

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

///la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 24 días del mes de noviembre de 2011, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl Madueño como Presidente y los doctores Juan E. Fégoli y Luis María Cabral como Vocales a los efectos de examinar y resolver los recursos de casación deducidos por el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Eduardo José Villalba (fs. 5490/5498 vta.); por el Defensor Público Oficial de Carlos Alberto Arias, Dr. Federico Martín Petrina Aranda (fs.5504/5540 vta.); por los letrados de la parte querellante, Dres. David Arnaldo Leiva y Tania Nieves Kiriaco (fs. 5541/5552) y por la defensa particular de Luis Ángel Zírpolo, por entonces a cargo del Dr. Pablo A. Tobio (fs. 5553/5561), en esta causa n° 13.073, caratulada "Arias, Carlos Alberto y Zírpolo, Daniel Ángel s/recurso de casación", de cuyas constancias RESULTA:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta resolvió condenar a Carlos Alberto Arias a la pena de veinte años de prisión e inhabilitación absoluta por el término de la condena como coautor penalmente responsable del delito de privación ilegítima de la libertad agravada por el uso de violencia en concurso real con el delito de homicidio simple en el grado de partícipe necesario (arts. 45; 55; 142 inc. 1° y 79 del Código Penal) y condenar a Luis Ángel Gaspar Zírpolo a

la pena de veinte años de prisión e inhabilitación absoluta por el término de la condena como coautor penalmente responsable del delito de privación ilegítima de la libertad agravada por el uso de violencia en concurso real con el delito de homicidio simple en el grado de partícipe necesario (arts. 45; 55; 142 inc. 1º y 79 del C.P.) -fs. 5449/5479-.

Contra ese decisorio, interpusieron recurso de casación el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Eduardo José Villalba (fs. 5490/5498 vta.); el Defensor Público Oficial de Carlos Alberto Arias, Dr. Federico Martín Petrina Aranda (fs.5504/5540 vta.); los letrados de la parte querellante, Dres. David Arnaldo Leiva y Tania Nieves Kiriaco (fs. 5541/5552) y la defensa particular de Luis Ángel Zírpolo, por entonces a cargo del Dr. Pablo A. Tobio (fs. 5553/5561).

Que los recursos fueron concedidos (fs. 5562/5564) y mantenidos en las instancia (fs. 5576 -Ministerio Público Fiscal-; fs. 5577 -Defensa Pública Oficial de Carlos Alberto Arias-; fs. 5580 -parte querellante- y fs. 5581 -Defensa Particular de Luis Angel Zírpolo-).

Recurso del Ministerio Público

Fiscal

El representante del Ministerio Público Fiscal recurrió por la vía del art. 456 inc. 1º del C.P.P.N., reclamando para los imputados la imposición de una pena de prisión perpetua e inhabilitación

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

absoluta perpetua por considerar demostrado que son partícipes necesarios del delito de homicidio doblemente calificado por alevosía y por la intervención de dos o más personas (artículo 80 incisos 2 y 6 del Código Penal).

Sostuvo que "los autores preordenaron su conducta para matar, con total indefensión de la víctima y sin riesgo ni peligro para su persona, eliminando toda posibilidad de resistencia y de ayuda de terceros". Afirmó que "quienes dieron muerte a Bustos crearon la situación de indefensión en que colocaron a la víctima y se aprovecharon de ello dándole una muerte segura" actuando asimismo "de común acuerdo, previo a su secuestro y muerte, en cumplimiento de un plan preexistente" (fs. 5494 vta.).

Agregó que "la circunstancia de que al momento del secuestro se hubiese obligado a Bustos a salir vestido con prendas íntimas y descalzo, la utilización de armas de fuego frente a una persona desarmada, la capucha que se le habría colocado y el horario nocturno en el que se produjeron los episodios resultan elementos suficientes para comprobar el estado de indefensión y vejación que sufrió el escribano desde la irrupción de los efectivos del ejército en su domicilio, situación que necesariamente debió prolongarse hasta su muerte, añadiéndose la ausencia total de riesgos para los ejecutores materiales", todo lo cual acredita "que en el

caso de autos concurre la agravante de alevosía" (fs. 5494 vta./5495).

Asimismo sostuvo que el homicidio también resulta agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y que la "circunstancia de que no se pueda imputar a Arias y Zírpolo el hecho del homicidio a título de autores o coautores, dada la clandestinidad en que se llevó a cabo, toda vez que el dolo no se presume, ello no obsta a tenerlos como partícipes primarios en el homicidio doblemente calificado de Bustos, ya que como la máxima autoridad de la unidad -Zírpolo- y el jefe del comando autor del secuestro -Arias- integraban el grupo más grande y acaso de mayor jerarquía que se ocupó de lo demás" (fs. 5496 vta.).

Por último, sostuvo que "no es posible admitir, por una lado, la tipificación de un hecho como delito de lesa humanidad y, por otro, calificarlo como homicidio simple" (fs. 5496 vta.) y que en el caso ha quedado demostrado que la desaparición de Aldo Melitón Bustos se produjo dentro de un plan sistemático de lucha contra la subversión" (fs. 5497).

Recurso de la defensa de Carlos Alberto Arias.

El Defensor Público Oficial "ad hoc" de Arias recurrió la sentencia por considerarla arbitraria, invocando el motivo previsto en el art. 456 inc. 2º del C.P.P.N.

Argumentó que la acción penal se encuentra prescripta por cuanto el hecho objeto de investigación sucedió el 2 de febrero de 1978 y su pupilo

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

fue citado a prestar declaración indagatoria por primera vez el 28 de junio de 2006, lo que excede el tiempo establecido en el art. 62 del C.P. para que opere la prescripción.

Consideró que la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad aprobada en 1995 por la ley 24.584 y que adquirió jerarquía constitucional por la ley 25.778 del 2003, supone violar los principios de legalidad e irretroactividad de la ley. En favor de su posición señaló que el Estatuto de Roma -ley 25.390- reconoce el principio de legalidad.

Por otra parte sostuvo que el supuesto de autos "no debe considerarse crimen de lesa humanidad" (fs. 5514 vta.) toda vez que "para que un delito o crimen pueda definirse como genocidio o de lesa humanidad según los Estatutos y Convenciones Internacionales", "es requisito indispensable que estos crímenes se cometan contra un grupo o población civil, con fines de exterminio o persecución racial, religiosa, política o de otra índole, que constituya un fin de persecución de una colectividad" (fs. 5515 vta.).

Agregó que "la única fuente del derecho penal es la ley escrita y previa" y descartó que pueda asignársele tal carácter a "la costumbre ya sea nacional o internacional" (fs. 5516 vta./5517).

Por otra parte cuestionó la valoración de la prueba a partir de la cual se tuvo por probada la participación de Arias en la privación ilegal de la libertad de Bustos.

En primer término señaló que de "las primeras denuncias, apenas sucedido el hecho, efectuadas a fs. 4 por Raúl Federico Bustos -hijo- y a fs. 9 por Eva Ruth Carrillo -concubina-, surge una versión de los hechos totalmente distinta a la efectuada con bastante posterioridad y que recién involucra a Arias, Bruno y Ríos Ereñú, ya que en un primer momento ambos relataron no poder reconocer a ninguna de las personas que ingresaron a su domicilio y que tampoco podrían hacerlo si llegaran a verlos nuevamente, atento a la oscuridad reinante" (fs. 5519 vta.). Agregó que Carrillo declaró el 8 de febrero de 1978 "que iniciaron una persecución de un automóvil rojo hasta el puente carretero de Tartagal, no pudiendo darle alcance y advirtiéndole que como no tenían combustible regresaron a su domicilio en donde sacaron dinero", que a ella la dejaron en la comisaría mientras que el menor Bustos continuó con la búsqueda (5519 vta.), en tanto que del acta de fs. 5 surge que Andrés Avelino, por entonces jefe de la Brigada de Investigaciones, manifestó que inmediatamente después de conocido el secuestro del escribano Bustos, personal a su cargo se desplazó en su búsqueda por distintos lugares, "con resultado negativo", hasta las siete de la mañana y que luego continuaron la búsqueda utilizando el auto de la víctima que era conducido por su hijo, Raúl Federico Bustos.

Al respecto señaló que esas

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

primeras versiones de los hechos distan de las proporcionadas con posterioridad en las que se indica "que el Escribano Bustos habría dicho que eran personal del ejército las personas que ingresaron a su domicilio, que habría un automóvil Dodge 1500 amarillo, que lo habrían perseguido, pasando por las instalaciones del Regimiento de Infantería Monte 28, desistiendo de la persecución porque el automóvil amarillo inició movimientos amenazadores y finalmente que habrían visto a Arias el día 3/2/78 conduciendo ese automotor en el interior del regimiento pero ya sin los bigotes que tenía el día anterior" y que no hay elementos que vinculen a su asistido con el hecho toda vez que el radiograma de fs. 297 firmado por el Tcnl. Domínguez "habla de una supuesta detención" "a pedido del Destacamento de Inteligencia 143, pero sin indicar quien la llevó a cabo" (fs. 5520).

Sostuvo que se pretendió justificar este cambio de declaraciones con lo manifestado por Juana Bolaños de Bustos al deducir habeas corpus en favor de Aldo Melitón Bustos el 6 de febrero de 1978, en cuanto a que el nombrado fue secuestrado "por dos personas del sexo masculino vestidas de civil -a las que mi hijo estaría en condiciones de reconocer- y quienes en su accionar dijeron pertenecer a Gendarmería Nacional, no obstante que en esos momentos mi esposo -la víctima- dijo conocer a los citados como pertenecientes al Ejército, con

sede en Tartagal". Afirmó la defensa que "esas supuestas condiciones de reconocer a los secuestradores, nunca se concretaron en la sede del juzgado federal" y que tampoco comentó esas circunstancias "a Román Salim, que lo ayudó a salir del país, ni "a su primo hermano Palacios, encargado de efectuar las gestiones en el sur del país, a Marcelo O'Connor, a Avellaneda Alfonsín, ni en las denuncias efectuadas con posterioridad a que se restauró la democracia" (fs. 5520).

En relación a la referencia que le habría efectuado el hijo de Bustos al oficial Andrés Avelino Circo en cuanto a que los autores "podían ser gente del cuartel", sostuvo que "es increíble y carece de todo sentido" que a pesar del miedo con el que habría concurrido a denunciar el hecho a la policía, le haya efectuado este comentario a un oficial de esa dependencia y haya omitido hacerlo a sus mas allegados.

Asimismo señaló que se han parcializado las citas de las declaraciones testimoniales. En lo que respecta al automóvil Dodge 1500 amarillo que según se concluye en el pronunciamiento habría sido utilizado por Arias en el secuestro de Bustos, la defensa argumentó que de las declaraciones indagatorias de Domínguez y Zírpolo, surge que ese móvil era "para uso exclusivo del jefe del regimiento de Infantería de Monte 28" y que "se encontraba en un estado deplorable", "siendo por lo tanto imposible" que pudiera haber sido manejado por su asistido y "utilizado en el secuestro y posterior huida, con persecución incluida, por un poderoso y veloz automóvil Torino" (fs. 5522). Agregó que "carece de sentido que el

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

automóvil se haya detenido en el Regimiento sin ingresar al mismo o pedir refuerzos y continuado viaje sabiendo que era seguido por otro vehículo, ya que de acuerdo a la total impunidad con que, según los querellantes, se actuaba en esa época, atento a que se habría utilizado un vehículo muy conocido en la ciudad y actuado a cara descubierta, lo lógico hubiera sido que ingresara al cuartel y de ese modo dar por finalizada la persecución" (fs. 5522).

Argumentó que teniendo en cuenta la distancia existente entre la ciudad de Salta y Tartagal, el tipo de automotor que habría sido utilizado y "los pésimos caminos de la época" resulta imposible que su pupilo -como relata la querella- haya trasladado a Bustos a la primera de las ciudades mencionadas para entregarlo "a las autoridades del Destacamento de Inteligencia 143 a las 17,30 del mismo 2/2/78", para luego regresar a Tartagal donde habría sido visto manejando el mencionado automóvil Dodge 1500 amarillo, que se encontraba "en un estado mecánico lamentable" y era "de uso exclusivo del jefe de regimiento". En este punto refirió que se encuentra probado que su asistido "el día 3/2/78 no se encontraba prestando funciones en el Regimiento de Infantería de Monte 28, pues estaba preparando su viaje hacia la ciudad de Buenos Aires" (fs. 5522 vta.).

Por otra parte indicó que el pliego de ascenso de Arias al grado de Coronel "fue

revisado e investigado en forma exhaustiva" por la Cámara de Senadores de la Nación, "para ver si tenía denuncias valederas que lo involucraran en hechos relacionados con violaciones a los derechos humanos, lo cual arrojó resultado negativo, a pesar de que ya existía la denuncia del hijo del escribano Bustos en la CONADEP" (5522 vta.).

Señaló que de las primeras declaraciones ante la policía provincial, del habeas corpus, de "de la copia agregada a fs. 827 por el testigo Palacios -primo y muy amigo del esc. Bustos-" surge que "se tenía como autores de los hechos a miembros de la Gendarmería Nacional", en tanto que la versión de Raúl Bustos en cuento a que vio a Arias manejando el ya referido vehículo "no era conocida por Palacios, con quien había mantenido una reunión días posteriores al secuestro para que este se dirigiera al sur del país -Santa Fe y Buenos Aires- a realizar gestiones por su primo". Apuntó la defensa que Palacios al ser preguntado en la audiencia el motivo por el que en su oportunidad no dio el nombre de Arias ni aclaró que los autores del secuestro no fueron personal de gendarmería sino del Ejército, respondió que se trató de "una equivocación de parte suya". Al respecto concluyó que la respuesta de Palacios "es inadmisibles y sobre todo increíble" y que "no lo dijo porque no lo sabía y que no lo sabía porque nunca se lo dijeron" (fs. 5523).

En otro orden de ideas apuntó que si los familiares de Bustos fueron hasta el regimiento "a preguntar que pasó" "es que no temían" y, por otra parte, que "todo ese temor es comprensible hasta el año 1983" pero que luego del advenimiento del gobierno

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

democrático, "continuaron sin dar el nombre de mi asistido como autor del secuestro del Esc. Bustos, ni responsabilizar al ejército argentino (fs. 5523).

Sostuvo que de la nota enviada por Juana Bolaño de Bustos al Ministerio de Defensa se desprende que el hecho habría sido cometido por personal de Gendarmería Nacional y que de su declaración agregada a fs. 116/118 también se advierte que la nombrada "mintió, mezclando de manera incoherente la primera versión de los hechos con parte de la segunda en donde recién aparece el Dodge amarillo", toda vez que relata "el hecho como si hubiera sido testigo presencial del mismo, circunstancia que se encuentra plenamente comprobada que no sucedió, pues el Esc. Bustos vivía en Tartagal con su hijo Raúl y su concubina Eva Ruth Carrillo" (fs. 5523 vta.).

De otra parte, señaló que el testigo Laurentis dijo que Arias "al principio usaba bigotes, pero al tiempo se los sacó", que "nunca vio el automóvil dodge que se le menciona" y que "el único vehículo que vio fue el Fiat, que no era amarillo patito sino tirando a cremita y que era propiedad de Arias". En favor de su postura, el recurrente agregó que Arias no pudo haber participado del operativo de secuestro por cuanto antes de los hechos había sufrido una lesión en la pierna, por la que permaneció enyesado, y que le impedía caminar con normalidad. Cuestionó la conclusión de la

sentencia relativa a que "no resulta creíble que el entonces Tte. Arias estando con un pie enyesado, o en su defecto convaleciente de una lesión que según sus dichos le impedía hasta manejar un vehículo, preste servicios normalmente". Al respecto adujo el defensor que el argumento del a quo "implica desconocimiento de la actividad militar, especialmente en la época, pues el entonces teniente Arias, pudo ser trasladado por cualquiera de los numerosos conscriptos, suboficiales u oficiales, que formaban parte de la gran unidad de combate que era el regimiento de infantería de Monte 28, habiendo explicado las circunstancias que pudieron llevar a que esa lesión no conste en su informe" (fs. 5524 vta.).

Señaló que "si Bustos era perseguido por las fuerzas armadas, no se entiende, como se fue a Bolivia y además como hizo para salir del país por el aeropuerto sin ser detenido", cuando ese país "también formaba parte del Plan Cóndor" (fs. 5525).

Por otra parte alegó que "la metodología" utilizada en el hecho no concuerda con las de la época en la que conforme "a lo expresado por los testigos, fiscal y querrela", era más usual y sencillo "voltear la puerta a patadas, entrar encapuchados, con una 'zona liberada' y no dejar testigos" y en el caso "se tocó el timbre" y se secuestró a una persona en una pequeña localidad actuando "a cara descubierta" "delante de todo el pueblo" "sin la colaboración de las fuerzas policiales y se dejó a dos testigos" y que todo ello "carece de todo sentido y lógica, a menos que" "se trate de personas que no eran ni cumplían funciones en Tartagal" (fs. 5526).

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

Indicó que se soslayó "que estamos en presencia de un simple teniente de compañía reemplazo y que en Tartagal, a la época de los hechos, no se realizaron operativos de ese tipo, tratándose de un hecho aislado y totalmente atípico al ya mencionado plan sistemático descrito en la denominada causa 13" (fs. 5526 vta.).

También afirmó que de la causa surgen "las hipótesis sobre quienes y porqué secuestraron al Esc. Aldo Melitón Bustos" y en particular conjeturó que el hecho pudo haber sido cometido por integrantes de Gendarmería Nacional, tomando en cuenta las primeras declaraciones del hijo y la concubina de la víctima; que pudo haber sido "personal de las distintas dependencias de inteligencia de la ciudad de Salta" si se consideran las constancias de fs. 249 que dan cuenta de "la posible existencia de la 'Operación Claridad' en una de cuyas listas habría figurado como 'peligroso' Aldo Melitón Bustos", hipótesis que no fue investigada. En esta dirección señaló que el a quo reconoció la hipótesis cuando afirmó que "los antecedentes se remontan al año 1965, cuando Aldo Melitón Bustos fue dejado cesante como Secretario del Tribunal del Trabajo n° 1 del Poder Judicial de la Provincia de Salta en razón de una 'Solicitada' publicada por el nombrado en el diario 'El Tribuno de esta ciudad". Concluyó, que la otra hipótesis, y que carece de

sustento probatorio, es que "el teniente Arias lo secuestró -por orden de no se sabe quien y porqué motivo- aprovechando el lapso de tiempo entre que el Tcnl. Ríos Ereñú dejara la jefatura del RIM 28 y la asunción del Tcnl. Domínguez, con la cooperación determinante y esencial del entonces My. Zírpolo" (fs. 5526 vta ./5531 vta.).

En otro orden de ideas criticó que se haya recurrido a "la teoría de la representación del dolo eventual, en la cual sólo interesa analizar si al autor conoció o no conoció, es decir si advirtió la posible realización del tipo, prescindiendo de cualquier elemento volitivo" (fs. 5534 vta.).

Señaló que los radiogramas valorados para fundar la responsabilidad atribuida a su pupilo también podrían determinar la conclusión de que Bustos fue secuestrado a instancias del Destacamento de Inteligencia 143 y que su asistido, un simple teniente de la compañía" reemplazo de una gran unidad de combate", no tuvo "siquiera la remota posibilidad de representarse la muerte de Bustos" y en consecuencia, que la sentencia es arbitraria (fs. 5536).

Subsidiariamente, propició que se encuadre la conducta de Arias en el art. 142 del C.P., alegando que el nombrado "no tuvo nada que ver con la suerte del escribano Bustos después de que fuera entregado a hs. 17,30 en el Destacamento de Inteligencia 143 de Salta el día 2 de febrero de 1978" (fs. 5536 vta./5537).

Por otra parte, solicitó que en caso de que se tenga por probada la participación de Arias en el homicidio de Bustos, se cambié la atribución

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

efectuado por la de partícipe secundario.

En favor de su pretensión argumentó que teniendo en cuenta "que el injusto, supuestamente, fue cometido mediante el dominio de una estructura organizada que había usurpado el poder en nuestro País que se caracterizaba por la verticalidad", "los que prestaron aun auxilio o cooperación como los ejecutores directos eran esencialmente fungibles por cualquiera de los oficiales que también estaban bajo su mando" debiendo por tanto " encuadrarse la participación del entonces Teniente Arias con el carácter de cómplice secundario en los términos del art. 46 del C.P."

Cuestionó también el monto de la pena impuesta por considerar que carece de motivación. Al respecto apuntó que se omitió valorar que su pupilo "presenta una foja de servicio intachable como oficial del Ejército Argentino" y que "no se observa que pueda ser proclive a reincidir en su conducta ni que se revele ninguna faceta de peligrosidad contra terceros" (fs. 5539 vta.).

Asimismo, peticionó que en el caso de que se considere que Arias es autor del delito de privación ilegítima de la libertad agravada, se le imponga una pena que considerando el tiempo que el imputado lleva detenido, se tenga por cumplida; en la hipótesis de que se considere que ese delito concurre en forma real con el de

homicidio simple se aplique la disminución de pena prevista en el art. 46 del C.P., en tanto que de estimarse que los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada y homicidio simple concurren en forma real en grado de autor y partícipe necesario respectivamente, "se adecue la pena a la persona" de Arias "un simple teniente de la compañía reemplazo de una gran unidad de combate, el que bajo ningún concepto puede tener la misma responsabilidad que la persona que ordenó el operativo" (fs. 5540).

Recurso interpuesto por la parte querellante

Los Dres. David Arnaldo Leiva y Tania Kiriaco, por la parte querellante, dedujeron recurso de casación por la vía del art. 456 inciso 1 del C.P.P.N, señalando que se aplicó erróneamente la ley sustantiva al no haberse condenado a los imputados por el delito de homicidio agravado por alevosía y por la intervención de dos o más personas en concurso real con el delito de privación ilegítima de la libertad. Sostuvo que la sentencia incurre en autocontradicción toda vez que por un lado se afirma que los delitos atribuidos son "de lesa humanidad que 'lesionaron la integridad física del damnificado Bustos, perpetrados y apañados por el abuso del poder estatal que contaba el gobierno militar'" y por el otro "se toma el caso como si fuera un crimen particular, definiéndose el homicidio como simple, sin la calificación consecuente que da cuenta la indefensión de la víctima provocada por sus secuestradores para procurarse la impunidad y ocultar su crimen" (fs. 5545 vta.).

Se agravió de que "el fallo no

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

recurra a la teoría de 'dominio del hecho criminal por acción del aparato organizado de poder'" en la que "el autor de 'escritorio' comparte la responsabilidad del ejecutor por la integración de ambos al sistema de eliminación del llamado 'enemigo interno'" (fs. 5546 vta.).

Sostuvo que el "asesinato de Aldo Melitón Bustos posee parámetros suficientes para ser encuadrados dentro de la agravante" por alevosía. Al respecto refirió que la víctima fue secuestrada "en altas horas de la noche, exhibiendo armas de fuego frente a civiles desarmados y entregados al sueño, sacado en ropas menores y descalzo, tabicado bajo amenazas y habiendo identificado la procedencia de los secuestradores, pues la víctima dijo: 'son del ejército', era evidente que las personas armadas que se lo llevaron frente a testigos, la concubina y el hijo Raúl Federico Bustos, estaban seguros de conservar la impunidad" (fs. 5548 vta.). Afirmó el acusador que particular que todo ello evidencia "el estado de indefensión y vejación que sufrió el Escribano desde la irrupción de los efectivos del Ejército en su domicilio, situación que ciertamente se prolongó hasta su muerte, añadiéndose la ausencia total de riesgos para los ejecutores materiales" lo que demuestra "que en el caso de autos concurre la agravante de alevosía" (fs. 5548 vta.).

Sostuvo que la agravante debe ser evaluada teniendo en cuenta la posición encumbrada que

ocupaba Zírpolo y el contexto de "toda una sistemática tendiente a garantizar la impunidad de los autores de tales delitos, mediante la utilización de diversos mecanismos, a saber: el secuestro de las víctimas llevado a cabo por lo general durante la noche, por personal carente de todo tipo de identificación que los vinculare a las fuerzas de seguridad, de la mano del hecho de que las víctimas carecían de contacto con el exterior, en lugares alejados del conocimiento público, a lo que debe agregarse que, en ocasiones, los homicidios fueron sistemáticamente negados; y en otras, como ya se vio, se intentó simularlos bajo el ropaje de algún enfrentamiento armado", todo ello para "lograr la impunidad" (fs. 5550 y vta.).

Sostuvo que el homicidio de Bustos también "se agrava por el concurso premeditado de dos o más personas, ya que no se trata de una muerte por impulso sino pergeñada y porque los que actuaron fueron más de dos" (fs. 5551). Sostuvo que Zírpolo fue autor mediato y Arias partícipe primario del homicidio y coautor del secuestro al haber integrado "un comando de tres o mas personas" (fs. 551 y vta.).

Recurso interpuesto por la defensa de Luis Angel Gaspar Zírpolo.

La defensa de Zírpolo se agravió de la valoración de unos "radiogramas incorporados por la querella". Apuntó que el a quo a pesar de concluir que esos documentos son falsos les asigna validez a partir del testimonio del Tte. Cnl. (R) Domínguez quien los habría firmado.

Asimismo señaló que el a quo

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

expresó que "se puede inferir que el secuestro de escribano Bustos efectivamente se produjo a instancias del Departamento de Inteligencia 143; y que tras su efectivización, el nombrado fué entregado a personal de dicho Departamento u otras autoridades militares de la jurisdicción de esa repartición de inteligencia" (fs. 5557). Al respecto, concluyó que "este razonamiento excluye en absoluto la posibilidad no sólo de la materialidad del acto típico del homicidio, sino también como se sostuvo, de la privación ilegítima de la libertad agravada por su duración" y que el destino y la muerte de Bustos "es absolutamente ajeno a Zírpolo -e incluso a Arias" (fs. 5557).

Argumentó que "la absoluta falta de dependencia del Rimte. 28 respecto del Dto. De Icia. 143 -hecho debidamente acreditado en autos por su pertenencia a un comando superior distinto al del Distrito de Salta- deslinda en principio cualquier posibilidad de que el accionar fuere dentro del marco de una coautoría necesaria y determinante respecto del resultado muerte" (fs. 5558) y añadió que no se tuvo "por acreditado en lo más absoluto la fecha probable de la muerte de la víctima, tampoco a manos de quienes ni menos aún el lugar en que habría acaecido" (fs. 5558 vta.).

Asimismo apuntó que "de haber sido cierta la participación de Zírpolo en la detención de

Bustos y su entrega al D. Icia. 143 de Salta, el haber sido visto con vida por Mera Figueroa en otra provincia descarta absolutamente la previsión del dolo eventual en la que se construye la autoría necesaria enrostrada" y que "en el peor de los casos, si surgiera autoría alguna imputable a la conducta de los procesados, ello es a tenor a de lo previsto por el art. 142 inc. 1° del C.P., es decir, la privación ilegítima de la libertad en su modalidad agravada" (fs. 5559 y vta.).

4°) Que en la oportunidad prevista por el art. 465 del C.P.P.N. el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, Dr. Javier De Luca y el Dr. Albertro D. Penetta por la defensa de Luis Angel Gaspar Zírpolo insistieron en los argumentos vertidos en los respectivos recursos de casación.

5°) I- Que liminarmente cabe recordar que el Tribunal Oral tuvo por acreditado que "en la madrugada del 2 de febrero de 1978, entre las horas 1:30 y 3:00 aproximadamente, dos personas armadas ingresaron en forma violenta al domicilio de Aldo Melitón Bustos sito en calle San Martín n° 39 de la ciudad de Tartagal, donde residía junto a su hijo Raúl Federico y su concubina Eva Ruth Carrillo, a fin de proceder a su secuestro. Al ingresar a la vivienda redujeron a su hijo Raúl Federico apuntándole con un arma de fuego en la cabeza, esposaron al escribano Bustos, lo sacaron del domicilio y lo introdujeron en un automóvil marca Dodge 1500 color amarillo que se encontraba estacionado frente a la vivienda al mando de una tercera persona al volante, en el cual

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

huyeron velozmente" (fs. 5457 vta.).

II- En relación al agravio de la defensa de Carlos Alberto Arias que cuestiona la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, cabe señalar que por haber sido ya tratado por esta Sala y por nuestro más Alto Tribunal de manera uniforme y sin que se hayan introducido en esta oportunidad argumentos nuevos que ameriten una nueva revisión de la cuestión, habrá de ser rechazado.

Como en anteriores oportunidades se dijo, tenemos un sistema de derecho común a todas las naciones, reconocido y receptado por nuestra carta organizacional y de manera conteste por la legislación y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en cuyo ámbito es posible identificar contenidos imperativos, indisponibles y que tienen primacía sobre cualquier disposición en contrario de los ordenamientos jurídicos locales, ocupando la posición más alta entre todas las otras normas y principios, aún las del derecho interno y generando para todos los estados obligaciones imperativas e indisponibles frente a la comisión de determinados tipos de delitos (cfr. causas n°7896 "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recursos de casación e inconstitucionalidad", rta. el de 18/05/2007, reg. N° 10.488; causa n° 7758 "Simón Julio Héctor s/recurso de

casación", rta. el 15/05/2007 y causa nº 9517 "Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación" rta. el 27/03/09, reg. 13.516", voto del doctor Madueño, cuyos fundamentos damos aquí por reproducidos).

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

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

Es en el marco de los tratados internacionales de entre guerra y la jurisprudencia de los Tribunales militares de Nüremberg y para el Lejano Oriente y más tarde por los Tribunales ad hoc de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia y Rwanda, la regulación 15/2000 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para el Timor Oriental, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia, donde se fue desarrollando y precisando la noción de crímenes contra la humanidad.

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

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

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

Las cuatro convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 dispusieron que "en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la

fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto" (Cfr. artículos terceros de las cuatro convenciones, Ley 14.467).

El Estatuto del Tribunal Internacional creado para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, incluyó en su enunciado los delitos contra la humanidad. Entre ellos el asesinato, el exterminio; la esclavitud; la deportación; el encarcelamiento; la Tortura; g) la violación; las

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; otros actos inhumanos" (cfr. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 827, del 25 de mayo de 1993, art. 5º del Estatuto).

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

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

La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio".

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

El art. 7 del mencionado Estatuto precisa aquellas conductas comprendidas dentro del concepto delitos de "lesa humanidad", incluyendo a los siguientes: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

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

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

del derecho interno, y de los principios generales de derecho penal que derivan del derecho penal de todas las naciones civilizadas.

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

En 1994 la Comisión de Derecho Internacional afirmó que la definición de crímenes contra la humanidad comprende actos inhumanos de carácter muy serio que involucran violaciones generalizadas o sistemáticas dirigidas contra la población civil en todo o en parte (Reporte de la Comisión de Derecho Internacional 1994, Suplemento nº 19 -49/10, comentario al proyecto de estatuto para una Corte Penal Internacional, art. 20 parágrafo 149).

Los crímenes contra la humanidad son actos serios de violencia que dañan a los seres humanos privándolos de lo que es más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites tolerables por la comunidad internacional, que forzosamente debe exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden al individuo porque cuando el individuo es

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

lesionado, la humanidad es atacada y anulada. Es por tanto el concepto de humanidad como víctima el que caracteriza los crímenes contra la humanidad" (cfr. Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia -Cámara de Juicio- caso "Grazen Erdemovic", sentencia del 29 de noviembre de 1996, parágrafos 27 y 28).

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

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

El primer elemento pone de

manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son 'fundantes' y 'anteriores' al estado de derecho". "El segundo aspecto requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos".

Señaló el Alto Tribunal que "[n]o se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno" ni "se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura y el secuestro configurando un 'Terrorismo de Estado' que ninguna sociedad civilizada puede admitir".

Agregó que tampoco "se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación" ni "se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad" (Cfr. C.S.J.N. Causa "Simón, Julio Héctor" supra cit. voto del doctor Ricardo Luis Lorenzetti, considerando 13).

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

Con similar criterio el Tribunal Penal Internacional para juzgar los delitos contra el derecho humanitario en la ex-Yugoslavia afirmó que los delitos de homicidio y tratos crueles acarrearán responsabilidad penal individual (cfr. Prosecutor v. Tadic, planteo de jurisdicción, rta. el 2 de octubre de 1995

parág. y Prosecutor v. Naser Orik, rta. el 30 de junio de 2006, parág. 261).

III- Queda claro por tanto que en cuanto a los aspectos objetivos estas conductas pueden constituir asesinatos, desapariciones forzadas de personas, deportaciones, tratos inhumanos, privaciones ilegítimas de libertad y -como se ha señalado- cualquier otra violación grave a los derechos fundamentales de la persona.

IV- Los elementos que integran esta definición de lesa humanidad, no son producto de una construcción ad hoc, sino que emergen de un consenso que se verifica a nivel normativo -vgr. Los estatutos constitutivos de los tribunales militares de Nüremberg y para el Lejano Oriente, los estatutos de los tribunales ad hoc de las Naciones Unidas y más recientemente el estatuto de Roma-, y jurisprudencial -en el plano local Fallos: 330:3074 y en el marco de los tribunales ad hoc. de las Naciones Unidas, "Prosecutor v. Tadic" entre muchos otros).

Este elemento de contexto -requisito que en el estado actual de la evolución del concepto de lesa humanidad es su carácter definitorio-, está dado por el ataque sistemático o generalizado a una población civil.

En suma, los elementos esenciales que deben verificarse en un caso, para señalar que uno o más delitos encuadran en la categoría de lesa humanidad son: 1) la existencia de un ataque; 2) que el ataque se encuentre dirigido contra una población civil; 3) que sea generalizado o sistemático; 4) que la conducta del infractor forme parte del ataque; 5) que el autor sepa que

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

su conducta forma parte del ataque generalizado contra la población civil (cfr. Neressian, David L. "Comparative Approaches to Punishing hate: the intersection of Genocide and Crimes Against Humanity", Stanford Journal of International Law" en revista Investigaciones, Corte Suprema de Justicia de la Nación nº 1-2,2007, pág. 220).

Por ataque debe entenderse la comisión múltiple de los actos objetivos antes aludidos, siendo sistemático aquél que se lleva a cabo como parte de la realización de una política o plan preconcebido (cfr. "Tadic" supra cit. Parág. 648. y Tribunal Internacional de Rwanda en "Prosecutor c. Akayesu" rta. El 2 de septiembre de 1998 parág.579) y generalizado aquél que se despliega sobre una gran cantidad de víctimas (cfr. "Tadic" supra cit. Parág. 648 y Tribunal Penal para Rwanda en "Prosecutor c. Kayishema y Ruzindana" rta. el 12 de mayo de 1999. Parág. 122.).

En este sentido calificada doctrina ha advertido en relación al elemento "generalizado" que "una pauta tan puramente cuantitativa no proporcionaría una delimitación exacta entre los crímenes ordinarios nacionales y los internacionales. De hecho, pondría en un pie de igualdad los crímenes comunes y los que atentan contra la humanidad, con lo que se eliminaría el elemento internacional que establece la diferencia entre ambos. Así, para que se constituyan los crímenes contra la

humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar vinculados de una u otra forma a una autoridad estatal u organizativa: deben ser por lo menos tolerados por ésta. Para interpretar la polémica formulación del Artículo 7(2)(a) del Estatuto, no es necesario recurrir al enfoque acumulativo, sino sólo concebirlo como una expresión de la necesidad (generalmente reconocida) del elemento político, tanto en la opción sistemática como en la generalizada, en los crímenes contra la humanidad" (cfr. Ambos, Kai "Los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional" en Temas de derecho Penal Internacional y Europeo, Madrid, 2006, p. p. 302).

En este punto cabe señalar que no es la cantidad de hechos que se dilucidan en una causa aisladamente considerados lo que define el carácter generalizado del ataque, sino la circunstancia de que se demuestre que se corresponden o realizan como parte de una política del estado u organización. Así he descartado la concurrencia de este elemento cuando no se ha demostrado que el ataque a quienes se señala como víctimas haya sido parte u objetivo de una política (cfr. causa nº 12.052, "Taranto, Jorge Eduardo s/recurso de casación", rta. el 22 de septiembre de 2009).

La experiencia demuestra que en las causas que tramitan en nuestro país por delitos que han sido calificados como de lesa humanidad no es el número de hechos investigados lo que ha permitido asignarles tal carácter sino la circunstancia de que la generalización o sistematicidad del ataque se encuentra ínsita en la política de la organización.

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

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

En esta dirección el dictamen del Procurador General de la Nación al que se remitió nuestro más Alto Tribunal en la causa "Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción", sostuvo que "los crímenes de lesa humanidad, al igual que los delitos contra las personas, implican ambos la lesión de derechos fundamentales de los seres humanos. La distinción tiene su punto de partida en que los crímenes de lesa humanidad no lesionan sólo a la víctima que ve cercenados por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad como conjunto. Esta es la característica que fundamenta, entre otras cosas, la jurisdicción universal de este tipo de crímenes. El autor comete un crimen contra toda la humanidad, no sólo contra

su víctima directa" y que por tanto "el criterio de distinción entonces radicaría no en la naturaleza de cada acto individual (es decir, por ejemplo, cada homicidio) sino en su pertenencia a un contexto específico: "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" (Fallos: 330:3074).

Asimismo se señaló que "por otra parte, el ataque debe haber sido llevado a cabo de conformidad con la 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' (RAE, vigésima primera edición). 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 (Fallos: 330:3074 y sus citas).

En cuanto al elemento "población civil" cómo víctima de ese ataque generalizado, llevo dicho que carecería de sentido y resultaría contrario a la propia naturaleza de los delitos de lesa humanidad, limitar su aplicación en función de la calidad formal que pueda revestir la víctima.

Esta interpretación ha sido sostenida por otros tribunales tanto nacionales como

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

internacionales. El tribunal internacional para la ex Yugoslavia sostuvo que la interpretación amplia del concepto tiene sustento en el objeto y propósito de los principios generales y las reglas del derecho humanitario, en particular por las reglas que prohíben los crímenes contra la humanidad. Estas últimas están pensadas para resguardar valores humanos básicos mediante la prohibición de atrocidades dirigidas contra la dignidad humana (cfr. "Prosecutor c. Krupeskić y otros" rta. 14 de enero de 2000. Parág. 547 y en el mismo sentido efectuando una interpretación no restrictiva se expidió la Corte de Casación Francesa en el caso "Barbie" rta. el 20 de diciembre de 1985).

Estos recaudos aparecen exigidos para caracterizar el hecho como delito contra la humanidad y han sido delineados por la jurisprudencia del Tribunal para la ex Yugoslavia a partir del caso Tadic y luego por el art. 7 del Estatuto de Roma y la sección 5 de la regulación 15/2000 de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas para el Timor Oriental.

Se advierte por tanto que a nivel nacional como internacional se han realizado ingentes esfuerzos para llevar la definición de los delitos de lesa humanidad a su estado actual.

A la luz de lo expuesto en los puntos anteriores cabe concluir que acreditado como está la

conurrencia del elemento de contexto que imprime al hecho sufrido por Bustos el carácter de delito de lesa humanidad, el planteo de la defensa deber ser rechazado.

V- Por otra parte tal como se relatara, las defensas han cuestionado la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Oral y a partir de la cual se concluye en la atribución de responsabilidad a sus pupilos.

En relación a la valoración de la prueba en anteriores oportunidades se ha dicho que nuestro Código Procesal Penal ha adoptado el sistema de la sana crítica racional -art. 398, 2° párrafo-, que conforme al precepto constitucional que exige que toda sentencia debe ser fundada, requiere que las conclusiones a las que se arriba en el veredicto deben ser consecuencia de una valoración racional de los elementos de juicio colectados, respetándose las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, no contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común.

Esta es por otra parte la pauta que impera en los tribunales internacionales en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica evitando adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para sustentar un fallo (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re: Bulacio vs. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003 parág. 42; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, parág. 120; *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, párag.

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

48; y "Herrera Ulloa v. Costa Rica" sentencia del 2 de julio de 2004, parág 57).

El principio de razón suficiente implica que las afirmaciones a que llega una sentencia deben derivar necesariamente de los elementos de prueba que se han invocado en su sustento. Son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (cfr. mi voto in re: "Di Fortuna, Juan Marcelo s/ recurso de casación", causa n° 3714, rta. el 20/5/02, reg. n° 4923 de la Sala II).

El razonamiento empleado por el juez en su fallo debe ser congruente respecto de las premisas que establece y las conclusiones a que arriba, debiendo expresar por escrito las razones que condujeron a su decisión para posibilitar el control de legalidad.

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

arbitrariedad que afecta las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso (Fallos 311:621).

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

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

Los preceptos sentencia fundada en ley, defensa en juicio y presunción de inocencia que consagran los arts. 18 de la C.N. y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos como derecho fundamental comprenden el de obtener una resolución motivada, que incluye tanto la motivación jurídica, como la que se refiere al análisis y valoración de la prueba como exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, a la vez que permite un eventual control jurisdiccional; por lo tanto, si el proceso lógico que sirve para fundamentar una conclusión carece de apoyo en las propias

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

circunstancias de la causa, configura un supuesto de arbitrariedad que compromete el veredicto con afectación de la garantía de defensa en juicio en su más amplio contenido (conf. voto del doctor Raúl Madueño en la causa n° 1800, "Venezia, José Luis s/rec. de casación", reg. n° 2315, rta. el 3 de diciembre de 1998 y causa n° 11.877 y Zapata, Rafael Atilio s/ recurso de casación rta. el 3 agosto de 2010, reg. n° 16279).

VI- Con arreglo a estos parámetros cabe adelantar que no se advierten vicios en el razonamiento expuesto por el a quo en la sentencia para concluir en las responsabilidades endilgadas a Luis Ángel Zírpolo y Carlos Alberto Arias en la privación ilegal de la libertad de Aldo Melitón Bustos.

En tal sentido cabe señalar que los elementos de prueba reunidos en la causa y meritados por el a quo, demuestran que la víctima fue secuestrada de su domicilio por personal del ejército, particularmente del Regimiento de Monte 28 de Tartagal, Salta, utilizando en el hecho un automóvil Dodge 1500 color amarillo.

En cuanto a la prueba que así lo acredita, las defensas han impugnado la valoración de la documental de fs. 295/296 acompañada por la querella. Se trata de un requerimiento y un informe suscripto por el entonces Tncl. Roberto Felipe Domínguez que expresa que

Melitón Bustos "fue detenido el día 020 300 Feb78 a solicitud del Dest. Icia 143 y entregado a ese organismo el día 021730 Feb 78, ignorándose su actual situación".

Al respecto se advierte que más allá de los cuestionamientos de la defensa al valor probatorio de esas copias y los señalamientos que a ese respecto también ha expuesto el Tribunal Oral, lo cierto es que, tal como se apunta en la sentencia, su contenido ha sido ratificado en el debate por quien aparece suscribiéndolo.

Así, en cuanto al testimonio de Domínguez, cobra relevancia la reflexión del a quo respecto a que "resultan coherentes sus declaraciones reconociendo un documento atribuido a su autoría -sin perjuicio que sea una fotocopia-, pues no resulta lógico que siendo su autor, lo niegue, cuando este es un elemento de descargo a su favor" (fs. 5475 y vta.).

En efecto de la sentencia surge que Domínguez reconoció un documento que teniendo en cuenta su contenido cargoso bien pudo haber desconocido, y explicó las circunstancias de su confección. Estas explicaciones también resultan contestes con otros hechos que se encuentran probados sin controversia, tales como que fue suscripto "un día después de asumir el mando del Rimte.28 (cfme. Libro Histórico del regimiento, legajo personal y declaraciones de Marella y otros)" (fs. 5474 vta.).

Vale recordar que por otra parte también se tuvo en cuenta que el mencionado Domínguez mantuvo sus dichos en las oportunidades en que fue

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

convocado a prestar declaración indagatoria y en el careo realizado con Zírpolo (fs. 650/655; 1811/1816; 1805/1810). Domínguez expuso que tomó conocimiento del arribo a la unidad de un radiograma proveniente de la Vta Brigada de Infantería que requería al Regimiento un informe sobre la detención que habría ocurrido en Tartagal en una fecha próxima y que ante su desconocimiento del tema "llamó al segundo jefe Mayor Zírpolo quien había estado a cargo de la unidad desde el retiro del regimiento del ex teniente coronel Ríos Ereñu" y que el informe en cuestión fue elaborado en virtud de la información que le proporcionó Zírpolo (fs. 5475).

El análisis del testimonio de Raúl Federico Bustos -hijo de la víctima- no puede prescindir de lo antes expuesto. Cabe recordar que los dichos de Bustos también han sido cuestionados por la defensa en el entendimiento de que en un primer momento tanto él como Eva Ruth Carrillo declararon no poder reconocer a ninguna de las personas que ingresaron a su domicilio y con posterioridad involucran a personal del ejército y al automóvil Dodge 1500.

Sin embargo, los cuestionados testimonios no hacen más que corroborar la intervención del ejército en la privación de la libertad, de manera conteste con el testimonio de Domínguez y la documental incorporada a fs. 295/296.

Por otra parte, resulta también razonable la valoración del a quo en cuanto a que los primeros dichos de Raúl Bustos deben ser apreciados teniendo presente que resulta "perfectamente comprensible desde las reglas de la experiencia y de la lógica, que a la época del suceso un joven de apenas 16 años, que acaba de presenciar el secuestro de su padre de manera violenta después de sufrir las consecuencias de las múltiples amenazas de que había sido objeto, en aquella primera declaración sintiera miedo y una apreciable alteración del ánimo que pudiese obnubilar sus sentidos y sus manifestaciones" (fs. 5459).

En la sentencia también han quedado expuestas sin fisuras, las razones por las que se tuvo por probada la utilización en el hecho del automóvil Dodge 1500 amarillo, elemento que refuerza aún más la conclusión de la participación de personal del ejército en el secuestro.

El vehículo aparece mencionado no sólo por Heraldó Lionel Bustos al declarar el 3 de mayo de 1984 ante la Conadep (fs. 138/141) y por Raúl Federico Bustos en sus distintas declaraciones sino también por Eduardo Horacio Gentiluomo, Sergio Ríos Ereñú, Héctor Fernando Petricic y Roberto Felipe Domínguez quienes además de ratificar su existencia afirmaron que el rodado pertenecía al Rimte. 28 de Tartagal (fs. 5459 vta.).

Resultaron también concluyentes los testimonios de Andrés Cinco quien al momento del hecho revestía la calidad de oficial de policía y del entonces Jefe de Sección Tartagal de Gendarmería

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

Nacional, Pedro Darío Juárez.

El primero recordó que "el pueblo se enteró del secuestro de Bustos" y que "lo comisionaron con el hijo del escribano hasta más allá de Gral. Mosconi para hacer un rastrillaje en la ruta en el auto del desaparecido Bustos, manejado por el hijo" y que para dar con los autores del hecho se efectuaron controles vehiculares" (fs. 5459 vta./5460). En tanto que Juárez "reveló la existencia de la comunidad informativa, sus reuniones, el conocimiento público de la desaparición de Bustos e inclusive la entrevista que él mismo tuvo con Heraldo y Raúl a raíz de las averiguaciones que estos últimos practicaban respecto del paradero del escribano" (fs. 5460).

Tampoco es dable soslayar el contenido del habeas corpus suscripto a poco de ocurrido el hecho por Juana Bolaño de Bustos en favor de Aldo Melitón Bustos. El mismo da cuenta que la víctima habría referido que aun cuando quienes los que lo secuestraron se presentaron como personal de Gendarmería, los reconoció "como pertenecientes al ejército, con sede en Tartagal" (fs. 127/128).

A la luz de esas probanzas resulta fundada la aserción del a quo relativa a que esos testimonios, dan "por tierra con las versiones negativas de los acusados como de algunos testigos renuentes que negaron

todo conocimiento del hecho (además de su existencia)" (fs. 5460).

Así, Los extremos expuestos valorados en su conjunto resultan muestra elocuente de la participación que le cupo a personal del mencionado regimiento en la privación de la libertad de Aldo Melitón Bustos.

VII- En lo que respecta a la participación que le cupo a Arias en el secuestro se tuvo en cuenta que del Legajo de Personal incorporado como prueba, surge que el "26 de enero de 1978 regresó a Tartagal proveniente de una Comisión de Servicios en la localidad de Morillo, Salta, y que a partir del 4 de febrero de 1978 gozó de su licencia anual". Es decir que estuvo en Tartagal el día del hecho.

Resultó medular el testimonio de Raúl Federico Bustos quien sindicó a Carlos Alberto Arias como una de las personas que secuestró a su padre el día 2 de febrero de 1978. En este punto es dable destacar que se valoró la coherencia de su relato en las distintas oportunidades en las que declaró en esta y otras causas (cfr. 5467 y vta.).

También se ha explicado que las circunstancias en las que se produjo el secuestro y el peligro percibido por el testigo Bustos explican de manera razonable el motivo por el cual en su primera declaración dijo que no podría reconocer a los captores. Al respecto el tribunal también valoró que "después de prestada dicha declaración, en circunstancias que acompañó a su tío Heraldo Bustos al Regimiento de Monte 28 y a la terminal de

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

ómnibus de Tartagal, reconoce al imputado Arias y conoce allí su apellido" (fs. 5468) y que tampoco se advirtió que en el curso del debate Bustos hubiere "alterado la verdad en procura de perjudicar al imputado" ni "otro interés - v.gr., relación de familia, afecto, odio, etc.- en relación a Carlos Alberto Arias, que influyera sobre el ánimo del deponente para que puedan hacerlo apartar conciente o inconscientemente de la verdad" (fs. 5467 vta.).

Cabe poner de resalto que en el año 2001 Raúl Federico Bustos declaró en el expte. 3-406/00 "Parada de Russo Reina Isabel -Ortiz Albina y Otros- investigación sobre el destino de los detenidos desaparecidos de Salta s/ Habeas data". En esa ocasión dijo que "la persona que ingresa a su domicilio y el que lo encañonó es el Teniente Carlos Alberto Arias, quien prestaba servicio en el Regimiento Montes nº28, y tenía bigotes en ese momento" y "conoce al Sr. Arias, porque cuando va el tío del dicente a preguntar por el paradero de su padre al regimiento y allí el dicente ve a la persona que entró el día anterior a domicilio y participó en la detención de su padre, que luego averiguan que es Arias" (fs. 158 y vta.).

Se advierte también que el nombre de Arias, como coautor material de la privación de la libertad, no aparece recién con el inicio de estas actuaciones el 6 de febrero de 2003, sino ya en las

declaraciones del hijo de la víctima y las denuncias y los testimonios de su hermano Heraldito Lionel Bustos ante la Conadep y la Liga Argentina por los Derechos del Hombre en marzo y mayo de 1984 (cfr. fs. 131, 138/141).

A la luz de esos relatos resulta insustancial la cuestión relativa a la presunta lesión en el pie que habría sufrido Arias y a partir de la cual la defensa argumenta la imposibilidad de que su asistido haya participado en el hecho. No obstante ello, cabe de todos modos señalar que el Tribunal Oral meritó que la prueba reunida contrasta con la versión del imputado quien omitió introducir la cuestión en oportunidad de sus declaraciones en la instrucción. En efecto, se tuvo en cuenta que de su legajo personal "en el ítem relativo a Partes de Enfermo relativos al año 1977 consta solamente 3 días de licencia a partir del 24 de octubre de 1977 por diagnóstico de 'flemón maxilar interior', sin ningún otro antecedente de enfermedades durante ese año y el posterior" (fs. 5466 y vta.) y que el "legajo médico remitido por el Servicio Penitenciario Federal, en el informe suscripto por el Dr. Rodolfo Renati, médico traumatólogo, solamente expresa de una lesión en un pie, interpretando que sería posterior a su ingreso al ejército, pero sin consignar fecha cierta" (fs. 5467).

En ese contexto se señaló que prestando atención a los traslados en comisión de servicio, que de acuerdo al legajo tuvieron lugar en enero de 1978, "no resulta creíble que el entonces Tte. Arias estando con un pie enyesado, o en su defecto convaleciente de una lesión que según sus propios dichos le impedía hasta

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

manejar un vehículo, preste servicios normalmente, cuando por el tenor de sus actividades requería una aptitud física total" (fs. 5467) dificultad que, teniendo en cuenta también los distintos movimientos que da cuenta el informe, subsistiría aun cuando Arias se hubiese trasladado con el auxilio de otra persona como sugiere su esforzada defensa en el recurso de casación.

De todo lo expuesto, entendemos que se encuentra suficientemente acreditada su participación en carácter de coautor material en la privación ilegal de la libertad sufrida por Aldo Melitón Bustos.

VIII- Por otra parte, consideramos que también se encuentra adecuadamente fundada la autoría mediata atribuida a Luis Ángel Gaspar Zírpolo en el mismo hecho. Zírpolo, al 2 de febrero de 1978, se encontraba al frente del Regimiento del Monte 28 de la ciudad de Tartagal en su carácter de segundo jefe, siendo reemplazado por Roberto Felipe Domínguez el 15 de febrero de ese mismo año. Ello surge sin hesitaciones de los elementos de prueba reseñados por el a quo a fs. 5469 y vta., a los que me remito y que por no encontrarse cuestionados doy aquí por reproducidos.

Por otra parte del legajo del nombrado surge que se encontraba en Tartagal a la fecha del hecho.

Probado como está la ocurrencia del ilícito, la notoriedad que adquirió en Tartagal y la participación que les cupo a Arias en particular y a personal dependiente del Regimiento nº 28 cuya máxima autoridad al momento en que Bustos fue privado de su libertad era Luis Ángel Gaspar Zírpolo, tengo para mí que se encuentra correctamente fundada la atribución de responsabilidad a la que se arribó en la sentencia.

Es que teniendo en cuenta el contexto témporo-espacial en el que se sucedieron los hechos, tiene sustento la afirmación de que "la privación de la libertad del escribano Bustos y su posterior muerte, sólo pudo desarrollarse con el conocimiento y la autorización de Zírpolo, atento a que se realizó en el ámbito territorial en que ejercitaba su mando con exclusividad y en su plenitud, tanto así que se usó un vehículo asignado a su propia jefatura" (fs. 5470).

A este respecto resulta esclarecedor el testimonio de Horacio Ballester que recoge la sentencia y que da cuenta que "las operaciones de inteligencia efectuadas por oficiales del Regimiento sin el consentimiento del Jefe del Regimiento era una 'aberración', que no debiera haber sucedido. Doctrinariamente no puede ocurrir y si el Jefe se entera debe tomar medidas porque es un desprecio hacia su autoridad" (fs. 5469 vta./5470).

En sentido similar a lo expuesto por Ballester, Domínguez "da cuenta de que efectivamente esta acción llevada a cabo por elementos militares y respondiendo a un requerimiento de idéntica

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

naturaleza no podía ser llevado a cabo por personal jerárquico inferior con desconocimiento del Jefe de la Unidad (a la sazón el Mayor Zírpolo) (fs. 5470 vta.).

Es dable recordar que conforme al testimonio de Domínguez fue el propio Zírpolo quien le informó de la detención y entrega de Bustos a requerimiento del Destacamento de Inteligencia 143.

Asimismo valoró el Tribunal Oral "las circunstancias que se vivían por aquéllos años", "el modo traicionero, alevoso, violento de su captura" y un procedimiento del cual no se dejaron constancias ni registros más allá del radiograma al que ya se hizo referencia.

Además, no es dable soslayar las características del lugar donde ocurrió el hecho. El a quo sostuvo a ese respecto que "no era Córdoba, no era Tucumán, ni Buenos Aires, donde las desapariciones fueron múltiples y podían ser desconocidas por algún jefe de una unidad militar cuando los operativos eran practicados por otra. Esto era Tartagal, pequeña ciudad del interior de nuestro país donde la omnipresencia de una importante unidad de combate es incontestable. Unidad militar que, por los decretos del Poder Ejecutivo Nacional -tanto en la época constitucional como de facto-, subordinaban a su autoridad, tanto a la Policía Federal, como a la Gendarmería Nacional o a la Policía provincial en el lugar

de asiento. El jefe del Regimiento de Infantería de Monte 28 con asiento en Tartagal, detentaba un grado de autoridad tal, que bajo ninguna circunstancia podía ocurrir un hecho de tamaña magnitud sin su aquiescencia u orden expresa. Un oficial inferior como un teniente (Arias), jamás hubiera llevado a cabo un operativo de esta magnitud, con otro personal, en un automotor del propio Regimiento sin la expresa anuencia de su jefe ni aún cuando hubiese recibido una orden directa del comandante de Brigada, de Cuerpo, o del Comando en Jefe del Ejército. Y esto es sencillo: si para cumplir una orden regular u ordinaria cualquiera que implicara la actividad más nimia dentro de la vida militar, se debía respetar rigurosamente la cadena de mando y los reglamentos militares, con mucha mayor razón para llevar a cabo un operativo clandestino e ilegítimo en el ámbito civil, en el marco de llamada lucha antisubversiva" (fs. 5471).

Este razonamiento resulta ajustado a las leyes de la sana crítica, pues en suma existen suficientes elementos -testimoniales y los que surgen de las propias circunstancias del lugar de comisión- que controvierten de manera elocuente el desconocimiento que alegaron los imputados respecto del hecho, y demuestran la participación de integrantes del Regimiento de Monte 28 y la imposibilidad de que el secuestro, traslado y entrega de Bustos se hubieran logrado sin la decisión y anuencia de su Jefe.

IX- En lo que respecta al homicidio de Bustos, el Tribunal consideró a los imputados partícipes necesarios de homicidio en su forma básica por

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

estimar acreditado en autos un supuesto de dolo eventual.

Cabe recordar que las constancias de fs. 739, 1500, 1608 y la diligencia actuarial de fs.1615 dan cuenta del fallecimiento presunto de Aldo Melitón Bustos y de la consecuente inscripción registral, teniéndose como fecha del deceso el 6 de febrero de 1978.

Sin perjuicio de señalar que al momento de los hechos no se encontraba tipificado el delito de desaparición de forzada de personas, recientemente incorporado al art. 142 ter del Cód. Penal por ley 26.679, en el presente caso la falta de registros de la detención, el tiempo transcurrido, la solución de continuidad entre la privación ilegal de la libertad y esa declaración de presunción de fallecimiento y la circunstancia que hasta a la fecha no se volvió a saber de la víctima, permiten a todas luces tener por cierto el homicidio de Bustos.

La cuestión de la atribución del homicidio sobre la que las defensas han expresado agravio, remite a analizar la prueba reunida en autos a fin de evaluar si se verifica el elemento subjetivo que exige la aplicación del tipo pretendido.

En tal sentido, el análisis de la cuestión no puede prescindir del contexto y las características particulares en que se produjo la ilegítima

privación de la libertad de Bustos ni de las conductas posteriores realizadas por los acusados.

Se trató de un procedimiento clandestino, llevado a cabo de forma violenta, cuyos autores se presentaron como pertenecientes a Gendarmería Nacional, ocultando su calidad de personal del ejército. El derrotero al que fue sometido Bustos por quienes lo privaron de su libertad junto a otras personas, aún hoy se desconoce. Los involucrados, que vale insistir, negaron conocimiento del hecho, no obstante la importante publicidad que tomó en la ciudad de Tartagal, se ocuparon de no registrar ni dejar constancias del suceso. La única referencia documental, es el ya mencionado informe suscripto por Domínguez que da cuenta de la detención de Melitón Bustos y su entrega a otra dependencia del Estado.

En suma, se advierte de la descripción del hecho traído a estudio por los casacionistas las características típicas del delito de lesa humanidad y la concordancia de la plataforma fáctica en análisis con otros hechos que, temporalmente, acaecieron en nuestro país y también fueron cometidos por miembros de las fuerzas armadas durante el último gobierno de facto.

Obsérvese al respecto que la privación ilegítima de la libertad y posterior desaparición del señor Aldo Melitón Bustos guarda una identidad descriptiva con otros sucesos ocurridos en distintas partes del territorio nacional que, a la luz del art. 7.2.a. del Estatuto de Roma, definen una línea de conducta de *"conformidad con la política de un Estado... o para promover esa política"*, esto es, verifican una *"pauta de contexto"*

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

de la cual se colige el rasgo organizativo de la práctica ligado a la noción de un patrón regular de conductas (sistemáticas y generalizadas) predeterminadas, llevadas adelante por un Estado o por una organización ligada a aquél.

Así las cosas, entendemos que las probanzas obrantes en autos, en el análisis del contexto de la época también meritado por el *a quo*, conducen a nuestro juicio a una conclusión distinta a la que se arribó en la instancia anterior en cuanto a las características del dolo que guió el accionar de los encartados, que estimamos es de carácter directo. Es que no sólo las circunstancias en que se produce la detención, sino también el inmediato y posterior encubrimiento de todo rastro material, con excepción del informe ya mencionado, nos persuaden de que los imputados conocieron *ab initio* el desenlace de su accionar.

Como afirmó el *a quo* —aunque asignando a la conducta una significación con otro matiz— tanto en Zírpolo como Arias esa representación del resultado "se hizo presente en el momento en que procedieron a hacer efectiva su privación ilegítima de la libertad, no encontrándose razones serias para que confiaran en la no producción del siniestro" (fs. 5476).

En efecto, no resulta racional suponer que, quien como funcionario del Estado secuestra a una persona a requerimiento de otro funcionario de ese

mismo Estado, omitiendo cualquier registro que permitiera, pese a los denodados esfuerzos de los familiares de la víctima, dar con su paradero y sin desconocimiento de que ese secuestro se daba en un contexto histórico en el que coetáneamente otras personas siguieron la misma suerte que Bustos, no hayan previsto en ese mismo momento cual sería la consecuencia de su accionar para la víctima.

No visualizamos de qué modo puede alterar esa conclusión la circunstancia apuntada por la defensa relativa a que no todas las personas que fueron ilegítimamente privados de la libertad perdieron sus vidas.

X- Sentado entonces cuanto precede, y partiendo de los mismos sucesos probados en la sentencia, advertimos que asiste razón a las pretensiones de los acusadores de agravar la calificación del homicidio.

Al respecto, no es dable soslayar que en este caso se tuvo por probada la ilegítima privación de la libertad de Bustos, las circunstancias violentas en las que se produjo, la coautoría de los imputados, la posterior entrega de la víctima en condiciones de cautiverio a otras personas, su homicidio y que Arias y Zírpolo tenían conocimiento y voluntad no sólo de los elementos objetivos de los tipos penales atribuidos, sino también de las circunstancias en las cuales se producía el hecho endilgado en el marco de la "pauta de contexto" señalada *supra*.

La ilegal privación de la libertad y la posterior muerte reprochadas fueron producto del accionar conjunto de varios sujetos entre los que al menos se encontraban los encartados. Por otra parte, el modo brutal en que se suscitó el secuestro de Aldo Melitón

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. nº 18.879

Bustos, y la ocultación de todo rastro que permitiera dar con su paradero resultan muestra elocuente no sólo del estado de indefensión de la víctima sino de la voluntad de los imputados de asegurar su cometido aventando cualquier riesgo derivado de su accionar. Así y aun cuando no se han podido lograr otras precisiones con relación a las circunstancias en que se produce el óbito, lo cierto es que ha quedado acreditado que Arias y Zírpolo tomaron parte en la ejecución del hecho, cumpliendo distintos roles, efectuando cada uno aportes esenciales para su ocurrencia, lo que los hace coautores del mismo (cfr. en este sentido Ambos, Kai; "La Parte General del Derecho Penal Internacional, Uruguay, 2005, p. 189). Al respecto, como dice Roxin "lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás" y que "el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en su manos el destino del hecho global". "Es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer. Y mucho menos se requiere que 'ponga manos a la obra' en sentido externo o

ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho" (cfr. Roxín, Claus "Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal", España, 1998, P. 305 y sgtes.).

De otra parte, cabe señalar que la plataforma fáctica descrita en la sentencia permite inferir con claridad que la muerte de Bustos ocurre encontrándose ya el nombrado privado de su libertad, resultando ambas conductas escindibles en tiempo y aun en espacio, concurriendo por tanto materialmente entre sí.

En tales condiciones, resulta ajustado a derecho adecuar la subsunción típica a los hechos probados en la causa, a resultas de lo cual corresponde encuadrar las conductas atribuidas a los encartados en el delito de privación ilegal de la libertad en concurso real con el delito de homicidio doblemente agravado por su comisión con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas, en carácter de coautores (arts. art. 45, 55, 80 incs. 2° y 6° y 142 inc. 1° del C.P., y 470 del C.P.P.N).

Por todo lo expuesto, corresponde **I-** Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Carlos Alberto Arias y Luis Ángel Zírpolo, con costas (art. 530 y 531 del C.P.P.N.) y **II-** Hacer lugar a los recursos de casación deducidos por el representante del Ministerio Público Fiscal y la parte querellante, casar la sentencia recurrida y en consecuencia encuadrar las conductas atribuidas a los encartados en el delito de privación ilegal de la libertad en concurso real con el delito de homicidio doblemente agravado por su comisión con alevosía y con el concurso

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. n° 18.879

premeditado de dos o mas personas, en carácter de coautores y remitir las actuaciones a su procedencia a fin de que se fijen las penas correspondientes (arts. art. 45, 55, 80 incs. 2° y 6° y 142 inc. 1° del C.P., y 470 del C.P.P.N).

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:** corresponde **I-** Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Carlos Alberto Arias y Luis Ángel Zírpolo, con costas (art. 530 y 531 del C.P.P.N.) y **II-** Hacer lugar a los recursos de casación deducidos por el representante del Ministerio Público Fiscal y la parte querellante, casar la sentencia recurrida y en consecuencia encuadrar las conductas atribuidas a los encartados en el delito de privación ilegal de la libertad en concurso real con el delito de homicidio doblemente agravado por su comisión con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas, en carácter de coautores y remitir las actuaciones a su procedencia a fin de que se fijen las penas correspondientes (arts. art. 45, 55, 80 incs. 2° y 6° y 142 inc. 1° del C.P., y 470 del C.P.P.N).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada y oportunamente devuélvase al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.-
Fdo. Raúl Madueño, Juan E. Fégoli y Luis M. Cabral. Ante mí: Elsa Carolina Dragonetti.
Secretaria de Cámara.