

## *Poder Judicial de la Nación*

Mendoza, 23 de noviembre de 2011.

### **Y VISTOS:**

Los presentes autos N° 86.569-F-20.868, caratulados: “*Compulsa en Autos 86-F, “F. c/ Menéndez Luciano y Otros s/ Av. Inf. art. 144 ter C.P. por apelación”*”, venido a esta Sala “B”.-

### **Y CONSIDERANDO:**

I.-Que las presentes actuaciones vienen a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. sub. 41 y vta. y a fs. sub. 42 y vta. por el Sr. Defensor Público Oficial Subrogante, Dr. Daniel Eduardo Pirrello, en defensa de Luciano Benjamín Menéndez, Orlando Oscar Dopazo, Tamer Yapur y Juan Agustín Oyarzábal, a fs. sub. 43/44 y fs. sub. 45/46 por el Dr. Carlos Antonio Reig en representación de Eduardo Smaha y Armando Osvaldo Fernández, en contra de las resoluciones de fs. sub.1/2 debidamente aclarada a fs. sub. 3 en la cual se dispone: “1)- **TENER POR QUERELLANTE** en la presente causa al **Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos- Regional Mendoza-** representado por María del Carmen Gil de Camín y Elba Lidia Morales, quienes a su vez son representadas por la Dra. Katia Troncoso Muñoz en mérito del poder especial acompañado. **CÓPIESE y NOTIFÍQUESE**; y de fs. sub. 5/39 y vta. en cuanto dispone: “1°) **ORDENAR EL PROCESAMIENTO Y LA PRISIÓN PREVENTIVA de: LUCIANO BENJAMÍN MENÉNDEZ, ap. mat. SÁNCHEZ MENDOZA**;... por estimarlo “prima facie” penalmente responsable de la comisión de los delitos previstos y reprimidos por el art. 144 ter apartado 1° con el agravante del apartado 2° del Código Penal (texto según ley 14.616) por once hechos y art. 144 ter apartado 1° con agravante de los apartados 2° y 3° del C. Penal (texto según ley 14.616) por un hecho, todos en concurso real y en calidad de autor mediato, por los que fuera indagado, de conformidad con lo establecido por el art. 306 y 312 del C.P.P.N.. 2) **ORDENAR EL PROCESAMIENTO de ORLANDO OSCAR DOPAZO, COLÓN ap. materno**;... por estimarlo “prima facie” penalmente responsable de la comisión de los delitos previstos y reprimidos por el art. 144 ter apartado 1° con el agravante del apartado 2° del Código Penal (texto según ley 14.616) por once hechos y art. 144 ter apartado 1° con agravante de los apartados 2° y 3° del C. Penal (texto según ley 14.616) por un hecho, todos en concurso real y en calidad de coautor, por los que fuera indagado, de conformidad con lo establecido por el art. 306 del C.P.P.N. 3) **ORDENAR EL PROCESAMIENTO de TAMER YAPUR, MASLUP ap. materno**,.....por estimarlo “prima facie” penalmente responsable de la comisión de los delitos previstos y reprimidos por el art. 144 ter apartado 1° con el agravante del apartado 2° del Código Penal (texto según ley 14.616) por once hechos y art. 144 ter apartado 1° con agravante de los apartados 2° y 3° del C. Penal (texto según ley 14.616) por un hecho, todos en concurso real y en

USO OFICIAL

calidad de coautor, por los que fuera indagado, de conformidad con lo establecido por el art. 306 del C.P.P.N. **4) ORDENAR EL PROCESAMIENTO y PRISIÓN PREVENTIVA de JUAN AGUSTÍN OYARZABAL, NAVARRO ap. materno**,....por estimarlo “prima facie” penalmente responsable de la comisión de los delitos previstos y reprimidos por el art. 144 ter apartado 1° con el agravante del apartado 2° del Código Penal (texto según ley 14.616) por once hechos y art. 144 ter apartado 1° con agravante de los apartados 2° y 3° del C. Penal (texto según ley 14.616) por un hecho, todos en concurso real y en calidad de coautor, por los que fuera indagado, de conformidad con lo establecido por el art. 306 y 312 del C.P.P.N.. **5) ORDENAR EL PROCESAMIENTO de EDUARDO SMAHA, BORZUK ap. materno**,....por estimarlo “prima facie” penalmente responsable de la comisión de los delitos previstos y reprimidos por el art. 144 ter apartado 1ro. Con el agravante del apartado 2do. del Código Penal (texto según ley 14.616) por once hechos y art. 144 ter apartado 1ro con agravante de los apartados 2do. y 3ro. del C.Penal (texto según ley 14.616) por un hecho, todos en concurso real y en calidad de coautor, por los que fuera indagado, de conformidad con lo establecido por el art. 306 del C.P.P.N.. **6) ORDENAR EL PROCESAMIENTO de ARMANDO OSVALDO FERNÁNDEZ, MIRANDA ap. materno**,....por estimarlo “prima facie” penalmente responsable de la comisión de los delitos previstos y reprimidos por el art. 144 ter apartado 1ro con el agravante del apartado 2do. del Código Penal (texto según ley 14.616) por once hechos y art. 144 ter apartado 1ro con agravante de los apartados 2do. y 3ro. del C.Penal (texto según ley 14.616) por un hecho, todos en concurso real y en calidad de coautor, por los que fuera indagado, de conformidad con lo establecido por el art. 306 del C.P.P.N. A fs. sub. 50/51 y vta. la Dra. María Gloria Andre, Fiscal Federal Subrogante, interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. sub. 5/39 dispositivo 7 por el cual se resuelve: **DECLARAR QUE NO EXISTE MÉRITO SUFICIENTE para ordenar el procesamiento o el sobreseimiento de LUCIANO BENJAMIN MENÉNDEZ, TAMER YAPUR, ORLANDO OSCAR DOPAZO, JUAN AGUSTIN OYARZABAL, EDUARDO SMAHA Y ARMANDO OSVALDO FERNANDEZ**, de demás circunstancias personales mencionadas, en relación a los hechos que se le atribuyeran vinculados a las violaciones que habrían sufrido Silvia Susana Ontiveros, Vicenta Olga Zarate y Stella Maris Ferrón, prima facie calificado como presunta infracción al art. 119 inc.3) del C.Penal vigente al momento de los hechos por tres hechos por los que fueran indagados, de conformidad con lo establecido por el art. 309 del C.P.P.N.. **8)...., 9)....., 10)....., 11)....., 12)....., CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y OFICIESE.**

**II.-** Esta Alzada tratará separadamente cada una de las pretensiones perseguidas en los remedios procesales articulados por los Sres. Defensores

## *Poder Judicial de la Nación*

respectivamente a favor de sus encausados y por la Sra. Fiscal Federal Subrogante a fin de lograr una mayor claridad y orden expositivo.-

A)- A fs. sub. 42 y vta., el Sr. Defensor Público Oficial, Dr. Daniel Eduardo Pirrello por sus defendidos y a fs. sub. 43/44 el Dr. Carlos Antonio Reig, en representación de Eduardo Smaha y Armando Osvaldo Fernández, apelan la resolución del Sr. Juez a quo que hace lugar a la solicitud de constitución de querellante oportunamente formulada por el Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos-Regional Mendoza, la cual obra a fs. sub. 1/2 y su aclaratoria de fs. sub. 3, sendos recursos se encuentran debidamente motivados remitiéndonos a sus fundamentos en honor a la brevedad.-

B).- A fs. sub. 41 y vta. el Dr. Daniel Eduardo Pirrello, y a fs. sub. 45/46 el Dr. Carlos Antonio Reig, apelan los procesamientos dispuestos en contra de sus defensos respectivamente, formulando sus agravios por escrito.-

El Sr. Defensor Público Oficial hace hincapié en que el Sr. Juez a quo no aportó pruebas que demostraran la intervención de Menéndez, Dopazo, Yapur y Oyarzábal en el hecho puntual de los sometimientos a condiciones inhumanas de vida e interrogatorios bajo torturas de Fernando Rule Castro, Marcos Augusto Ibáñez, Alberto Mario Muñoz, Vicenta Olga Zárate, Silvia Susana Ontivero, Stella Maris Ferrón, Haydee Clorinda Fernández del Río, Rodolfo Enrique Molinas, Guido Esteban Actis, Daniel Hugo Ravanal, Ivonne Eugenia Larrieu y Miguel Angel Gil (torturas seguidas de muerte).-

A su vez, el Dr. Carlos Reig motiva sus agravios en que “...no existe prueba alguna de que Smaha y Fernández por el hecho de haberse desempeñado en el D-2, se encargaran, a más de los procedimientos administrativos ordenados por sus superiores jerárquicos de ese entonces, en actos de tortura a los detenidos. Nadie, de las supuestas víctimas, los ha señalado como torturadores....”.-

C).- A fs. sub. 50/51 y vta. la Sra. Fiscal Federal Subrogante, Dra. María Gloria André, apela la resolución del a quo en cuanto dispone que no existe mérito suficiente para ordenar el procesamiento o el sobreseimiento de Menéndez, Yapur, Dopazo, Oyarzábal, Smaha y Fernández en relación a los hechos que se les atribuyeran vinculados a las violaciones sexuales que habrían sufrido Silvia Susana Ontiveros, Vicenta Olga Zárate y Stella Maris Ferrón, motivando sus agravios y peticionando se revoque la resolución y se dicte el procesamiento de los nombrados por el delito previsto y reprimido por el art. 119 inc. 3) del C.P. vigente al momento de los hechos en calidad de autores mediatos.-

III.- Elevado el expediente a esta Alzada, actualmente integrada conforme lo dispuesto en las Resoluciones N° 1590/10, 1598/10 y 1680/10 de la

Cámara Nacional de Casación Penal, se dispone la realización de la audiencia para informar, la que se celebra el día 21 de septiembre de 2.011.

En primer lugar, se le cede la palabra al Dr. Pablo Gabriel Salinas quien en representación del Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos expone los argumentos que fundamentan la confirmación de los procesamientos dispuestos por el Sr. Juez a quo.

Acto seguido informa el Sr. Fiscal ante esta Cámara, Dr. Omar Palermo cuestionando la falta de mérito dictada por el pretor de grado en relación al delito de violación sufrido por Stella Maris Ferrón, Silvia Susana Ontiveros y Vicente Olga Zárate, sosteniendo argumentos que pueden ser escuchados in extenso en el audio de video que en formato digital se halla reservado por Secretaría de Cámara, a los cuales nos remitimos en honor a la brevedad.

Luego, el Sr. Defensor Público Oficial, Dr. Ramiro Dillon, fundamenta sus agravios reforzando lo expresado en los escritos de apelación, respecto de la situación procesal de sus defensos. Asimismo, expone argumentos en torno al delito de violación, a lo cual nos remitimos en honor a la brevedad.-

**IV.-** Para una mejor comprensión de lo que habrá de decidirse, entendemos necesario realizar una breve reseña del contexto histórico en que se dieron los hechos motivo de investigación e imputación. Ello, sin perjuicio de otras evaluaciones que sobre los mismos se formularán en los siguientes apartados.

**V.-** A los efectos de analizar debidamente los supuestos fácticos aquí investigados, no debe perderse de vista el contexto histórico en el que se sucedieron. Esto es, la instauración por parte de dicho gobierno de un plan sistemático de privación ilegítima de la libertad, tortura y desaparición forzosa de personas que no comulgaban con sus principios. Ello por cuanto, en casos como el que nos ocupa, el mismo resulta decisivo para comprender en su real dimensión lo sucedido y en especial para ser tenido en cuenta al momento de valorar la prueba producida.

En primer lugar el último gobierno constitucional, previo a la usurpación del poder por parte de las fuerzas armadas, en febrero de 1975 dicta el Dec. 261/75 por el cual encomienda al Comando General del Ejército ejecutar las operaciones militares necesarias para neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos en la Provincia de Tucumán.

En este contexto, el 6 de octubre de 1975, se instituye por medio del Dec. 2770 el Consejo de Seguridad Interna, integrado por el Presidente de la Nación, los Ministros del Poder Ejecutivo y los Comandantes Generales de las fuerzas armadas, a fin de asesorar y promover al Poder Ejecutivo las medidas necesarias para la lucha

## *Poder Judicial de la Nación*

contra la subversión y la planificación, conducción y coordinación con las diferentes autoridades nacionales para la ejecución de esa lucha. El mismo día también se dictan: el Dec. 2771, por medio del cual se faculta al Consejo de Seguridad Interna a suscribir convenios con las provincias, a fin de colocar bajo su control operacional al personal policial y penitenciario; y el Dec. 2772, extendiendo la acción de las Fuerzas Armadas a los efectos de la lucha antisubversiva a todo el territorio del país.

Por su parte, lo dispuesto en los decs. 2770, 2771 y 2772, fue reglamentado a través de la directiva 1/75 del Consejo de Defensa, que instrumentó el empleo de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, y demás organismos puestos a su disposición para la lucha antisubversiva, con la idea rectora de utilizar simultáneamente todos los medios disponibles, coordinando los niveles nacionales.

Las formas de ejecutar tal plan fueron minuciosamente detalladas en la causa 13 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal: a) la captura de quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) la privación ilegal de la libertad a través de la conducción de los detenidos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, someter a los detenidos a interrogatorios con agresión física y psíquica, a saber, aplicación de picana eléctrica, golpes de todo tipo, agresiones sexuales, insultos, intimidaciones, todo ello con el fin de obtener datos sobre otras personas o determinadas circunstancias -información operativamente útil-; d) someter a los prisioneros a condiciones de vida inhumana, destinándolos en lugares sucios, insalubres, oscuros, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) realizar todo lo descripto anteriormente en la clandestinidad, para lo cual los agentes encargados de ello ocultaban su identidad, ya sea realizando operativos en horas de la noche, incomunicando totalmente a las víctimas, dejándolos con los ojos vendados y negando su existencia a cualquiera que reclamase por el secuestrado, amén de los eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del detenido que podía ser liberado o ser eliminado físicamente; g) En caso de eliminación física, proceder a desaparecer los cuerpos, o falsificar el destino de las víctimas, todo ello mediante distintas técnicas y métodos.

La desaparición forzada de personas fue el instrumento clave del Gobierno de las FFAA argentinas en la aplicación de la doctrina de seguridad colectiva, que de alguna manera resume la violación de todos los derechos y el ataque a todos los valores, a partir de la supremacía, o de la supuesta supremacía, de ese valor de la seguridad colectiva.

Ahora bien, a los efectos de coordinar el cumplimiento de los fines establecidos, el gobierno militar dividió al país en cinco zonas, que a su vez se dividían en subzonas, que se correspondían cada una con un Cuerpo de Ejército.

El Comando de Zona I, con sede en Capital Federal, dependía del Primer Cuerpo de Ejército, comprendiendo, las provincias de Buenos Aires, La Pampa y Capital Federal; el Comando de Zona II, dependía del Segundo Cuerpo de Ejército y se extendía por Santa Fe, Formosa, Chaco, Santa Fe, Misiones, Corrientes y Entre Ríos; el Comando de Zona III, con sede principal en Córdoba, dependía del Comando del Tercer Cuerpo de Ejército y abarcaba las provincias de Córdoba, Mendoza, Catamarca, San Luis, San Juan, Salta, La Rioja, Jujuy, Tucumán y Santiago del Estero; el Comando de Zona IV dependía del Comando de Institutos Militares y su radio de acción abarcó la guarnición militar de Campo de Mayo, junto con algunos partidos de la provincia de Buenos Aires; y, finalmente, el Comando de Zona V dependiente del Quinto Cuerpo de Ejército, abarcaba las provincias de Neuquén, Río Negro, Chubut y Santa Cruz y algunos partidos de la provincia de Buenos Aires.

La Provincia de Mendoza no era una excepción a la realidad que atravesaba el país. Como se dijo, a partir de octubre de 1.975 el Ejército tuvo la responsabilidad primaria en la *“lucha antisubversiva”*; en virtud de lo dispuesto en la Directiva N° 1/75 del Consejo de Defensa.

Así las cosas, el 28 de octubre de ese año, fueron distribuidas veinticuatro copias de la Directiva del Comandante General del Ejército, N° 404/75 *“Lucha contra la Subversión”* –ya un año antes, el 6 de noviembre de 1.974, se implantaba por decreto el estado de sitio y eran detenidas muchas personas con y sin acusaciones concretas-. Esta medida fue derogada recién en Diciembre de 1.983, al asumir el gobierno democrático.

La *“Misión del Ejército”*, como así se la denominó, estaba establecida en el acápite 4 de la Directiva 404/75. La misma se materializaría mediante la división territorial del país en *“Zonas”*, *“Sub-zonas”* y *“Áreas”* antes mencionada.

De acuerdo a toda la prueba documental y testimonial recopilada a la fecha de los hechos que motivan la presente causa, nuestra Provincia, entre otras, integraba la denominada *“Zona 3”* que correspondía al Comando del III Cuerpo del Ejército con sede en Córdoba, que se encontraba a cargo del Gral. de Brigada Luciano Benjamín Menéndez. Este, a su vez, respondía jerárquicamente al Comandante en Jefe del Ejército e integrante de la Junta Militar, el entonces Tte. Gral. Jorge Rafael Videla. Tenía jurisdicción sobre toda la zona, la cual contaba con cuatro (4) *“Sub-zonas”* y veinticuatro (24) *“Áreas”*. Controlaba una población estable de 7.263.000 habitantes (según censo de 1.980).

## *Poder Judicial de la Nación*

La región cuyana se denominaba “*Sub-zona 33*”. La tarea de represión la habría llevado a cabo la VIII Brigada de Montaña con asiento en Mendoza (“*Área 331*”), abarcando también San Juan (“*Área 332*”) y San Luis (“*Área 333*”).

Ahora bien, durante el gobierno militar transitaron diferentes responsables o Jefes de la Brigada VIII de Infantería de Montaña. En primer lugar, el General de Brigada Jorge Alberto Maradona (fallecido) se habría hecho cargo de la misma a partir de diciembre de 1975 hasta el 1 de diciembre de 1977. Al ser reasignado en sus funciones su cargo fue ocupado, entre diciembre de 1977 y junio de 1978, por el General de Brigada Juan Pablo Saá. A éste lo sucede, desde febrero de 1979 hasta noviembre de 1980, el también General de Brigada Mario Ramón Lépori. Finalmente, en diciembre de 1980 se hace cargo el General Carlos Horacio Garay.

No menos importante era el rol que desempeñaban los segundos Jefes de la VIIIa Brigada referida. Entre los militares que desempeñaron dicho rol, y durante esa época, pueden citarse: Tamer Yapur, quien ostentó el cargo hasta el 23 de marzo de 1976. Desde el 24 de marzo, por 15 o 20 días, fue Interventor Militar en la Provincia de Mendoza. Y desde el 12 de abril de 1976 hasta el 8 de marzo de 1977, nuevamente actuó como segundo Comandante de la VIII Brigada. Lo sucede, entre marzo de 1977 hasta mediados de noviembre del mismo año, el General de Brigada Mario Ramón Lepori; quien a su vez es sustituido por el Coronel Julio Alberto Muñoz.

Paralelamente, la jefatura de la Policía de Mendoza, a cargo del Vicecomodoro Julio César Santuccione (desde octubre de 1974 a diciembre de 1976), cooperaba con el régimen militar a los efectos de lograr la finalidad propuesta en los estatutos y programas del régimen instaurado el 24 de marzo de 1976. En su declaración indagatoria ante esta Cámara Federal de Mendoza (13-05-1987), aclaró que mediante varios decretos del Poder Ejecutivo Nacional, se creó el Consejo de Seguridad Interna para dirigir la lucha contra la subversión. Además explicó que así se colocó bajo control operacional al personal policial y penitenciario de las provincias.

Reemplazó en el cargo a Santuccione, el Vicecomodoro Alcides Paris Francisca hasta febrero de 1979. Durante su gestión al frente de la Policía de Mendoza se desempeñaron como Jefes del Departamento Dos de Inteligencia (D2) los comisarios Pedro Dante Sánchez Camargo -secundado por Juan Agustín Oyarzábal- y Ricardo Benjamín Miranda Genaro.

En ocasión de las dos visitas de los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Provincia de Mendoza, más de medio centenar de personas que estuvieron detenidas-desaparecidas durante espacios de tiempo más o menos prolongados, concurrieron a la Cámara de Diputados, en donde aquella se había constituido, brindando el testimonio de los hechos vividos por ellos

durante su cautiverio. Además, se recibieron 150 denuncias de otras tantas desapariciones.

Según estos testimonios y constancias -las que se encuentran citadas en forma detallada en el informe “*Nunca Mas*”- se habilitaron numerosos centros clandestinos de detención, entre los cuales se encontraban: la Penitenciaría Provincial, Liceo Miliar Gral. Espejo, Palacio Policial, Círculo de Suboficiales, Departamento de Informaciones D-2, Brigada de Infantería de Montaña, “*El Chalecito*”, “*El Refugio*”, Compañía de Comando y Servicio, Campo Los Andes, entre otros. En estos sitios se habría alojado a detenidos políticos, algunos de los cuales fueron torturados para luego ser liberados o remitidos a la Penitenciaría Provincial o de otras provincias, el resto, desaparecidos.

Las Comisarías ocupan un lugar muy importante en la investigación de las desapariciones ocurridas en la provincia, ya que si bien eran lugares de tránsito, consta que son muchas las personas que estuvieron allí detenidas y fueron sometidas a distintos tormentos.

El paso por las Comisarías era parte de la ruta que siguieron en numerosas oportunidades los detenidos, la mayoría de los cuales fueron posteriormente “legalizados” en la Jefatura de Policía o en la Penitenciaría de Mendoza, o desaparecidos.

En esta ruta se encontraba también el Palacio Policial, ubicado en calle Belgrano y Virgen del Carmen de Cuyo de la Ciudad de Mendoza, donde funcionó el Departamento 2 de Inteligencia (D2). Éste fue reconocido como el principal CCD de la provincia, ubicado en un entresuelo del edificio, con un pasillo estrecho en el cual se enfrentan dos hileras de celdas. Una escalera lo comunica con la central telefónica del edificio, a cuyo costado estaba la sala de torturas en el primer subsuelo, y en el segundo, al que se desciende en ascensor, se encontraba otra sala de torturas.

Bajo el ámbito policial también estuvieron la Seccional de Policía N° 7 de Godoy Cruz (frente a la plaza departamental) y la Seccional N° 25 de Guaymallén. Como todas las dependencias de la Policía de Mendoza, sirvieron para “reunión de detenidos” de paso entre un CCD y la Penitenciaría, o para su “depósito” previo a su traslado. Allí también se realizaron interrogatorios bajo tortura.

La Penitenciaría de Mendoza era utilizada para la legalización (blanqueo) de algunos detenidos desaparecidos. Habría funcionado en numerosas oportunidades como centro clandestino de detención, en especial cuando se hizo cargo de este Penal el Comisario Naman García.

En razón de todo lo hasta aquí expuesto es que en el fallo “*Etchecolatz*” se sostuvo con gran razón que, “*estos hechos, lejos de ser aislados, conformaron los distintos eslabones que constituyen el plan sistemático de represión*”

## *Poder Judicial de la Nación*

*clandestino e ilegal que impuso el autodenominado 'Proceso de Reorganización Nacional'. Es decir, son distintos fragmentos de la totalidad del plan instaurado”.*

Tal conclusión resulta a todas luces acertada ya que el plan operacional, que se viene desarrollando, fue homogéneo a lo largo y ancho del país. La sistematización del accionar, tanto de las Fuerzas Armadas como de los cuerpos de seguridad que de ellos dependían, como así también la notoria similitud de los movimientos y tránsito de los detenidos, permiten concluir que existió una organización estructuralmente perfecta para el cumplimiento de sus fines.

**VI.-** Los delitos cometidos desde el aparato del Estado no fueron sólo violaciones de derechos humanos. Por su escala, volumen y gravedad constituyen, conforme a su naturaleza, “Crímenes contra la Humanidad o de Lesa Humanidad” en los términos del derecho internacional, nacional y de conformidad a los pronunciamientos del más Alto Tribunal (vgr. C.S.J.N. “*Simón, Julio y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. Causa N° 17.768*”, donde se decidiera: declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por delitos de lesa humanidad cometidos dentro del territorio de la Nación Argentina; criterio éste que siguiera este Cuerpo a partir del precedente de autos N° 81.134-F-19.801 “Compulsa en autos 044-F, rotulados: Fiscal c/MENENDEZ, L. y otros” ).

Acorde a su contenido y naturaleza, es un crimen de derecho internacional, por lo cual las condiciones de su responsabilidad son establecidas por la normativa internacional, con independencia de lo que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados; los cuales, se encuentran en la obligación de juzgar y castigar a los responsables de tales aberrantes crímenes. Así, en el ámbito de la normativa internacional se considera que, entre otros actos, la tortura, las ejecuciones sumarias, extra judiciales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, constituyen la categoría de “*graves violaciones a los derechos humanos*”.

La obligación de todo Estado de juzgar y castigar los crímenes de lesa humanidad surge del derecho de gentes o ‘ius cogens’, el cual se integra por un conjunto de principios y normas que resultan esenciales en la vida organizada de la humanidad. Uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes desde la consolidación del derecho penal internacional, es el que instituye la criminalidad de ciertas conductas, que se consideran de gravedad para la humanidad, y

cuyo juzgamiento no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron.

El derecho de gentes establece entonces que la responsabilidad penal individual puede surgir de normas imperativas para la comunidad internacional y que establecen obligaciones directas, no sólo para los Estados, sino también para los individuos, para evitar así la impunidad de esos hechos de extrema gravedad, a menudo realizados desde el poder estatal.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en reiteradas oportunidades, ha recordado que las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y la tortura constituyen graves violaciones a los derechos humanos. En esta misma línea la *“Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”* hace referencia desde el artículo primero a la desaparición forzada de personas.

La jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos es coincidente en esta materia. Sólo a guisa de ejemplo cabe recordar que en los casos *“Bleier Lewhoff y Valiño de Bleier c. Uruguay”*, *“Pedro Pablo Camargo c. Colombia”* ha reiteradamente calificado, entre otros actos, la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada como graves transgresiones de los derechos mas elementales del ser humano, también ratificado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas merced al documento elaborado en fecha 3 de agosto de 1.994 en Burundi. Asimismo, y en esta misma línea, se pronunció en el caso *“Barrios Altos”* la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Son numerosos los organismos internacionales que han velado por el respeto a los derechos del individuo, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) estableciendo que *“...todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana y es condenada como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, como una violación grave y manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”* constituyendo *“una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

La tutela a los derechos humanos fue comprometida internacionalmente por la Nación Argentina desde la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas -26 de junio de 1.945-, la Carta de Organización de los Estados Americanos -30 de abril de 1.948-, la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos -10 de diciembre de 1.948- y la Declaración Americana de los

## *Poder Judicial de la Nación*

Derechos y Deberes del Hombre -2 de mayo de 1.948-. Así, la República Argentina, desde la aplicación del derecho de gentes que prevé el art. 118 (ex-102) de la Constitución Nacional, y a través de su adhesión desde 1948, de la ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -19/12/1.966-; de la Convención Internacional contra la Tortura; y de todos los tratados y pactos que, desde la reforma de 1.994 integran nuestra Carta Magna –art. 72, inc. 22- ha dado jerarquía constitucional e integrado al orden jurídico interno, las normas de carácter internacional que reputan a la desaparición forzada de personas como delitos contra la humanidad.

Así, la Sala II de la Excma. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal explicó: “...*la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico en virtud de lo establecido por el art. 118 de la Constitución Nacional, y tal aplicación resulta obligatoria en función de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48*” (CCCFed. Sala II, “Astiz, Alfredo sobre nulidad”. Causa N° 16.071, 4 de mayo de 2.000).

A la época de los acontecimientos investigados, el orden jurídico interno había incorporado normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas integraban el Derecho positivo argentino, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, ostentando el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*). Ello significa que aquellas normas penales internas, en cuyas descripciones típicas pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional –la condición de lesa humanidad-, con las consecuencias que ello implica.

Conviene recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar. En este aspecto, la calificación de los delitos contra la humanidad, no dependen de la voluntad de los Estados, sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional, los cuales forman parte del derecho interno argentino (Fallos: 43:321 y 176:218), motivo por el cual los tribunales nacionales deben aplicarlos junto con la Constitución y las leyes (Fallos: 7:282). Por otro lado, la aplicación del derecho de gentes viene ya consagrada desde el año 1.853, merced a la específica referencia que contiene el artículo 118 -ex 102- de la Constitución Nacional, que se orientó a asegurar el compromiso de los tribunales nacionales en la persecución de los crímenes de lesa humanidad.

Nuestra Corte Federal, en el conocido caso “*Priebke, Erich*” (Fallo 318, del 6 de noviembre de 1.995), estableció que la clasificación de los delitos contra

la Humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición, sino de los principios del 'ius cogens'. Asimismo, explicó que los crímenes de esta naturaleza se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta. Es decir, tienen a la víctima colectiva como característica común y por ello se los reputa delitos contra el derecho de gentes.

El Estado Argentino conforme lo establecido en los arts. 1º, 8º y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, tiene la obligación de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos ocurridas en su territorio; en virtud de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (aprobada por nuestro país por ley 23.338 del 30 de julio de 1.998) donde se ratifica la necesidad de la sanción penal de los responsables de la aplicación de torturas, de la inadmisibilidad de órdenes superiores como justificación de la tortura y de la existencia de circunstancias excepcionales como inestabilidad política interna (arts. 2º y 4º); por el art. 1º de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (9 de junio de 1.994, incorporada a la Constitución Nacional por ley 24.556) se establece que es obligación del Estado, no permitir, no practicar, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales. Por el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1966 y ratificado por nuestro país mediante la ley 23.313 se establece que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentalmente reconocidos o vigentes en un estado. Por último, completando esta guisa de instrumentos del derecho internacional que sancionan los delitos de lesa humanidad, es dable mencionar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificada por la República Argentina mediante ley 23.952. En dicho instrumento se volvió a ratificar la obligación de los estados de prevenir y sancionar la tortura.

Como expresión reciente de la voluntad internacional, el artículo 7º de estatuto romano trata específicamente los delitos de "lesa humanidad", estableciendo que se entenderá por tal a los que sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque. Así menciona –tipifica- a once (11) tipos de actos: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia

## *Poder Judicial de la Nación*

fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen del apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

A los efectos de precisar las conductas anteriormente descriptas: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

Luego de realizar una reseña histórica de esta clase de injusto y de su auge en la posguerra ante el juicio de Nüremberg, aclaró el señor fiscal que un delito, por más insidioso que sea en su metodología o comisión, no es por sí un crimen de aquella naturaleza. La gravedad metodológica del delito no es lo que lo transforma en un crimen imprescriptible, sino que sea llevado a cabo por aquellos que tienen por finalidad defender o garantizar la convivencia pacífica en sociedad.

Citando a numerosos catedráticos de todas partes del mundo, sostiene que la estructura estatal ha sido una creación ficticia para posibilitar concretamente esa coexistencia, y los riesgos de que dicha creación se vuelva en contra de quienes tiene que amparar, ha hecho nacer a este bien jurídico que pretenden tutelar las normas que sancionan dichas transgresiones. En forma específica señala a David Luban quien explicó en su obra que: *“El alto grado de depravación por sí mismo, no distingue a los crímenes lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control”*.

Dicho en otros términos, lo que transforma un crimen común en uno contra la humanidad, es que éstos sean cometidos por organismos del Estado a través de una política general y/o sistemática en la que se vulneren derechos de la sociedad civil o de un grupo determinado de este.

De la mencionada definición surgen entonces los elementos particulares de la descripción de crímenes contra la humanidad.

En primer lugar, se trata de actos atroces, comprendiendo, entre otras conductas, actos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, un núcleo de actos de extrema crueldad.

En segundo lugar, estos actos deben haber sido llevados a cabo como parte de un ataque generalizado, sistemático o a gran escala, sosteniendo Badar, con relación a este requisito, que la sistematicidad implica no sólo que exista una política, sino además una implementación altamente organizada y orquestada de ella conforme a un plan (Badar, Mohamed Elewa, “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes Against Humanity, en: San Diego International Law Journal”, Volumen 5, 2004, p. 73 y ss., p. 111).

En tercer lugar, ese ataque debe estar dirigido a una población civil o a una multiplicidad de víctimas.

En cuarto lugar, que ese ataque haya sido realizado de conformidad con una política de un estado o de una organización. En efecto, los hechos tienen que estar conectados con alguna forma de política, en el sentido del término que significa las “orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado”. No es necesario que esta política provenga de un gobierno central. Esencialmente, este requisito sirve también a la exclusión de la categoría de delitos de lesa humanidad de actos aislados o aleatorios (conf. Chesterman, Simon, “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity, en: Duke Journal of Comparative & International Law”, 308 1999-2000, p. 307 y ss., p. 316).

También la Carta Orgánica del Tribunal Militar de Nüremberg definió a los delitos de lesa humanidad como “...*el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación o la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos...*” (Zuppi, Alberto L., “La prohibición ‘ex post facto’ y los crímenes contra la humanidad”, ED 131-765).

Cabe adunar a todo cuanto ha quedado expuesto que ya para inicios del mes de septiembre del año 1984 la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas había descripto “*los trágicos episodios en los que desaparecieron miles de personas*”, resumiendo en su informe final que la desaparición forzada de personas se generalizó a partir que las Fuerzas Armadas tomaron el control absoluto de los resortes del Estado. Tal accionar comenzaba con el secuestro de las víctimas, continuaba con el traslado de las personas hacia alguno de los 340 centros clandestinos de detención existentes en el país, en donde los detenidos eran alojados en condiciones inhumanas y sometidos a toda clase de tormentos y humillaciones, para luego ser –generalmente– exterminados con ocultamiento de su identidad; recalándose que tales atrocidades fueron práctica común y extendida, tratándose de los actos normales y corrientes efectuados a diario por la represión (conf. “Informe de la Comisión Nacional sobre la

## *Poder Judicial de la Nación*

Desaparición de Personas Nunca Más”, Eudeba, Buenos Aires, 1.996, 2da. Edic., 4ta. Reimp., ps. 479/48).

Con motivo de los hechos descriptos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe que data del 14 de Diciembre de 1979, arribó a las siguientes conclusiones:

*“1. A la luz de los antecedentes y consideraciones expuestos en el presente informe, la Comisión ha llegado a la conclusión de que, por acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes, en la República Argentina se cometieron durante el período a que se contrae este informe –1975 a 1979—numerosas y graves violaciones de fundamentales derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En particular, la Comisión considera que esas violaciones han afectado:*

*a) al derecho a la vida, en razón de que personas pertenecientes o vinculadas a organismos de seguridad del Gobierno han dado muerte a numerosos hombres y mujeres después de su detención; preocupa especialmente a la Comisión la situación de los miles de detenidos desaparecidos, que por las razones expuestas en el Informe se puede presumir fundadamente que han muerto;*

*b) al derecho a la libertad personal, al haberse detenido y puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional a numerosas personas en forma indiscriminada y sin criterio de razonabilidad; y al haberse prolongado sine die el arresto de estas personas, lo que constituye una verdadera pena; esta situación se ha visto agravada al restringirse y limitarse severamente el derecho de opción previsto en el Artículo 23 de la Constitución, desvirtuando la verdadera finalidad de este derecho. Igualmente, la prolongada permanencia de los asilados configura un atentado a su libertad personal, lo que constituye una verdadera pena;*

*c) al derecho a la seguridad e integridad personal, mediante el empleo sistemático de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuya práctica ha revestido características alarmantes;*

*d) al derecho de justicia y proceso regular, en razón de las limitaciones que encuentra el Poder Judicial para el ejercicio de sus funciones; de la falta de debidas garantías en los procesos ante los tribunales militares; y de la ineficacia que, en la práctica y en general, ha demostrado tener en Argentina el recurso de Habeas Corpus, todo lo cual se ve agravado por las serias dificultades que encuentran, para ejercer su ministerio, los abogados defensores de los detenidos por razones de seguridad y orden público, algunos de los cuales han muerto, desaparecido o se encuentran encarcelados por haberse encargado de tales defensas.*

*2. Con respecto a otros derechos establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Comisión señala que si bien su*

*falta de observancia no ha revestido la gravedad de los anteriores, las limitaciones a que se encuentran sujetos afectan también la plena vigencia de los derechos humanos en la República Argentina. En relación a estos derechos la Comisión observa lo siguiente:*

*a) que el ejercicio pleno de la libertad de opinión, expresión e información se ha visto limitado, en diferentes formas, por la vigencia de ordenamientos legales de excepción que han contribuido a crear, incluso, un clima de incertidumbre y de temor entre los responsables de los medios de comunicación;*

*b) que los derechos laborales se han visto afectados por las normas dictadas al efecto y por la aplicación de las mismas, situación que ha incidido particularmente en el derecho de asociación sindical debido a actos de intervención militar y a la promulgación de estatutos legales que vulneran derechos de la clase trabajadora;*

*c) que los derechos políticos se encuentran suspendidos;*

*d) que, en general, no existen limitaciones a la libertad religiosa y de cultos; aunque la Comisión sí pudo comprobar que los Testigos de Jehová tienen graves restricciones para el ejercicio de sus actividades religiosas y que, si bien no existe una política oficial antisemita, en la práctica, en ciertos casos, ha habido un trato discriminatorio en contra de algunos judíos.*

*3. Asimismo, la Comisión considera que las entidades de defensa de los derechos humanos han encontrado y encuentran injustificados obstáculos para el cumplimiento de la labor que han venido desarrollando.*

*4. La Comisión observa que con posterioridad a su visita a la República Argentina, en el mes de septiembre de 1979, han disminuido las violaciones de los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad personal y al derecho de justicia y proceso regular y que, particularmente desde el mes de octubre de este año, no ha registrado denuncias por nuevos desaparecimientos de personas”.*

En forma similar se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al confirmar el 30/12/1.986 la sentencia condenatoria recaída en la histórica “Causa 13”. En esa ocasión sostuvo que “...con fecha 24 de marzo de 1.976, algunos de los procesados en su calidad de comandantes en Jefe de sus respectivas Fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los

## *Poder Judicial de la Nación*

*secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar del alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno...”.*

El Alto Tribunal consideró además acreditado que “...las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados” (conf. considerando 12 del voto del vocal José Severo Caballero, Fallos 309:1689; ver causa N° 13 citada p. 787).

Concordantemente, en 1.998 el Pleno de la sala Penal de la Audiencia Nacional de España se refirió a la persecución política implementada por las autoridades de facto que gobernaron Argentina entre 1.976 y 1.983, destacando que en tal acción se encuentra presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población, puesto que no fue ejecutada al azar o indiscriminadamente, sino con la voluntad de destruir a un determinado sector sumamente heterogéneo pero diferenciado, no persiguiendo un cambio de actitud del grupo, sino directamente su destrucción, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo y el amedrentamiento de sus miembros (citado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” Ad Hoc, Buenos Aires, año 1.999, N° 8 C, ps. 600/601).

Que habiéndose realizado el estudio de los delitos que comportan lesa humanidad y del conjunto de la prueba incorporada en autos -cuyo tratamiento in extenso se abordará en un acápite específico-, se advierte que se habrían configurado en el caso bajo análisis distintos hechos de tamaña gravedad, que atento su naturaleza, modalidad de comisión y por la calidad de sus supuestos autores, deben ser considerados atentatorios de la humanidad en su conjunto, crímenes mencionados primeramente por el art. 6°, inc. ‘c’ del Estatuto Internacional del Tribunal Internacional de Nüremberg y hoy tipificados para el futuro en el citado Estatuto de Roma en sus arts. 5 y 7.

Es decir que no se ha tratado de casos excepcionales, aislados, sino que habría sido el resultado de un plan sistemático, que por su gravedad constituyen parte del puñado de conductas que son consideradas criminales por los Organismos

Internacionales y la Comunidad Internacional en su conjunto, por ser justamente lesivas de normas y valores fundamentales en orden a la humanidad.

**VII.-** En virtud de las particularidades que presentan los delitos de lesa humanidad cometidos por el propio Estado, este Cuerpo estima aplicable al caso la teoría esbozada por Claus Roxin respecto de la temática de la autoría mediata a través de los ‘aparatos organizados de poder’.

Sabido es, que una de las formas de autoría en el derecho penal, es la mediata, que se estructura a partir del dominio del hecho y de un ‘autor detrás del autor’.

El punto de partida de la autoría mediata es la ampliamente aceptada teoría del “dominio del hecho”, que paternalizaría Welzel en 1939, y remitiera a Hegler en 1915. Conforme a ella es autor quien domina el hecho, quien decide la configuración central del acontecimiento (Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro: “*Derecho Penal Parte General*”, 2º edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 774). Esta teoría determina el concepto general de autor en los delitos dolosos de comisión y presenta a su vez tres manifestaciones (Roxin): el dominio de la acción (el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano), el dominio funcional del hecho (la fundamentación de la coautoría cuando se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva) y el dominio de la voluntad (que corresponde a la autoría mediata y “se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad en virtud del error, y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas” (Roxin, Claus: “*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*”, 7º edición, Marcial Pons, Madrid, 2000. p.570).

Lo que aquí nos interesa es: la autoría mediata a través de los ‘aparatos organizados de poder’ - categoría que propone Roxin- ya que es la que fundamenta la responsabilidad como autores mediatos de los hombres de atrás (Hintermänner) en una organización delictiva, aún cuando el ejecutor sea castigado como plenamente responsable.-

Esta teoría la elaboró Roxin en 1963 en una conferencia en Hamburgo, publicada como artículo en la revista alemana ‘*Goltdammer’s Archiv*’, para luego ser plasmada en su monografía “*Täterschaft und Tatherrschaft*”. Estas teorizaciones surgen como consecuencia de la barbarie nazista, y en especial en base al juicio al que se lo sometió a Eichmann en el Tribunal de Jerusalén en 1961.-

La estructura dogmática de la autoría no estaba ideada y no podía ser usada frente al genocidio y a los delitos de lesa humanidad, era necesario adaptarse a estas terribles y nuevas formas de criminalidad. “Si bien el derecho penal está estructurado pensando en un autor individual frente a un hecho determinado, la teoría

## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

jurídica se ve desafiada por nuevas modalidades de organización social, que involucran en cada acto complejas relaciones, tanto respecto a los hechos como a la intervención de los autores, ejecutores directos, indirectos, inductores, partícipes, coautores” (Bruera, Matilde: *“Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder”*, en AAVV, ‘Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales’, Lerner, Córdoba, 2001). “Los crímenes de guerra, de Estado... no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual”, decía Roxin en 1963, pero agregaba que “ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual”(Roxin op. cit. p. 279).

El Tribunal Regional de Jerusalén que condenó a Eichmann dijo que “en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones, en los que han participado muchas personas en distintos puestos de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice”, es decir “excluye la aplicación de las categorías normales de la participación” (Roxin op. cit. p. 274).

Frente a la doctrina clásica de la autoría mediata, Roxin rastrea un nuevo fundamento para descubrir la autoría del hombre de atrás, pero frente a ejecutores responsables, y no el clásico ejemplo de la coacción o error del autor inmediato o material. En las formas clásicas de autoría mediata se usa instrumentalmente a una persona, forzando al agente o usándolo como factor causal ciego. En esta especie de autoría mediata lo que se instrumentaliza es el aparato organizado de poder, y en lugar de lo defectuoso del accionar del autor inmediato se pone la ‘funcionalidad’ del aparato. Para ello se requiere a priori tres requisitos: a) el dominio de la organización en forma verticalizada (autores de escritorio), b) la fungibilidad del ejecutor, y c) la actuación de estos supuestos en organizaciones al margen de la legalidad. Es necesario que en este caso de ‘autor de escritorio’ se demuestre la fungibilidad (sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo) y anonimato del ejecutor, dado que el autor mediato no depende de un ejecutor concreto, como en el caso del inductor. Aquí el ejecutor –desde la óptica del autor mediato- es el aparato.

El funcionamiento peculiar de estos aparatos de poder, que están a disposición del sujeto de atrás, hacen necesarias este tipo de teorizaciones, ya que el aparato despliega “una vida independiente de la identidad variable de sus miembros” (Roxin op. cit. p. 272) es decir, funciona automáticamente. El autor mediato debe haber realizado una “contribución al hecho que bajo el empleo de determinadas condiciones marco organizativas haya provocado procedimientos reglados que desembocaron automáticamente, por así decir, en la realización del tipo”.

En una reciente conferencia en Sevilla (23 de marzo de 2006), Roxin da cuenta del “estado actual” de su razonamiento, y amplía a cuatro, las condiciones para el dominio de la organización como forma de autoría mediata. Se requiere un poder de mando, la desvinculación del aparato de poder del ordenamiento jurídico, la fungibilidad del ejecutor inmediato y la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.

En primer lugar se requiere que el supuesto autor mediato dentro de la organización rígidamente estructurada tenga autoridad para dar órdenes, y que ejerza dicha autoridad para causar realizaciones del tipo. Debe –además- tener el conocimiento y la voluntad del resultado típico como obra propia, en virtud de las condiciones marco organizativas y de la regularidad que ellas producen.-

Aquí no hablamos más del ejecutor como un instrumento coaccionado o equivocado, sino plenamente culpable, pero fungible y anónimo, en virtud de las condiciones marco organizativas del aparato.-

Roxin entrevió que Eichmann se encontraba en la doble calidad de autor mediato y ejecutor en los diversos crímenes que se le imputaban. En algunos simplemente era el autor directo (plenamente culpable), y en otros respondía por su dominio de la situación fáctica como autor de escritorio. Lo que supone que pueden existir cadenas de mando, de distintos niveles de jerarquía, de autores mediatos que dan órdenes en el seno de la organización.

La particular maquinaria de poder hace que se inviertan los sentidos lógicos de dominabilidad de la acción. “En lo ordinario cuando un sujeto se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, más se aleja del dominio del hecho, pero en estos casos se produce una inversión del planteo, pues cuanto más alejado está el ejecutor de las víctimas, más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, lo que lo proyecta al centro de los acontecimientos” (Zaffaroni - Alagia – Slokar: op. cit. p. 780) .

Estos ‘aparatos organizados de poder’, con una clara formación jerárquica vertical, que impide la retroalimentación de las órdenes impuestas por el superior, sólo puede darse al margen de la legalidad: en las organizaciones clandestinas de tipo mafiosas, o en organizaciones estatales donde se vulnera el Estado de Derecho. Stratenwerth indica que en el caso de la criminalidad organizada, la organización “debe tener a su disposición una reserva suficientemente grande de personas que pueda servirse; de otra manera el agente individual no sería reemplazable” (Stratenwerth, Günther: “Derecho Penal Parte General”, Madrid, 1982, p. 243).

Roxin enuncia como requisito sine qua non la existencia de esta ‘organización’ fuera del Estado de Derecho, pero afirma que “la desvinculación de la organización al derecho no debe ser total, bastando tan sólo que sea el hecho concreto

## *Poder Judicial de la Nación*

el que se realice al margen del derecho” (op. cit. p. 277). Roxin remarcó que, la desvinculación del Derecho debe ser sólo en el marco de los tipos penales realizados por el aparato, y que esta desvinculación al derecho, no depende ya de la manera como lo juzgue el sistema político bajo cuyo amparo funcionó el aparato, sino de la actual valoración jurídica.

Como se dijo, el aparato debe funcionar fuera del orden jurídico. Se supone que allí donde éste impera, “una instrucción antijurídica no puede poner la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una iniciativa particular” . Quien quiere dar órdenes ilegales en un Estado de Derecho ya no puede confiar en que el aparato las cumpla, sino que tiene que reclutar al ejecutor material para el hecho concreto, lo que lo convierte en inductor.

Se debe destacar, conforme a los conceptos que se vienen analizando, el ejecutor, quien realiza personalmente las conductas típicas, es plenamente responsable, ya que no es engañado ni coaccionado. No queda exento de responsabilidad por el solo hecho de ser un engranaje cambiante de la maquinaria delictiva. Jakobs, considera que la solución es atribuir la responsabilidad penal a título de coautoría, en el sentido de una coautoría por codominio funcional de los hechos.-

Los requisitos de la coautoría, según Jakobs a quien se sigue en este punto, son: 1º) la decisión común del hecho, y 2º) la intervención en la comisión a título de autor (JAKOBS, Günther, “*Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación*”, Ed. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 1997, págs. 745/760).

1º) La decisión común del hecho es entendida como el acuerdo expreso, concluyente o tácito sobre la distribución de las aportaciones singulares a un hecho: todo interviniente debe saber que otros cooperan dolosamente.

Cuando un delito se compone de segmentos aislables y separables en el tiempo y espacio de acciones ejecutivas, y cada uno de los segmentos fácticos los ejecutan distintas personas, los intervinientes responden por el “todo” en concepto de autor, por cuanto esa decisión común fundamenta la responsabilidad por “todo” lo ocurrido, siendo esa aportación singular como una parte del “todo”. Es decir, se trata del dominio de hecho, no dividido, sobre una parte, más el acuerdo de ajustar la parte en el “todo”, es igual a la coautoría por el “todo”. Desde esta perspectiva puede decidirse que el comportamiento fraccionado de los imputados no constituyen actos aislados sino que se integran al plan común en virtud de ese acuerdo y por el conocimiento que en ese todo se hace de su aporte.

Con mayor precisión aún, se ha considerado que en lugar de una decisión común del hecho – en el sentido de acuerdo siempre recíproco- hay que conformarse con una decisión de ajustarse, con la que el partícipe que no ejecuta directamente, pero

sí coopera en la configuración del hecho, vincula su aportación con el hacer del ejecutor. Por eso, la responsabilidad es consecuencia de ese ajuste, siendo necesario que el dolo y esa decisión concurren al momento de realizar la propia aportación al hecho.

2º) La intervención en la comisión a título de autor: se refiere a la realización directa, de propia mano de parte de los intervinientes, aunque no exclusivamente. La configuración del hecho consiste en disponer el suceso que realiza el tipo en su desenvolvimiento en concreto, tal como se perfecciona desde la acción ejecutiva hasta la consumación. Las configuraciones son la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio. La disposición puede tener lugar en todo el estadio de preparación o de tentativa, hasta incluso la ejecución de la acción ejecutiva, puesto que el ejecutor lo único que hace es poner en marcha la “maquinaria delictiva”, -que en términos de Roxin se refiere al aparato organizado de poder- ya preparada y dispuesta.

Ahora, el número y la clase de aportaciones idóneas son tan ilimitadas como lo son las modalidades de la cooperación humana, y la aportación concreta ha de medirse, no por su fuerza, intensidad, sino por su influjo en la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo.

Es así que el proceder desplegado por los imputados encajan en la idea de coautoría en virtud del dominio funcional del hecho, mediante un reparto de tareas – división del trabajo- que hizo que cada uno de ellos ejecutara una parte del obrar previsto desde el tipo penal de la parte especial del Código Penal, pero que desde su visión de conformación de un plan unitario y sistemático a distintos hechos y personas, hace que cada uno responda por el todo.

Sentado ello, se entiende que, la compatibilidad del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas con el plexo normativo argentino queda incluida en el art. 45 in fine del código penal, dentro del instituto del ‘determinador’; al decir de Donna, el 45 es el “sustento dogmático de la autoría mediata”. Zaffaroni afirma que la teoría roxiniana es una construcción complicada, ya que “el dominio del hecho es una cuestión de hecho que debe precisarse en concreto en cada caso”, y también que “la fungibilidad de los ejecutores no indica que su aporte no haya sido necesario, e incluso se advierte sobre los riesgos de devaluar la intervención de los ejecutores directos y facilitar soluciones políticas poco deseables” (Donna, Edgardo Alberto “*El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder*”, en AAVV “*Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*”, Libro Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001). El mismo Zaffaroni señala la diferencia que cabría de distinguir al hombre de atrás como autor mediato o mero instigador: en el primer caso habría tentativa desde que comienza a dar la orden (conductas como firmar

## *Poder Judicial de la Nación*

un documento o una llamada telefónica puedan considerarse como acciones que realizan homicidios), y en el segundo caso sólo cuando el ejecutor comience a realizar la conducta.

Ambos y Grammer han señalado que la teoría del dominio por organización es la más apta para el caso argentino. Indicaron que los tres miembros de la Junta Militar (Jorge Rafael Videla, Eduardo Massera, y Ramón Agosti) poseyeron dominio directo sobre la planificación y preparación del terrorismo de Estado (sistemática y organizada eliminación de seres humanos mediante desaparición forzada, torturas y ejecuciones sumarias), y en muchos casos además está probado el dominio sobre la ejecución y control de esos delitos de lesa humanidad. “Es inimaginable que una represión tan vasta haya podido ser ejecutada por partes descontroladas de las Fuerzas Armadas” (Ambos, Kai-Grammer, Christoph: *“Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducta militar argentina por la muerte de Elizabeth Käsemann”*, dictamen del Max Planck Institut, p. 12. Versión en portugués en Ambos, Kai: *“Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuricidade e outros aspectos”*, traducido por Pablo Alflen da Silva, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006. p. 113), afirman Ambos y Grammer. En el caso particular de Videla, por su condición de comandante en jefe, por sus declaraciones periodísticas donde se jactaba de haber eliminado los ‘elementos subversivos’, y por documentos firmados por él donde planificaba el Golpe de Estado y la lucha contra el ‘terrorismo’, está más allá de toda duda que “debió haber modificado el aparato de seguridad existente en aquél momento, influenciarlo y utilizarlo para que integrantes de ese aparato en lucha contra la subversión secuestraran y, en caso necesario, eliminaran personas. Para ello realizó una contribución al hecho, la cual bajo la utilización de las condiciones marcos descriptas produjo concretamente la eliminación de elementos subversivos. Jorge Videla conocía la forma de funcionamiento del aparato represivo y quiso los crímenes ejecutados por sus integrantes como el producto de su propio comportamiento” (Ambos- Grammer op cit. p. 22 y 113).

Por todo lo expuesto, se considera que la teoría que se viene analizando es la más adecuada para analizar y atribuir responsabilidad a procesados en autos, por el delito de lesa humanidad cometidos por el aparato represor del Estado durante la última dictadura militar.

**VIII-** Existe respecto de la valoración de la prueba parámetros rectores que deben alumbrar el razonamiento judicial. En relación a ellos y a los fines del estudio que acometeremos serán tenidos en cuenta los siguientes: a) que el análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica racional; b) que el grado de convicción exigido para el estadio que se transita es la mera probabilidad acerca de los extremos de la imputación o, en otras palabras, que no es necesaria la certidumbre apodíctica acerca de

la comisión de un hecho ilícito ni de la participación de los procesados en su producción; c) que las decisiones a arribarse son meramente provisorias; d) que se trata de verificar si están dadas las condiciones para posibilitar el avance del proceso hacia el juicio; e) que es suficiente la verificación de los elementos mínimos que sostengan la sospecha inicial para posibilitar la apertura del debate (cfr. Martínez Vega, María Laura, “Estados mentales del juez frente a la prueba. A propósito del grado de convicción requerido en la confirmatoria del auto de procesamiento por el tribunal de alzada”, publicado en “LA LEY”, 2000-E, 335).

Debe recordarse, tal como sostiene la doctrina que, el auto de procesamiento contiene un juicio de probabilidad acerca de la existencia del hecho delictuoso y de la responsabilidad que, como autor, partícipe o instigador, le corresponde al imputado. “El auto de procesamiento requiere la afirmación probable de que alguien ha violado la ley penal. Afirmación de la autoría y la culpabilidad aunque sea probable y provisorio”. (Raúl Washington Ábalos, Código Procesal Penal de la Nación, Tomo II, pág. 707/708, Ediciones Jurídicas Cuyo).

Se trata en verdad de la valoración de elementos probatorios suficientes para producir probabilidad, aún no definitivos ni confrontados, pero que sirven para orientar el proceso hacia la acusación, vale decir hacia la base del juicio (confr. Clariá Olmedo, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Lerner Córdoba, 1984, T. II, p. 612).

Es que la ley ritual en este estadio requiere probabilidad, la que se considera presente cuando concurren motivos para negar y motivos para afirmar, mas éstos superan a los primeros aunque sin necesidad de que exista una certeza positiva, la que no se alcanza en virtud de la vigencia no superada de los motivos para negar (confr. Cafferata Nores, Jorge, Temas de derecho procesal penal, Depalma, Bs. As., 1988, p. 9).

Igualmente sostiene Vélez Mariconde que, cuando el juez ordena el procesamiento no emite más que un juicio de probabilidad, donde los elementos afirmativos deben ser francamente superiores a los negativos, de modo que ya no basta la simple posibilidad de que concurren los extremos de la imputación, pero tampoco es preciso que el juez haya adquirido la certeza de que el delito existe y de que el imputado es culpable (confr. autor citado, Derecho procesal penal, T. II, Lerner Córdoba, 1986, p. 439).

Por otra parte, es menester ponderar que reiteradamente esta Cámara Federal ha sostenido que el procesamiento se dicta contra el imputado cuando existe la exteriorización fáctica de un hecho conceptualizado normativamente como delito e indicios vehementes de culpabilidad en su comisión por parte de aquél. No es una sentencia condenatoria -la cual requiere certeza-, sino un auto justificado cuando de la

## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

prueba deriva un estado de sospecha fundado de que el encausado ha delinquido, no requiriendo un análisis de la totalidad de la prueba del sumario ni que la investigación se encuentre agotada (Conf., entre otros, autos n° 43.521-F-8333; n° 42.997-F-8231; n° 45.564-F-8988 y n° 48.944-F-10.107).

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos imprescindible realizar un escueto análisis respecto de la importancia y valoración de la prueba testimonial. En la presente causa, como en la mayoría en las que se tratan delitos de privación ilegal de libertad durante ese periodo de gobierno, las declaraciones de los testigos juegan un rol trascendental; corresponde traer como referencia las pautas señaladas por la Cámara Federal de la Capital en la comentada causa 13/84 donde se sostuvo que: “En este proceso el valor de la prueba testimonial adquiere un valor singular; la naturaleza de los hechos investigados así lo determina...1°) La declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejan rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. En la especie la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañarse, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios” (Fallos: 309:319; Sentencia de fecha 9 de diciembre de 1.985, Tomo I, pág. 294, Imprenta del Congreso de la Nación, 1.987).

Las citas antes transliteradas resultan imprescindibles ante hechos que tuvieron como principal método operativo la privación ilegítima de la libertad, la eliminación física de las víctimas y de todas aquellas personas que quisieran conocer el destino de familiares y amigos.

Por consiguiente, los testimonios colectados son pruebas concretas y suficientes que crean la convicción necesaria para corroborar los hechos, con el grado de certeza que requiere esta etapa procesal, a lo que debe añadirse que al ser perfectamente reproducibles en el debate, vedan la posibilidad de perjuicio y alejan toda pretensión de descalificación.

Debemos finalmente concluir que coincidimos con el criterio fijado en el juicio seguido contra los comandantes militares, en cuanto se sostuviera que el concierto y cantidad de testigos que más adelante se citarán, no pueden ser el resultado de un concierto previo organizado o de una campaña tendiente a lograr probar lo inexistente, pues no se advierte la posibilidad de pensar -no existe prueba en contrario- al menos en forma verosímil o probable, que los hechos hayan podido transcurrir de una manera diferente a la aquí indicada.

Entonces, teniendo particularmente en cuenta cuál era el contexto de represión clandestina estatal -cuyo modo de implementación y ejecución fue someramente graficado párrafos atrás- en el que habrían ocurrido los hechos investigados, este Tribunal avalará el procesamiento de los imputados respecto de aquellas hipótesis delictivas que puedan probarse por los dichos de los testigos que hayan presenciado el procedimiento oficial en que se detuvo ilegítimamente a la víctima o bien el cautiverio de ésta en centros de detención.

**IX)** Que ingresando a resolver, sobre los remedios procesales interpuestos, esta Alzada comenzará con el planteo expuesto por los Sres. Defensores en el punto II apartado A) “ut supra” por el cual se oponen a la resolución que decide tener como querellante al Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos.

Esta Cámara anticipa su adhesión a la solución arbitrada por el a-quo, con respecto a la intervención del Movimiento Ecuménico de Derechos Humanos-Regional Mendoza- en el rol de querellante particular.-

El Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que los delitos cometidos durante la última dictadura militar, son “*delitos de lesa humanidad*” entendidos como “... *serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente el crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima*”. Ahora bien “El alto grado de depravación por sí mismo, no distingue a los crímenes de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control”.-

Estas transgresiones no solo afectan a una persona en particular, sino a la humanidad en su integridad tal como lo ha entendido el máximo Tribunal en numerosos precedentes como, “Arancibia”, “Simón”, “Etchecolatz”, “Videla”, “Suárez Masón, etc. De manera tal que las Organizaciones No Gubernamentales con raigambre constitucional, que tienden a la protección de intereses supraindividuales, tienen su interés en la cuestión de fondo.-

Concretamente, el Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos, junto con otros organismos que propenden a los mismos fines, cumple una función social trascendental de protección de estos derechos. Es que la razón de su existencia, es

## *Poder Judicial de la Nación*

decir su objeto, obliga expresamente a intervenir en las diversas situaciones en las cuales se vean comprendidas aquellas normas.-

Los delitos cometidos por el aparato represor estatal-militar, entre el año 1976 y 1983, son de “lesa humanidad”, de manera tal que, como mencionáramos, se trata de graves violaciones a los derechos humanos.

Además de los fundamentos de fondo expuestos “ut supra” entendemos que el Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos- Regional Mendoza reúne los requisitos de forma exigidos por la Ley 26.550 modificatoria del Código Procesal Penal que incorpora el art. 82 bis el cual contempla que *“Las asociaciones o fundaciones, registradas conforme a la ley, podrán constituirse en parte querellante en procesos en los que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados. No será obstáculo para el ejercicio de esta facultad la constitución en parte querellante de aquellas personas a las que se refiere el artículo 82”* y art. 83 del C.P.P.N. que dispone: *“La pretensión de constituirse en parte querellante se formulará por escrito, en forma personal o por mandatario especial que agregará el poder, con asistencia letrada. Deberá consignarse bajo pena de inadmisibilidad: 1) Nombre, apellido o razón social, domicilio real y leal del querellante, 2) Relación sucinta del hecho en que se funda. 3) Nombre, apellido y domicilio del o de los imputados, si lo supiere. 4) la acreditación de los extremos de personería que invoca, en su caso. Si se tratare de una asociación o fundación, deberá acompañar además copia fiel de los instrumentos que acrediten su constitución conforme a la ley. 5) La petición de ser tenido por querellante y la firma.”*. En el caso los requisitos exigidos por el Código Procesal Penal se cumplen avalando la intervención y legitimación procesal.-

Es en este sentido que esta Cámara resuelve tener justificada su intervención procesal en dichas causas.-

**X).-** Este Tribunal tratará, en primer lugar, del recurso de apelación interpuesto por la Defensa de los imputados en contra del auto de procesamiento .-

### **Procesamientos en la instancia de grado:**

**A.- Art. 144 ter apartado 1° con el agravante del apartado 2° del Código Penal (ley 14.616)** hecho por el cual resultaron víctimas: Daniel Hugo Rabanal, Guido Esteban Actis, Rodolfo Enrique Molinas, Fernando Rule Castro, Marcos Augusto Ibañez, Alberto Mario Muñoz, Haydeé Clorinda Fernández del Río, Vicenta Olga Zárate, Silvia Susana Ontiveros, Stella Maris Ferrón, Ivonne Eugenia Larrieu quienes fueron sometidos a condiciones inhumanas de vida e interrogatorios

bajo torturas en el Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza (D-2), sobreviviendo a su cautiverio pudiendo dar testimonio de ello, todo lo cual consta en los autos N° 086-F caratulados: “Fiscal s/ Av. Delito Ref. Miguel Angel Gil”.-

**B.- Art. 144 ter apartado 1ro. con el agravante de los apartados 2do. y 3ro. del Código Penal (ley 14.616)** por el cual resultara víctima **Miguel Angel Gil** quien estuvo alojado en el Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza (D-2) habiendo sido en dicho lugar brutalmente torturado para luego trasladarlo a la Penitenciaría Provincial, donde muere como consecuencia de las torturas. (v. declaraciones de fs. 445/449 y vta. de Fernando Rule Castro, fs. 465/468 y vta. de Guido Esteban Actis, fs. 518/521 de Silvia Susana Ontiveros, fs. 732 y vta. Rodolfo Enrique Molinas, fs. 719/720 de Alfredo Mario Muñoz de los autos 86-F caratulados “Fiscal s/ Av. Delito Ref. Miguel Angel Gil”).-

En la resolución traída a revisión, el Sr. Juez a quo entiende que *“...quedaría en principio probado que las víctimas aludidas durante el período en que permanecieron privados legítimamente de sus libertades en el D-2 de la Policía de Mendoza, habrían sido sometidos a interrogatorios bajo torturas, con el propósito determinado de quebrantar su voluntad y obtener información referida a su vinculación con la subversión, método que habría causado lesiones físicas y en el caso de Gil su muerte...”*, también estima que hubo participación en los hechos de las fuerzas armadas y de seguridad, en cuya razón dicta el procesamiento de Luciano Benjamín Menéndez, en calidad de autor mediato y de Orlando Oscar Dopazo, Tamer Yapur, Juan Agustín Oyarzábal, Eduardo Smaha y Armando Osvaldo Fernández, en calidad de coautores.-

Esta Alzada haciendo un análisis profundo de los autos principales, estima que existen elementos de convicción suficientes para tener por ciertos los hechos investigados, los cuales se apoyan en la prueba testimonial y documental obrante en la causa.-

Así, podemos sostener, conforme a los testimonios obrantes en los autos 086-F caratulados “Fiscal s/ Av. Delito Ref. Miguel Angel Gil” de Daniel Hugo Rabanal (fs. 750/757), Marcos Augusto Ibañez (fs. 242 y vta.), Rodolfo Enrique Molina (fs. 120/126, fs. 732 y vta.), Silvia Susana Ontiveros (fs. 225/226, fs. 518/521), Fernando Rule Castro (fs. 223/224 y vta., fs. 411/412 y vta., fs. 445/449 y vta.), Stella Maris Ferrón (fs. 165/169, ), Alberto Mario Muñoz (fs. 140/147; fs. 719/720, fs. 1280/1283), Ivonne Eugenia Larrieu (fs. 818), Guido Esteban Actis (fs. 465/468 y vta.), Vicenta Olga Zarate (fs. 153/159, fs. 624/626), Haydeé Clorinda Fernandez del Rio (fs. 148/152; fs. 1214/1216) que en el Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza (D-2), lugar donde permanecieron cautivos, fueron sometidos a toda clase de

## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

tormentos, tales como golpes reiterados, en forma individual y grupal, algunos testimonios especifican golpes de puño en el abdomen y la espalda, cachetadas, puntapiés en el pecho y abdomen, utilización de garrotes y bastones para las golpizas, permanencia en las celdas con los ojos vendados y atados de pies y manos, Rule Castro (a fs. 411/412 y vta.) describe la utilización de un método consistente en no dejarlos dormir y cada 10 o 15 minutos ingresaba un grupo de dos o tres personas que iba celda por celda y los golpeaban, también hay testimonios coincidentes en que era común la aplicación de picana eléctrica en distintas partes del cuerpo, en axilas, pecho y muslos, estando desnudos y atados de pies y manos, quemaduras de cigarrillo, intervención en pirámides humanas también llamadas montoneras, parvas o apilamiento, amenazas de muerte mediante la utilización de arma de fuego para que firmaran declaraciones permaneciendo con los ojos vendados, amenazas de muerte en contra de familiares como lo describe Stella Maris Ferrón cuando manifiesta a fs. 165/169 de los autos principales “... *me dan todo tipo de amenazas como ser que la nena estaba muerta, que la habían ahogado...*”, maltrato psicológico, condiciones inhumanas de detención como falta de agua, comida, baño, etc.-

Los tormentos aplicados se encuentran documentados, con las secuelas en las víctimas, testimonios de otros presos, coincidencia de los lugares, traslados y metodologías ya explicadas “ut supra” que aportan certeza en cuanto al accionar que se utilizaba para secuestrar, interrogar, torturar en diferentes centros clandestinos de detención y luego en algunos casos oficializar su paradero.-

Los hechos denunciados por las víctimas encuadran en el delito de tortura tipificado por el **art. 144 ter (ley 14.616)** el cual reprime con “**reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua**” al “**funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento**”; elevando el máximo de pena a quince años, y determinando aquella en la de prisión o reclusión de diez a veinticinco años “**si resultare la muerte de la persona torturada**” como en el caso de Miguel Ángel Gil.-

Este Tribunal entiende que en autos se dan los presupuestos exigidos para poder aplicar la figura, ya que la víctima tiene que ser una persona privada de su libertad, legítima o ilegítimamente, siendo importante destacar que no cualquier privación de libertad convierte a la persona en víctima del delito, sino la que tiene su origen en una *relación funcional*, sea por haber procedido de la orden de un funcionario público o por haber sido ejecutada por funcionarios públicos.

Daniel Hugo Rabanal, Marcos Augusto Ibañez, Rodolfo Enrique Molina, Silvia Susana Ontiveros, Fernando Rule Castro, Stella Maris Ferrón, Alberto

Mario Muñoz, Ivonne Eugenia Larrieu, Guido Esteban Actis, Vicenta Olga Zarate, Haydeé Clorinda Fernandez del Rio, Miguel Angel Gil habrían sido privados de su libertad en virtud de un procedimiento llevado a cabo por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas y de Seguridad destinado a desbaratar la supuesta célula terrorista que integraban, ello surge de la declaración de Pedro Dante Antonio Sanchez, Camargo a fs. 182/183 y vta., quien en la época en que acontecieron los hechos era Jefe del D-2, Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza el cual manifiesta que *“durante el período de ejercicio a cargo del Departamento 2 y por orden superior, conforme se decreto para el orden nacional, hubo de iniciarse investigaciones tendientes a descubrir y apresar todo delincuente subversivo que a nombre de cualquier banda pretendiera romper el orden establecido motivo por el que respondiendo a esas directivas fue detectada la célula que tenía a su cargo Rabanal como frente de información militar y quien resultó a la postre ser el jefe de información militar y quien resulto a la postre ser el jefe de la columna 9 “Cuyo”, que operaba en Mendoza con tres secretarías la política, la gremial y la militar y que tenía como fin deponer al gobierno constituido mediante la fuerza de combates a superficie o subrepticio según las reglas que para la O.P.M. “Montoneros” había dispuesto la conducción nacional de dicha organización, en la que en un momento dado se aglutinaban elementos de la Organización Comunista Poder Obrero (O.C.P.O.) del Ejército Revolucionario del Pueblo y del Partido Revolucionario de los Trabajadores según el acta del primer Congreso del Vietnam Liberado para la Argentina teniendo como consigna las muertes y liquidaciones de todo elemento de seguridad o Fuerzas Armadas cuyo primer paso la banda de Rabanal con su dirección a la cabeza fue la muerte del Agente Cuello de la Seccional Primera de Capital, la muerte del Agente Basso de un servicio Privado, la colocación de artefactos explosivos y la muerte del Comisario Pateta de la Policía Federal de la provincia de San Juan, el copamiento de la 11ra. Agrupación de Gendarmería Nacional en Mendoza y la muerte de los dos empleados de policía que ocupaban el destacamento de Dorrego, última dependencia policial que no fue agredida por la detención de Rabanal, que ocurre al violar éste una medida de seguridad de la banda cuando el día de su aprehensión había concurrido con un automóvil Fiat 128 color azul sustraído previamente con otro Peugeot 504 de la Estación de servicio situada en Pasteur y San Martín de Godoy Cruz, con los que operaron en el caso Cuello; a llevar a María Ana Erice alias “Lobito” o “Mariana” a Obras Sanitarias de la Nación situada en calle Belgrano de ciudad siendo identificado el automóvil por sus propietarios, a partir de cuyo momento y al ser sorprendido con un socios o documentación apócrifa confeso ser el responsable para el área Cuyo de la O.P.M. “Montoneros” y esta acompañado en sus trabajos por nombres que el declarante recuerda como Catalina, Tita, Aníbal, Teresa, Rosario, Rodrigo, Nicolás,*

## *Poder Judicial de la Nación*

*Catalán, Santiago, Felipe, Helena, Jacinto, Soledad, Facundo y otros, entre los que se contaban El Manco, Rule y otros que poseían armamentos material de explosivos y municiones como así bibliografía y documentos insurgentes que dieron lugar a una causa elevada ante el Tribunal Federal....”*

En el delito que nos ocupa la acción consiste en *imponer* a la víctima cualquier clase de tortura; es decir, aplicarle procedimientos causantes de intenso dolor físico o moral.

La intensidad del sufrimiento de la víctima es una de las características de la tortura, que la distingue objetivamente de las que pueden ser simples severidades o vejaciones.

Asimismo, siguiendo en el planteo expuesto al Dr. Carlos Creus por Tortura se entiende *tanto los tormentos físicos, cuanto “la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente”*, siendo precisamente esta gravedad la que separa la tortura física de la vejación.-

Por lo tanto, es indiferente la finalidad perseguida con la tortura, o su motivación; puede ser el medio de un apremio ilegal, o agotarse como finalidad en sí misma cualquiera sea su motivación (Carlos Creus, Derecho Penal, Parte especial, Tomo 1, 3° edición actualizada, página 328/331).-

Podemos citar, en apoyo a nuestra resolución el *“Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina”* producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, aprobado por la Comisión en su 6670 sesión del 49 período de sesiones celebrada el 11/04/1.980, el cual fue un documento elaborado mientras todavía el gobierno de facto usurpaba el poder, constituyendo la *“primera pieza oficial”*- en apariencia- *“que documento la situación que atravesaban los derechos fundamentales durante la dictadura militar”*.-

En esta resolución interesa destacar lo informado por la CIDH. Con relación a lo que se denominó *“El problema de los desaparecidos y a la práctica de la tortura”*, dado que muestran de una manera palpable cómo funcionó el sistema clandestino de represión. En el capítulo V apartado D la Comisión se refirió a la práctica de apremios ilegales y torturas en los siguientes términos: *Muchos son los medios que para la aplicación de apremios ilegales y para la ejecución de la tortura tanto física, como síquica y moral, se habrán puesto en práctica en lugares especiales de detención donde las personas fueron llevadas para interrogatorios y que se conocen como chupaderos, e inclusive, en algunos casos, en los propios centros carcelarios del*

país. Estos procedimientos de tortura se prolongaron en muchas ocasiones hasta por varios meses en forma continua, en las llamadas sesiones para interrogatorios. Entre esas modalidades, analizadas y escogidas por la Comisión de los muchos testimonios que obran en su poder, figuran las siguientes: a) Golpizas brutales en perjuicio de los detenidos, que han significado en muchas ocasiones quebradura de huesos y la invalidez parcial; en el caso de mujeres embarazadas la provocación del aborto, y también, según determinadas alegaciones, han coadyuvado a la muerte de algunas personas. Este tipo de palizas han sido proporcionadas con diferentes clases de armas, con los puños, patadas y con instrumentos metálicos, de goma, de madera o de otra índole. Hay denuncias que refieren casos en que la vejiga ha sido reventada y han sido quebrados el esternón y las costillas o se han producido lesiones internas graves; b) El confinamiento en celdas de castigo, por varias semanas, de los detenidos, por motivos triviales, en condiciones de aislamiento desesperante y con la aplicación de baños de agua fría; c) La sujeción de los detenidos, maniatados con cadenas, entre otros lugares en los espaldares de camas y en los asientos de los aviones o de los vehículos en que han sido trasladados de un lugar a otro, haciéndolos objeto, en esas condiciones, de toda clase de golpes e improperios; d) Simulacros de fusilamiento y en algunos casos el fusilamiento de detenidos en presencia de otros prisioneros, inclusive de parientes, como ha sucedido, entre otras denuncias, en Córdoba, Salta y en el Pabellón de la Muerte de La Plata; e) La inmersión mediante la modalidad denominada submarino, consistente en que la víctima se le introduce por la cabeza, cubierta con una capucha de tela, de manera intermitente, en un recipiente de agua, con el objeto de provocarle asfixia al no poder respirar, y obtener en esa forma declaraciones; f) La aplicación de la llamada picana eléctrica, como método generalizado, sujetándose a la víctima a las partes metálicas de la cama a efectos de que reciba elevados voltajes de electricidad, entre otras zonas del cuerpo, en la cabeza, las sienes, la boca, las manos, las piernas, los pies, los senos y en los órganos genitales, con el complemento de mojarles el cuerpo para que se faciliten los impactos de las descargas eléctricas. De acuerdo con las denuncias, en algunos casos de aplicación de picana se mantiene un médico al lado de la víctima para que controle la situación de la misma como consecuencia de los shocks que se van produciendo durante la sesión de tortura; g) La quemadura de los detenidos con cigarrillos en distintas partes del cuerpo, hasta dejarlos cubiertos de llagas ulcerosas; h) La aplicación a los detenidos de alfileres y otros instrumentos punzantes en las uñas de las manos y los pies; i) Las amenazas o consumación de violaciones tanto de mujeres como de hombres; j) El acorralamiento de los prisioneros con perros bravos entrenados por los captores, hasta llegar al borde del desgarramiento; k) El mantenimiento de los detenidos encapuchados por varias semanas acostados y atados de pies y manos mientras reciben golpes; l) La suspensión de los detenidos, amarrados

## *Poder Judicial de la Nación*

*o esposados de las manos y sujetos por barras metálicas o de madera u otros artefactos del techo, manteniéndoles los pies a pocos centímetros del suelo, el que se cubre con pedazos de vidrio. También casos en que las víctimas son colgadas de las manos o de los pies produciéndoles fracturas de la cadera o de otras partes del cuerpo; m) El mantenimiento de los detenidos por prolongadas horas completamente parados; n) La aplicación de drogas a los detenidos, o de suero e inyecciones como consecuencia de las prolongadas torturas cuando han perdido el conocimiento; o) El procedimiento de requisas de los presos, que se lleva a cabo en forma minuciosa y con abusos en todas partes del cuerpo, produciendo la consiguiente humillación; y p) la aplicación del llamado cubo, consistente en la inmersión prolongada de los pies en agua bien fría y luego en agua caliente”. (v. autos N° 80.389-F-19663 “Fiscal s/av. Delito Ref. Tripiana, Francisco”).-*

USO OFICIAL

A su vez, debemos destacar lo establecido por la **“Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”** que en su art. 1- define el término Tortura como *“cualquier acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”*.-

Aunque no hay una lista exhaustiva de acciones prohibidas, la legislación internacional ha dejado claro que la tortura es “un trato cruel, inhumano o degradante”.

Los actos de tortura tienen que ser considerados ofensas bajo las leyes penales. No está justificado el uso de la tortura en situaciones de excepción, por ejemplo durante un estado de guerra, inestabilidad política interna, u otra emergencia pública.

El crimen de la tortura como práctica estatal se encuentra prohibido por normas de derecho consuetudinario que preexisten incluso a la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes” de 1.984 que no hace otra cosa que reconocer prácticas que ya estaban prohibidas por el derecho internacional no contractual desde mucho antes.

Por lo expuesto precedentemente y teniendo en cuenta que la **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, inhumanos o**

**degradantes** (aprobada en nuestro país por la ley 23.338 del 30 de julio de 1.998) ratifica la necesidad de la sanción penal de los responsables de la aplicación de torturas, de la inadmisibilidad de órdenes superiores como justificación de la tortura y de la existencia de circunstancias excepcionales como inestabilidad política interna (arts. 2° y 4°), y en razón de que la **Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura**. Ratificada por la República Argentina mediante ley 23.952, vuelve a reiterar sobre la obligación de los estados de prevenir y sancionar la tortura, es que entendemos que debe confirmarse la resolución dictada por el a quo en relación a los encartados.

Ahora, entrando a resolver el caso de **Miguel Angel Gil** este Tribunal entiende que existen versiones coincidentes y uniformes de quienes estuvieron en cautiverio en el D-2 junto al nombrado, a saber de **Guido Esteban Actis** a fs. 465/468, de **Daniel Hugo Rabanal** a fs. 750/757, de **Fernando Rule Castro** a fs. 223/224 y vta., fs. 411/412 y vta., **Rodolfo Enrique Molina** fs. 732 y vta. sosteniendo que Miguel Angel Gil fue sometido a interrogatorios bajo tortura, las que le producen una grave herida en su pierna derecha que desemboca en septicemia, muy avanzada cuando Gil es ingresado a la Penitenciaría el día 21 de febrero de 1.976, falleciendo en ese lugar a las 00:10 del 22 de febrero.-

Traemos a colación la declaración testimonial de **Fernando Rule Castro** quien fs. **411/412 y vta.** manifesto que cuando estuvo en el D-2 detenido “.....*vi a Miguel Angel Gil, quien hacía varios días que no tomaba agua por lo que yo solicité autorización para ayudarlo a tomar agua. No tomaba agua porque durante 4 o 5 días no nos daban agua, que pasado ese lapso le abrieron la celda y todos los demás fueron, pero Gil no fue pues no podía caminar, que así estuve un par de día mas y en razón de ello yo solicité autorización varias veces para llevarlo a tomar agua. Que cuando me otorgaron la autorización el personal de custodia se puso las capuchas y me autorizaron para trasladar a Gil, que como no lo podía transportar sólo fui ayudado por Rodolfo Molinas. Que la razón por la cual no podía caminar era porque tenía, según pude observar, lastimaduras en los talones, rodillas, codo, cara, igual que los demás detenidos, que presumo que tal vez tenía una pierna adormecida porque yo tenía una mano adormecida como consecuencia de las ataduras en la mesa de torturas. También hace mención de que Gil no era coherente en su explicación porque no caminaba y en momentos deliraba....”*, agregando que en oportunidad de llevarlo a tomar agua al baño se desplomó, creyendo que había muerto, expresando “...*en esas circunstancias los custodios que estaban alrededor vestidos de civil y con capucha negra me encierran a mí y a Molinas en la celda y luego siento que conversan entre guardias, que entran con una camilla llevándose a Gil. Que todo esto cree ocurre en horas de la noche, que después se entera que Gil había fallecido en la cárcel al poco*

## *Poder Judicial de la Nación*

*rato de ingresar, de eso me entero cuando yo soy trasladado a la cárcel el día 27 de febrero....”.-*

La documental obrante a **fs. 247 y vta.** de los autos principales corrobora lo manifestado en los testimonios “ut supra” citados, de la cual surge que el día 21 de febrero de 1.976 el médico de policía del D-2 informa que “...*dadas las condiciones de precariedad y falta de condiciones esenciales, es aconsejable el inmediato traslado del detenido incomunicado MIGUEL ANGEL GIL a efectos de su debido y adecuado tratamiento...*”, resolviéndose su remisión a la Penitenciaría Provincial.

A **fs. 248**, Pedro Dante Sánchez Camargo informa que Miguel Angel Gil es remitido a la Penitenciaría Provincial debido a que “...*al efectuarse el periódico exámen médico de los aprehendidos se constata que el mismo padece de un cuadro de insuficiencia cardíaca producto de la infección de una vieja varice interna de su pierna.....”.*

Una vez en la Penitenciaría Provincial es atendido por el médico de guardia el Dr. Fernando Héctor Esponda, quien eleva informe al jefe del servicio médico de la Penitenciaría Provincial, Dr. Carlos A. Marotta, manifestándole que “...*siendo las 00:05 hs. del día de la fecha (22/02/1.976), es traído a esta enfermería por la ambulancia del Cuerpo de Bomberos el Sr. MIGUEL ANGEL GIL, constatándose que el paciente se encuentra en gravísimo estado: Paro cardíaco, midriacis paralítica, arreflexia total y respiración refleja. Al intentar hacer las indicaciones del caso, se comprueba paro respiratorio, constatándose el fallecimiento a las 00:10 hs. del día de la fecha. Ante la imposibilidad de detectar la causa de la muerte, solicito a Ud. arbitre los medios para que se realice la correspondiente autopsia médico legal.....”.-*

Esta Alzada estima que respecto del delito de tortura seguida de muerte previsto en el art. 144 ter del C. Penal 1° y 2° párrafos, ocurrido en el caso de Miguel Ángel Gil, existen elementos de convicción suficientes para sostener que la causa de muerte se produjo dentro del Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza, debido a que dicho fallecimiento ocurre por una convergencia de factores donde el principal fue la aplicación sistemática de tormentos que se prolongaron en el tiempo hasta su deceso. Luego, siguiendo al Dr. Carlos Creus (Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Editorial Astrea, 1983, Buenos Aires, pp. 319) podemos sostener que “*Objetivamente la muerte de la víctima tiene que resultar de las torturas infligidas, ya proceda del mismo medio utilizado para torturar en cuanto sea normalmente idóneo para matar, ya se produzca por la inserción de la tortura en circunstancias de la*

*víctima que tornaron letales los efectos de aquella (p. ej. Enfermedades, debilitamientos), ya provenga el resultado de una posterior evolución de los daños inferidos durante la tortura”.*

Por todo lo expuesto, esta Cámara estima que respecto de los delitos investigados en autos, corresponde confirmar la resolución del a-quo por sus fundamentos conforme los parámetros establecido por el art. 455 del C.P.P.N. según reforma establecida por el art. 7° de la ley N° 26.374, realizando una modificación respecto de la calidad en la que se le atribuyen los delitos a Juan Agustín Oyarzábal, Eduardo Smaha Borzuk y Armando Osvaldo Fernández; atribuyéndosele la responsabilidad penal a título de autores mediatos, en la cadena de mando intermedio en la que habría actuado dentro del aparato organizado de poder al que se ha hecho referencia.-

#### **XI.- Casos respecto de los cuales se dictó falta de mérito.-**

En la resolución traída a revisión el Sr. Juez a-quo entiende que “...*si bien existen elementos de convicción suficientes como dar por acreditado la existencia de las violaciones denunciadas por las otrora detenidas Vicenta Olga Zárate, Silvia Susana Ontiveros y Stella Maris Ferrón, no lo existen respecto de la participación de los encartados en tales hechos, por lo que corresponde disponer la falta de mérito de los mismos*” (v. fs. sub. 9 de los autos Nro. 86.569-F-20.868 caratulados: “Compulsa en Autos 86-F- F. c/ Menéndez Luciano y Otros s/ Av. Inf. Art. 144 ter C.P.- por apelación”).-

Su razonamiento se basa en “...*que dicho ilícito penal es un delito que se comete de propia mano por lo que no admite la autoría mediata. Por otro lado, tampoco figura como un objetivo específico dentro de las órdenes genéricas, secretas y verbales mencionadas. Además, no se ha podido establecer en este estadio de las investigaciones quiénes fueron los autores directos, debiendo en consecuencia dictarse la falta de mérito respecto de tales conductas tanto en relación con el imputado Luciano Benjamín Menéndez, como a los restantes imputados que se encuentran a la fecha, ya que no se encuentra concluida la instrucción de la causa....*”.-

A fs. sub. 50/51 y vta. la Sra. representante del Ministerio Público Fiscal discrepa con la decisión del a quo, ya que entiende que en este tipo de ilícitos es posible admitir la autoría mediata, lo cual fundamenta doctrinaria y jurídicamente.-

#### **XII.- Los delitos sexuales en el marco del Terrorismo de Estado.-**

En esta causa se presenta un tema novedoso para este Tribunal, toda vez que hasta la fecha no ha habido pronunciamiento alguno en lo que respecta a casos en los que se han denunciado actos atentatorios contra la integridad sexual de las

víctimas. Dadas estas particulares circunstancias, se estima necesario realizar una pormenorizada valoración de los hechos, el contexto en el que se desarrollaron y el marco jurídico que los envuelve.

**A) La violación sexual como crimen de lesa humanidad.**

La violencia sexual está considerada por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional como delito de lesa humanidad. Alcanza aquellas acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento y que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, puede incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

“[...]Algunas formas de violencia sexual son: 1) *violación*: implica la invasión física de cualquier parte del cuerpo de una persona mediante la penetración, por insignificante que fuera, del órgano sexual masculino en la boca, ano o vagina, así como cualquier otra parte del cuerpo u objeto en el orificio anal o vaginal; 2) cualquier forma de abuso sexual en el que no exista invasión física; 3) amenaza de abuso; 4) embarazo forzado; 5) prostitución forzada; 6) aborto forzado; 7) acoso sexual; 8) amenaza de violación; 9) mutilación; 10) esclavitud sexual; 11) esterilización forzada; 12) forzamiento al exhibicionismo, 13) desnudez forzada; 14) forzamiento a la pornografía; 15) humillación y burla con connotación sexual; 16) servidumbre sexual; 17) explotación sexual [...]” (Aucía, 2011: 37).

La violación y otras formas de violencia sexual cometidas en conflictos armados internacionales o internos como bien se ha señalado están prohibidas por el derecho internacional humanitario, principalmente por los Convenio de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 y son crímenes de guerra según el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Así, en el marco del Estatuto de Roma, además de reconocer la violencia sexual como constitutiva de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio, la define como actos y crímenes *per se* dentro de los crímenes mencionados.

Las sentencias dictadas con motivo de los conflictos armados desatados en Ruanda y la ex Yugoslavia constituyeron precedentes históricos fundamentales al procesarse por primera vez a autores de delitos que incluían violencia contra mujeres en época de guerra, y establecerse que la violencia sexual y la violación sexual constituyen delitos de lesa humanidad.

Finalmente, en 1998, se crea la Corte Penal Internacional, en el marco del Estatuto de Roma. En el mismo se definió en forma específica y diferenciada de cualquier otro delito, la violencia sexual en sus diversas manifestaciones. Es decir, se individualiza a esta práctica aberrante a la par de las desapariciones forzadas, los homicidios, torturas, etc.

La última dictadura militar en la Argentina instauró un plan sistemático y generalizado de violación de derechos humanos, que incluyó una práctica que afectó principalmente a las mujeres, la violencia de género y la violencia sexual, y que no habría afectado de este modo sistemático a los detenidos varones.

La manera de infringir dolor habría tenido condimentos diferenciados cuando la víctima era una mujer. Se habría demostrado a través de numerosos testimonios que la violencia sexual y la violación eran una práctica permanente en los Centros Clandestinos de Detención, en el contexto de encierro o coacción extrema al que fueron sometidas las víctimas.

Si bien las violaciones habrían sido sufridas también por varones en ciertos casos, las principales víctimas fueron mujeres, a las que se les infringió otros tipos de violencia sexual. Así, por ejemplo la desnudez forzada, y violencias que tienen que ver con particularidades biológicas de la mujer como su carácter de gestante: embarazos forzados y abortos forzados.

Las mujeres ya habían denunciado ante la Comisión Nacional de Desaparición de Personas (CONADEP) la violencia de género y los delitos sexuales de los que habían sido víctimas durante su cautiverio.

Los testimonios señalan la frecuencia de los ataques, y a partir de esos hechos, los dichos indican que los delitos contra la integridad sexual fueron integrante del ataque sistemático, implementado contra sectores de la población civil –en particular contra las mujeres- por el terrorismo de Estado.

De lo expuesto surgiría que, la violación sexual fue una práctica sistemática y generalizada en los centros clandestinos de detención, por lo que, en dichos casos, conforme lo estipulado en diversos instrumentos internacionales sobre el tema, los delitos sexuales son equiparables a la tortura en cuanto crimen de lesa humanidad, lo que no equivale a decir que queden subsumidos en el delito de tormentos, sino que conservan su especificidad por la gravedad de la ofensa contra el bien jurídico protegido, esto es, la integridad y libertad sexual de la víctima.

Surge, en principio, de la investigación desarrollada, que las agresiones sexuales que se cometieron en los centros clandestinos contra las personas allí detenidas, fueron continuas, reiteradas y masivas. Formaban parte, al igual que el tabicamiento, las ataduras, los golpes, la picana eléctrica, las amenazas, los insultos, las vejaciones, la prohibición de habla, etc., del conjunto de prácticas criminales que, como hechos aberrantes, integraron de modo expreso o implícito el dispositivo represivo diseñado por los altos mandos militares para lo que denominaron “la lucha contra la subversión”, y que fue replicado en todos y cada uno de los niveles de mando y ejecución del plan en todo el país.

## *Poder Judicial de la Nación*

De la masividad y repetición de los hechos sufridos y relatados por la víctimas se infiere inductivamente la existencia de patrones sistemáticos en la modalidad en que se ejerció este tipo especial de violencia.

*“La primera alternativa requiere que el hecho inhumano sea cometido de manera sistemática”, lo que significa, según un plan o política preconcebido. La implementación de este plan o política, podría resultar en la comisión repetida o continua de actos inhumanos. Lo que promueve este requisito consiste en excluir hechos aleatorios que no han sido cometidos como parte de un plan o política más amplios”* (Dictamen Procurador General de la Nación, ante la CSJN, en la causa “Recurso de hechos deducido por Juan Francisco Bueno Alves y Carlos A. B. Pérez Galindo (querellantes) en la causa “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal” Causa N° 24.079 C de fecha 11 de julio de 2007).

Es sabido, que los delitos de lesa humanidad se configuran cuando se perpetran en un contexto caracterizado por un ataque sistemático o generalizado contra las libertades. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha examinado en el precedente “Derecho, René J.” los elementos y requisitos que autorizan a encuadrar una conducta como delito de lesa humanidad en el marco del artículo 7 del Estatuto de Roma. En este sentido, sostuvo *“...Se trata, en primer lugar, de actos atroces enumerados con una cláusula final de apertura típica (letra "k", apartado primero del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Comprende, entre otras conductas, actos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, un núcleo de actos de extrema crueldad. En segundo lugar, estos actos, para ser calificados como crímenes de lesa humanidad, deben haber sido llevados a cabo como parte de un "ataque generalizado o sistemático"; en tercer lugar, ese ataque debe estar dirigido a una población civil [...] En cuarto lugar, el final del apartado 1 incorpora realmente otro elemento, que consiste en la necesidad de que ese ataque haya sido realizado de conformidad con una política de un Estado o de una organización, o para promover esa política.”*

Las propiedades del ataque de que sea generalizado o sistemático aparecen en el caso “*Prosecutor v. Tadic*” del Tribunal para la exYugoslavia en mayo de 1997 (apartados 647 y ss). Allí se precisó que los requisitos de generalidad o sistematicidad tienen el propósito de excluir hechos aislados o aleatorios del concepto de crímenes contra la humanidad, y que respecto de estos requisitos existe un consenso que no es necesario que los mismos se den acumulativamente sino que cada uno de ellos es suficiente por sí solo.

A los efectos de analizar los requisitos de generalidad y sistematicidad, debe ponderarse lo ocurrido en los diversos centros clandestino de detención a lo largo de todo el país, de lo que dan cuenta las múltiples sentencias de los Tribunales Orales

en lo Criminal Federal y de la Cámara Nacional de Casación Penal, y evitar una visión atomizada, aislada y descontextualizada de los hechos particulares de esta causa, del marco general represivo implementado por la dictadura militar contra la población civil.

Los hechos de violencia sexual traídos a examen de esta Cámara, ocurridos en la época de estudio, fueron denunciados en el marco de los llamados “Juicio de la Verdad” por diferentes sobrevivientes. Además, ya se había denunciado ante la CONADEP la violencia de género y los delitos sexuales cometidos contra las mujeres en cautiverio. A modo ilustrativo, se transcribirán algunos testimonios que denotan que el ataque sexual fue generalizado:

*"[...] y procedieron a interrogarme cinco hombres durante alrededor de una hora con malos tratos y agresiones verbales. Obtienen la dirección de mis suegros y deciden ir allí, dejándome sola durante varias horas [...] Al regreso de la casa de mis suegros se muestran furiosos, me atan igual que al estaqueado, vuelven a interrogarme con peores tratos que antes, agresiones verbales y amenazas de que habían traído prisionero a mi hijo de dos años a fin de que yo cooperara con ellos, cosa que al rato desdijeron. Luego procedieron a introducirme en la vagina lo que después supe era un bastón o palo de policía. Después me trasladaron a otro recinto, donde me obligaron a comer esposada a una mesa. Ante mi negativa me trasladaron a otro recinto, donde me ponían parada contra un ángulo del mismo, y vuelven a interrogarme, golpeándome la cabeza y amenazándome con introducirme el palo mencionado en el ano [...] De allí nuevamente vendada, me llevaron al dormitorio. El día 14 de junio a las 24.00 horas me anunciaron que me dejarían libre y me devolvieron parte de mis efectos personales (reloj, cadena, dinero) que llevaba al momento del secuestro. Me sacaron vendada del edificio, me pusieron en un auto en el cual íbamos solos la persona que manejaba (que resultó ser la misma que, amablemente, trató de mostrarme que todo lo ocurrido fue leve) y yo [...] Luego de rodar por una zona de tierra y poceada, detuvo el motor. Me dijo que tenía orden de matarme, me hizo palpar las armas que llevaba en la guantera del coche, guiándome con sus manos; enguantadas y me propuso salvarme la vida si, a cambio, admitía tener relaciones sexuales con él. Accedí a su propuesta, considerando la posibilidad de salvar mi vida y de que se me quitase la venda de los ojos. Puso el coche en marcha y después que entramos en zona asfaltada me dio orden de sacarme la venda de los ojos. Condujo el auto hasta un albergue transitorio, me indicó que él se estaba jugando, y que si yo hacía algo sospechoso me mataría de inmediato. Ingresamos al albergue, mantuvimos la relación exigida bajo amenaza de muerte, con la cual me sentí y considero violada, salimos, y me llevó a casa de mis suegros [...]" (CONADEP, 1984: 39, 40 Legajo 7372).*

## *Poder Judicial de la Nación*

*“[...] Estando la dicente una noche en su celda, llega un hombre a ésta, quien la ata, la golpea, y amenazándola la viola, prohibiéndole comentar lo sucedido. Luego de ello, la conduce a fin de higienizarse a un baño, para lo que no debe salir al exterior [...] Como consecuencia de lo relatado, la dicente empeora su cuadro febril y comienza a delirar, pidiendo no ser violada, momento en que, al ser oída se presenta en su celda "El Guaraní" y otros de mayor jerarquía: "El Francés" y "El Vasco" interrogándola e iniciando una supuesta investigación, ya que, según dijeron, en el lugar están 'prohibidas las violaciones'. Una vez recuperada, es trasladada a otra 'casa' [...]”.*(CONADEP, 1984: 41, Legajo 6532).

*“[...] N.B.B. secuestrada en el Banco junto con su marido Jorge, fue violada repetidamente y eso le produjo una hemorragia. Fue llevada a la enfermería del pozo y liberada posteriormente”* (CONADEP, 1984: 56, Legajo N° 1583).

*"Los castigos no terminaban nunca, todo estaba organizado científicamente, desde los castigos hasta las comidas [...] se escuchaban voces que ahogaban la constante testimonial de alguien que era torturado".* (Legajo N° 3721)

*“[...] Los detenidos permanecían con los ojos vendados con algodones y cintas adhesivas y esposados. Las mujeres eran obligadas a bañarse delante de los guardias y constantemente sometidas a manoseos y violaciones [...]”* *"Las tres estábamos vendadas y esposadas, fuimos manoseadas durante todo el trayecto y casi durante todo el traslado [...] la misma persona vuelve a aparecer con alguien que dice ser médico y quiere revisarme ante lo cual fui nuevamente manoseada sin ningún tipo de revisión médica seria [...] Estando medio adormecida, no sé cuánto tiempo después, oí que la puerta del calabozo se abría y fui violada por uno de los guardias. El domingo siguiente esa misma persona, estando de guardia se me acercó y pidiéndome disculpas me dijo que era "un cabecita negra" que quería estar con una mujer rubia, y que no sabía que yo no era guerrillera. Al entrar esa persona el día de la violación me dijo: 'si no te quedás quieta te mando a la máquina' y me puso la bota en la cara profiriendo amenazas. A la mañana siguiente cuando sirvieron mate cocido esa misma persona me acercó azúcar diciéndome: 'por los servicios prestados'. Durante esa misma mañana ingresó otro hombre a la celda gritando, dando órdenes: "párese, sáquese la ropa', empujándome contra la pared y volviéndome a violar [...] El domingo por la noche, el hombre que me había violado estuvo de guardia obligándome a jugar a las cartas con él y esa misma noche volvió a ingresar a la celda violándome por segunda vez [...]”.* (CONADEP, 1984:104, 105 Legajo N° 1808).

*“[...] Las torturas consistían en desnudar a los detenidos sujetándolos a una superficie con los brazos y piernas extendidos. Se utilizaban dos picanas simultáneas, combinando esta tortura con golpes y también con la práctica del submarino seco. La picana la aplicaban en la vagina, boca, axilas y por debajo de la*

venda, en los ojos. Los interrogatorios eran acompañados de continuas amenazas a los familiares. Era frecuente que a las detenidas les introdujeran objetos en el ano [...] Patrick Rice, sacerdote católico irlandés que estuvo allí detenido, y que fue torturado, vio que entre las detenidas había mujeres embarazadas, una de ellas, María del Socorro Alonso fue torturada, lo que le provocó hemorragias, inmovilidad en las piernas y paros cardíacos, por lo que le colocan una inyección, ocasionándole todo esto la pérdida del niño [...] Allí me pusieron en una celda y había unos 6 presos en el mismo pasillo en otros calabozos, otros 4 muchachos en una celda grande y otras tantas mujeres en otra celda grande. Había una cruz svástica pintada en la pared del fondo (con la plancha del 'fingerprint') [...] La comida en Coordinación Federal consistía en mate cocido sin leche y azúcar, con un poco de pan a la mañana, fideos hervidos a veces sin sal y pan a mediodía y polenta también sin sal a la noche. Había dos mujeres embarazadas que pidieron permiso para ir al baño. Según me comentaron, algunos guardias abusaban de las mujeres allí [...]" (CONADEP, 1984: 105).

"[...] Fui detenida en un operativo el 29 de abril de 1976 junto a mi hijo de 8 meses de edad en la ciudad de Resistencia. El personal que intervino, era de la Brigada de Investigaciones del Chaco. Inmediatamente me trasladaron a dicha Brigada, que se encuentra ubicada a escasos metros de la Casa de Gobierno. En ese lugar me desnudaron y me sometieron a torturas consistentes en 'picana' y golpes por espacio de 48 hs., en presencia de mi hijo. Asimismo fui violada y golpeada en la planta de los pies con un martillo por espacio de tres horas. Al sexto día me llevaron a los calabozos de recuperación, donde fui visitada, interrogada y amenazada de muerte por el Coronel Larrateguy -Jefe del Regimiento del Chaco- En ese lugar permanecí detenida junto a varios fusilados el 13 de diciembre en Margarita Belén [...]" (CONADEP, 1984: 129).

"...Nos llevaron con mi hijo a un lugar que no reconocí inmediatamente. Ahí me sacaron al niño en una escena espantosa porque los dos gritábamos que no nos separen, y él pedía que no maten a su madre. En ese lugar permanecí durante 18 días más o menos. Sufrí toda clase de torturas, desde la amenaza constante de que ultimarían a mi hijo, hasta todo tipo de violaciones individuales, entre varios a mí sola, o entre varios a las tres mujeres que estábamos [...] Había un largo pasillo que terminaba en baños, donde nos hacían bañar desnudas a las mujeres todas juntas con agua fría, vendados los ojos y con los guardias festejando el hecho [...]"

"...Fui secuestrado el 9 de febrero de 1976. Inmediatamente me trasladaron al Palacio Policial, lugar que reconocí por haber participado en el proyecto y en la inspección de dicho edificio. Durante el tiempo que estuve detenido, fui golpeado constantemente, me sometieron a picana eléctrica por espacio de cinco o seis horas seguidas, y en una oportunidad me arrojaron agua hervida. Recuerdo haber visto por la mirilla de la

## *Poder Judicial de la Nación*

*celda a Estela F. que era una chica cordobesa. Pude ver que estaba con la cara muy lastimada. Vi cómo se la llevaban varias veces para violarla. Después de violarla más de veinte veces, le colocaron un palo en la vagina. Hoy está desaparecida [...] Silvia O. se hallaba embarazada cuando la detuvieron; como consecuencia de las torturas y de las reiteradas violaciones, perdió su niño [...]*” (CONADEP, 1984:147).

*“...Muchas mujeres embarazadas fueron secuestradas -como se consigna en otro punto de este informe- y durante su cautiverio sufrieron toda clase de vejámenes. Algunas obtuvieron la libertad y pudieron dar a luz en sus domicilios o en hospitales. Sin embargo, tanto ellas como sus niños reflejaron después las secuelas de ese "descenso al infierno". Secuelas difícilmente superables aun con tratamientos clínicos y psicológicos que en todo caso demandan por parte de la madre y del niño un enorme esfuerzo para su reinserción familiar y social.*

*“[...] Gladys de H. (Legajo NI 4178) fue secuestrada en el año 1979, detenida en un centro clandestino y allí sometida a tortura pese a estar embarazada de seis meses. De esas torturas, las más graves imaginables: fue violada, picanada, golpeada sistemáticamente y una vez ligeramente repuesta de nuevo conducida al mismo "tratamiento". Quedó en ella, en su cuerpo y en su psiquis, una marca imborrable. "No podía conciliar el sueño. Todo volvía a repetirse una y otra vez. Todo desde los alaridos de mis compañeros de infortunio hasta los míos propios [...]"* (CONADEP, 1984: 273).

*“...Las mujeres, por nuestra condición de género, pasábamos por un sinnúmero de vejaciones que eran específicas ... y por todas las mujeres que hoy no están, que estuvieron conmigo y que también fueron violadas... dentro del horror que había en los campos de concentración, una violación parecía algo secundario, ante la muerte de mi marido, ante todo lo se de daba allí adentro...”* (TOCF Mar del Plata, causa N° 2086, “Molina, Gregorio Rafael”, sentencia de junio 2010).

*“...Las violaciones a las mujeres eran una práctica corriente en este campo. Yo misma fui violada por Durán Sáenz, jefe del campo, estando embarazada de 4 meses y siendo evidente mi estado de gravidez...”* (Elena Alfaro, sobreviviente del CCD El Vesubio, quién atestiguó por videoconferencia desde Francia el 9 de febrero de 2011) En su primer testimonio oral, en el *Juicio a las Juntas* el 2 de julio de 1985, expuso que *“... ponernos todas desnudas, hacer cola para ir a bañarse, siempre con la capucha y atadas, sometidas a todo tipo de vejaciones de los guardias, por supuesto. Yo sé de caso de G.M., una de las detenidas que fue violada cuando estaba en las duchas... El ser violada ahí era muy corriente...”*

*“... Un día yo estaba atada en la mesa de tortura, cuando termina la tortura y se van los torturadores, queda él, no se si había alguien más, estaba encapuchada, me desata las manos y me las esposa, yo queda con las piernas atadas y*

entonces Molina me dice: “después de tanto dolor yo te voy a dar placer” y me viola...” (C.L.B. Causa N° 2086, “Molina, Gregorio Rafael”, TOCF Mar del Plata.).

La provincia de Mendoza no fue una excepción a la regla, y aquí se confirma la misma metodología y generalidad del ataque sexual a las mujeres cautivas en los distintos centros clandestinos que improvisaron las fuerzas represivas: ellas sufrieron los mismos vejámenes que dan cuenta los testimonios antes transcriptos.

Así, Silvia Susana Ontivero, detenida el 9 de febrero de 1976 y trasladada al D-2 relata, entre otras cosas, que “...Durante dieciocho días fui violada, maltratada, picaneada, se me abrió el ano con una pistola...” (fs. 160/163 autos 86-F). “...Fui violada por más de 20 hombres, tres o cuatro veces al día. No eran los mismos. Respiraban distinto, olían distinto y hasta insultaban diferente. Ni siquiera podía bañarme... la violación era una forma mas de degradación, la idea era convertirte en nada...” (Silvia Ontiveros, declaración ante el TOCF N° 1 de Mendoza, autos N° 001-M, caratulados “Menéndez Sánchez, Luciano B. Y otros s/ Inf. Art. 144 bis del CP” y sus acumulados “...las mujeres recibíamos otro tipo de castigo que era la violación que se hacía, en general, a mí en mi celda, excepto una vez que fuimos trasladadas todas las mujeres, obligadas a desnudarnos y allí se nos practicó todo tipo de vejámenes... Las violaciones eran hechas en forma reiterada y constantes por varias personas pertenecientes a la institución policial...” (fs. 518/521 autos N° 86-F).

“...La violación sexual la usaron para humillarnos. Hacerme saber que estaban violando a mi mujer a un metro y medio de la puerta de mi celda era para humillarme, era para que yo escuchara, al punto que uno de esos días me hacen tocarla para ver que estaba colgada o atada, desnuda absolutamente, y juegan y hacen obscenidades y relatan...” (Fernando Rule. “El Terror en el D2 de Mendoza, en “Página 12”, 30 de noviembre 2010). “... Durante mi permanencia en el edificio de la Jefatura de Policía,-D2-. A donde fui llevado luego del secuestro del 09 de febrero de 1976, las detenidas que allí habían Silvia Ontiveros, Stella Maris Ferrón y Olga Zarate fueron violadas sexualmente como parte de la tortura a que fuimos sometidos todos allí, todos los días muchas veces y cuando digo muchas veces digo 10 (diez) o 20 (veinte), tantas veces que Silvia Ontiveros, ...me comentó...que el espanto y la curiosidad la llevó a contar las veces que la violaban y que ese día había contado dieciocho (18)...” (fs. 1711/1713 autos 86-F).

“...Otro incidente, uno de esos días, me sacaron a mí de la celda para que observara como violaban a Susana Ontiveros, a la que tenían colgada de las manos de una puerta abierta en un calabozo, desnuda completamente, y le introducían un bastón de calle de policía en la vagina. Le golpeaban los pechos con el mismo bastón y uno de los policía encapuchados comenzó a violarla personalmente...” (fs. 1711/1713 y vta. autos 86-F).-

## *Poder Judicial de la Nación*

“... Digo que también fui testigo de oídas de gritos de la primera vez que violaron a Olga Zarate que tenía alrededor de 40 años para esa fecha y fue el día que un médico o enfermero le quitó los puntos de la reciente operación de útero que había tenido... El violador de Olga Zarate iba relatando cada movimiento del crimen que estaba cometiendo, mientras la golpeaba con algo, que no sé que era, se escuchaba el ruido, durante muchos minutos y al final relató que la violó también por el ano. Olga [Zarate] habló poco con nosotros el resto del día y estuvo sollozando todo el día hasta que llegaron otros a violarla y luego fue todo grito, llantos, insultos y golpes...” (fs. 1711/1713 y vta. autos 86-F).

“... Soportamos todo tipo de torturas, pero quizás la más horrorosa fue que por la calidad de mujer me violaron varias veces al día cuanto señor estaba de turno”, declaró Silvia Ontiveros en la presente causa, quien además recordó cómo otra de las detenidas -Olga Zarate-, recién operada del útero, también fue vejada sexualmente: “... Hasta hoy recuerdo sus sollozos diciendo que era virgen y entonces hicieron una violación contra natura...” .

Vicenta Olga Zárate también relata que estando detenida “...me empujan y me encierran en una celda muy chica... esa misma noche se abre la puerta y aparece un hombre que comienza a hacer preguntas y manoseos, lo que le digo es si no puede preguntar sin estar tocando, a lo que me dice ‘¿te molesta?’’, me abre la blusa y me dice ‘¿todavía no tenés marcas? pronto las vas a tener’ le indiqué a esta persona que yo estaba recién operada del útero, es decir, todos los órganos femeninos, a lo que me contesta ‘que el que voy a gozar soy yo, no vos’, y luego me hizo parar y entonces se realiza el acto sexual, soy penetrada por el ano...” (fs.624/626). Continúa diciendo que “... después del día lunes por la noche me despertó un ruido como de puertas y ventanas que se cerraban y después siento el ruido de la puerta de mi celda, entra alguien y nuevamente el manoseo y me violan. Después se va y me dice que va a entre otro, eso no ocurre” (fs. 153/159 autos 86-F).

“... lo mismo puedo decir de lo que escuché todos esos días que ocurría con Estela Maris Ferrón, a quién particularmente los violadores le iban rompiendo la ropa de a poco con el paso de las horas, como en un juego perverso...” (fs. 1711/1713 y vta. autos 86-F).

Stella Maris Ferrón, detenida el 10 de febrero de 1976, también denuncia que fue violada, con el agravante de que en ese momento estaba embarazada. Manifiesta que del ataque sexual, perdió su embarazo “... La tortura es electricidad, golpes, violaciones, a mi me violaron, yo estaba embarazada, eso lo constató cuando yo estuve atada de los pies y manos y acostada sobre una mesa, creo, según me dijeron, un medico, a raíz de la tortura pierdo el embarazo...” (fs.165/169 autos 86-F).

Haydée Clorinda Fernández del Río recuerda que estando detenida en el Palacio Policial -D2-, una de las veces que fue torturada, la llevan al subsuelo y previo al castigo la hacen desnudar completamente (fs. 148/152 y 1214/1216 autos 86-F).

Rosa del Carmen Gómez recordó que “...*Fui violada desde el primer día...*” (fs. 503/505 autos 97-F y su acumulado 105-F).

Alberto Mario Muñoz, declara que mientras permaneció detenido en la Policía, a las chicas que se encontraban detenidas las violaban, y dos de ellas que estaban embarazadas perdieron a sus hijos. Si bien manifiesta que no los vio, asegura que escuchó los gritos de las mujeres y las cosas que los captores les decían mientras las vejaban (testimonio de fs. 140/147 y 1280/1283 autos 86-F).

Así también, Ivonne Eugenia Larrieu (fs. 718 autos 86-F), Daniel Hugo Rabanal (fs.326/327 autos 86-F), entre otros, acreditan que en los CCD se violaba a las mujeres.

No solo en el D2 ocurrían las violaciones sexuales y violencias de género en contra de las prisioneras, sino también y como se ha visto, en lo demás centros clandestinos. En este sentido, Luz Faingol declaró: “... *cuando tenía 17 años fui violada en un lugar que no reconozco porque estuve vendada y luego permanecía detenida dos semanas en el D2...*” (declaración testimonial en el debate oral ante el TOCF N° 1 de Mendoza, autos N° 001-M caratulados “Menéndez Sánchez, Luciano B. Y otros s/ Inf. Art. 144 bis del CP” y sus acumulados).

Los citados extractos solo se refieren a algunos de los testimonios incorporados a la presente causa. Existen en los demás expedientes infinidad de casos en los cuales las personas que estuvieron detenidas en los centros de detención, acreditan que se cometieron todo tipo de agresiones contra la integridad sexual.

Así también, como se ha visto más arriba, obran testimonios de personas que pasaron por otros CCD del país que dan fe de ello, demostrando de esta manera que no se trataba de una acción individual y excepcional, solitaria y producto lascivo de una persona, o tan siquiera de una práctica local, sino que se trató de una modalidad sistemática y uniforme en todo el país, como en su momento lo puso de resalto el Informe de la CONADEP, previo al *Juicio a las Juntas*.

Una observación de la denuncias permite concluir que el ataque sexual, desde al abuso hasta la misma violación, se acometía casi inevitablemente cuando la detenida era mujer, lo que permite inferir que *prima facie*, la inmensa mayoría de ellas se vio expuesta o sometida directamente a esta agresión.

De los testimonios transcritos y de muchos más que se han dado en el marco de numerosas causas en nuestro país, considerando el contexto de encierro clandestino y del absoluto sometimiento de la voluntad de las detenidas a sus captores

## *Poder Judicial de la Nación*

mediante las aberrantes formas de tortura y de coacción, permite afirmar que las violaciones sexuales, y específicamente la violencia sexual contra las mujeres, que se perpetraron en los Centros Clandestinos de Detención, formaban parte del plan sistemático, con la misma intensidad, reiteración y generalidad que las torturas, no tratándose de hechos aislados, sino que se descargaban sobre las detenidas, por una pluralidad de sujetos activos, que aseguraban su impunidad mediante el uso de capuchas, o de tabicamiento de las víctimas, y en cualquier momento, como un método planificado de destruir o aniquilar la voluntad y personalidad de la detenida.

Es que dentro del plan de la “lucha contra la subversión”, figuraban las órdenes de doblegar a los subversivos y subversivas. El *modus operandi* para llevar a cabo esta misión, fue muy variado e incluía todo tipo de denigración y negación de la dignidad humana.

Las órdenes estaban orientadas a doblegar a la víctima, a su destrucción tanto física como psíquica, una de las formas de hacerlo era ejerciendo la violencia sexual. En el plan de aniquilamiento se incluía todo aquello que condujera a humillar a la víctima, reducirla a la nada, acabar con su humanidad, como si fuera la corporización de “la subversión”.

En el contexto analizado, la intervención del personal militar o policial debe a su vez enmarcarse en la verticalidad y organización de la fuerza a la que pertenecía. Es que las fuerzas armadas, de seguridad y policiales se estructuran verticalmente, y en la ferrea “lucha contra la subversión”, lo actuado por los subalternos responde a las directivas de los superiores, tal como en reiteradas oportunidades lo sostuvo –*a contrario sensu*– el co-impitado Luciano Benjamín Menéndez, al sostener que se hacía responsable por los actos cometidos por sus subordinados. La verticalidad estructurada implica asumir que las órdenes se dieron, y que naturalmente descendieron por la cadena de mandos, para la comisión de los hechos aberrantes, aunque no quepa exigir que aquella haya sido individualizada en todos sus detalles. Las órdenes de capturar sospechosos para la inteligencia militar o policial, trasladarlos a centros clandestinos de detención, someterlos a tortura para arrancarles información, mantenerlos indefinidamente privados de su libertad, todo ello en condiciones de clandestinidad, delegando y descentralizando en los cuadros intermedios e inferiores la suerte de los capturados, y asegurando para ello la impunidad de tales acciones, asume que el aniquilamiento psíquico y físico habría de pasar por el ataque sexual de las mujeres, pues este método se mostraba eficaz para su denigración y castigo por su militancia social y política. Los ataques sexuales existieron porque fueron planificados y decidida su ejecución, en la cadena de transmisión de las directivas y en la ejecución del acto lesivo. No es el caso que los mandos superiores o intermedios supieron y toleraron tales agresiones, y que tal omisión de evitarlas los coloco en la infracción del

deber derivado de su posición de garantes, y los hace responsable por ello. De lo que se trata es de la intervención comisiva consistente en impartir órdenes, o retransmitirlas en su marco general, destinadas al aniquilamiento del “enemigo subversivo”, cualesquiera fueran los medios para arribar a tal fin. Si a ello se aduna que era imposible a las víctimas formular cualquier denuncia a los mismos captores por los ataques sexuales que provenían de ellos mismos, se advierte que las violaciones fueron parte del modo de aniquilamiento predispuesto para las mujeres.

Los actos de violencia sexual y de género, constituían medios de instrumentar el miedo, degradación y castigo de las víctimas. Se debe tener en cuenta que si por algo se caracterizó el Terrorismo de Estado en nuestro país fue por idear una maquinaria que corría paralela a la legal, es decir que a la par de las normas existían otras órdenes que permanecían en la clandestinidad. En ninguna normativa del Ejército constaba en forma expresa la orden de torturar, matar, robar, cambiar la identidad de los recién nacidos en cautiverio, violar, etc., aunque sí una norma genérica de aniquilamiento. Todos estos elementos demuestran que existían un conjunto de normas secretas y paralelas a las conocidas que reglaban el Plan. Estas órdenes estaban implícitas y fueron interpretadas como formas de luchar contra el enemigo, como forma de doblegarlo mediante métodos “no convencionales”, y las mismas fueron impartidas y conocidas por los jefes de la dictadura.

A modo de conclusión, se puede afirmar, con el grado de conocimiento necesario para esta etapa procesal, que los ataques sexuales fueron parte **del plan sistemático** represivo. En otras palabras, no se trataba pues de hechos aislados, dependientes de la voluntad del captor, sino como parte de una metodología establecida verticalmente, como cualquier otro ataque, ya sea tortura, vejaciones, etc. Todas estas, en aras de cumplir con la finalidad reeducativa y disciplinaria sobre la población, pretendida por los detentadores momentáneos del poder. Se trata en fin, de actos diferenciados tendientes a doblegar la voluntad de la persona considerada “enemigo” – en este caso generalmente mujeres-, quebrar anímica, psicológica y moralmente al adversario, a su vez como sanción ejemplificativa para el resto.

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *“Es reconocido que durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarlas a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje de lección”* (Corte IDH, “Miguel Castro Castro v. Perú”, 25/11/2006).

## *Poder Judicial de la Nación*

Un reciente estudio interdisciplinario realizado por el CELS ([www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)) sostiene que cada varón y cada mujer detenidos en el marco de la represión ilegal en la Argentina respondía a una investigación exhaustiva previa conducida por órganos de inteligencia. En consecuencia, destaca, cada acto de violencia no era casual ni respondía a perversiones individuales *“sino que era parte de una estrategia de disciplinamiento del enemigo en sentido amplio, que se sostenía en un espacio compartido entre capturados y captores”*.

Acreditado *prima facie* que los delitos sexuales integraron el plan sistemático, la conclusión necesaria es que los mismos son crímenes de lesa humanidad.

Al considerarse crimen contra la humanidad, de acuerdo a lo expuesto en los puntos anteriores y como ha quedado establecido por la Corte Suprema de Justicia, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. Caso “Barrios Altos”), la República Argentina se encuentra obligada a investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de tales prácticas.

Cabe traer, a modo ejemplificativo, el Informe N° 53/01 de la Comisión IDH en el caso “Ana Beatriz y Celia González v. México” (04/04/2001). *“La violación sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra los integrantes de la población civil constituye en todos los casos una grave violación de los derechos humanos protegidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana, como de normas de derecho internacional humanitario”*.

En el caso argentino se dan todos los requisitos necesarios como para considerar a los ataques sexuales contra las mujeres detenidas como delitos de lesa humanidad. Como se explicó, se trata de actos de una gravedad extrema, dirigida contra la población civil, en el marco de un plan sistemático represivo de gobierno.

Así las cosas, este Cuerpo entiende que los delitos sexuales cometidos en perjuicio de Silvia Susana Ontiveros, Stella Maris Ferrón y Vicenta Olga Zarate constituyen crímenes de lesa humanidad *strictu sensu*.

### **B) La violación sexual como delito autónomo e independiente del delito de tormentos.**

En este punto, es conveniente tener presente una serie de documentos emanados de organismos internacionales que trazan las pautas y lineamientos que en tal sentido los países están obligados a seguir para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Así el Comité de Derechos Humanos (Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en su informe sobre el estado de cumplimiento del PIDCP por parte del Estado argentino, consideró que si bien se advertían importantes avances en *“la tramitación de las causas de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar”*, recomendó al Estado Parte

continuar desplegando *un esfuerzo riguroso en la tramitación de dichas causas, a fin de garantizar que las violaciones graves de derechos humanos, incluidas aquéllas con contenido sexual y las relativas a la apropiación de niños, no queden impunes*” (ONU, Comité de Derechos Humanos, 98° período de sesiones. Nueva York: 8 a 26 de marzo de 2010).

De igual forma, el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, al efectuar su informe sobre el estado de cumplimiento de la CEDAW, exaltó el empeño del Estado Parte por enjuiciar a los autores de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la pasada dictadura, pero lamentó que no se hayan impuesto penas a los autores de delitos de violencia contra mujeres perpetrados por aquella época en Centros Clandestinos de Detención; y recomendó al Estado argentino que *“adopte medidas proactivas para hacer públicos, enjuiciar y castigar los incidentes de violencia sexual perpetrados durante la pasada dictadura, en el marco de los juicios por crímenes de lesa humanidad, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1820/2008 del Consejo de Seguridad y que se concedan reparaciones a las víctimas”* (Observaciones Finales, 46° Período de Sesiones, puntos 25 y 26: 12 al 30 de julio de 2010).

Si los delitos sexuales que aquí se tratan son crímenes de lesa humanidad, la Justicia debe receptorlos del mismo modo en que lo hizo con los otros delitos de lesa humanidad, cometidos durante la dictadura militar.

Resulta necesario visibilizar estos delitos como delitos autónomos que violan derechos humanos, en la particularidad de estar dirigidos a las mujeres, en su condición de tales.

Los atentados contra la integridad sexual configuran un ilícito autónomo y diferenciado del resto de los delitos, no sólo ahora, sino desde hace años.

La violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado expresa una forma materializada de terror sexual que excede, en mucho, la configuración de la figura penal de la tortura, la desborda, tanto en su sentido sociológico como jurídico.

Ello se puede apreciar en el mismo Código Penal –ya vigente al momento de los hechos de la causa-, al establecerla como una figura distinta a la del tormento, en atención a que los bienes jurídicos tutelados son distintos.

Si bien la desnudez forzada, la amenaza de abuso, el forzamiento al exhibicionismo, la burla con connotación sexual, sólo para citar algunos ejemplos, acaso podrían ser considerados incluidos dentro del delito de tortura, al tratarse de un medio de infligir daño a la víctima, por su parte la violación sexual es un delito separado, que existía tipificado en el Código Penal al tiempo de comisión de los hechos, materia de este examen recursivo.

## *Poder Judicial de la Nación*

Como se ha explicado en el punto anterior, no existe ninguna razón vinculada al Derecho internacional que impida considerar que los abusos sexuales fueron cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Más aún, resulta un imperativo calificarlos delitos sexuales *strictu sensu*, diferenciados del genérico de tormento, a la luz de la obligación internacional de investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos a cargo del Estado argentino, para este tipo especial de violación de los derechos humanos de las mujeres.

La defensa técnica de los imputados sostuvo que los hechos de violencia sexual se subsumen en el delito de tortura, como parte de la misma, y por lo tanto, estos padecimientos de connotación sexual no quedarían impune ya que los encartados se encuentran procesados en la presente causa por los tormentos agravados en perjuicio de Silvia Susana Ontiveros, Stella Maris Ferrón y Vicenta Olga Zarate, entre otros.

Si bien el planteo de la defensa es el que se ha venido sosteniendo jurisprudencialmente, este Cuerpo entiende que el delito de tormentos no podría desplazar a las figuras específicas contempladas por los delitos sexuales.

Desde las premisas esbozadas, es incorrecto sostener que el tipo legal que criminaliza a la tortura incluye -por especialidad o consunción- al ilícito de los delitos sexuales.

Ello es así, ya que no existe una relación de especialidad entre los tormentos y los abusos sexuales. Es que, para que prevalezca el delito de tormentos por sobre el de abuso o violación sexual en virtud de una relación de especialidad, debería ser cierto que el tormento es un delito especial respecto del cual el abuso sexual es más básico, lo que es absolutamente falso.

Por otro lado, tampoco existe una relación de consunción. La consunción se da cuando un tipo encierra al otro materialmente, esto es, lo consume. Y tiene lugar entre dos tipos penales, en que uno encierra al otro porque consume el contenido material de su prohibición y siempre que se dé el caso de que la realización del tipo más grave sea uno en el que la acción satisface también los elementos del tipo menos grave.

Entendemos que ello no sucede en el caso de los abusos sexuales, dado que ni son menos graves -en especial la violación-, ni tampoco es posible considerar que los abusos sexuales sean casos característicos o prototípicos de tormentos, de modo tal que sensatamente pueda entenderse que ya fueron contemplados en la definición genérica del delito de tormento.

De lo expuesto, surge que es obligatoria la aplicación de las figuras penales que protegen específicamente la libertad e integridad sexual de la víctima, lo que no hace el delito de torturas.

Así, se puede concluir en que las figuras específicas del abuso sexual no quedan desplazadas por la aplicación del delito de tormentos. Por lo tanto, en el caso de marras, en que se encuentran *prima facie* acreditados los hechos de violencia sexual cometidos contra Silvia Susana Ontiveros, Stella Maris Ferrón y Vicenta Olga Zarate, corresponde calificar a estos hechos como delitos sexuales *stricto sensu*.

### **C) Calificación legal**

En la época de los hechos que aquí se investigan, las distintas formas de abuso sexual estaban reprimidas dentro del título “delitos contra la honestidad” del Código Penal (en su redacción original del año 1921 por la ley 11.179).

Del análisis de los hechos investigados y de la prueba incorporada en la presente causa, los que fueran oportunamente descriptos y exhibidos a los imputados y a sus defensas al momento de substanciarse las declaraciones indagatorias, surgen testimonios en los que se afirman o describen situaciones que encuadrarían en el tipo *violación sexual agravada*, vigente al momento de comisión de los hechos, prevista en el art. 122 en relación con el art. 119 inc. 3° del C.P., texto según ley 11.179.

En particular, corresponde valorar en este apartado los hechos descriptos por las víctimas Silvia Susana Ontiveros, Stella Maris Ferrón y Vicenta Olga Zarate.

A los ya relatado por la víctima Silvia Susana Ontiveros en el marco de la presente causa, transcritos en el apartado A), debe sumarse lo declarado por la testigo en el debate oral que tuvo lugar ante el TOCF N° 1 de Mendoza (declaración del 30/11/2010 en los autos N° 001-M y sus acumulados), oportunidad en la que expresó “... *Fui violada por más de 20 hombres, tres y cuatro veces al día. No eran los mismos. Respiraban distinto, olían distinto y hasta insultaban diferente. Ni siquiera podía bañarme, ... la violación era una forma más de degradación, la idea era convertirte en nada...*”. En dicha declaración también relató que a causa de las violaciones y la aplicación de la picana en sus genitales, perdió la posibilidad de concebir y que su útero sufrió lesiones permanentes e irreversibles (cfr. acta de audiencia y audio incorporadas a esta causa). Remarcó que durante su cautiverio en el D-2 “...*Durante dieciocho días fui violada, maltratada, picaneada, se me abrió el ano con una pistola...*” (fs. 160/163 autos 86-F).

En forma coincidente, el testigo Fernando Rulé Castro, su pareja en aquel entonces, relató: “...*Durante mi permanencia en el edificio de la Jefatura de Policía,-D2-. A donde fui llevado luego del secuestro del 09 de febrero de 1976, las detenidas que allí habían Silvia Ontiveros, Stella Maris Ferrón y Olga Zarate fueron violadas sexualmente como parte de la tortura a que fuimos sometidos todos allí, todos los días muchas veces y cuando digo muchas veces digo 10 (diez) o 20 (veinte), tantas veces que Silvia Ontiveros,...me comentó...que el espanto y la curiosidad la llevó a contar las veces que la violaban y que ese día había contado dieciocho (18)...*”. (fs.

## *Poder Judicial de la Nación*

1711/1713 autos 86-F). “...Y esas violaciones ocurrían muchas veces al día, yo no sé si la literatura obscena las contempla , hablo de 10, 15 veces al día, las violaban cada media hora. Yo quiero decir que no hay quien se salve de la responsabilidad de las violaciones....” (cfr. testimonial de Fernando Rule en la audiencia de debate oral en los autos N° 001-M y sus acumulados, ante el TOCF N° 1 de Mendoza).

Otra de las víctimas, Vicenta Olga Zárate también relató que estando detenida “...me empujan y me encierran en una celda muy chica...esa misma noche se abre la puerta y aparece un hombre que comienza a hacer preguntas y manoseos, lo que le digo es si no puede preguntar sin estar tocando, a lo que me dice ¿te molesta?, me abre la blusa y me dice ‘¿todavía no tenés marcas? pronto las vas a tener’ le indiqué a esta persona que yo estaba recién operada del útero, es decir, todos los órganos femeninos, a lo que me contesta “que el que voy a gozar soy yo no vos”, y luego me hizo parar y entonces se realiza el acto sexual, soy penetrada por el ano...” (fs. 624/626).

Sobre este mismo episodio que perjudicó a Vicenta Olga Zárate, también dieron cuenta Silvia Ontiveros y Fernando Rulé Castro. Ontiveros sostuvo “...Hasta hoy recuerdo sus sollozos diciendo que era virgen y entonces hicieron una violación contra natura...” Rulé Castro recordó que “... la primera vez que violaron a Olga Zarate que tenía alrededor de 40 años para esa fecha y fue el día que un médico o enfermero le quitó los puntos de la reciente operación de útero que había tenido... El violador de Olga Zarate iba relatando cada movimiento del crimen que estaba cometiendo, mientras la golpeaba con algo, que no sé que era, se escuchaba el ruido, durante muchos minutos y al final relató que la violó también por el ano. Olga habló poco con nosotros el resto del día y estuvo sollozando todo el día hasta que llegaron otros a violarla y luego fue todo grito, llantos, insultos y golpes...” (fs. 1711/1713 y vta. autos 86-F).

Stella Maris Ferrón, detenida el 10 de febrero de 1976, también denunció que fue violada, con el agravante de que en ese momento estaba embarazada. Manifestó que luego perdió el embarazo: “... La tortura es electricidad, golpes, violaciones, a mi me violaron, yo estaba embarazada, eso lo constató cuando yo estuve atada de los pies y manos y acostada sobre una mesa, creo, según me dijeron, un medico, a raíz de la tortura pierdo el embarazo...” (fs.165/169 autos 86-F).

Un compañero de cautivero en el D-2 y testigo de las violaciones expuso que “... lo mismo puedo decir de lo que escuché todos esos días que ocurría con Stella Maris Ferrón, a quién particularmente los violadores, le iban rompiendo la ropa de a poco con el paso de las horas, como en un juego perverso...” (fs. 1711/1713 y vta. autos 86-F).

Así también, Ivonne Eugenia Larrieu (fs. 718), Daniel Hugo Rabanal (fs. 326/327), Alberto Muñoz, Haydée Clorinda Fernández del Río, entre otros, acreditan que en los CCD y concretamente en el D-2 se utilizó la violencia sexual en forma serial contra los presos políticos, y en particular zaña, generalidad y reiteración con las mujeres allí privadas de su libertad.

Al tenor de la prueba relevada, fincada en los testimonios concordantes, coincidentes, y precisos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rememoraron lo acontecido en aquel contexto de encierro, violencia y tormentos sin límite, corresponde concluir que se encuentra *prima facie*, configurado en la presente causa la comisión del delito de violación sexual agravada en grado reiterado, según el art. 122 en relación con el art. 119 inc. 3° del C.P. en perjuicio de Silvia Susana Ontiveros, Stella Maris Ferrón y Vicenta Olga Zarate, habiéndose corroborado que tales delitos fueron cometidos en forma sistemática en el marco del plan de represión vigente en el país entre 1975/1983, y en las instalaciones del Departamento de Informaciones Policiales (D-2) de la Policía de Mendoza, mientras las mismas fueron privadas de su libertad en dicho CCD, reservándose el análisis de la atribución de responsabilidad penal para el apartado correspondiente.-

#### **D) Delitos de instancia privada y crímenes de lesa humanidad.**

Atento a la índole sexual de los delitos que aquí se tratan, corresponde analizar la incidencia de la regla de instancia privada (art. 71 C.P.) en el caso de delitos cometidos en el marco del Terrorismo de Estado.

En primer lugar, al tratarse el caso de marras de delitos de lesa humanidad, es decir de delitos de extrema gravedad y que incluso dan lugar a la jurisdicción universal, hay un interés en su juzgamiento que trasciende a los delitos comunes.

La configuración del delito de violación como delito dependiente de instancia privada suele ser la razón utilizada para no ahondar en su investigación y condena. Sin dudas, preservar a la víctima en estos casos resulta primordial, pero debe existir por parte de los operadores jurídicos una particular sensibilidad y capacitación respecto a las cuestiones de género, para así interpretar que una persona que decide exponer ante un tribunal de justicia haber sido víctima del delito de violación, está manifestando su voluntad de que se avance en el juzgamiento de este delito, lo que emana del discurso de sus palabras. Es precisamente esto lo que aquí acontece, pues las tres víctimas han testimoniado haber sido víctimas de reiterados ataques sexuales en sus personas.

Así, la voluntad de la víctima es la primera fuente a la que hay que recurrir para saltar la barrera del requisito de la instancia privada previsto por el art. 71 del C.P. Ante su ausencia por muerte o desaparición forzada, se impone la

oficialización de la acción en cumplimiento del deber estatal de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. “[...] *La oficialización de la acción penal se impone en aquellos casos en que la persona que sufrió violencia sexual haya sido asesinada, o se encuentre en calidad de desaparecida como consecuencia del accionar del Terrorismo de Estado. El mismo Código Penal expresamente prevé que no rige el requisito de la instancia cuando resultare la muerte de la persona ofendida (art. 72 inc I). Soler sostiene, refiriéndose a este inciso que las excepciones contempladas en esta norma obedecen a la gravedad objetiva del resultado*” (Paolini Pecoraro, 2011: 254).

#### **E) Intervención delictiva de los imputados.**

Los delitos sexuales, específicamente, el delito de violación, fueron considerados por parte de la dogmática penal como “delitos de propia mano”, pues se consideraba que era necesaria para su comisión la realización corporal en forma directa por parte del autor, y en consecuencia, “...*sólo pueden ser llevados a cabo mediante la propia ejecución corporal de las acciones típicas*” (ROXIN, Claus, “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”, Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, pág. 443).

Sin embargo, la postura teórica que ve a los delitos contra la libertad sexual como delitos de propia mano, se encuentra actual y mayoritariamente cuestionada en la doctrina, particularmente desde quienes defienden la teoría objetivo material del dominio del hecho –proveniente de Welzel-, y sobre la base de una adecuada concepción del bien jurídico protegido.

En verdad, como bien se ha señalado, que “detrás de la concepción de que únicamente puede ser autor quien realiza el tocamiento o la penetración, parece subyacer la idea de que estos delitos exigen la presencia de placer, lascivia o fines o móviles de contenido libidinoso que, por propia definición, sólo pueden contemplarse de manera individual” (DE LUCA, Javier A. y LÓPEZ CASARIEGO, Julio, “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Hammurabi, Bs. As., págs. 76/79).

Para estos autores, esta perspectiva debe rechazarse, dado que los tipos penales que describen delitos sexuales, aún en su literalidad, “no exigen tales cosas, sino tan sólo un significado social sexual de los actos realizados, con total prescindencia de los fines o móviles de los sujetos” (op. cit.). Agregan que “[...] además, las mismas figuras reclaman en algunos casos la presencia de otros elementos típicos, como la violencia, la intimidación, sin especificar que éstas deban ser ejercidas por la misma o distintas personas”, lo cual ya deja entrever la necesaria intervención típica de otros sujetos en el hecho global del ataque sexual, aunque no realicen el acto corporal de penetración.

Es necesario advertir que el objeto de reproche en los tipos penales que capturan las distintas variantes de abusos sexuales reposa en la afectación que la conducta produce en la víctima, mas no en la posible satisfacción sexual del o los intervinientes. Una visión de esta naturaleza no habría más que consagrar una visión puesta en el atacante, olvidando a la víctima del ataque, cuando en realidad, la prohibición de la acción está dirigida a la protección del bien jurídico de las potenciales víctimas.

Los delitos sexuales, como se sabe, se caracterizan por el ultraje sexual de la víctima y la afectación a su libertad e integridad sexual, y no por el placer o rédito sexual de sujeto que lo comente, contra la voluntad y libertad de aquella.

Entendemos que basta que es suficiente que se atente contra la libertad sexual, pues lo determinante para el injusto- en este caso, libertad sexual- no es el movimiento corporal, sino la lesión al bien jurídico.

Es por eso que no se hace depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se pune no es la satisfacción sexual del agente –dato naturalístico irrelevante e inescrutable-, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual que resulta vulnerado desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se realiza con otro (coautoría), o por medio de otro (autoría mediata) en una situación fáctica de dominio del hecho.

No existe ninguna razón para que pueda admitirse la coautoría y la autoría mediata cuando se realiza cierta acción sobre el cuerpo de una víctima, por ejemplo, clavarle un cuchillo en el abdomen (lesiones, homicidio) o aplicarle descargas de electricidad mediante la picana eléctrica, colgarlo por horas de las muñecas, o infligirle cualquier clase de dolor físico y/o psíquico (tortura), y al mismo tiempo se la rechaze cuando la acción sobre el cuerpo de la víctima consiste en un acto que socialmente tiene una connotación sexual.

Despojado el tipo penal de cualquier requisito de lascivia o de placer en el autor, no cabe distinguir estos casos de violencia sexual, de otros delitos respecto de los cuales se admite la autoría (inmediata o mediata) o la coautoría, para todos aquellos que han tenido el dominio (o codominio) del hecho, o de la organización en un aparato estructurado y coordinado de poder, a través de la cual se comete el hecho.

Consecuentemente, cabe concluir que la figura penal de la violación sexual admite todas las formas de autoría (individual, mediata, coautoría paralela y funcional) y de participación (complicidad e instigación) (cfr. DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, Julio, op. Cit.).

La anterior premisa nos permite pasar a la afirmación de que autor penalmente responsable será quien domina finalmente la ejecución del hecho, y que en

## *Poder Judicial de la Nación*

un aparato organizado de poder como lo fue el terrorismo de Estado desde 1975 a 1983, abarca desde la conducta de dar órdenes de aniquilar al “enemigo subversivo” de cualquier modo, eslabonándose con su desdoblamiento o transmisión a través de las estructuras de las fuerzas militares, policiales y de seguridad, hasta el comportamiento de asegurar que se cumplan y la ejecución misma de aquellas.

La doctrina mayoritaria distingue claramente entre autoría mediata e inmediata. La mediata presenta un elemento en común con la directa, siendo el dominio del hecho (HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “La autoría mediata en Derecho Penal”, Ed. Comares, Granada, España, 1996, pág. 88. En igual sentido, BOLEA BARDÓN, C., “La autoría mediata en Derecho Penal”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, pág. 63, 134 y ss.), tesis que fuera recogida en la tantas veces citada sentencia de la “Causa 13/84” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en el llamado “Juicio a las Juntas”, y a partir de allí, con la adhesión de los tribunales orales que han juzgado delitos de lesa humanidad en Argentina.

El autor mediato “realiza el tipo”, llevando a cabo la ejecución del tipo, mediante otro sujeto. Evidentemente, el autor mediato está ejecutando el tipo penal, lo que no significa “ejecución de propia mano”, sino tan sólo una equivalencia valorativa de dicha ejecución total del hecho. Es por eso, que el sujeto no responde por lo que hace otro -el instrumento-, sino por lo que él realiza mediante o a través de otro (GONZÁLEZ RUS, J., “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en «Problemas de autoría», Cuaderno de Derecho Judicial (CGPJ), Madrid, 1994, p.108; SÁNCHEZ VERA, J., “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica “trascendencia”, en Revista Iberoamericana de Ciencias Penales, N°3, mayo/agosto, Porto Alegre, 2001, p.139; BOLEA BARDÓN, C., op. Cit., pág. .57).

Al autor mediato, aunque no ejecute “directamente” el tipo, le «pertenece» su propio injusto y realiza el tipo penal. Puede hacerlo por medio de otro que le sirve de instrumento, teniendo el dominio de la voluntad de aquél, o mediante otro subordinado, teniendo el dominio del aparato organizado de poder, como acontece en este caso.

Con todo lo dicho, resulta claro que los abusos sexuales no pueden catalogarse como delitos de “propia mano”, sin con ello pretende limitarse la intervención delictiva al supuesto de la comisión directa. La distinción entre autores y partícipes en casos de abusos sexuales -como en cualquier otro delito de dominio- tiene por base criterios objetivos ajenos a toda cuestión lasciva o libidinosa de los intervinientes y se determina en función del control que cada participante detenta respecto de la conformación definitiva del crimen.

Es por ello que, por ejemplo, en el marco de la comisión de una violación sexual, no sólo será autor quien acceda carnalmente a la víctima, sino también quien ejerza fuerza sobre ella, quien emita la orden de llevar adelante ese abuso sexual, quien sea responsable del funcionamiento del centro clandestino de detención donde se comete el crimen, o todo aquél que realice un aporte cuya magnitud sea el motivo para afirmar su incidencia determinante en la configuración final del hecho (cfr. ROXIN, Claus, “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, España, 1998, pág. 455).

Sentado lo cual, el Tribunal no comparte la postura expuesta por el *a-quo* sobre este punto, pues no existe obstáculo alguno para aplicar otras formas de autoría, más allá de la directa. La ya desarrollada tesis de la autoría mediata por aparatos organizados de poder por *Roxin* desde 1963 en su tesis doctoral, es perfectamente compatible con la comisión de los delitos que llegaron a esta instancia de apelación.

Tal afirmación encuentra sentido si se concibe a los atentados de índole sexual en el marco del plan sistemático desarrollado, tal como han quedado, en principio, acreditado como hechos probados en la causa.

La violencia sexual fue una forma más de ataque a la población civil, y en particular, a las mujeres detenidas en el CCD del D-2 policial. De manera tal que, así como los altos mandos dispusieron la aplicación de torturas, desaparición forzada de personas, la apropiación de niños o el robo de bienes como “botín de guerra” y premio a los ejecutores, también dejaron establecida la necesidad de destruir física y psíquicamente al adversario a través del abuso sexual en sentido genérico.

Esto se puede comprobar, como se señaló, en la llamativa coincidencia de la metodología aplicada en todo el país. Sería irrazonable pretender contar con la orden expresa o escrita para poder sostener que tales ataques no eran aleatorios y discrecionales, sino que eran parte del plan. En este sentido, yerra el *a-quo* al pronunciarse por la ausencia de comprobación de tales órdenes de ataques sexuales, puesto que en todos los casos de violaciones de derechos humanos en el contexto en que nos pronunciamos, las probadas privaciones ilegítimas de la libertad, aplicación de tormentos, amenazas y coacciones, homicidios y desapariciones forzadas de personas son demostrativas de la existencia de directivas previas para que luego se procediera de ese modo, dentro de las fuerzas armadas y las de seguridad y policiales sometidas a su control operaciones. Sin perjuicio de ello, basta con repasar el “Plan del Ejército (secreto) contribuyente a la Seguridad Nacional” de febrero de 1976 y la Directiva 404/75 del Comandante en Jefe del Ejército para advertir las órdenes de operar ofensivamente contra el oponente “subversivo” hasta su aniquilamiento, sumado al “Reglamento de Operaciones Psicológicas” (RC-8-5-1), manual de aplicación de la

tortura de toda índole al enemigo u oponente. A la conducción centralizada de la lucha contra la subversión, se le agregó la ejecución descentralizada según la Directiva 504/76, con la consiguiente impunidad para los ejecutores -instrumentos intermedios- por la comisión de hechos aberrantes en aquél plan de persecución y exterminio.

La testimoniales agregadas en la causa ilustran sobre la ferocidad, inhumanidad, reiteración, sistematicidad, generalidad, finalidad de la destrucción psíquica de las víctimas, y su castigo por su condición de mujer en los ataques sexuales por parte de los sujetos que prestaban funciones en el D-2 policial.

Desde los hechos probados de la causa, pretender acreditar la existencia de la orden secreta -tal como lo pretende la defensa-, constituye una prueba macabra a costa de las víctimas del ataque sexual, colocándolas en una situación de indefensión y de revictimización. Tratándose de un plan de ataque y exterminio, y dentro de instituciones verticalizadas como las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, la ocurrencia de esos hechos no encuentra otra explicación que la existencia de órdenes para la comisión de esos hechos.

Si a ello se aduna que en las violaciones, al igual que en las sesiones de tortura con golpes y picana eléctrica, los autores aseguraban su impunidad total, mediante el tabicamiento con vendas y capuchas en las víctimas, para que no fueran reconocidos por ellas como fue planeado, la tesis formal-objetiva que sostiene a la doctrina de los delitos “de propia mano” constituye un premio a la astucia desplegada por los autores para mantenerse impunes, y resulta una conclusión inaceptable en la consideración global de los hechos probados y su enfoque desde la dogmática penal para la aplicación de la ley penal al caso concreto.

Siendo la violencia sexual una parte del ataque sistemático a la población civil, y ordenada o dispuesta por los altos mandos de la conducción del Ejército, ello fue reconducido y desdoblado por los mandos intermedios y ejecutados materialmente por los integrantes de los grupos de tareas. Es así que a partir de las directivas generales, como las citadas, a nivel de la Jefatura del III Cuerpo de Ejército, a cargo de la Zona 3 de Defensa, descendían las órdenes de batalla u operaciones a la Subzona 33 -Cuyo- a cargo de la VIIIª Brigada de Infantería de Montaña, y de allí al Área 333 donde operaban las fuerzas de seguridad y policiales bajo control operacional del Ejército, en este caso la Policía de Mendoza, con la actuación del Departamento de Informaciones Policiales (D-2), ubicado en el Palacio Policial, donde las víctimas de esta causa sufrieron los ataques sexuales mencionados.

#### **F) Situación de los imputados respecto de los delitos sexuales.**

El principio de *responsabilidad penal individual* que emana de la propia acción o hecho, denota la noción básica de que las personas pueden tener control sobre sus actos u omisiones y que, por ende, la perpetración de una conducta

considerada prohibida por las normas penales de un sistema dado acarrearán determinadas consecuencias al autor de la misma, conforme el principio de legalidad del art. 18 de la C.N. y la ley vigente al momento de los hechos aquí analizados.

Es necesario destacar los tres términos que conforman el concepto de responsabilidad: 1) *responsabilidad*, que implica el deber de afrontar las consecuencias del incumplimiento de una obligación; 2) *penal*, que indica la naturaleza de la prohibición y las formas específicas en las que el autor deberá responder; en otras palabras, la determinación penal de las consecuencias derivadas del incumplimiento; y 3) *individual*, que denota que serán precisamente las personas físicas y no las colectividades o personas jurídicas quienes deberán responder por sus propias conductas.

El principio de responsabilidad penal individual, incorporado en todos los sistemas jurídicos del mundo en relación con los delitos contenidos en su legislación, ha sido también reconocido y afirmado con respecto a los crímenes establecidos por las normas internacionales. De manera particular, en el marco de los procesos que siguieron a la II Guerra Mundial, el Tribunal Militar Internacional, en la sentencia del juicio contra los mayores criminales nazis, afirmó que "...[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas, y sólo mediante la sanción de las personas que cometieron dichos crímenes se podrán hacer valer las normas del derecho internacional" (cfr. Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el Enjuiciamiento de los Mayores Criminales de Guerra Alemanes, Nüremberg, 30 de septiembre y 1º de octubre de 1946 [Traducción no oficial]). Este mismo principio fue reafirmado en los Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en la Sentencia del Tribunal, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en Year Book I.L.C., 1950, Vols. I y II. Más recientemente, consolidado a través de los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la exYugoslavia y Ruanda, así como de la Corte Penal Internacional).

A fin de determinar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de lesionar bienes jurídicos ajenos –como delitos de organización o de dominio como aquí se ha planteado–, debe fijarse el grado de responsabilidad de los individuos imputados, derivado de las conductas que jurídicamente le son atribuibles. Ello quiere significar que, en términos de responsabilidad penal individual, es indispensable establecer puntualmente la naturaleza y alcance de la intervención de una determinada persona en el hecho criminal.

El proceso de imputación que aquí se ensaya es un ejercicio común con respecto a los delitos establecidos por la legislación nacional que, por regla general, son cometidos por una persona o un grupo reducido de personas, posiblemente

asistidos de manera marginal por otros individuos. Así, en los esquemas de criminalidad tradicional, las formas de intervención de las personas en el crimen, así como las relaciones entre ellos son, generalmente, claras y definidas. Por el contrario, los crímenes de derecho internacional requieren, por su propia naturaleza, el involucramiento de un gran número de personas, entidades y estructuras para su perpetración, lo que puede advertirse del relatos de los testigos víctimas de los ataques sexuales en esta causa –Ontiveros, Ferrón y Zárate– así como de sus compañeros de cautiverio. A este fenómeno se lo denomina como “criminalidad colectiva” o “macrocriminalidad”. La consecuencia de tal fenómeno es que la determinación de la responsabilidad penal individual por este tipo específico de crímenes de lesa humanidad siempre implicó un desafío particular, dado que en el marco de las redes de acción colectiva o de la estructura o posición funcional del enjuiciado, el grado de responsabilidad no disminuye a medida que la distancia con respecto al hecho aumenta; efectivamente, a menudo ésta incrementa. Al mismo tiempo, en la mayoría de los casos es difícil establecer con precisión la conducta particular o forma específica de intervención de cada persona, diferenciándola del grupo (cfr. AMBOS, Kai, “La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática”, trad. Ezequiel Malarino, 2ª edición, Duncker & Humblot–Fundación Konrad Adenauer, Editorial TEMIS, Uruguay, 2004, pág. 74 y ss.).

Según la jurisprudencia internacional, “[l]a mayoría de las veces, estos crímenes no son el resultado de la propensión criminal de un solo individuo sino que constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: estos crímenes son comúnmente llevados a cabo por grupos de individuos actuando en cumplimiento de un diseño criminal común. A pesar que sólo algunos miembros del grupo físicamente perpetren la conducta criminal (asesinato, exterminio, etc.) la participación y contribución de otros miembros del grupo es comúnmente vital para facilitar la comisión de la ofensa en cuestión” (cfr. TPIY, “Fiscal vs. Dusko Tadic”, Caso N° IT-94-1-T, Sala de Apelaciones, Sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 191 [Traducción no oficial]).

En este orden de ideas, la Corte Penal Internacional, citando a la Corte de Distrito de Jerusalén en el caso “*Eichmann*”, enfatizó que “...[e]n crímenes tan enormes y complicados [...] en los que muchas personas participan en varios niveles y en distintos tipos de actividades [...] cometidas en masa [...] la medida en que cualquiera de los muchos criminales está cerca, o lejos, del asesino material de la víctima no significa nada en lo que concierne a la medida de su responsabilidad. Lo contrario, en general el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del individuo que utiliza el instrumento fatal con sus propias manos y alcanza los mandos más altos [nota en el original omitida]”. (cfr. CPI, “Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu

Ngudjolo Chui”, Caso N° ICC-01/04-01/07, Situación en la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión sobre la confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07-717, 30 de septiembre de 2008, párr. 503 [Traducción no oficial].

Una de las consecuencias de las particularidades de estos esquemas criminales colectivos es la necesaria precisión y técnica judicial al momento de determinar la responsabilidad individual. Sin embargo, en muchos casos, los sistemas normativos no están específicamente diseñados para responder a las particularidades de los crímenes internacionales, o los jueces llevan a cabo una interpretación del derecho aplicable a los hechos como si se tratara de un simple caso de criminalidad común, cuando la dimensiones del plan y de la empresa criminal requieren otras herramientas teóricas para dar cuenta del suceso acontecido, tal como lo vivieron las víctimas. Un visión parcializada, como entendemos realizó *a quo* en el decisorio en revisión, puede derivar en una inadecuada determinación del rol ejercido por cada persona, así como la aplicación de penalidades que no reflejen con precisión el grado de responsabilidad individual de aquéllos. Como resultado, la precisa determinación de los hechos, en conjunto con la interpretación normativa del derecho aplicable, haciendo uso de las teorías dogmáticas y estándares internacionales en la materia será crucial para lograr la sanción de los verdaderos culpables, es decir, de aquellas personas que tienen el mayor grado de responsabilidad por la comisión de crímenes brutales, condenados por todos los pueblos del mundo, llamados *contra el derecho de gentes* por el art. 118 de nuestra Constitución Nacional.

### **G) Autores mediatos**

El Código Penal reconoce no sólo la responsabilidad individual de aquellas personas que realicen materialmente la conducta descrita en el tipo, sino también la responsabilidad, como autores o principales, de personas que, aunque no realicen materialmente la conducta, tienen el control sobre el delito. En la actualidad, de conformidad con la jurisprudencia nacional e internacional, este es el criterio del dominio del hecho o control del crimen, el que precisamente distingue a los autores de los partícipes en un crimen. Por lo tanto, el interrogante a despejar no reside en quién realiza la conducta material (denominado en la dogmática anglosajona como *actus reus*), sino quién domina el hecho, al determinar realmente cuándo, dónde y cómo se comete el crimen.

La autoría mediata es una forma autónoma de intervención criminal punible –ya admitida en nuestra jurisprudencia desde la conocida “Causa 13/84”- según la cual el verdadero responsable del crimen, quien tiene el verdadero control sobre el mismo, no es quien realiza la conducta material sino otra persona que actúa a través de éste, acuñado en la frase “el autor detrás del autor”. El autor mediato utilizará al autor

## *Poder Judicial de la Nación*

inmediato como un instrumento al cual controla.

La doctrina penal alemana de la década de 1960 vio el surgimiento de una nueva modalidad o variante de la autoría mediata, cuando *Roxin* propuso la teoría del *autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*, sin pretender que el autor inmediato del delito esté exento de responsabilidad, sino que se reconoce al “perpetrador-detrás-del-perpetrador” con base en el dominio que éste último tenga del crimen, con motivo de su posición de autoridad en una organización altamente jerarquizada y estructurada.

Esta doctrina ha sido prioritariamente desarrollada y aplicada en cortes europeas, especialmente por los tribunales alemanes, y más recientemente por cortes latinoamericanas. Sin embargo, y a pesar de su creciente importancia en las jurisdicciones de sistemas neorománicos, la misma fue poco explorada por los tribunales penales internacionales *ad hoc* (por ejemplo, en decisiones recientes, la Sala de Apelaciones del TPI para la exYugoslavia concluyó que la doctrina de la coautoría mediante terceros en aparatos de poder no era una norma reconocida por el derecho consuetudinario, y por ende no podía ser aplicada por el tribunal. TPIY, “*El Fiscal vs. Milomir Stakic*”, Caso N° IT-97-24-T, Sala de Apelación, Sentencia de 22 de marzo de 2006), que se centraron en la responsabilidad con base en la teoría de la empresa criminal conjunta y la responsabilidad del superior jerárquico.

No obstante este rechazo inicial por parte de la jurisprudencia internacional, la *autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados* ha sido claramente adoptada por la Corte Penal Internacional en recientes decisiones, marcando una nueva etapa en el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina internacionales sobre las formas de intervención criminal. En primer lugar, la Corte Penal Internacional enfatizó que la autoría mediata no es excluyente de todas las otras formas de intervención criminal, en particular de la coautoría; dos o más personas pueden ser responsables por una coautoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Así, sostuvo: “[...] no existen bases legales para limitar la comisión conjunta de un crimen solamente a los casos en los que el perpetrador ejecuta una porción de los mismos al ejercer control directo sobre ésta. Más bien, mediante la combinación de la responsabilidad individual por la comisión de crímenes mediante otras personas [autoría mediata] en unión con la atribución mutua entre coperpetradores de alto rango, surge un modo de responsabilidad que permite a la Corte valorar la culpabilidad de los ‘líderes de alto rango’ adecuadamente” (cfr. CPI, “*El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*”, nota *supra* 9, párr. 492 [Traducción no oficial]).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de revisar la sentencia del “Juicio a los Comandantes”, señaló que “...los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Son características relevantes de esta forma de aparición de la autoría mediata, el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá. Ello así, toda vez que, otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera individualmente, sino como engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura pues, aun cuando alguno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará. Esta concepción de la autoría mediata es plenamente aplicable a la causa, ya que la estructura jerárquica de la institución militar posibilita, a quien se encuentra en su vértice, la utilización de todo o parte de las fuerzas bajo su mando, en la comisión de hechos ilícitos” (CS, Fallos 309 tomo II).

*Roxin* formuló su teoría sobre este aspecto de la autoría mediata en una conferencia titulada “Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder”, pronunciada en Hamburgo en el año 1963. En 2003, *Roxin* recordaba este episodio en ocasión de dictar una conferencia en la Universidad Lusíada de Lisboa en Portugal. Señaló en la ocasión que “El ejemplo histórico que tenía presente al desarrollar esta forma de autoría mediata era el del poder violento nacionalsocialista. Cuando Hitler o Himmler o Eichman daban órdenes de matar, podían estar seguros de su cumplimiento...”. Agregó: “Según mi concepción, aquí es autor mediato todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder -sin importar en qué nivel de la jerarquía- y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad del ejecutante. Luego, al reiterar el concepto de ‘fungibilidad’, tomado por nuestro máximo tribunal en el fallo recién citado, efectúa una aclaración sobre la responsabilidad del verdugo que despeja cualquier duda”. Señala *Roxin*: ‘Esto no cambia para nada el hecho de que quien finalmente ejecute de propia mano el homicidio sea punible como autor inmediato’, idea que resulta aplicable a la comisión de las violaciones aquí endilgadas.

La teoría del dominio del hecho permite distinguir más claramente la diferencia entre autor y partícipe, pues será autor quien domina la configuración del injusto, y partícipe quien no ejerce tal dominio y sólo colabora con un hecho doloso ajeno. La autoría pone en relación al autor mediato con un hecho punible concreto, con la atingencia que la imputación de éste al autor que no ejecuta materialmente el acto, se

## *Poder Judicial de la Nación*

sustenta en el dominio de la voluntad o funcional que éste ejerce a través del intermediario material. No se trata de una forma de responsabilidad objetiva, en la medida que se afirma en esta forma de autoría igualmente el carácter doloso de la conducta del autor mediato. Al autor mediato se lo vincula jurídicamente con el acto ejecutado, por la capacidad que tuvo de conocer el curso causal del acto material y de dominarlo volitivamente a través del intermediario material.

Uno de los caracteres de la autoría mediata en aparatos organizados de poder lo constituye el poder de mando del autor mediato.

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior “del hombre de atrás” de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que *el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado.*

En este ámbito, cabe distinguir entre el poder de mando que se ejerce en el nivel superior estratégico, y el que se realiza en los niveles intermedios. Es importante distinguir que el poder de mando se puede expresar de dos formas. La primera, desde el nivel superior estratégico hacia los niveles intermedios tácticos u operativos. La segunda desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. En ambos casos, dicho poder de mando se manifestará siempre en línea vertical. Esto último será determinante para la atribución de una autoría mediata hacia todos los mandos en la cadena del aparato de poder, ya que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel estratégico superior imparte o trasmite sus decisiones, con aquellas que realizan los mandos intermedios hacia los ejecutores directos, justamente por la posición diferente que ocupa cada estamento al interior de la organización criminal. El dominio de la organización que se ejerce desde el nivel estratégico superior será distinto del que detenta el mando intermedio, ya que quien se

encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete.

El grado de responsabilidad penal también difiere para quien se encuentra en el escalón superior máximo y será mucho mayor que el que corresponde atribuir a quien se encuentra en un nivel intermedio. Este mayor nivel de responsabilidad fue puesto de relieve por el Tribunal de Jerusalén en el caso “Eichmann”, donde se señaló que *“la medida de la responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ponen las armas letales en acción con sus manos, alcanzado a los escalones más altos del mando,...”* [...] [De esta forma] se verificó judicialmente lo que Roxin refiere en torno a *“... que la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo”*.

Cabe destacar que el grado de reprochabilidad que recae sobre el titular del poder de mando será siempre más intenso cuando el origen del mismo parte de un marco de legitimidad formal. En estos casos corresponderá un mayor grado de desvalor, porque aquél abusando de su posición de dominio produce una doble afectación al sistema, al crear y dirigir una estructura organizacional jerárquica y delincencial, a la vez que paralela y encubierta. Primero, por haberse alejado del orden legal establecido y que era la fuente del uso legítimo de su poder; y, luego, porque al ser conocedor del marco jurídico existente diseña y activa dicha estructura criminal de modo que resulta menos identificable a las autoridades encargadas de la prevención y control del delito.

Ahora bien: es necesario puntualizar que quien actúa en línea periférica o colateral a una cadena de mando, sea como consejero o simple emisario de las disposiciones de los niveles estratégicos o intermediarios; o de quien sólo se limita a proporcionar los medios necesarios para la comisión del delito, sin posibilidad alguna de emitir órdenes, sólo podrá ser considerado como cómplice. Pero, para poder determinar este rol subsidiario a la cadena de mando será necesario reconocer la posición real que se ocupa dentro de la organización, así como el tipo de aporte que se realiza para la concreción de los hechos ilícitos. Por lo tanto, no resulta compatible con la configuración e intervención de este sector periférico o colateral la denominación de *“mandos intermedios inferiores”*, porque el término *“mando”* implicará siempre la capacidad de emitir una orden basándose en el grado de dominio que se ejerce sobre la estructura criminal. Por tanto, todo aquél que en atención a su jerarquía pone en funcionamiento la maquinaria del aparato de poder organizado, para la comisión del

## *Poder Judicial de la Nación*

delito, deberá responder siempre como autor mediato.

Un caso particular es el *poder de mando entre niveles intermedios* o lo que se podría denominar también la *posición de mando a mando*. Esta variante se presenta generalmente en aparatos de poder organizados complejos. Ahora bien, la presencia de una cadena de mandos intermedios no excluye la imputación de responsabilidad equivalente de unos y otros. En estos supuestos todo aquél que se encuentra en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes, responderá a título de autor mediato, pues sus disposiciones permitirán que la estructura criminal siga activa.

Por consiguiente, no se puede admitir entre estos niveles de mando intermedio o secuencial, como causa de exculpación, el hecho de que *“solamente se encargó de transmitir la orden”* proveniente de otro mando. Ello debido a que su disposición y mando determinan también que la conducta punible se realice. Tampoco cabe argüir como eximente el argumento de que *“si no lo hubiera hecho otro se hubiera encargado de hacerlo”* pues el mando intermedio tiene cabal conocimiento, por su posición en una estructura jerárquica, que su intervención será parte activa en la concreción de las conductas criminales que realicen finalmente los ejecutores. Según *Roxin*, esto también fue destacado por el Tribunal de Jerusalén para justificar la condición de autor de Eichmann, la cual no se veía afectada *“... aún cuando él esté en una relación de subordinación respecto del órgano, como un mero ejecutor. Porque la figura de la víctima sin sentido, por más importante que sea en la teoría del autor para sancionar la conducta del mandante, va más allá, en referencia al comportamiento personal del ejecutor, hasta el viejo y ya antes mencionado pretexto de la causalidad superadora...”*. En consecuencia, *Roxin* destaca que *“quien comete un delito no se libera de su responsabilidad por la circunstancia de que si él no lo hace, otro habría consumado el hecho. Por otra parte, Eichmann no era sólo un ejecutor, sino que a la vista de sus subordinados era, al mismo tiempo, un mandante, de modo tal que los criterios que hacen de sus inspiradores autores mediatos también lo alcanzan a él”*.

Conforme la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder que sostiene este Cuerpo, para determinar si una persona actuó como autor mediato en virtud de dominio de la organización, es necesario demostrar que el imputado ejercía un cargo y cumplía funciones con capacidades decisorias dentro de la organización, y que en tal condición habría intervenido en los hechos delictivos en tanto estos habrían sido perpetrados *“por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso”*, y su responsabilidad deviene ya por las órdenes verbales y secretas dadas a subordinados de cometer los ataques sexuales que

aquí se ventilan, o “...en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: a) hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber, que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y b) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento” (art. 28 del Estatuto de Roma), lo que viene a configurar aquella situación de dominio del hecho en el aparato organizado de poder del Estado terrorista, al concurrir a determinar el momento del ataque sexual, su modalidad y el lugar, en concreto, en las instalaciones del D-2 del Palacio Policial mendocino.

Aplicado al caso que nos ocupa, puede afirmarse que los testigos/víctimas que declararon en autos son claros y coincidentes en afirmar que entre 1975 y 1983 habría funcionado en el Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza (D2), un lugar de detención en el cual eran alojadas personas secuestradas por fuerzas de seguridad, por motivos políticos o por haber sido calificadas de subversivas”, quienes habrían soportado un trato cruel, inhumano y degradante.

Dicho lugar de detención habría funcionado como un “centro clandestino de detención”, administrado y vigilado principalmente por personal de la Policía de Mendoza, y del Ejército Argentino, y en él se habrían infringido torturas y ataques sexuales a los allí detenidos, y en algunos casos se habría decidido su muerte.

Para determinar la responsabilidad penal por autoría mediata, corresponde indagar si, atento el cargo y la función que ejercían los imputados y al ámbito donde esta se desarrollaba, puede presumirse que habrían tenido intervención en la comisión de los comportamientos delictivos corroborados en autos, por haber ejercido como *mandos intermedios* el dominio sobre los mismos a través del *dominio de la organización*.

Que conforme las consideraciones expuestas, quedaría demostrado con el nivel de verosimilitud que amerita esta etapa procesal, que los encartados **Luciano Benjamín Menéndez** -en su condición de Comandante del III Cuerpo del Ejército a la fecha de los hechos y Jefe de la Zona de Defensa 3 en la “lucha contra la subversión”-, y **Juan Agustín Oyarzábal** -que se desempeñó a la época del hecho investigado en el cargo de 2º Jefe del Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza-, dio órdenes verbales y secretas en el caso del primer nombrado, y la retransmitió en el caso del segundo mencionado, para la comisión de los delitos de tormentos y ataques sexuales contra las detenidas en el centro clandestino de detención del D-2, como parte integrantes del ataque criminal y en el contexto generalizado y sistemático en que fueron cometidos, lo cual lleva a descartar por su afirmación que hayan tomado alguna disposición a su alcance para evitar, investigar, sancionar,

## *Poder Judicial de la Nación*

denunciar, o al menos informar a un superior la criminalidad de estos actos, pues ellos mismos los ordenaron; resultando de esta manera penalmente responsables en calidad de autores mediatos por los delitos investigados en autos, conforme la imputación que a cada uno se le efectuará oportunamente.

En consecuencia, corresponde revocar la falta de merito dicta por el *a-quo* a favor de los imputados, y dictar el procesamiento de los mismos como autores mediatos en la presunta comisión del delito previsto y penado en los art. 122 en relación con el art. 119 inc. 3 del C.P en perjuicio de Silvia Ontiveros, Vicenta Olga Zárate y Stella Maris Ferrón.

Respecto de **Támer Yapur**, al encontrarse incurso en la causal prevista por el art. 77 del C.P.P.N., acreditada a fs. sub. 80/83 de los autos N° 87.037-F-20.977 caratulados: “COMPULSA EN AS. 106-F F. c/ MENENDEZ L. y Otros s/ Av. INF. ART. 144 C.P.”, es que corresponde la suspensión de la tramitación de la causa a su respecto.

Respecto de **Orlando Oscar Dopazo**, atento la partida de defunción acompañada por el Defensor Oficial del nombrado en Autos N° 020-F caratulados “Fiscal c/ Menéndez y otro p/ averiguación art. 144 ter”, la cual da cuenta del fallecimiento del imputado el día 22-02-2010, corresponde sobreseerlo por extinción de la acción penal en relación a los delitos por los que fue imputado, indagado y procesado en la presente causa (art. 59 inc. 1 Código Penal y 336 inc. 1 C.P.P.N.).

En relación a **Eduardo Smaha y Armando Osvaldo Fernández**, se tiene que ambos encartados cumplían funciones en el Departamento de Informaciones (D-2) de la Policía de Mendoza, con la jerarquía de Oficial subalterno y Sub-Comisario respectivamente.

De los legajos personales de los nombrados surge que ambos tenían una basta experiencia en lo referente a “tareas de inteligencia”, por lo que su aporte dentro de la organización criminal constituida para la alegada “lucha contra la subversión” era fundamental, si se tiene en cuenta que la Policía de Mendoza se encontraba bajo control operacional del Ejército (Subzona 33 a cargo del Comandante de la Brigada de Infantería de Montaña VIII).

Del legajo personal de Eduardo Smaha, obrante a fs. 123 surgen datos de relevancia que hacen a su formación profesional: “...en fecha 31 de octubre de 1.975 finalizó el V Curso de Inteligencia para Personal Superior de las Policías Provinciales, realizado en la Escuela Nacional de Inteligencia dependiente de la Secretaría de Informaciones del Estado (SIDE), en el cual se dictaron clases de materias básicas en el quehacer de la especialidad de Inteligencia y otras que complementan esa labor. Abarcando las siguientes asignaturas: Fundamentos Básicos Sociales, Fundamentos de la Realidad Social, Inteligencia, Análisis de contenido, Contrainteligencia, Subversión,

Operaciones Tácticas, Fichero y Archivo, Comunicación Social, Explosivos y Toxicomanía. En dicho curso obtuvo la calificación de sobresaliente distinguido....”.

En el Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza participó activamente en los procedimientos dispuestos para combatir la subversión, ello surge de la Resolución N° 39 J. 09/03/76 obrante en su legajo personal, donde “el Jefe de Policía felicita y recomienda a la consideración del personal al causante, quién juntamente a los demás integrantes del D-2 lograron detectar, desbaratar y posteriormente aprehender a una célula de delincuentes subversivos que actuaban en nuestro medio” (v. fs. 143 del legajo personal).

De las compulsas de las causas “Rabanal” y “Luna” que se encuentran como prueba documental en los autos N° 636-F “Fiscal c/ GUZZO y otros” de trámite ante el Juzgado Federal N° 1 de Mendoza, y los autos N° 001-M y sus acumulados “MENÉNDEZ y otros” del registro del TOCF N° 1 de Mendoza, surge que tanto Smaha como Fernández se desempeñaban a cargo de la Sección de Operaciones Especiales del D-2. Dicha sección operativa tenía por función real efectuar los seguimientos de personas, los allanamientos de moradas, la detención de sospechosos – o que así se los sindicara- de actividades subversivas, su traslado a las instalaciones del D-2 en condiciones de tabicamiento, mediante amenazas, coacciones, su alojamiento en las celdas del D-2, la realización de los interrogatorios bajo tormento de golpes, aplicación de picana eléctrica, submarino húmedo, simulacros de fusilamientos, hacinamiento y privación de agua y alimento a los detenidos en el D-2, el traslado de los detenidos desde las celdas a la sala de tortura y su regreso a aquella, y obviamente, el mantenimiento de los detenidos en aquellas celdas por tiempo indefinido -ex ante-, en suma clandestinidad, todo ellos con el cometido del aniquilamiento físico y psíquico del oponente “enemigo” capturado, lo que incluía todo tipo de maltrato y de ataques sexuales contra las mujeres detenidas, como en concreto existió. Es necesario resaltar que, en pos de ese objetivo de denigración del oponente “subversivo”, nada más lesivo que la violación sexual, con su nota de sistematicidad y generalidad que se desplegó sobre las mujeres detenidas, con la comprensión que podrían sobrellevar la tortura, pero no la anulación de su libertad sexual. El ataque sexual en sí pone en evidencia la intencionalidad de Smaha y Fernández de que esos hechos tengan lugar, para así doblegar más aún a las detenidas, y a los detenidos que escuchaban los gritos de las víctimas, como una nueva y horrorosa forma de tortura (cfr. testimonial de Rule).

La posición jerárquica superior de Smaha y Fernández, como oficiales subalternos inmediatos a Sánchez Camargo -Jefe- y Oyarzábal -2° Jefe- del D-2 los coloca en la categoría de mandos intermedios, cuyas órdenes se desplegaban al personal inmediato inferior, en modo vertical. Los testimonios brindados en la audiencia de debate oral ante el TOCF N° 1 de Mendoza en la causa “MENÉNDEZ”,

## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

así como las indagatorias dadas por Luis Alberto Rodríguez Vázquez, Sub-Comisario en el D-2 y por el sargento Celustiano Lucero, ubian a Smaha y Fernández en el manejo de los detenidos y en los interrogatorios a que fueron sometidos, así como con el manejo de los capturados hacia el D-2, en el D-2, las salidas en búsqueda de nuevos blancos (v. Caso VILA BUSTOS), y en la imposición de condiciones inhumanas de detención, las torturas nocturnas y los ataques sexuales, ello circunscripto al nivel jerárquico que ostentaban en concreto en los hechos.

Respecto de Armando Osvaldo Fernández, ingresa al D-2 en marzo de 1.971, siendo instruído en materia de inteligencia, ello surge de su legajo personal en el que consta que realizó cursos de capacitación en materia de inteligencia en el año 1.971 (v. fs. 107 y vta. del legajo personal), también menciona que en fecha 17/11/71 el “Jefe de la Policía felicita y recomienda a la consideración del personal al causante, destacando su meritoria labor desarrollada en la Delegación de Mendoza de la Secretaría de Informaciones del Estado (SIDE) según Res. 235 y sup. 3233, incluso participó en el año 1.972 de un Curso de Perfeccionamiento para las Policías Provinciales en materia de Contrainteligencia, establecido por la Junta de Comandantes en Jefe del Estado Mayor Conjunto, habiendo sido designado para realizar dicho curso en fecha 7/11/72 (v. fs. 19 del legajo personal).

A su vez, consta a fs. 168 vta. que en fecha 15 de Noviembre de 1.976 y con las firmas de Juan Agustín Oyarzábal y Pedro Dante Sánchez Camargo, se opina respecto de Fernández, expresando ambos funcionarios “Oficial competente en la especialidad de Informaciones con amplio conocimiento de la materia de Inteligencia” con una calificación Sobresaliente.

Como se observa, la labor de Smaha y Fernández no se limitó a la tarea de inteligencia, sino que fue más allá, pues desde sus acciones desplegadas en la Sección de Operaciones Especiales del D-2, llevaron a cabo una serie de actos constitutivos de delitos gravísimos, entre los que se encuentran las violaciones sexuales, al replicar la orden de destrucción de oponente, por cualquier medio y modo, en el contexto de encierro clandestino al que en particular se veían sometidas las mujeres como Ontiveros, Ferrón y Zárate, que como la creación de un riesgo jurídicamente relevante de violación sexual, se materializó en el resultado acometido por autores inmediatos que incluso Rosa del Carmen Gómez en su testimonial ante el TOCF N° 1 de Mendoza, individualizó y que motivara la detención e imputación de funcionarios policiales que en aquél entonces prestaron funciones en el D-2.

Consecuentemente valorando la prueba referida puede concluirse que atento las funciones que abrían ejercido Smaha y Fernández en el ámbito del D2, los mismos habrían intervenido como autores mediatos en la comisión del delito previsto y

penado en los art. 122 en relación con el art. 119 inc. 3 del C.P en perjuicio de Silvia Ontiveros, Vicenta Olga Zárate y Stella Maris Ferrón.-

Por lo expuesto corresponde revocar la falta de merito dicta por el A-quo a favor de los imputados y en su lugar dictar el procesamiento de los mismo como autores mediatos en la presunta comisión del delito previsto y penado en los art. 122 en relación con el art. 119 inc. 3 del C.P en perjuicio de Silvia Ontiveros, Vicenta Olga Zárate y Stella Maris Ferrón.

En merito a lo expuesto **SE RESUELVE:** 1) **NO HACER LUGAR** a los recursos de apelación interpuestos a fs. sub. 42 y vta. y a fs. sub. 43/44 por las Defensas de los encartados y en consecuencia confirmar la resolución de fs. sub. 1/2 en cuanto dispone **TENER POR QUERELLANTE** en la presente causa al Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos- Regional Mendoza. 2) **NO HACER LUGAR** a los recursos de apelación interpuestos a fs. sub. 41 y vta. y a fs. sub. 45/46 por las Defensas de los encartados y en consecuencia confirmar los resolutivos 1, 4 5 y 6 del auto interlocutorio obrante a fs. sub. 5/39 y vta. en cuanto disponen los procesamientos de Luciano Benjamín Menéndez, Juan Agustín Oyarzabal, Eduardo Smaha y Armando Osvaldo Fernández por la presunta comisión de los delitos previstos y reprimidos por el art. 144 ter apartado 1° con el agravante del apartado 2° del Código Penal (texto según ley 14.616) por once hechos y art. 144 ter apartado 1° con agravante de los apartados 2° y 3° del C. Penal (texto según ley 14.616) por un hecho, todos en concurso real, con la sola modificación respecto de la calidad en la que se le atribuyen los delitos a Juan Agustín Oyarzábal, Eduardo Smaha Borzuk y Armando Osvaldo Fernández; atribuyéndosele la responsabilidad penal a título de autores mediatos, en la cadena de mando intermedio en la que habría actuado dentro del aparato organizado de poder al que se ha hecho referencia. 3) **HACER LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a fs. sub. 50/51 y vta y en consecuencia **REVOCAR la falta de merito** dictada por el A-quo a favor de los imputados y en su lugar **DICTAR EL PROCESAMIENTO** de: LUCIANO BEJAMÍN MENÉNDEZ, JUAN AGUSTÍN OYARZABAL, EDUARDO SMAHA Y ARMANDO OSVALDO FERNÁNDEZ por estimarlos, prima facie, penalmente responsables de la presunta comisión del delito previsto y penado en los art. 122 en relación con el art. 119 inc. 3 del C.P (en su redacción original) en perjuicio de Silvia Ontiveros, Vicenta Olga Zárate y Stella Maris Ferrón, en concurso real y en calidad de autores mediatos, en sus respectivas cadenas de mandos. 4) **SUSPENDER LA TRAMITACIÓN DE LA PRESENTE CAUSA** respecto del imputado **Támer Yapur**, al encontrarse incurso en la causal prevista por el art. 77 del C.P.P.N. 5) **SOBRESEER** a **Orlando Oscar Dopazo**, por extinción de la acción penal en relación a los delitos por los que fue imputado, indagado y procesado en la presente causa (art. 59 inc. 1 Código Penal y 336 inc. 1 C.P.P.N.).

*Poder Judicial de la Nación*

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y OFICIESE.-**

**USO OFICIAL**