusión nos parece prematura o muy simplista, por razón de que el derecho internacional penal es como se sabe, una disciplina muy reciente, que no se encuentra sino en un estado de desenvolvimiento y que, por lo tanto, tiene todavía muchas materias que no han sido resueltas” (v. *Revue Internationale de Droit Pénal*, citada, páginas 480)

Esta última afirmación de Glaser es cierta en tanto que la institucionalización orgánica del derecho penal internacional es reciente, pero éste existe desde épocas remotas, como lo demuestran las viejas fuentes que Grocio hace valer en el Capítulo XX del Libro II *Jure Belli ac Pacis* (Edición francesa de Pradier - Fodéré, T.II, pag. 451/454) y no sólo como teoría, sino como práctica, según lo hace ver el Profesor Alberto Zuppi en un reciente trabajo (Alberto Zuppi, *Jurisdicción Universal para Crímenes contra el Derecho Internacional*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pag. 41 y ss.)

Creo que, substancialmente, en la temática sobre el principio de no prescripción está en juego la continuidad entre el derecho “internacional” del presente y el *ius gentium* que se quiere adscribir a un pasado remoto, entre el cual y nosotros mediaría una irreparable fractura. Bien sabemos que el derecho internacional lleva tal nombre desde que en el siglo XIX la doctrina del derecho de gentes como regla de la comunidad humana general, comprendidos los estados, fue abandonada a favor de la teoría “positivista” del derecho internacionales, creado por la voluntad de los estados soberanos (*The Legal Community of Mankind*, Columbia University Press, New York, 1954, pag. 79 y ss.).

Sin embargo, como lo examinamos en un trabajo anterior (Pro Jure

## *Poder Judicial de la Nación*

Mundi, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1998, I-II, pág. 19 y ss.), la idea -y la práctica- de los delitos *jure gentium* no desapareció, y continuó así corriendo en el interior del nuevo árbol del derecho “internacional” la vieja savia del antiguo derecho, con fluir nunca del todo interrumpido merced a la persistencia de los delitos de piratería o el tráfico de esclavos, u otros similares.

Prueba también de la subsistencia reconocida de la noción del derecho de gentes desligada de la concreta voluntad de los estados es la “Cláusula Martens” introducida en la II Convención de La Haya de 1907, según la cual “Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las altas partes contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

Esa permanencia del *corpus* del derecho de gentes en el reconocimiento universal significa la perdurabilidad del *corpus* de doctrinas recibidas por tradición, al cual me referí en el caso Schwammberger expresando mi convencimiento de que “el derecho es un imponente complejo de sabiduría práctica edificado en un larguísimo proceso, siempre en curso, de cuyas categorías no podemos escapar, aunque sí podamos violentarlas y abusar de ellas, abdicando entonces de la dignidad que se nos otorga de receptores críticos y a la vez posibles forjadores de una tradición racional que condensa la experiencia de innumerables generaciones en procura de la justicia”(en la revista jurídica *El Derecho*, T. 135, pag. 352.).

Además de indicaciones efectuadas dentro de esta línea de pensamientos en mi trabajo “Pro *jure mundi*”, citado antes, quiero agregar algunas consideraciones que se hallan en mi exposición en el Simposio de la Universidad de Haifa. Allí expuse que “debemos llamar la atención sobre la

circunstancia de que en la tradición del derecho de gentes más clásico, la prescripción extintiva no existe, porque es una institución sumamente opinable y discutida que sólo cabe establecer o no, según las modalidades siempre particulares a las leyes de cada estado, y justamente el tema de la imprescriptibilidad de los crímenes y delitos que nos ocupa, que deriva de su naturaleza internacional obliga a considerarlos en el marco normativo que les es propio y no transformarlos a una mezcla de reglas del derecho de gentes y nacional.

En cuanto a la prescripción adquisitiva, parece limitadamente aceptada como modo de adquirir un territorio por los Estados, y esto con muchas dudas (v. Grocio *Le Droit de la guerre et de la paix*, Libro II, cap. IV, traducción de Pradier-Fodéré, edit. Guillaumin, 1967, T. I, pag. 465 y ss; en las notas 1 y 2 de la pág. 466 se encuentran las opiniones de Barbeyrac, traductor y comentarista de Grocio y en la nota 3, pag. 466/467 y nota 4, pag. 471, Pradier-Fodéré efectúa un resumen sobre la materia).

El problema realmente tratado en estas fuentes es el de la usucapión y no el de la prescripción liberatoria. Al respecto, allí se repite la opinión que sostiene que la prescripción, tanto liberatoria como adquisitiva, es ajena al derecho natural y sobre este segundo punto - no sobre el primero- se traba una compleja controversia que también puede observarse en el capítulo que Pasquale Fiore le dedica en su obra *Droit International Public* cuyo capítulo V (Tomo I, pag. 388) se titula ‘El derecho de la prescripción sobre el modo de adquirir la propiedad internacional’” (También se ocupa del tema de la prescripción en el Derecho Internacional de la época positivista el *Traité de Droit International Public* de Paul Fauchille, recordando el criterio de Rivier acerca de la inexistencia de prescripción en el derecho de gentes. Fauchille mismo se limita al tema de la prescripción civil que rechaza para la deuda pública y admite para las deudas privadas en que un Estado es parte de la relación jurídica, pero sorprende que, al mismo tiempo, aclare que no hay

## *Poder Judicial de la Nación*

ningún término para la prescripción, la que debe juzgarse según los casos en particular, lo que parece extraerse de un trabajo de Politis. (op. cit., tomo I, pag. 390-393)..

Visto el tema de la prescripción penal *jure gentium* desde la perspectiva de la sobrevivencia histórico-positiva de este derecho, se comprende bien que los instrumentos internacionales que se refieren a la no prescripción de los delitos de lesa humanidad y de los crímenes de guerra se limiten sólo a reconocer o constatar (“afirmar” dice la Convención Internacional de 1968). En este sentido, tiene particular importancia la Resolución 3074 (XXVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 3 de diciembre de 1973, titulada “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad”, mediante la que se ratifica la necesidad de juzgar y sancionar penalmente a los autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad, donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas” -sin destacar en el original- (Aunque las resoluciones de tipo declarativo de las Naciones Unidas no sean fuentes formales del Derecho Internacional, pueden tener carácter vinculante como interpretaciones de la carta de las Naciones Unidas. Como lo expresan Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht Dunker & Humblot*, Berlin, 1984. Entiendo que la resolución ratificatoria de las Naciones Unidas respecto del Estatuto del tribunal de Nurmberg es uno de los documentos fundantes del sistema cuya interpretación esté dada por lo resuelto en el instrumento de 1973).

Subrayo la importancia de esta constatación para el caso del terrorismo de Estado argentino entre 1976 y 1983, pues esta solemne afirmación de la ausencia de prescripción penal en este ámbito del derecho de gentes ocurrió

tres años antes de que se desatase esa ola criminal.

La afirmación de los principios anteriores, conforme con los cuales el derecho de gentes recibido con rango constitucional en la Carta de 1853-1860, significa la invalidez de las leyes de punto final y obediencia debida y la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo de estado ocurrido en Argentina en cuanto sean calificables como delitos de lesa humanidad.

Por ello, estamos diciendo que las figuras penales trazadas por la ley argentina pueden experimentar modificaciones provenientes de un derecho penal internacional *in fieri*, modificándose así el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, aunque esta situación varía en una buena medida con la vigencia del tratado de Roma que, eso sí, sólo rige para el futuro.

No emprenderé aquí una nueva justificación de las atenuaciones al principio de reserva legal que traté ya extensamente en el caso "Schwammberger, Josef s/Extradición" del 30 de agosto de 1989 y han sido objeto de esmerado análisis por los trabajos de Abregú y Dulitzki, *Las leyes penales "ex post facto" y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno*, en "Lecciones y Ensayos", n° 60/61, Universidad de Buenos Aires, 1994, VI, pag 139 y sgs.; y de Marcelo A. Sancinetti- Marcelo Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi-De Palma, Buenos Aires, 1996, especialmente pag. 434 y 451. Me remito a todas aquellas consideraciones efectuadas y que han encontrado eco en varios de los votos emitido por la Corte Suprema *in re* "Priebke" (Fallos 318:2148) y en el apartado XI, punto 6 del dictamen del Procurador General de la Nación, doctor Esteban Righi en el caso de "Del Cerro Juan A. y Simón Julio H.", dictaminado el 5 de mayo de 2005.

Con todo, quiero añadir que los tipos penales vigentes en la legislación argentina ya prohibían, y continuaron haciéndolo, las conductas que integraron el plan sistemático de represión de la dictadura de 1876-1983 y son aptos para

## *Poder Judicial de la Nación*

subsumir los hechos y determinar la pena que les cabe a los autores y partícipes en los crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país.

En este sentido, cabe destacar que los crímenes contra la humanidad cometidos durante el gobierno militar (1976-1983) importaron una multitud de actos ilícitos tales como privaciones de libertad, torturas, homicidio, etc. (llevados a cabo en forma sistemática y a gran escala, perpetrados desde el poder estatal), que naturalmente, estaban abarcados por los tipos penales vigentes dado que afectaron a los bienes jurídicos más esenciales.

Esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis (cuestión que establece el derecho de gentes a través de normas *jus cogens*) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes de derecho de gentes.

Como se ha dicho, la punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes no es una exigencia del derecho penal internacional sino una regla que cobra sentido, más bien, en casos donde la ley penal de un estado no considere punibles a esas conductas. Cuando ese no es el caso y los tipos penales vigentes en la ley local captan las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, lo natural es que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. Ello no sólo no contradice ningún principio del derecho internacional sino que, por el contrario, permite cumplir acabadamente sus fines, al hacer posible el juzgamiento y la sanción punitiva de los responsables de los *crímenes contra la humanidad*.

En efecto, en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esta naturaleza se han aplicado tipos penales creados por la ley de ese país. Es claro que la ley nacional, aplicable a estos casos, puede coincidir en mayor o en menor medida con las descripciones que, en el ámbito internacional, se formulan de las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes. Ello dependerá de las particularidades de la ley local y de la medida en que la legislación de un estado haya sido

## *Poder Judicial de la Nación*

adaptada a los requerimientos del derecho penal internacional, estableciendo tipos penales que capten en *toda su dimensión* las conductas que se consideran *crímenes contra la humanidad*, esto es, valorando especialmente las condiciones que les otorgan esa particular gravedad que las convierte en crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales del estado, etc.).

Es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país tal vez no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos, dado que, en muchos casos, no valoran especialmente aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales del estado, etc.) aunque algunas de esas características pueden estar mencionadas como circunstancias agravantes en nuestra legislación.

Sin embargo, esta falta de una referencia específica en los tipos penales existentes a esas circunstancias que, según el derecho de gentes, elevan la gravedad de algunas conductas y las convierten en crímenes contra la humanidad, no obsta a que el núcleo de esas conductas sí esté abarcado por diversos tipos penales de nuestra legislación y, en consecuencia, sean aptos para juzgar los hechos y determinar la pena aplicable.

Desde luego, para que el Derecho penal interno pueda cumplir su papel en la realización del Derecho penal Internacional, es preciso que, eventualmente, prescinda de los elementos de la parte general estructurantes de los tipos penales en particular, que sean incompatibles con el *jus gentium*. En este sentido, expresé en el homenaje a Emilio Mignone que por virtud del art. 118 de la C.N., junto al concepto de "nullum crimen" del artículo 18 de la C.N. existirá el más lato que consagra el artículo 15 segundo párrafo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, junto a las normas de prescripción penal, las de imprescriptibilidad, junto a las facultades de amnistía e indulto, la negación de las mismas para los casos de crímenes de lesa humanidad; para el caso de las definiciones que señalen la obediencia jerárquica como causa de impunidad,

## *Poder Judicial de la Nación*

la exclusión de esa causal en los delitos señalados. Así, en la estructura constitucional se aloja una edificación que la complementa y la valida, cuyos cimientos y materiales proviene de una fuente independiente del poder estatal.

Como vemos, nuestra situación desde la problemática argentina propia de estos casos, consiste en que las figuras penales de la ley territorial que siempre se integran con los contenidos insuflados por la parte general, reciben, cuando cubren esas figuras particulares casos de *iure gentium*, contenidos de parte general que provienen de ese derecho de gentes, en tanto los principios locales no se conformen con los del derecho de gentes. Así ocurre con las clásicas defensas de inmunidad soberana, obediencia debida, estado de excepción y prescripción.

Para concluir estas reflexiones, señalo que pongo énfasis en utilizar la clásica expresión "derecho de gentes" (que es la que usaron los constituyentes originarios) y no la de derecho internacional. Ello obedece a que la concepción que manifiesta la segunda de dichas expresiones hace de los estados individuales los sujetos único del "derecho internacional" mientras que el derecho de gentes no es *inter-nationis* sino *inter-gentes*, vincula a cada hombre que viene a este mundo con todo los demás, sin intermediación esencial de los estados.

La idea del derecho *inter-nacional*, en reemplazo del derecho de gentes depende de la noción según la cual la voluntad de cada estado es la única fuente de cada derecho, de manera que el derecho externo de los estados tiene que provenir de una creación contractual entre ellos, como de las costumbres que admitan, en cambio, el derecho de gentes, como lo entrevió Alberdi, manifiesta la conciencia jurídica universal, cuyos portadores, al presente, son las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, muchas iglesias y diversas confesiones religiosas, agrupaciones de trabajadores, o de víctimas de violencia o marginación, lo mismo que los abogados, doctrinarios y magistrados que profesan el servicio directo a los principios del derecho de gentes. Sin duda, aquí también pueden los estado jugar un rol importante que

## *Poder Judicial de la Nación*

se verificará en la medida que sus gobernantes asuman los correspondientes compromisos, y permitan el desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas ya otras instancias ya de carácter regional, lo que lamentablemente poco se deja esperar en el panorama presente de la política mundial

En el caso de nuestro país se dan circunstancias especiales que alientan la idea de que la conciencia ético jurídica está adquiriendo consonancia con los principios de la sociedad humana general y lo hace con cierto vigor, y con lo que he manifestado trato de sumarme a esa corriente y espero que se transforme en aguas caudalosas.

IV. Llegado a este punto concluyo las consideraciones efectuadas obiter y paso a la revisión del contenido en la causa adelantando que, según mi parecer, corresponde confirmar la resolución apelada. Adelanto que, desde mi punto de vista, corresponde confirmar la resolución apelada, sin perjuicio de lo cual, habré de realizar algunas consideraciones críticas acerca del encuadramiento de la conducta del imputado como partícipe necesario de los homicidios calificados y secundario del delito de aplicación de torturas.

A fin de exponer las razones que me conducen a adoptar la conclusión que acabo de anticipar, efectuaré una reseña de las actuaciones, que se iniciaron a raíz de la denuncia y requerimiento de instrucción formulados por el Señor Fiscal Federal, Dr. Félix Pablo Crous, contra Christian Federico von Wernich, por su presunta intervención en los delitos de lesa humanidad que antes mencioné, perpetrados en el marco del sistema de terrorismo de Estado, implantado por la dictadura militar, entre los años 1976 y 1983 (fs. 1/85).

En este contexto histórico, el Dr. Crous imputa a von Wernich participación necesaria en la privación ilegal de la libertad agravada y la aplicación de torturas a: Elena De la Cuadra y Héctor Baratti, Luis Velasco; Néstor Bozzi, Ricardo San Martín, Jorge Andreani, Analía Maffeo, Liliana Galarza y su hija, María Mercedes; Osvaldo Lovazzano, Alberto Canciani; un comisario de la Policía de la Provincia de Buenos Aires que había sido trasladado desde Tandil, una joven, cuya identidad se desconoce, que se

## *Poder Judicial de la Nación*

encontraba secuestrada en la Brigada de Investigaciones de La Plata, José Fernando Fanjul Mahia, Cristina Bustamante, Cecilia Luján Iriart, Domingo Héctor Moncalvillo, María del Carmen Morettini, María Magdalena Mainer, Pablo Joaquín Mainer, Nilda Susana Salomone, Carlos Alberto Zaidman, José María Llantada, Eduardo Kirilovsky, Jorge Gilabert, Héctor Mariano Ballent, Ramón Miralles, Juan Ramón Nazar y Alberto Liberman

Asimismo, el Fiscal endilga a von Wernich participación secundaria en la privación ilegítima de la libertad en perjuicio de Luis Larralde, Ricardo Antonio Sanglé, Rodolfo Emilio Pettiná y Héctor Oscar Manazi; y autoría en la sustracción, retención y ocultamiento, supresión de estado civil y falsedad ideológica de documentos públicos destinados a acreditar la identidad, en el caso de Ana Libertad, hija de Elena De la Cuadra y Héctor Baratti.

Finalmente, el Ministerio Público atribuye al imputado en autos la condición de partícipe primario o secundario en los homicidios de todas las personas antes mencionadas que continúan desaparecidas y, en especial, de María del Carmen Morettini, Cecilia Luján Idiart y Domingo Héctor Moncalvillo.

Para sustentar probatoriamente su denuncia, el Dr. Crous se basa, de manera principal, en numerosos testimonios aportados en el “Juicio por la Verdad”, que se sigue ante esta Cámara, en virtud de la resolución 18/98 del Tribunal (Anexo I), así como declaraciones prestadas en diversos legajos de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (Anexo II), fragmentos del libro “Nunca Más” y distintos textos referidos al tema en cuestión.

V. De acuerdo con tales elementos de prueba, el representante del Ministerio Público sostiene que la intervención de von Wernich en los delitos mencionados, habría tenido lugar en virtud de que dicho imputado, en su carácter de capellán de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, accedía a varios de los centros clandestinos de detención que en aquella época funcionaban en esta región, y tenía contacto directo con las personas

## *Poder Judicial de la Nación*

secuestradas en tales sitios. Concretamente, el Dr. Crous señala la actuación del imputado en tres centros clandestinos de detención -Comisaría 5ta. de La Plata, Brigada de Investigaciones de La Plata y “Puesto Vasco” (actual Brigada de Investigaciones de Quilmes), y en el caso de la desaparición de tres jóvenes oriundos de Trenque Lauquen, que estudiaban en esta ciudad.

En los centros clandestinos de detención, expresa el Fiscal “...el imputado desplegó una actividad física voluntaria y consciente, dirigida directamente a procurar el quebranto de la voluntad de las víctimas; obtener información; a imponer el silencio de las víctimas directas y de sus familiares; a desalentar a estos últimos de que buscaran ayuda. Todo esto para contribuir a asegurar la consecución de los fines perseguidos por la dictadura y la impunidad de él tanto como de sus cómplices”.

Y prosigue el representante del Ministerio Público: “...se ha narrado la visita de von Wernich a familiares de víctimas portando información que evidentemente retaceaba o brindaba de manera parcial, tratando de neutralizar las denuncias de los familiares a los organismos que podían ayudarlos. También de un liberado para que desistiera de cualquier reacción adversa contra sus captores...el rol que le cupo a von Wernich en el terrorismo de Estado, claramente graficado en la descripción hecha por las víctimas acerca de su actividad en los Centros Clandestinos de Detención -tanto dentro de los edificios como en el contacto exterior con los familiares-, permite inferir que cualquier actividad que desplegara vinculada con la represión ilegal no pudo obedecer sino al acuerdo previo por distribución de roles con los demás represores, lo cual significa, cuanto menos, la complicidad primaria que prevé el art. 45 del Código Penal, o, en una remota hipótesis extremadamente benigna, la complicidad secundaria por promesa anterior del art. 46 de ese cuerpo legal”.

VI. Pues bien, en lo que sigue, a efectos de ordenar la exposición de los abundantes testimonios recogidos en el “Juicio por la Verdad” y en los legajos de la Conadep, que conforman el material probatorio incorporado a las

## *Poder Judicial de la Nación*

actuaciones, y dan cuenta del rol que habría tenido el imputado von Wernich en los centros clandestinos de detención, agruparé tales declaraciones, precisamente, en función de los tres centros clandestinos a los que se refiere el requerimiento fiscal de instrucción, y del caso de los estudiantes de Trenque Lauquen.

Pero antes, cabe recordar, a modo de introducción, que, dentro del el sistema represivo implantado por la dictadura militar en la región de La Plata, la Brigada de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires con sede en esta ciudad, funcionó como centro de ingreso de los detenidos-desaparecidos al circuito clandestino, y distribución de los mismos hacia otros centros de detención y tortura, como los situados en la zona de Arana.

Comisarías 5<sup>a</sup> de La Plata funcionó, principalmente, como lugar de alojamiento de detenidos ilegales antes o después de permanecer éstos en centros de torturas, aunque existen elementos que permiten afirmar que también en este centro clandestino se practicaron torturas.

Finalmente, en la Brigada de Investigaciones de Quilmes también ingresaban detenidos provenientes de otros centro clandestinos, funcionando sus instalaciones como sitio de depósito y centro de torturas.

Efectuadas estas consideraciones preliminares pasemos, pues, a considerar, los testimonios que se refieren a la actuación de von Wernich en cada uno de los centros clandestinos de detención en particular.

.....  
XIII. Ahora bien, a fs. 241/245 del sub lite el juez a quo declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 23.492, y arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521, disponiendo la inmediata detención de von Wernich a fin de recibirle declaración indagatoria, la cual fue prestada a fs. 247/252 y vta. y 261 y 262 y vta....

XIV. Teniendo en cuenta los elementos de prueba hasta aquí señalados, a fs. 364/370, el a quo dispuso el procesamiento de Christian Federico von

## *Poder Judicial de la Nación*

Wernich, “...por adjudicarle “prima facie” responsabilidad en la comisión de los delitos previstos y reprimidos por los arts. 144 bis, 144 ter y 80 inc. 7° del C. Penal (Arts. 45, 46, 55 del C. Penal).”

Al respecto, consideró el Dr. Corazza que von Wernich, por acción u omisión contribuyó a la privación ilegal de la libertad agravada por torturas de Luis Velasco, Néstor Bozzi, Ricardo San Martín, Jorge Andreani, Analía Maffeo, Liliana Galarzo, Osvaldo Lovazzano, Alberto Canciani, José Fernando Fanjul Mahia, Cristina Bustamante, Cecilia Luján Idiart, Domingo Héctor Moncalvillo, María del Carmen Morettini, María Magdalena Mainer, Pablo Joaquín Mainer, Nilda Susana Salomone, Carlos Alberto Zaidman, José María Llantada, Eduardo Kirilovsky, José Gilbert, Héctor Mariano Ballent, Ramón Miralles, Juan Ramón Nazar, Alberto Liberman y Luis Larralde.

En cuanto a la privación ilegítima de la libertad, el juez considera a von Wernich partícipe secundario pues, de acuerdo con los testimonios vertidos, el imputado ingresaba a los lugares de detención, demostrando confianza con los captores, y mantenía charlas a cara de “...sobre distintos aspectos logrando con ello la confianza para obtener información sobre las actividades de las víctimas o de otros compañeros bajo falsas promesas de que si cooperaban con sus captores lograrían recuperar la libertad”.

Con relación al homicidio agravado (art. 80 inc. 7° C. P.), el Dr. Corazza atribuye a von Wernich participación necesaria (art. 45 C. P.), al haber colaborado antes del hecho, realizando promesas a las víctimas respecto de su futura salida del centro clandestino de detención Brigada de Investigaciones de La Plata, y en el traslado de los detenidos, que habría culminado con el asesinato de los mismos.

A modo de conclusión, el Dr. Corazza expresa que von Wernich trabó relación con sus víctimas y familiares para obtener información necesaria para sus superiores, datos éstos que fueron obtenidos mediante la privación ilegal de

## *Poder Judicial de la Nación*

la libertad agravada por torturas que padecían las víctimas hasta lograr doblegar la resistencia moral de aquellos”. Esta tarea, de acuerdo con la opinión del a quo, fue desarrollada por von Wernich valiéndose de su servicio sacerdotal, en distintos centros clandestinos de detención, como los que funcionaron en la Comisaría Quinta de La Plata, la Brigada de Investigaciones de esta ciudad y el “Puesto Vasco”, donde actualmente tiene su sede la Brigada de Investigaciones de Quilmes.

XV. Ahora bien, el análisis arriba efectuado de los testimonios recogidos en el “Juicio por la Verdad” y en los Legajos Conadep incorporados a esta causa permite, por un lado, conocer el rol que, prima facie, le cupo a von Wernich en el plan delictivo instaurado por el régimen dictatorial en nuestra región y, dentro este marco, determinar la concreta responsabilidad del imputado en los delitos que se le atribuyen.

En cuanto a la primera de las perspectivas mencionadas, los elementos de prueba hasta aquí reunidos me llevan a coincidir con las conclusiones del Ministerio Público y del Juez de primera instancia, en el sentido de que von Wernich tuvo una activa intervención en aquello que podríamos denominar el “sistema de desaparición forzada de personas”, cumpliendo funciones en los centros clandestinos de detención instalados en la Brigada de Investigaciones de La Plata, la Comisaría Quinta de esta ciudad y el destacamento policial conocido como “Puesto Vasco”, que dependían de la Jefatura de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

Allí von Wernich, valiéndose de su investidura de capellán de la policía se relacionó con las víctimas, incluso simulando de asistirles espiritualmente, procurando obtener de ellas, en los momentos anteriores o posteriores a las torturas físicas a las que eran sometidas, información útil para la denominada “lucha contra la subversión”.

Pero además, el imputado hablaba a los secuestrados acerca de la fatalidad del destino que les tocaba vivir como consecuencia de "malas

## *Poder Judicial de la Nación*

conductas anteriores", con la inocultable intención de quebrantar sus voluntades.

Finalmente, tal como lo demuestra el caso de los estudiantes de Trenque Lauquen, al que ya me he referido en el apartado X de este voto, von Wernich también actuaba fuera de los centros clandestinos, obteniendo información de las familias de las personas desaparecidas, o amedrentando a quienes intentaban averiguar el destino de sus parientes ...

XVI. Trazados los lineamientos generales relativos a la actuación de von Wernich en el sistema del terrorismo de Estado pasaremos a considerar los hechos concretos que se le atribuyen y la calificación pertinente.

En cuanto a esto debo referirme brevemente al criterio de distinción entre las diversas formas de tomar parte en un hecho criminal, desde el que abordaré la situación de autos.

Al respecto, ya en el año 1990, como integrante de la ex Sala III de esta Cámara, tuve oportunidad de referirme a las diferentes perspectivas dogmáticas vigentes acerca de la participación, expresando mi adhesión a un punto de vista que reúna las pautas objetivas y subjetivas que se enmarcan en el sistema de la teoría del dominio del hecho, morigeradas, a la vez, por la introducción del criterio del mayor o menor contenido de ilícito de la acción de cada partícipe, ligado este último a la valoración ético-social del hecho (v. maugeri...). Esta posición dogmática, expresé en aquella oportunidad y sigo considerando, supera algunos de los problemas que se presentan usualmente a las tesis tradicionales.

Tomando en cuenta las pautas mencionadas, la diferencia entre coautor, partícipe primario y simple cómplice se formula considerando la importancia social objetiva del concurso prestado como premisa básica que debe equilibrarse con:

consideración del rol supra o subordinado que cupo al participante; y características del dolo que cabe atribuirle

La actuación de los partícipes necesarios posee un contenido de ilícito

## *Poder Judicial de la Nación*

similar al de los autores, de modo que la participación necesaria queda reservada a los supuestos de contribuciones previas a la ejecución del delito, “valorativamente” equivalentes a la autoría, y para los casos de “coautores que no pueden ser autores”, en los que el sujeto interviene en la ejecución del hecho posee el codominio del mismo, pero carece de las calidades típicamente exigidas para la autoría o no realiza la actuación personal que permite atribuirle el rol de autor (por ejemplo, el que no perpetra el acto mismo de la violación – art. 119 C. P., o no es funcionario público – art. 144 bis C. P.).

Pues bien, munidos de estos criterios pasemos, ahora sí, a tratar la situación del imputado Cristian Federico von Wernich respecto de los hechos que se le imputan.

XVII. Homicidios calificados de Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Liliana Galarza y Nilda Susana Salomone.

La lectura de los testimonios recogidos en el "Juicio por la Verdad" y en los legajos Conadep,.. permite aseverar que los homicidios aludidos fueron cuidadosamente planificados. En efecto, la salida de estas siete personas del centro clandestino de detención Brigada de Investigaciones de La Plata y su traslado, al cabo del cual, según la declaración del testigo Julio Emmed habrían sido asesinados, se realizó mediante la falsa promesa de que serían puestos en libertad y enviados al extranjero. La intervención de von Wernich en este tramo del plan se encuentra prima facie acreditada, pues habría sido el propio sacerdote el que, valiéndose de su cercanía al grupo, comunicó a los detenidos ilegales la falsa noticia de su futura puesta en libertad ....

Con el alegado motivo de esta supuesta salida al exterior, funcionarios de la Brigada de Investigaciones requirieron a los familiares de los desaparecidos la entrega de dinero para la organización de los viajes, como por ejemplo, para la confección de los documentos necesarios para ello. También en este segmento del hecho habría intervenido von Wernich, pues, de acuerdo con lo declarado por Adelina Moncalvillo, fue al propio imputado a quien su

## *Poder Judicial de la Nación*

familia entregó el dinero requerido. También da testimonio de la entrega de dinero Martín Osvaldo Galarza.

Sin embargo, como vimos, del Legajo Conadep 2818 surge que nunca se gestionó la expedición o renovación de ningún documento perteneciente a cualquiera de las siete víctimas.

Finalmente, los testimonios... y, sobre todo,..., son elocuentes respecto de la presencia de von Wernich durante el traslado de los detenidos que, por lo demás, fue reconocida por el propio imputado al prestar declaración indagatoria. Y es precisamente Julio Emmed quien se refirió concretamente al homicidio de las víctimas. Respecto de este testimonio cabe señalar que el carácter circunstanciado del mismo, la ausencia de registros que den cuenta de la salida del país de los secuestrados, unido a la falta de toda noticia ulterior acerca del paradero de las víctimas y al hecho de que von Wernich haya efectivamente participado del viaje de traslado, tal como él mismo lo reconoce, constituye un cúmulo de circunstancias que acreditan la intervención del imputado en los delitos a los que nos estamos refiriendo.

Con posterioridad al hecho, von Wernich respondió a cartas que le enviaron algunos de los familiares de las víctimas, poniendo de manifiesto un supuesto desconocimiento acerca del destino ulterior de los desaparecidos y, en el caso de la familia Galarza, aconsejándole que cesara en sus averiguaciones. Esto último, por cierto, constituye un elemento que más bien desmiente la afirmación del imputado acerca de su desconocimiento del paradero de las víctimas, pues, visto retrospectivamente, y a la luz de los demás elementos que acabamos de mencionar, parece ser un acto dirigido a evitar investigaciones sobre el hecho.

Todo ello, en mi criterio revela, por un lado que, prima facie, el aporte de von Wernich en los distintos tramos del hecho -que comenzó a realizarse con las falsas promesas de libertad que efectuó el imputado- resultó de fundamental importancia y, por el otro, que tuvo claro codominio del hecho desde los actos preparatorios.

## *Poder Judicial de la Nación*

En tales condiciones, considero que el procesamiento de von Wernich respecto de este punto debe ser confirmado, aunque modificándolo, en el sentido de que el imputado no resulta partícipe necesario sino, prima facie, coautor de los referidos ilícitos.

La modificación que propongo no transgrede la prohibición de la "reformatio in peius", toda vez que, sin bien no existe recurso fiscal en la causa, la escala penal prevista el Código sustantivo para la autoría es la misma que para la participación necesaria.

### XVIII. Torturas de Luis Velasco, José María Llantada, Eduardo Kirilovsky, Héctor Ballent, Ramón Miralles, Alberto Liberman y Rubén Fernando Schell

Los testimonios de las víctimas mencionadas, a los que cabe remitirse en honor a la brevedad, muestran a von Wernich como un eslabón en la cadena de acciones que constituyen la aplicación de torturas a los detenidos ilegales.

En este sentido, cabe señalar que las torturas de las personas secuestradas en centros clandestinos se extienden de manera ininterrumpida durante todo el tiempo que dura la detención ilegal, pues las indignas condiciones del propio cautiverio importan un permanente padecimiento físico y psicológico para las víctimas. Sobre esta situación de base, se sucedían, por parte de los captores, agresiones físicas –vgr. aplicación de tormentos- y psicológicas –vgr. amenazas, falsas promesas de libertad, etc.- enderezadas a quebrantar la voluntad de las víctimas para obtener información, o simplemente a martirizarlas, como se desprende de los testimonios de ex detenidos desaparecidos agregados a la causa.

En este sistema se insertan los embates psicológicos de von Wernich que mencionan Luis Velasco, José María Llanatada Eduardo Kirilovsky, Héctor Ballent, Ramón Miralles, Alberto Liberman y Rubén Fernando Schell y, en el caso de este último, la orden que habría impartido von Wernich de que se lo golpeará (v. apartado IX).

Pues bien, las circunstancias descriptas revelan que la intervención de von Wernich en la aplicación de tormentos no fue a título de partícipe secundario,

## *Poder Judicial de la Nación*

como lo juzga el magistrado de primera instancia, sino de autor directo, pues su conducta se adecua de manera precisa al tipo objetivo y subjetivo de la figura del art. 144 ter, inc. 1° C. P.

Sin embargo, toda vez que, como fue señalado, no existe recurso fiscal contra la resolución de primera instancia, la modificación del decisorio en el sentido indicado importaría violar la prohibición de la “reformatio in peius”, por lo cual me veo precisado a confirmar en este punto el procesamiento de Cristian von Wernich

XIX. Privaciones ilegales de la libertad de Elena de la Cuadra, Héctor Baratti, Ana Libertad Baratti, Luis Velasco, Analía Maffeo, Osvaldo Lovazzano, José María Llanatada, Eduardo Kirilovsky, Héctor Ballent, Ramón Miralles, Alberto Liberman, Juan Ramón Nazar, Rodolfo Pettiná, Héctor Manazi, Ricardo Sanglá, Rubén Fernando Schell, Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Liliana Galarza y Nilda Susana Salomone.

Desde mi punto de vista, el aporte de von Wernich a la privación ilegítima de la libertad de **Elena de la Cuadra, Héctor Baratti, Ana Libertad Baratti, Luis Velasco, Analía Maffeo, Osvaldo Lovazzano, José María Llanatada, Eduardo Kirilovsky, Héctor Ballent, Ramón Miralles, Alberto Liberman, Juan Ramón Nazar**, constituye un supuesto de participación secundaria.

En efecto, los testimonios reunidos en la causa dan cuenta de que el imputado ingresaba libremente a los sitios en que permanecían las víctimas pero nada autoriza a pensar, por el momento, que tuviera el codominio del hecho, que más bien debería recaer en las autoridades del centro clandestino que, parece, eran las que decidían acerca de la libertad. En este contexto, la contribución de von Wernich al mantenimiento del secuestro no parece de carácter esencial.

No sucede lo mismo con el caso de los estudiantes de Trenque Lauquen

## *Poder Judicial de la Nación*

**-Rodolfo Pettiná, Héctor Manazi , Ricardo Sanglá-**, pues las amenazas que habría proferido el imputado a los familiares para que cesaran en sus averiguaciones significa un aporte destinado a mantener la situación de privación de la libertad. Ello, por una parte, resulta un elemento asertivo en cuanto al codominio del hecho por parte de von Wernich y, por la otra, revela un contenido de ilicitud en su accionar de entidad suficiente para atribuirle, prima facie, la coautoría en la privación ilegal de la libertad de Rodolfo Pettiná, Héctor Manazi y Ricardo Sanglá

Respecto de **Rubén Schell**, von Wernich habría tenido injerencia en la decisión de dejarlo en libertad, tal como se desprende del testimonio del mencionado testigo. Esta circunstancia, en mi criterio, hacen de aplicación similares consideraciones a las vertidas en el párrafo anterior.

Finalmente, la relación trabada por von Wernich con las siete personas que se encontraban ilegalmente detenidas en la Brigada de Investigaciones de La Plata, sumada al hecho, reconocido por el propio imputado, de que Domingo Moncalvillo fue utilizado como su chofer , y a la circunstancia de que von Wernich haya participado del traslado de los detenidos para la supuesta liberación de éstos, son elementos suficientes para considerarlo, a la luz de la doctrina de la participación expuesta, como coautor de la privación ilegítima de la libertad de **Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Liliana Galarza, Nilda Susana Salomone**

Empero, al igual que lo que sucede en el caso del delito de torturas, la falta de apelación fiscal me impiden modificar la calificación adoptada por el a quo en el sentido aquí indicado.

En razón de todo lo expuesto voto porque:

- a) Se confirme la resolución apelada en punto al procesamiento con prisión preventiva de Cristian von Wernich por el homicidio calificado de Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Liliana Galarza y Nilda Susana Salomone, modificándolo en el sentido de que el imputado

## *Poder Judicial de la Nación*

ulta, prima facie, coautor del mismo.

confirme la resolución apelada en cuanto decreta el procesamiento de von Wernich hallarlo, prima facie, partícipe secundario del delito de torturas, indicando al a quo, para el futuro, deberá tomar en consideración lo expresado en el apartado XVII de e voto, respecto de la calificación adecuada de la conducta del imputado.

confirme la resolución apelada en cuanto decreta el procesamiento del imputado en os como partícipe secundario del delito de privación ilegítima de la libertad, iendo el a quo para el futuro, tomar en consideración lo expresado en el apartado III de este voto, respecto de la calificación adecuada de la conducta del imputado.

### **EL DOCTOR FRONDIZI DIJO:**

I) Llegan estos autos a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fojas 387/388 por el Dr. Juan Martín Cerolini, abogado defensor de Cristian Federico Von Wernich, contra la resolución de fojas 364/370 que dicta el procesamiento y la prisión preventiva de su pupilo por encontrarlo *prima facie* autor penalmente responsable de los siguientes delitos, todos en concurso real:

*a) homicidio agravado, en grado de partícipe necesario*, de Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Luján Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Liliana Galarza y Nilda Susana Salomone, y

*b) privación ilegítima de la libertad agravada y tortura*, en grado de partícipe secundario, de Luis Velasco, Néstor Bozzi, Ricardo San Martín, Jorge Andreani, Analía Maffeo, Liliana Galarza, Osvaldo Lovazzano, Alberto Canciani, José Fernando Majul Mahia, Cristina Bustamante, Cecilia Luján Idiart, Domingo Héctor Moncalvillo, María del Carmen Morettini, María Magdalena Mainer, Pablo Joaquín Mainer, Nilda Susana Salomone, Carlos Alberto Zaidman, José María Llantada, Eduardo Kirylovsky, Jorge Gilbert, Héctor Mariano Ballent, Ramón Miralles, Juan Ramón Nazar, Alberto Liberman, Luis Larralde, Rubén Fernando Schell, Elena de la Cuadra, Héctor Baratti, Ana Libertad Baratti, Rodolfo Pettiná, Héctor Manazi y Ricardo Sanglá.

## *Poder Judicial de la Nación*

Todo ello según las previsiones de los artículos 80 inc. 7, 144 bis, 144 ter, 45,46 y 55 del Código Penal.

El recurso es concedido a fojas 389, mantenido a fojas 403/404 y sostenido con el pertinente memorial a fojas 525/537.

**II) ...**

III) El juez de grado, a partir de los elementos obrantes en autos, declaró la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 23.492, llamada de “punto final” y de los artículos 1, 3 y 4 de la ley 23.521, denominada de “obediencia debida”, citó a prestar declaración indagatoria a Cristian Federico Von Wernich, en virtud de considerarlo, *prima facie*, autor penalmente responsable de los delitos previstos en los arts. 144 bis, 144 ter y 80 inc.7 del Código Penal, y ordenó su inmediata detención (*vide* fs. 241/245).

Destaca que el Dr. Cerolini no apeló, en su momento, esa resolución, la que tampoco ahora ha sido objeto de agravios, de modo que ella entró firme a la Alzada, por cuya razón esta Cámara carece de potestad para juzgar acerca de aquella decisión. Por ello, no obstante el original, culto y valioso aporte a la discusión del asunto que, en un largo *obiter dictum*, hace mi distinguido colega Dr. Leopoldo Héctor Schifffrin en el considerando III de su voto, que antecede, no he de pronunciarme al respecto.

IV) Precisamente al prestar declaración indagatoria, Von Wernich se expresó, a fojas 247/252 y vta. y 261/263y vta., respecto de los hechos por los cuales se lo indagaba y que fueron objeto de denuncia, en términos que merecen -en lo pertinente-ser transcritos, pues examinados a la luz de la regla de la sana crítica, junto con los restantes elementos probatorios colectados en la causa, contribuyen a dilucidar las cuestiones planteadas en esta etapa procesal.

.....

**VI) Cabe, ahora, examinar por separado cada una de las imputaciones formuladas a Von Wernich, a fin de determinar, a la luz de la regla de la sana crítica racional, si, y en su caso en qué medida, cabe acoger los agravios del Dr. Cerolini y sobreseer a Von Wernich como aquél lo pide, o en cambio,**

## *Poder Judicial de la Nación*

confirmar o modificar la resolución del juez instructor.

La tarea ha de cumplirse teniendo en cuenta, estrictamente, las constancias de autos, que hacen, inclusive, al papel que le ha cabido a Von Wernich en el contexto de las actividades represivas cumplidas por la policía de la provincia de Buenos Aires [*vide* las propias manifestaciones del procesado (considerando IV), y las declaraciones testificales obrantes en los anexos documentales, v.g. “Juicio por la Verdad” y legajos CONADEP].

De esos elementos de convicción emana que Von Wernich cumplió funciones en la brigada de investigaciones y en la comisaría quinta, ambas de La Plata, y en el puesto policial conocido como “Puesto Vasco”. En esos lugares -y también fuera del ámbito policial, como en la llamada casa de Trenque Lauquen- con motivo de su condición de capellán policial y de prestar asistencia espiritual, entabló relación con los detenidos, con quienes, en diversos casos, conversó largamente, y con algunos de sus parientes.

**1. En relación a los homicidios calificados** de Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Luján Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Liliana Galarza y Nilda Susana Salomone (art.80, inc. 7, del Código Penal), de las constancias de autos resulta:

A) Que el encartado, ***en virtud de la relación que, con motivo de sus funciones propias de capellán de la policía*** [*vide* considerando IV, puntos a) y d)], mantenía con las víctimas -presuntos integrantes de organizaciones guerrilleras o vinculadas con la guerrilla, que, privados de su libertad en la Brigada de Investigaciones de La Plata, arrepentidos o “quebrados” habrían prestado colaboración a la policía en la represión de las actividades de aquellas organizaciones- ***les hizo saber que, justamente, a raíz de esa colaboración, se les facilitaría viajar al exterior, partiendo desde la Brigada de La Plata, con destino al Brasil y al Uruguay, donde comenzarían una nueva vida. Con tal motivo, Von Wernich mantuvo contacto con los familiares de aquellos detenidos y les requirió dinero para tramitar nueva documentación personal para que pudiesen viajar.*** Esto se encuentra corroborado no solo por los

## *Poder Judicial de la Nación*

*testimonios de los familiares de las víctimas* ( vide fs.223/233, 240, del anexo I, legajos n° 683, 2820, 2821, 2818, entre otros, del anexo II, acollarados por cuerda ), sino también por *las cartas, de puño y letra de Liliana Galarza, desaparecida cuyo homicidio se imputa al procesado* (vide legajo n°2821 de la CONADEP, anexo II citado).

B) Que la declaración de Von Wernich incluye *flagrantes contradicciones*, [v.g. sobre el bautismo de la chiquita de Galarza, que niega y afirma, vide considerando IV, punto c), o acerca de que vio embarcar a los detenidos que fueron trasladados para hacer el viaje hacia la muerte para decir más abajo que no vio que hubiesen abordado el barco, vide considerando IV, puntos c) y d)], *y afirmaciones inverosímiles a la luz de la experiencia común* [ tales como que tenía acceso a todas las dependencias -aún áreas restringidas- y trato con el entonces coronel Camps -famoso jefe de la policía bonaerense- pero desconocía los motivos por los cuales las personas que se mencionan en la causa estaban presas -ni siquiera en el caso de Timmerman, periodista, director de diarios y escritor conocido en medio mundo- a algunas de las cuales confesaba pero no sabía que eran torturadas, a qué se debía la historia de la salida del país del grupo de los siete desaparecidos, vide considerando IV, puntos a),d) y e)].

C) Que, no obstante la negativa de Von Wernich y los argumentos defensasistas respecto a la modalidad de la participación del capellán en los hechos, está acreditado -al menos en una medida bastante en relación a la etapa procesal que se transita- que los periódicos encuentros de Von Wernich con los detenidos permitieron establecer con ellos una relación que habría consentido transmitirles la falsa idea de aquel viaje, que concluiría en el exterior, con la consiguiente recuperación, allá, de la libertad personal, y que, en verdad, habría terminado siendo un viaje hacia la muerte.

D) *Que, como ya ha podido verse supra, Von Wernich ha dicho que él mismo acompañó a los integrantes del grupo de los siete desaparecidos de*

## *Poder Judicial de la Nación*

*autos ( Moncalvillo et altri ), en tres viajes, supuestamente al aeroparque Jorge Newbery y al puerto de Buenos Aires. Fue la última vez que se los supo con vida.*

Si bien de todo ello no se deriva, por cierto, que Von Wernich haya sido el ejecutor material del hecho que habría acabado con la vida de dichas personas, su participación en él aparece, en principio, comprobada. Máxime si se considera que, si bien no ha sido posible interrogar en esta causa al ex agente de la policía de la Provincia **Julio Alberto Emmed**, pues ha fallecido (*vide* fs. 377/378), **su completo y preciso testimonio**, oportunamente prestado ante la CONADEP, (*vide* legajo n° 683, obrante en copia certificada en el anexo II), coincide -al menos en tramos decisivos- con los elementos de juicio aquí meritados, razón -entre otras- por la cual no pierde virtualidad no obstante su genérica desmentida posterior ante la Cámara Federal de la Capital.

E) Que de tales elementos se infiere, asimismo, que el procesado **actuaba a sabiendas** de lo que, en ciertos casos, acontecía con los detenidos por la policía bonaerense como consecuencia de sus operaciones represivas, así como acerca de métodos de acción, -en particular, de la **dirección de investigaciones de la policía de la provincia de Buenos Aires**- por lo cual estaba en conocimiento de la situación de hecho y deseaba contribuir, por su parte, a la realización del evento antijurídico. Máxime teniendo en cuenta sus propias afirmaciones acerca de su libre acceso a las diversas reparticiones policiales [*vide supra*, considerando IV, puntos a) y d)].

F) Que, si a ello se agrega que Von Wernich ha dicho que tenía conocimiento de personas detenidas en **situaciones irregulares** [*vide* considerando IV, punto d)], no puede sino concluirse que, en el caso, confluyen las dos condiciones que definen la participación necesaria en el derecho penal argentino: una **condición objetiva**, en el sentido de que entre la contribución o auxilio, decisivos, prestados por el partícipe y la ejecución del hecho, subsiste una **conexión causal** respecto al delito, **y una condición**

## *Poder Judicial de la Nación*

*subjetiva*, que consiste en el *conocimiento del partícipe acerca del vínculo finalista* entre los diversos actos.

En fin: repárese, *ad abundantiam*, en que, si bien, como se ha señalado, a los fines de la configuración del concurso de diversas personas en un delito, es necesario y suficiente que cada uno participe en la actividad criminal de los demás, cuando la cooperación se concreta en actitudes o en comportamientos que constituyen una *contribución causal a la realización del injusto penal*, sin la cual éste no se habría verificado en el *modo* en que se cumplió, se está frente a la participación necesaria.

Tal el caso del aporte que dimana, *prima facie*, de la actividad desplegada por Von Wernich.

G) De las constancias de la causa ya citadas se deriva, asimismo, que el agravamiento definido por el *a quo* es compartible (con la salvedad de que no ha considerado la alevosía), pues los homicidios han sido cometidos *criminis causa*: para ocultar otros delitos y para procurar la impunidad, para sí y/o para otro. El ocultamiento de los otros delitos está referido, como se verá más abajo, a los de privación ilegítima de la libertad y torturas, y la procuración de la impunidad es evidente: muertas, las personas en cuestión, ellas, no podrían poner en descubierto los hechos aludidos y otros que, en razón de la particular condición de su detención -no se olvide que eran colaboracionistas- habrían llegado a su conocimiento. Es dable apuntar, aquí, que la ideas, falsas, del “viaje al exterior”, de los presuntos trámites para obtener nueva documentación, y el pedido de dinero a este fin -sin perjuicio de que la acción pueda constituir otro delito- sirvieron para que los detenidos no ofreciesen resistencia y se prestasen dócilmente al traslado “final”. Refuerza esta conclusión la probada actividad de Von Wernich orientada a evitar denuncias por parte de los familiares de los damnificados (vide declaraciones de Martín Galarza, legajo Conadep n° 2821, Elena Taybo de Pettiná y Jorge Raúl Manazi, en los expedientes n° 1420 y 1940, Secretaría Unica, del llamado “Juicio por la Verdad”, de esta Cámara Federal).

## *Poder Judicial de la Nación*

Ello así, han de rechazarse los agravios de la defensa y confirmarse, en el punto, la resolución apelada.

**2. En relación a la privación ilegítima de la libertad** de Luis Velasco, Néstor Bozzi, Ricardo San Martín, Jorge Andreani, Analía Maffeo, Liliana Galarza, Osvaldo Lovazzano, Alberto Canciani, José Fernando Majul Mahia, Cristina Bustamante, Cecilia Luján Idiart, Domingo Héctor Moncalvillo, María del Carmen Morettini, María Magdalena Mainer, Pablo Joaquín Mainer, Nilda Susana Salomone, Carlos Alberto Zaidman, José María Llantada, Eduardo Kirylovsky, Jorge Gilbert, Héctor Mariano Ballent, Ramón Miralles, Juan Ramón Nazar, Alberto Liberman, Luis Larralde, Rubén Fernando Schell, Elena de la Cuadra, Héctor Baratti, Ana Libertad Baratti, Rodolfo Pettiná, Héctor Manazi y Ricardo Sanglá, que se imputa a Cristian Federico Von Wernich caben las siguientes consideraciones.

A) Ha de subrayarse, liminarmente, que Cristian Federico Von Wernich era, al momento de los hechos, un funcionario público: como él mismo lo ha reconocido en su declaración indagatoria (*vide* considerando IV, punto a), que precede), había sido regularmente designado capellán de la brigada de investigaciones de la policía de la provincia de Buenos Aires, tenía grado policial y percibía haberes en la rama profesional.

Este extremo, de particular importancia pues es la condición de funcionario la que configura, en el caso, la base material para la valoración de la antijuridicidad, resulta de la circunstancia de que ***el Estado había encargado a Von Wernich, al investirlo de su función de capellán policial, que concurriese a expresar su voluntad -la del Estado- en cuanto a la salud espiritual*** de los integrantes de la fuerza y, según Von Wernich, inclusive de los detenidos. En efecto, ***Von Wernich estuvo llamado a cumplir funciones -aún, en cierto sentido, accesorias, pero disciplinadas por normas de derecho público- atinentes a la realización de los fines institucionales de la policía.*** Y esto sin perjuicio del contenido de sus actos religiosos.

B) De las constancias de la causa, testimonios de personas detenidas

## *Poder Judicial de la Nación*

clandestinamente, hoy en libertad, de familiares de ellos y de las propias declaraciones del procesado, resulta que éste mantuvo diversos encuentros y conversaciones con aquellas personas y que, como se ha apuntado *supra*, tuvo acceso sin restricciones, con motivo de sus funciones propias, a las dependencias policiales bonaerenses, más arriba identificadas, en las que se hallaban los detenidos de autos.

C) Cabe, ahora, efectuar un análisis puntual de los casos objeto de pesquisa.

En el caso de la privación ilegítima de la libertad respecto de Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Lujan Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Liliana Galarza y Nilda Susana Salomone, detenidos ilegalmente en la brigada de investigaciones de La Plata, el grado de responsabilidad atribuida al encartado, por parte del *a quo*, es el del partícipe secundario.

Ahora bien, sentado todo lo expuesto antes, considerados los testimonios de los que se ha hecho mérito en el punto I. que precede, y lo que surge de las propias manifestaciones del procesado, se concluye en la evidencia de que Von Wernich tenía pleno conocimiento sobre la condición de detenidos irregularmente de las personas indicadas en el acápite, no siendo para nada atendible su excusa de que por el hecho de que estuviesen alojados en dependencias policiales cabía presumir la legalidad de su detención. Aquella circunstancia, unida a la relación establecida con ellas, al trato del procesado con los familiares, al hecho de haber tenido a Moncalvillo como chófer, y a su participación en el contingente que los trasladaría en su viaje “final”, me llevan a propiciar la confirmación, en el punto, de la resolución del *a quo*.

Cabe aclarar aquí que el bien jurídico tutelado por el artículo...del Código Penal es la libertad personal y, en particular, la libertad de actuar, que es lesionado por cualquier limitación jurídicamente apreciable a la libertad física, entendida como posibilidad de movimiento en el espacio según la libre elección de cada uno, o de elegir el lugar donde quedarse. Por eso, la noción de

## *Poder Judicial de la Nación*

este delito no exige que el sujeto pasivo haya sido puesto en la imposibilidad absoluta de recuperar su libertad sino que es suficiente que esa imposibilidad sea solo relativa. Basta, entonces, por parte del sujeto activo, una actividad meramente intimidatoria o la predisposición de medidas dirigidas a impedir el alejamiento de los lugares donde aquel se haya propuesto mantener a las personas. Por eso, el medio utilizado puede consistir incluso en amenazas aptas para crear una anulación de la voluntad de autodeterminarse en la elección del lugar al que ir o en el cual quedarse. No tiene importancia la mayor o menor duración de la privación de la libertad, siendo suficiente que ella se prolongue por un lapso jurídicamente apreciable.

Estas consideraciones son aplicables a todos los casos aquí examinados, pero tienen particular relevancia en cuanto al grupo de Moncalvillo *et altri*, cuyos integrantes si bien tenían condiciones de detención que incluían ciertas facilidades como el contacto con familiares en distintos días y horarios, visitas a sus domicilios particulares y el cumplimiento de determinadas labores en beneficio de la policía sin mayores restricciones, lo cierto es que estaban ilegítimamente privados de su libertad.

En efecto, como se acaba de decir, ***el delito subsiste aun cuando el hecho en cuestión importe una restricción ambulatoria limitada***, pues basta que la víctima conserve su libertad solamente dentro de ciertos límites. Si existen esos límites, queda configurado el delito (conf. Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, cuarta edición, Buenos Aires, Editorial Tea, 1987, t.IV, p.36).

Vale agregar que el delito en examen requiere no un dolo específico, sino que basta con el dolo genérico consistente en la conciencia de infligir a la víctima una ilegítima restricción en su libertad física entendida en el modo más arriba descripto.

Los casos de Héctor Manazi, Rodolfo Pettiná y Ricardo Sanglá, demuestran, una vez más, la relación que el encartado mantenía con las fuerzas de seguridad que los mantenían ilegítimamente privados de su libertad. Von

## *Poder Judicial de la Nación*

Wernich tenía información acerca de ellos, que suministrada a los familiares en la manera siniestra en que lo hizo, junto con la indicación precisa de que dejaran de lado la búsqueda de sus parientes, denotan una intervención en la situación ilegal en que aquellos se encontraban que, si bien no resulta esencial, no por ello es menos cierta (*vide* los testimonios de Elena Taybo de Pettiná, de Jorge Raúl Manazi y de María Luisa López rendidos en el llamado “Juicio Por la Verdad”, anexo I).

En cuanto a la responsabilidad que tuvo el procesado respecto de la privación ilegal de la libertad de las demás personas antes mencionadas, consideraciones análogas a las vertidas precedentemente, demuestran que, también respecto de tales personas, Von Wernich puede ser considerado, a esta altura de la causa, penalmente responsable del delito, aún en una parte cuantitativamente más limitada, es decir, en el caso, de una intervención activa en una acción ya iniciada por otros. Por ello, me inclino a compartir la decisión del juez de grado.

Todo ello, con la salvedad de que cabe precisar que la imputación de que se trata es la del artículo 144 bis, inciso 1º, con la agravante prevista en el último párrafo: en el caso, las de los incisos 1, 3 y 5), del artículo 142, ambos del Código Penal.

***3. Quid del delito de tortura que se reprocha a Von Wernich en la persona de Luis Velasco, José María Llantada, Eduardo Kirilovsky, Héctor Mariano Ballent, Ramón Miralles, Alberto Liberman y Rubén Fernando Schell.***

En este caso, como en los anteriores, cabe ceñirse, exclusivamente, a los hechos comprobados en la causa, de modo que el comportamiento del Tribunal refleje, en el mejor modo, la exigencia de imparcialidad que de él se espera.

Cabe apuntar de movida que los testimonios prestados por las víctimas de detenciones ilegales de autos, hoy en libertad, de los familiares de ellas y de las siete personas cuyo homicidio aquí se investiga, y de las propias declaraciones del procesado -que se leen en los anexos documentales citados *supra*- ponen

## *Poder Judicial de la Nación*

de manifiesto, en todos los casos, que Cristian Von Wernich tuvo acceso sin restricciones, con motivo de sus funciones propias, a las dependencias policiales bonaerenses y mantuvo encuentros y conversaciones de distinta índole con los detenidos. Por ello, no cabe duda que conocía que habían sido o eran aún objeto de tortura. Sin embargo, dichas constancias dejan subsistentes dudas e interrogantes sin resolver acerca de si el procesado impuso efectivamente tormentos a alguno de ellos o participó en hechos durante los cuales tal cosa hubiese acontecido o prestó cooperación en la ejecución de este delito.

Asimismo ha de tenerse en cuenta que, como quedó demostrado en el punto 2 que precede, Von Wernich revestía la calidad de funcionario público.

Todo ello sentado, la gravedad del caso en examen aconseja efectuar un examen concreto de los testimonios de los propios ex detenidos.

Valen, al respecto, algunas distinciones.

La primera de ellas atiene al caso de Rubén Fernando Schell, quien afirma que Von Wernich le dijo que a raíz de las cosas en que “estás metido...se te van a cerrar las puertas, la gente te va a cerrar la puerta en la cara, quien sabe si tu novia te sigue esperando, quien sabe si la familia de tu novia te va a aceptar”. Si bien dichas palabras pueden haber provocado dolor -o quizá indignación- en Schell, carecen de entidad como para que se las considere tortura, máxime teniendo en cuenta que si bien fueron dirigidas a una persona joven se trataba de un hombre con personalidad suficiente como para estar comprometido políticamente con la militancia en los años de plomo (vide fs. 140/160).

De la constancia de la declaración de Luis Velasco de fojas 4/5 surge que encontrándose detenido ilegalmente en la brigada de investigaciones de La Plata, se entrevistó más de una vez con Von Wernich, quien lo reconoció a raíz de tener parientes en común. Según Velasco, el procesado le habría dicho, tocándole el pecho, “te quemaron todos los pelitos con la picana, no te quedan pelitos”. En otro encuentro, esta vez en la comisaría quinta, Von Wernich le

## *Poder Judicial de la Nación*

habría manifestado, a él, y otros detenidos, que “...nosotros debíamos pagar por lo que habíamos hecho, debíamos pagar y especificó que debíamos pagar con torturas, con muertes o con lo que fuere necesario porque éramos culpables”. Valen, *mutatis mutandi*, las mismas consideraciones hechas respecto de Schell.

Las declaraciones de...confirman las visitas de Von Wernich a los lugares de detención, la relación y las conversaciones tenidas con algunos de los detenidos, pero, en rigor, no aportan elementos de cargo suficientes para probar - ni siquiera en el grado necesario en la etapa procesal que se transita- la imputación de tortura hecha al procesado.

Esto en cuanto a los hechos.

En cuanto al derecho, se hace necesario **determinar la norma penal en la que habrán de subsumirse los hechos**. Ello así, la figura penal que corresponde aplicar, en el caso, no es la prevista por el artículo 144 ter del Código Penal en su texto actual, sino la de tal artículo del Código, primero y segundo párrafo, según ley 14.616 (B.O. 17/X/1958), que reza así: “*Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento. El máximo de la pena privativa de la libertad, se elevará hasta quince años si la víctima fuese un perseguido político*”.

Nótese que dicha norma era la que se encontraba vigente al momento de comisión de los hechos denunciados; fue modificada posteriormente, en el año 1984, por la ley 23.097(B.O. 29/X/1984) que eliminó los párrafos cuya aplicación propicio a los hechos en examen que caerían dentro de la descripción del actual artículo 144 ter. del Código Penal, notoriamente más grave que el anterior.

De utilizar la norma modificada por la ley 23.097, *ex post facto*, se desaplicaría **el principio de la ley penal más benigna**, que abarca tanto la descripción del tipo como la sanción a imponer, **establecido no solamente por el artículo 2 del Código Penal sino por la propia Constitución Nacional** a raíz

## *Poder Judicial de la Nación*

de la incorporación a su texto, ex artículo 75, inciso 22, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que lo consagra en su artículo 15, y de la Convención Americana de Derechos Humanos, que lo hace en el artículo 9.

De allí que, en nuestro derecho, ***la ultraactividad de la ley penal vale solo si se trata de la ley más benigna*** que haya estado vigente desde el momento de la realización de la conducta criminosa hasta que se extinga la pena impuesta al reo, en su caso. Por otra parte, en lo que hace al juzgamiento, todas las leyes que se hayan sucedido entre el momento del hecho y el del fallo tendrán que ser tenidas en cuenta y el imputado deberá ser juzgado por cualquiera de ellas que resulte la más benigna (*vide* artículo 9 del la Convención Americana, citada).

Como he tenido oportunidad de escribir en otra sede, el derecho penal sustancial -dato estático- se realiza solamente a raíz del juicio previo, o sea del proceso penal -momento dinámico- y exige la ***existencia de un delito y de una pena previstos antes por una ley penal: nullum crimen, nulla pena sine lege.***

Se trata de ***principios que están en la esencia del constitucionalismo liberal, clásico***, vigentes desde hace siglos y que no han sido cuestionados a lo largo de la evolución del constitucionalismo.

En suma: resulta aconsejable profundizar la pesquisa a fin de despejar las incógnitas e interrogantes señalados y conocer más acabadamente, tanto desde un punto de vista material como formal, las circunstancias que rodearon los hechos investigados, de modo de poder determinar la eventual responsabilidad penal del imputado.

Por ello, no siendo posible ni confirmar el procesamiento ni sobreseer, corresponde revocar, en el punto, la resolución apelada y dictar su falta de mérito con los alcances aquí expuestos.

VII) En suma, por las consideraciones que preceden y las normas constitucionales y legales citadas, propongo al Acuerdo:

I.-CONFIRMAR la resolución apelada en cuanto dispone el procesamiento y prisión preventiva de Cristian Federico Von Wernich por:

## *Poder Judicial de la Nación*

a) el delito de homicidio calificado en grado de partícipe necesario en perjuicio de Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Lujan Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Liliana Galarza y Nilda Susana Salomone (artículos 80 inc.7, 45 y 55 del C. P.), y

b) el delito de privación ilegítima de la libertad calificada en grado de partícipe secundario en perjuicio de Luis Velasco, Néstor Bozzi, Ricardo San Martín, Jorge Andreani, Analía Maffeo, Liliana Galarza, Osvaldo Lovazzano, Alberto Canciani, José Fernando Fanjul Mahia, Cristina Bustamante, Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Lujan Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Nilda Susana Salomone, Carlos Alberto Zaidman, José María Llantada, Eduardo Kirilovsky, Jorge Gilbert, Héctor Mariano Ballent, Ramón Miralles, Juan Ramón Nazar, Alberto Liberman, Luis Larralde, Rubén Fernando Schell, Elena de la Cuadra, Héctor Baratti, Ana Libertad Baratti, Rodolfo Pettiná, Héctor Manazi y Ricardo Sanglá, con los alcances expuestos en el considerando VI, punto 2.C), del voto del doctor Frondizi (artículos 144 bis, inciso 1, con las agravantes del artículo 142, incisos 1,3 y 5, 46 y 55 del Código Penal).

II.-MODIFICAR la resolución apelada en cuanto decreta el procesamiento de Cristian Federico Von Wernich en orden a su participación secundaria en el delito de tortura en perjuicio de Luis Velasco, José María Llantada, Eduardo Kirilovsky, Héctor Mariano Ballent, Ramón Miralles, Alberto Liberman y Rubén Fernando Schell y declarar en el punto la falta de mérito con los alcances expuestos en el considerando VI, punto 3. del voto del doctor Frondizi ( artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación).

EL DOCTOR ZIULU DIJO:

Respecto a las circunstancias fácticas de la causa y a los pasos procesales dados en el curso de la instrucción del sumario, me remito a la precisa narración que han efectuado mis distinguidos colegas, doctores Román Julio Frondizi y Leopoldo H. Schiffrin, en los calificados votos que anteceden.

En cuanto a la resolución por la cual se declaró la inconstitucionalidad de

## *Poder Judicial de la Nación*

las denominadas leyes de “punto final” y “obediencia debida”, comparto las conclusiones del doctor Frondizi, toda vez que dicha decisión, en efecto, ha quedado firme y, en razón de ello, este Tribunal carece de jurisdicción para revisar lo resuelto por el señor magistrado de primera instancia en tal sentido.

Finalmente, y en relación a las cuestiones que han sido materia de agravio y se encuentran sometidas a la consideración de esta Alzada, debo expresar mi sustancial coincidencia con los fundamentos expuestos por el doctor Schiffrin en los puntos XVI, XVII, XVIII y XIX de su voto y, por consiguiente, me adhiero a la solución allí propuesta.

Así lo voto.

Por ello, el Tribunal RESUELVE:

a) CONFIRMAR la resolución apelada en punto al procesamiento con prisión preventiva de Cristian von Wernich por el homicidio calificado de Domingo Moncalvillo, María del Carmen Morettini, Cecilia Idiart, María Magdalena Mainer, Pablo Mainer, Liliana Galarza y Nilda Susana Salomone, modificándolo en el sentido de que el imputado resulta, prima facie, coautor del mismo.

b) CONFIRMAR la resolución apelada en cuanto decreta el procesamiento de von Wernich por hallarlo, prima facie, partícipe secundario del delito de torturas, indicando al a quo que, para el futuro, deberá tomar en consideración lo expresado en el apartado XVII, del voto del doctor Schiffrin, respecto de la calificación adecuada de la conducta del imputado.

c) CONFIRMAR la resolución apelada en cuanto decreta el procesamiento del imputado en autos como partícipe secundario del delito de privación ilegítima de la libertad, debiendo el a quo para el futuro, tomar en consideración lo expresado en el apartado XVIII de este voto, respecto de la calificación adecuada de la conducta del imputado.

Notifíquese, regístrese y devuélvase. Fdo. Jueces Sla II, Dres. Román Julio Frondizi (en disidencia parcial). Leopoldo Héctor Schiffrin. Adolfo Gabino Ziulu.

## *Poder Judicial de la Nación*

Ante mí :Dra. Ana Miriam Russo.Secretaria.