

Poder Judicial de la Nación

Causa: “Cantos Germán, Cantos Anabel y Cantos Luis s/ privación ilegítima de libertad y otros delitos”, Expte. N° 401304/07.-

En la ciudad de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán, República Argentina, a los once días del mes de Septiembre del año dos mil catorce, siendo horas 14:00, tiene lugar la audiencia para efectuar la lectura íntegra de la sentencia dictada el día cuatro de Septiembre del corriente año, por los Sres. Jueces de Cámara Subrogantes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, Dres. **JUAN CARLOS REYNAGA**, Titular del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca; **MARIO MARCELO JUAREZ ALMARAZ**, Titular del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta y **NORBERTO HUGO CATALDI**, Titular del Tribunal Oral en lo Criminal N° 14 de Capital Federal. Se encuentra imputado **JORGE ALBERTO D’AMICO** L.E. N° 5.262.490, argentino, casado, militar retirado, nacido el 12 de Junio de 1948 en Capital Federal, con domicilio en calle 24 de Septiembre N° 818, Barrio Belgrano, Santiago del Estero. Actuaron en representación del Ministerio Público Fiscal los Dres. **LEOPOLDO OSCAR PERALTA PALMA**, Fiscal Gral. Subrogante y **PABLO CAMUÑA**, Fiscal General Ad-Hoc.- Asimismo, en representación de los querellantes María de los Ángeles Petra Cantos y la Asociación Civil por la Memoria, la Verdad y la Justicia y Familiares de Detenidos Desaparecidos por Razones Políticas de Santiago del Estero, actuaron las Dras. **INES LUGONES DE BADER**, **JULIA ELENA AIGNASSE** y el Dr. **ALVARO PEDRO ORIETA**. En representación del Ministerio Público de la Defensa actuaron los Sres. Defensores Públicos Oficiales Ad Hoc Dres. **EDGARDO ADOLFO**

USO OFICIAL

BERTINI y VANESA LUCERO. Presidió la audiencia el Dr. **JUAN CARLOS REYNAGA.**

VOTO DE LOS DRES. JUAN CARLOS REYNAGA Y HUGO NORBERTO CATALDI

1- IMPUTACION

El Requerimiento Fiscal de Elevación de la causa a Juicio obrante a fs. 36/39 y vta. atribuye a **JORGE ALBERTO D`AMICO** ser autor material de los delitos de privación ilegítima de la libertad (art. 144 bis inc 1º y 2º ley 14616, en función del art. 142 inc. 1º y 5º ley 20.642); imposición de torturas (art. 144 ter y asociación ilícita agravada (210 y 210 bis) en perjuicio de Germán Cantos. La ampliación del requerimiento obrante fs. 44 y vta. agrega la imputación de autor mediato o partícipe necesario del delito de homicidio triplemente calificado en perjuicio de Germán Francisco Cantos.

En oportunidad de los alegatos el Ministerio Público Fiscal señala que la CFCP en el 2012 ha confirmado la existencia de un plan criminal de exterminio y el tribunal ya ha dado por confirmado eso en ocho sentencias. Refiere que la desaparición forzada se da en el caso respecto a una persona que estaba cumpliendo el servicio militar en Santiago del Estero y de ahí fue trasladado a Tucumán donde habría encontrado su destino final. Que la desaparición no es un hecho aislado, sino que forma parte del plan criminal.

Que en éste caso se da la misma secuencia que en todas las víctimas, esto es, una persona secuestrada, trasladada a un CCD, torturada, ocultada y

Poder Judicial de la Nación

negada a sus familiares, secuencia que conocían todos los intervinientes de este proceso, llevada adelante por todos los poderes del estado. Refiere que la desaparición de Germán Cantos forma parte del ataque generalizado contra la población civil por lo que se define como delito de lesa humanidad, solicita que se declaren estos delitos como de lesa humanidad, es una figura vigente al momento de los hechos; los delitos importan una pluralidad de injustos, que participan de la calidad de imprescriptibles.

Señala que D'Amico era el jefe al que se le habían confiado 200 conscriptos, que es autor del delito de privación ilegítima de la libertad agravada; autor porque tenía el dominio del hecho, tenía la posibilidad de privarlo de la libertad, tenía autoridad sobre Germán, tenía el dominio del hecho, era el que no había firmado su cedula. Es autor directo del hecho; el Estado tenía el rol de garante y el que tenía el rol era el Teniente D'Amico. Sostiene el MPF que Jorge Alberto D'Amico es penalmente responsable como partícipe necesario en el homicidio triplemente agravado (art. 80 inc. 2, 5 y 7) de Germán Francisco Cantos. Sostienen que se aplica la teoría del consentimiento de la voluntad, en tanto no podía desconocer el destino, él venía a Tucumán con cierta regularidad y que no se ha violado el principio de congruencia.

Solicitan sean declarados los hechos perpetrados en el marco de la presente causa, como delitos de lesa humanidad y se condene a Jorge Alberto D'Amico por ser autor material del delito de privación ilegítima de la libertad agravada, art. 144 bis inc. 1 y 2 y último párrafo del CP y aplicación de tormentos y por ser partícipe necesario en la comisión del delito de homicidio triplemente agravado en concurso real, art. 55 CP; y que se lo condene a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua, se lo mantenga en la institución penitenciaria en la que se

encuentra alojado y se oficie al Poder Ejecutivo para que ordenen la baja deshonrosa del Ejército.

2- PLANTEOS PREVIOS

Antes de fundamentar acerca del veredicto dictado en autos, corresponde pronunciarse sobre las cuestiones previas planteadas durante la audiencia de debate que, en cuanto a su resolución, quedaron para definitiva.

2.1. PLANTEO DE NULIDAD DEL REQUERIMIENTO DE ELEVACIÓN A JUICIO DE LA QUERRELLA POR PARTE DE LA DEFENSA.-

El Dr. Adolfo Bertini plantea la nulidad del requerimiento de elevación a juicio de las querellas, aduciendo que hay violación de los principios de congruencia y legalidad. Manifiesta que en el requerimiento de elevación a juicio el MPF dice autor material de privación ilegítima de la libertad, torturas y asociación ilícita agravada, idéntico al auto de elevación, cambia la calidad de autor, pero en lo acusatorio básico se mantiene y después la querella pone “homicidio agravado”, destruyendo el principio de congruencia; y el MPF cuando le corren vista, le da la razón y termina diciendo que es autor mediato o partícipe. Expresa que hay un total desorden procesal y el único perjudicado es su defendido. Solicita se ciña la acusación a lo dispuesto por la Cámara.. Pide que en el marco de los arts. 166 y 168 del CPPN se declare la nulidad del requerimiento de elevación a juicio de la querella y se ciña la acusación a lo dicho por la

Poder Judicial de la Nación

cámara en el procesamiento.

A su turno el Sr. fiscal expresa que la defensa intenta dilatar el proceso y dilatar el debate. Se remite a lo resuelto por el Tribunal en relación a las nulidades ya planteadas. Agrega que en virtud del art. 170 del CPPN, están todas agotadas las oportunidades de plantear nulidades; que el art. 376 del CPPN deja un margen pequeño para efectuar planteos, son las nulidades producidas entre el art. 354 y el debate, es decir, todo lo que ha sido planteado ahora, ya fue planteado y resuelto antes, de manera que todas estas cuestiones son reiterativas, dilatorias y extemporáneas. Remarca que en cuanto a los hechos enrostrados y esta supuesta violación al principio de congruencia, se imputan hechos, no calificaciones jurídicas. Manifiesta que las querellas hablan de estos hechos y las calificaciones jurídicas, desde la primera hoja de la causa empiezan con los hechos, así es como llegan hoy al debate, así con las calificaciones jurídicas que se cuestionan. Agrega que aquí es donde se determina quién es autor, quién no lo es, si hubo participación o no, si hubo un hecho o no, mientras tanto solo es una acusación, este es el tribunal que conforme el art. 401 del CPPN, dará al hecho la calificación jurídica que estime pertinente “si resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado”, dice citando el art. 401 del CPPN.-

Seguidamente, la Dra. Inés Lugones de Bader manifiesta que se adhiere a lo dicho con anterioridad y que en cuanto al principio iura novit curia, la defensa le quiere restar importancia en los juicios penales, el derecho es uno solo pero a los fines de su aplicación se divide y tiene principios distintos, ese principio no es privativo del derecho civil, por las características del proceso oral también es aplicable a cuestiones de calificación, por lo que el tribunal debe acoger ese principio. Agrega que

no es acertado decir que es sólo del proceso civil; que es bueno recordar ante qué tipo de juicio estamos, con todas las garantías procesales y constitucionales, que es lo que no tuvieron las víctimas de estos juicios. Pide que se rechacen las nulidades planteadas por la defensa.

En el análisis del planteo de nulidad articulado por la defensa, corresponde mantener el criterio sostenido por mayoría en la resolución de fecha 15/05/2014, obrante a fs. 24/26 y vta. del “Incidente de Nulidad del Requerimiento de Elevación a Juicio”, Expte. 401304/2007/TO1/2.

En tal sentido, corresponde señalar que el artículo 347 del C.P.P.N. impone, bajo pena de nulidad, que el acto contenga: Los datos personales del imputado; una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos; su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda.-

En cuanto a la descripción fáctica, es exigencia del código que se efectúe una relación completa del acontecimiento histórico en virtud del cual el representante del Ministerio Público o el acusador particular consideran que debe elevarse la causa a juicio, con basamento en la actividad desarrollada hasta ese momento en la sede instructoria. En efecto, es esencial que el imputado conozca el o los hechos que se le atribuyen para que pueda estar en condiciones de defenderse, los que luego serán recogidos por la sentencia.-

A este respecto y en esa misma inteligencia, puede advertirse que en la indagatoria de fecha 5 de Diciembre de 2008, en el hecho que nos ocupa (caso 11 y 12 del requerimiento fiscal) se le describió claramente al encartado la conducta atribuida, consistente en *“haber participado como integrante de un grupo de tareas y a título de autor en la desaparición de German Francisco Cantos en septiembre de 1976”*. Este relato fáctico que

Poder Judicial de la Nación

en la indagatoria se amplía con descripción de los momentos anteriores, concomitantes y posteriores al evento, importa una clara e indubitable atribución de responsabilidad penal a los fines del ejercicio pleno y amplio del derecho de defensa, a lo que se suma la lectura del relato de las pruebas en su contra, que fueron detalladas y enunciadas de modo particularmente explícito, finalizando en esa oportunidad el acto procesal que se le exhiban las mismas para su lectura y examen.

Es entonces que bajo ningún aspecto puede inferirse la falta de intimación ni la vulneración del derecho a conocer detalladamente la prueba de cargo, resultando por demás elocuente el acto procesal referido. En este sentido no hay duda alguna que la nulidad por la nulidad misma resulta palmariamente atribuible a la pretensión defensiva en análisis a lo que debe agregarse que no se advierte el perjuicio sufrido por el imputado ya que pudo saber claramente cuál fue el hecho de que defenderse y cuáles fueron las pruebas en su contra conforme consta en la causa, extremos estos exigidos por la ley procesal. La propia defensa nulidisciente expresa que al momento de la declaración del imputado fue informado éste de la calificación legal achacada, esto es privación ilegítima de la libertad, torturas y homicidio calificado.

Por otra parte, resulta un requisito esencial encuadrar la conducta que se endilga en un tipo penal, ya que la no inclusión de la calificación en el requerimiento de elevación a juicio, siquiera el artículo concerniente del código de fondo, también atenta contra el derecho de defensa del imputado.-

Se entiende, que la acusación debe necesariamente proporcionar al imputado un conocimiento detallado de cuál, cómo, dónde y de qué manera se habría cometido el suceso que se le atribuye, todo lo cual requiere una

relación circunstanciada respecto del tiempo, modo y lugar en que aconteció el hecho. Es la base del juicio, es decir, que debe entenderse como la plataforma de hecho y de sujetos que por lo tanto conforman el exclusivo objeto del mismo (Eduardo M. Jauchen, “El Juicio Oral en el Proceso Penal”, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1ra. edición, Santa Fe 2008, pag. 43).-

En definitiva, si la acusación omite alguno de los requisitos esenciales y no deja en claro la demarcación fáctica o subjetiva, tal anomalía se trasladaría a la etapa de debate, lo cual implicaría la imposibilidad por parte del Tribunal de llevar a cabo un juicio en resguardo de las garantías constitucionales, de allí deriva la importancia de la acusación y la significativa sanción prevista por el art. 347 del código de forma.-

Sentado lo dicho, el requerimiento de elevación a juicio impugnado cumple con los requisitos del art. 347, inc. 2º, apartado segundo, del C.P.P.N., por cuanto, amén de contener una adecuada descripción de tiempo, modo y lugar del suceso que perjudicó a Germán Francisco Cantos, en el capítulo V, “*Participación criminal de los encartados y calificación legal de sus conductas*”, se consigna que Jorge Alberto D’Amico, al momento de los hechos con el grado de Capitán, ejerció la Jefatura de la Compañía “A” del Batallón de Ingenieros de Combate 141 con asiento en la ciudad de Santiago del Estero siendo autor material de la privación ilegítima de la libertad (art. 144 bis, inc. 1º y 2º -Ley 14.616- en función del art. 142 inc. 1º y 5º -Ley 20.642-), imposición de torturas (art. 144 ter.) y como autor del delito de asociación ilícita agravada (arts. 210 y 210 bis) en perjuicio de Germán Cantos. Por lo que la exigencia del art. 347 del CPPN *in fine*, respecto a que el requerimiento de elevación a juicio

Poder Judicial de la Nación

contenga una calificación legal de los hechos, se ve satisfecha en el presente caso, ya que cada una de las conductas que se le endilgan al acusado, encuadran en un tipo penal específico y detallado, conocido esto por el imputado y su defensa en la etapa procesal pertinente.

Asimismo y fundamentalmente, en párrafos siguientes, se indica concretamente el rol que le cupo a D'Amico al indicar la relación de subordinación directa que existía entre Cantos y el nombrado, en atención a que era el Jefe de la Compañía donde revistaba y que no podía desconocer “el hecho del secuestro de un subordinado directo, menos aún omitir realizar las diligencias pertinentes en aras de obtener información sobre las causas que motivaron que un recluta de su compañía no se presente más”.

Es unánime la doctrina y jurisprudencia respecto a los alcances de la congruencia fáctica (hechos) entre intimación, acusación y sentencia, siendo en el presente caso inicialmente factible expresar que sin importar análisis alguno del material probatorio, la congruencia fáctica, a este momento procesal no se encuentra afectada y resulta clara la intimación del hecho en los términos del art. 298 del Código Procesal Penal de la Nación.

Cuadra resaltar la opinión de la jurisprudencia cuando en la materia dijo que: *“las discrepancias o coincidencias en cuanto a la subsunción típica son indiferentes al principio de congruencia. No lo vigoriza el hecho de que exista coincidencia ni lo menoscaba su ausencia. Y ello es así, porque el principio constitucional de defensa en juicio no se ve lesionado por las diferentes apreciaciones en torno al encuadre típico efectuando en esta etapa, sino en cuanto al hecho objeto del reproche”*. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, causa 28.021 “Pederñera”, 12/6/2006, revista Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, septiembre de 2013, pág. 1926.

Es entonces que siendo suficientemente explícito el hecho atribuido para el completo desarrollo argumental de una defensa ejercitada en los términos de la insustituible garantía procesal, resulta igualmente improcedente la nulidad planteada, debiendo rechazarse la misma en un todo y estar en definitiva a las resultas de las pruebas a diligenciar en el debate. Por lo tanto, debe rechazarse la nulidad impetrada.

2.2. PLANTEO DE NULIDAD DE LOS ALEGATOS DE LA QUERRELLA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

El Dr. Bertini plantea que las querellas acusan a su defendido como autor mediato de homicidio y el fiscal como partícipe necesario de homicidio. En este sentido sostiene que sustentan su acusación solo en el derecho penal de autor, en un derecho penal totalitarista. Así, plantea la nulidad de las acusaciones tanto particular como pública; refiere que se ha violado el principio de defensa en tanto agregan el homicidio en este momento que se clausura el debate y se exceden del marco establecido por el tribunal. Añade que al respecto las querellas no dicen nada, van modificando la acusación como si fuera un proceso aleatorio, agregan el genocidio, van mutando de la teoría mediata a la participación necesaria. Refiere que se está violando el principio de defensa; pide la nulidad de las acusaciones.

La Dra. Vanessa Lucero hace hincapié en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Insiste en que el imputado estaba convencido que venía imputado por privación ilegítima de la libertad y no por genocidio u homicidio y que en ese sentido declaró. Solicita se declare nula la acusación; cita el caso “Santillán”. Refiere que el Ministerio Público Fiscal

Poder Judicial de la Nación

y la querrela toman cada dicho del imputado como prueba en contra y en eso basan la acusación. Señala que no se ha producido ninguna prueba sobre el homicidio de Germán Cantos en este juicio. El Dr. Bertini hace uso de la palabra. Valora la acusación del Ministerio Público Fiscal y la querrela. Sostiene que estamos en presencia de un híbrido acusatorio.

A su turno, el Dr. Pablo Camuña, en representación del Ministerio Público Fiscal, haciendo uso del derecho de réplica, desarrolló la coherencia que debe haber entre la acusación y la defensa. Agrega que el imputado conoció el homicidio, que no es abstracto que tuvo la posibilidad de defenderse y su defensa así lo hizo; que entendía y conocía que su defendido venía imputado de homicidio. Solicita su rechazo.

En igual sentido el Dr. Auad, ponderó que toda nulidad presupone la existencia de un perjuicio, sino sería nulidad por la nulidad misma. En la reconstrucción histórica del proceso aparecen todos los datos que de algún modo deben ser ponderados. Sostiene que no hubo violación del derecho de defensa; sino que estamos en presencia de un acto válido y la nulidad es una sanción extrema.

La querrela adhirió a los dichos de los representantes del Ministerio Público Fiscal.

En atención a que el planteo de nulidad de los alegatos tanto del Ministerio Público Fiscal como de la querrela se fundan en la cuestión atinente a la descripción fáctica, debe entenderse como una reproducción de los agravios ya resueltos tanto en la etapa preliminar del juicio, en la audiencia de debate y al tratar como cuestión previa la nulidad del requerimiento de elevación a juicio de la querrela conforme fue resuelto en el punto anterior. A más de ello, cuadra resaltar que no se advierte el vicio de nulidad pretendidamente invocado por la defensa, ya que en el alegato

de los representantes del ministerio público y de la querrela, al incluir dentro de la plataforma fáctica la figura del homicidio, no hacen más que mantener el criterio por ellos sustentado a partir de la elevación a juicio, en el ofrecimiento de prueba, en el transcurso de las audiencias del juicio oral, en donde requirieron testimonios al respecto e interrogaron a los mismos en presencia del imputado y de su defensa técnica, todo ello bajo la consigna de atribuirse al encartado D'Amico la participación en la desaparición de Germán Francisco Cantos y su adecuación típica a la figura contenida en los incs. 2, 6 y 7 del art. 80 del C.P.

En la inteligencia de análisis antes referida, nos remitimos a lo ya resuelto en el auto interlocutorio de fecha 15/05/2014, obrante a fs. 24/26 y vta. del “Incidente de Nulidad del Requerimiento de Elevación a Juicio”, Expte. 401304/2007/TO1/2 y en la resolución dictada en la etapa inicial de este juicio oral. De igual modo debemos referenciar a la clara existencia de la nulidad por la nulidad misma, que en el presente juicio no logra superar la necesaria existencia del perjuicio. En ese marco de análisis corresponde señalar que de conformidad con el principio de trascendencia quien invoca la nulidad debe alegar y demostrar que el vicio lo ocasionó un perjuicio cierto e irreparable que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la invalidación. (cfr. Tessone, Alberto, “Nulidad de la notificación del traslado de la demanda”, La Ley, 1997).

Cabe señalar, además, que surge claro el expreso consentimiento de las partes en cuanto a los extremos fácticos, por lo que, en virtud del principio de progresividad y de preclusión, fueron convalidados los supuestos vicios de que se agravia la defensa del imputado. Así lo ha entendido este Tribunal, con distinta integración al expresar: *“De cualquier forma, eventualmente se trataría de algo absolutamente subsanado por la*

Poder Judicial de la Nación

preclusión de las distintas etapas del proceso.” (“Incidente de Nulidad efectuado por la defensa de Lidia Parees Garzón en Expte. P-70/12”, Expte. I-128/12).

Cabe citar el fallo del Alto Tribunal que sentó criterios de política judicial en relación al tema que se aborda, en el caso “**Mattei, Ángel s/rec. de hecho**” (Fallos 272:188), “10. *Que tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación ante la ley penal*”.

Por lo tanto y reiterando la claridad, contundencia y puntualidad de la intimación realizada en las diversas etapas del proceso, debe rechazarse la nulidad impetrada.

2.3. PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 80 DEL CÓDIGO PENAL.

La defensa plantea la inconstitucionalidad del artículo 80 del Código Penal en razón de que prevé la aplicación de pena de prisión perpetua sin otorgar margen al juzgador para graduar el monto de la misma en virtud del grado de culpabilidad del imputado.-

En el examen de la cuestión planteada, se entiende que corresponde desestimarla atento a que en el caso concreto no hay elemento alguno que permita inferir que la pena contenida en el art 80 del C.P. resulte desproporcionada al grado de culpabilidad establecido en los graves hechos que tuvieron a Jorge Alberto D'Amico como protagonista y esencial colaborador, conforme se describirá en estos fundamentos, especialmente al resolver la tercera cuestión, a cuyos considerandos nos remitimos.

Adviértase asimismo que si bien en la actualidad hay válidos cuestionamientos de inconstitucionalidad de los mínimos legales en algunos tipos penales menores, importante doctrina ha sostenido que “...*la prisión perpetua del código vigente no es inconstitucional en sí, dado que no es perpetua en sentido estricto, sino relativamente indeterminada, pero determinable, pues tiene un tiempo límite si el condenado cumple con los recaudos de la libertad condicional. Tampoco es inconstitucional como pena fija, siempre que en el caso concreto no viole la regla de la irracionalidad mínima, pues guarda cierta relación de proporcionalidad con la magnitud del injusto y de la culpabilidad sólo sería en los supuesto en que esta condición resulte violada*” (Zaffaroni, Eugenio, Plagia, Alejandro, Slokar, Alejandro. Derecho Penal Parte General).-

Por otra parte, corresponde señalar que desde el ámbito de los instrumentos de derechos humanos comprendidos por la Constitución Nacional y la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema, no cabe concluir la inaplicabilidad de la prisión perpetua prevista en el artículo 80 del Código Penal, ni que ella pueda significar la afectación de la integridad personal en los términos del artículo 5º, inciso 2º, del Pacto de San José de Costa Rica, de la garantía de igualdad ante la ley o del

principio de culpabilidad.

En el caso concreto, remitimos a lo considerado en el apartado en el que se trata la determinación de la pena, ello a modo de complemento valorativo en la temática que lleva a rechazar el pretendido planteo de inconstitucionalidad.

2.4. SOLICITUD DE FALSO TESTIMONIO DE MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ ROMÁN DE FIAD POR PARTE DE LA DEFENSA.-

Durante la declaración testimonial de la Sra. María Cristina Rodríguez Román de Fiad, la defensa solicitó la remisión de las actuaciones al Juzgado Federal en turno por considerar que se había incurrido en el delito del falso testimonio. Afirmó al respecto que la testigo nunca dijo en su declaración anterior prestada en la causa “Arsenales” que vio a Germán Cantos mientras estuvo detenida en ese lugar.-

El Sr. Fiscal General manifestó que no advirtió falso testimonio toda vez que por las aclaraciones que dio la testigo no quedan dudas de cómo fueron los hechos y que además en oportunidad de declarar en la causa Arsenales no se le solicitó que se explayara en relación a Germán Cantos.-

La testigo María Cristina Rodríguez Román de Fiad expresó ante el planteo de la defensa, que en la oportunidad de prestar declaración en la causa “Arsenales” declaró sobre causa propia, y por las de Enrique Díaz y Enrique Sánchez, sobre las cuales había sido interrogada, pero que también hizo una mención genérica de varias personas que se encontraban detenidas en Arsenales y entre ellas nombró a Germán Cantos.

Es preciso remarcar que en la presente causa fueron traídos a juicio

delitos cometidos en los centros clandestinos de detención que sucedieron hace casi cuarenta años en un contexto sumamente particular, lo que obliga a llevar adelante una valoración de la prueba que se enmarque en el especial contexto en que sucedieron los hechos criminales que se fueron probando en la audiencia.

Al respecto tiene dicho la doctrina que *“Para la ponderación del testimonio es menester liminarmente partir siempre del principio general según el cual las personas se conducen con veracidad, y que sólo excepcionalmente por motivos variables apelan a la falsedad. (...) El manifestarse con veracidad no requiere esfuerzo mental, pues el individuo sólo se limita a transmitir sus percepciones sobre determinado suceso o circunstancia, para lo cual no tiene más que extraer el recuerdo y exteriorizarlo, y como el suceso será real sólo debe describirlo. Mientras que quien se decide a ingresar al campo de la falsedad debe realizar un elevado esfuerzo mental, consistente en hacer funcionar la facultad imaginativa y partiendo de ella elaborar una construcción fantasiosa que, por carecer de sustento real, insume un laboreo psíquico relevante, máxime cuando se intenta edificar una versión con rasgos de verosimilitud. (...) Para apreciar debidamente esta prueba, el juez deberá colocarse mentalmente en la situación en que se encontraba el testigo al momento de percibir los hechos, imaginándose las condiciones en que se encontraba el mismo, remontándose y recreando el momento, tiempo, lugar y demás circunstancias que se desprendan tanto del relato del testigo como de las demás pruebas. Éste permitirá una valiosa ponderación.-“* (Jauchen, Eduardo M., *Tratado de la Prueba en materia Penal*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2004, p.357-359).

A ello hay que agregar que resulta evidente que en el caso no

existió contradicción alguna, que la testigo aclaró en forma suficiente y amplia porque en anterior oportunidad no mencionó a Germán Cantos, con lo cual la pretensión impugnativa de la defensa se torna descolocada y superficial, al pretender con ligereza imputar de falso testimonio a la testigo Rodríguez Román de Fiad. Por lo que no corresponde hacer lugar al pedido de falso testimonio.

.....

3- DECLARACION DEL IMPUTADO

JORGE ALBERTO D'AMICO

Hizo una serie de consideraciones y precisó que va a declarar dentro del marco de su declaración indagatoria. Refirió que la presente causa formaba parte de una causa que tramita en la provincia de Santiago del Estero, donde fue indagado por el Juez Molinari por los delitos de privación ilegítima de la libertad y desaparición forzada de personas. Que en base a ello fue indagado. Preciso que el fiscal de la causa no estuvo de acuerdo con la resolución del juez de procesarlo por esos delitos; que el juez lo procesó por privación ilegítima de la libertad, asociación ilícita y desaparición forzada de personas. Recordó que en dicha oportunidad apeló tal resolución y así fue que llegó con privación ilegítima de la libertad y asociación ilícita; el tribunal mantuvo esa calificación y agregó una de las que habían incluido las querellas, la tortura. Refirió que una vez terminado este proceso, con el procesamiento del juez y del tribunal, el Juez Bejas pide la declinatoria de Molinari, apela el dicente ante el Tribunal Oral

Federal, el que no le hace lugar al pedido de que no se traiga la causa a Tucumán. Dijo que niega haber cometido los hechos que se le imputan. Que cuando lo acusó el Juez lo hizo por privación ilegítima de la libertad y desaparición forzada de personas; que nunca fue acusado por torturas.

Asimismo, negó haber realizado hechos tendientes a la privación ilegítima de la libertad de Germán Cantos. Hizo referencia a la causa “Acuña”, donde hay 31 personas imputadas de privación de la libertad y ninguna por tortura. Dijo que este proceso fue irregular, tanto de parte de él y su abogado, como desde la acción que tiene que llevar a cabo la justicia. Lo primero, porque su abogado particular, el Dr. Saín, no le había notificado de lo que había resuelto el juez; el dicente se enteró de casualidad de la elevación a juicio. Que ya con la defensa oficial, tanto la querrela como la fiscalía, pidieron la elevación de la causa a juicio, según le puso en conocimiento el Dr. Bertini. Indicó que la fiscalía le imputa el delito de privación ilegítima de la libertad, torturas y asociación ilícita. Dijo que las acusaciones fueron armadas de una determinada manera, sin tener en cuenta las realidades y verdades que están en el mismo expediente. Refirió que se lo acusó con el grado de capitán y él no era capitán en esa época, era teniente, y hay una diferencia importante de autoridad de tareas y funciones entre ambos cargos Dijo que su legajo no fue tomado en cuenta para des-incriminarlo en dos causas pero sí fue tomado en cuenta cuando lo acusó la querrela. Pidió que el Tribunal tenga en cuenta su legajo, en especial donde dice que en el año 76 regresó de la Zona de Operaciones Tucumán, más precisamente el 12 de julio y que no volvió a Tucumán hasta el 1° de agosto del 77. Destacó que eso es importante, que no leyeron el legajo y lo acusaron de lo que no conoce. Preciso que él no estaba en tránsito de Santiago a Tucumán en esa época; que no era responsable de

Poder Judicial de la Nación

coordinación de nada; que no es cierto nada de eso; que eso no aparece en ningún lado. Dijo respecto a la imputación, que la querrela lo acusa como Oficial Jefe de Inteligencia afectado al Operativo Independencia. Refirió que en su declaración indagatoria en el marco de la causa “Cantos”, de febrero de 2009, en la parte final, le pidió al Fiscal que le diga de dónde saca que era Jefe de Inteligencia y el Fiscal le contestó que lo dice en su legajo personal, pidiendo seguidamente el dicente se haga una nueva compulsión de ello. Dijo que no pudieron demostrar en Santiago que el dicente era el jefe del D2. Que todas estas imprecisiones en las acusaciones entorpecen a la defensa. Que la querrela le pide autoría mediata por el delito de privación ilegítima de la libertad y la fiscalía autoría material, entonces no sabe cómo encarar su defensa, o de qué hechos defenderse. Que no está determinado el hecho, no hay auto de elevación; que es necesario tener claro de qué se lo acusa.

Dijo que no ha cometido esos delitos; que no ha sido partícipe ni autor; que las acusaciones no están claras y las pruebas para acusar no son veraces; que el hecho de encontrarse detenido dificulta que tome conocimiento del contenido de las mismas, lo que afecta su defensa material. Agregó que le llamó la atención la amplitud y detalle de la declaración de Rodríguez Román de Fiad en la megacausa “Arsenal”; que en esa oportunidad no dijo la Sra. Román de Fiad que le habían dicho que Cantos fue secuestrado por D’Amico a pesar de que se le preguntó sobre eso, sobre los Cantos en general y sobre Germán Cantos en particular; agrega que en el 2007 Román de Fiad refiere a la detención de Germán Cantos en la Facultad de Filosofía y Letras de Tucumán y que ésta nunca antes había hecho referencia a Germán Cantos. Agrega el testigo que si la Sra. Román de Fiad tiene un recuerdo tan vívido y preciso de lo sucedido,

tal como surge de su reciente declaración en este juicio, lo habría referido de alguna manera en sus declaraciones anteriores. Refiere que esta cuestión lo hace dudar de la veracidad de dicho testimonio y le hace pensar que fue preparado, por lo que solicita al Tribunal que valore con mucho cuidado lo dicho por la testigo Román de Fiad en este juicio. Dijo que un testigo que recién ahora se acuerda de lo sucedido hace 38 años, le trae serias dudas de la preparación de la declaración con el único fin de agravar su situación.

En relación a la declaración del testigo Luis Garay, hizo hincapié sobre el punto en el que éste dice que D´Amico estaba en el penal el 24 de marzo de 1976. Dijo que Garay afirmó que el dicente encabezó la requisa y que recorrió el pabellón. Al respecto dijo que el hecho de que Cantos estuvo en el penal el 24 de marzo del 76, ya se ventiló en otras causas de Derechos Humanos.

4- ALEGATOS DE LAS PARTES

4.1. QUERELLANTES: MARÍA DE LOS ÁNGELES PETRA CANTOS Y ASOCIACIÓN CIVIL POR LA MEMORIA, LA VERDAD Y LA JUSTICIA Y FAMILIARES DE DETENIDOS DESAPARECIDOS POR RAZONES POLÍTICAS DE SANTIAGO DEL ESTERO.

Comienza la Dra. Inés Lugones. Conceptualiza el momento histórico de los hechos y cita otras sentencias “Vargas”, “Jefatura”, “Aguirre”, “Romero Niklison”, “Megacausa”. Hace una breve reseña histórica. Añade que vienen manifestando como querellantes colectivos en Santiago del Estero y ahora en Tucumán; que el pilar fundamental para la instalación del modelo, fueron las fuerzas armadas. Habla de un circuito

Poder Judicial de la Nación

represivo, hace un análisis de lo que se vivía en ese momento en la provincia de Santiago del Estero, durante el gobierno de Juárez.

A continuación hace uso de la palabra la Dra. Aignasse, realiza un resumen de los delitos por los que viene acusado el encartado en autos. Manifiesta que desde el 24 de marzo del 76 y hasta diciembre del 83 rigió la dictadura militar, algunas de las personas desaparecidas fueron liberadas y esto permitió reconstruir los hechos y los lugares donde estuvieron cautivos; otros fueron muertos y entregados a sus familiares y finalmente hubo una gran cantidad de casos cuyo destino no tenemos noticias, son los casos más duros y difíciles de asimilar porque esa ausencia no permite cerrar el duelo a familiares y amigos, acotó Aignasse. Refirió, entre otras cosas, que la privación ilegítima de la libertad es un delito permanente que se sigue consumando mientras se mantiene detenida a la persona. Dice que en este caso no existió orden de detención, esto agravado por haberlo hecho con violencia y amenazas. Configuraron delitos vigentes, conforme al código que corresponde aplicar a este caso, que adquirieron gravedad porque se transformaron en desapariciones forzadas de personas, lo que está tipificado local e internacionalmente. Se trata de detenidos que no fueron puestos a disposición de autoridad competente. Era producto de una metodología del estado. Es un delito de ejecución permanente y continua. El delito básico que se imputa continúa ocurriendo toda vez que todavía no se encontró a la víctima por lo que debe responder en toda su magnitud, añadió la querellante. Asimismo argumentó que la desaparición forzada encuentra su razón de ser en que fue una circunstancia querida por el ejecutor. Habla del dominio del hecho y caracteriza a la privación ilegal de la libertad como un delito continuo, único e indivisible. Añadió que el encartado ha puesto una maquinaria en movimiento, conocida

perfectamente, él como jefe de compañía era el encargado de la custodia de todos sus soldados y hoy está acusado como autor mediato. Cita la doctrina de Roxin, del año 1963, que establece la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Cita el fallo “Eichman”. Desarrolla la teoría de Roxin. Refiere a la materialidad de los hechos, hace un repaso de los hechos desde su incorporación al servicio militar. Repasó los dichos de los testigos Pérez, Justo y Román de Fiad, acerca de Germán Cantos.

A continuación el Dr. Orieta hace referencia a la figura típica del genocidio que sostiene ha existido en este caso. Agrega que constituye una calificativa actual de los delitos de lesa humanidad. Cita el Art. 2 de la CADH. Añade que la desaparición de Cantos ha quedado probada en la Megacausa y en ese contexto tiene relación la figura de genocidio. Refiere que atento a la autoría del delito de genocidio, la participación de la asociación ilícita, la autoría mediata de la privación ilegítima de la libertad, torturas y homicidio calificado, todos en concurso real en perjuicio de German Cantos, solicita se condene a Jorge Alberto D´Amico a la pena de prisión perpetua, de cumplimiento efectivo, en cárcel común, con costas.

4.2. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En primer lugar hace uso de la palabra el Dr. Pablo Camuña, se refiere al contexto, señala que la CFCP en el 2012 ha confirmado la existencia de un plan criminal de exterminio y el tribunal ya ha dado por confirmado esto en ocho sentencias. Refiere que la desaparición forzada se da en el caso respecto a una persona que estaba cumpliendo el servicio militar en Santiago del estero y de ahí fue trasladado a Tucumán donde habría encontrado su destino final. Dice que la desaparición no es un hecho

Poder Judicial de la Nación

aislado, sino que forma parte del plan criminal. Manifiesta que a pesar de este hecho de que era en Santiago y que fue trasladado, se ve la misma secuencia que en todas las víctimas, esto es, una persona secuestrada, trasladada a un CCD, torturada, ocultada y negada a sus familiares, secuencia que conocían todos los intervinientes de este proceso, llevada adelante por todos los poderes del estado, se sigue cometiendo. Que se sabe que hubo 129 casos de conscriptos desaparecidos en todas las unidades del país; eran atraídos mediante el cumplimiento del Servicio militar obligatorio. Señala que este Tribunal ya se ha expedido en casos similares, como Fürth y Soldati. Refiere que la desaparición de Germán Cantos forma parte del ataque generalizado contra la población civil por lo que se define como delito de lesa humanidad, solicita que se declaren estos delitos como de lesa humanidad, es una figura vigente al momento de los hechos; los delitos importan una pluralidad de injustos, que participan de la calidad de imprescriptibles. Cita el testimonio de Pérez en lo que refiere al estado en que llegó Germán al Arsenal; Rodríguez Román de Fiad y Susana Auad, quienes dijeron que Fernando Torres les prometía que los iba a sacar de ese lugar y fue visto por Pérez hasta abril del 77.

A su turno el Dr. Leopoldo Peralta Palma señala que D'Amico era el jefe al que se le habían confiado 200 conscriptos. Considera que D'Amico es autor del delito de privación ilegítima de la libertad agravada; autor porque tenía el dominio del hecho, tenía la posibilidad de privarlo de la libertad; en el momento de la desaparición D'Amico era el que tenía autoridad sobre Germán, tenía el dominio del hecho, era el que no había firmado su cedula, no hacía falta apuntarlo con un arma. En relación al informe del ejército expresa que no es la primera vez que el Ejército Argentino no informa la totalidad de las cosas y hace informaciones

parciales. Refiere que D'Amico es autor directo del hecho; el Estado tenía el rol de garante y el que tenía el rol era el Teniente D'Amico, los familiares no fueron llamados a declarar, D'Amico lo tenía a Germán Cantos bajo su control, tuvo el dominio del hecho y Germán Cantos aparece en el Arsenal Miguel de Azcuénaga y por eso sostiene el MPF que D'Amico es penalmente responsable como partícipe necesario en el homicidio triplemente agravado (art. 80 inc. 2, 5 y 7) de Germán Francisco Cantos. Sostiene que se aplica la teoría del consentimiento de la voluntad, en tanto no podía desconocer el destino, él venía a Tucumán con cierta regularidad. Cita la sentencia de la Megacausa y de Vargas Aignasse. Hace uso de la palabra el Dr. Camuña, refiere que no se ha violado el principio de congruencia; fundamenta el pedido de condena; refiere al art. 40 del C.P. Solicita sean declarados los hechos perpetrados en el marco de la presente causa, como delitos de lesa humanidad y se condene a Jorge Alberto D'Amico por ser autor material del delito de privación ilegítima de la libertad agravada, art. 144 bis inc. 1 y 2 y último párrafo del CP y aplicación de tormentos y por ser partícipe necesario en la comisión del delito de homicidio triplemente agravado en concurso real, art. 55 CP; se lo condene a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua, se lo mantenga en la institución penitenciaria y se oficie al Poder Ejecutivo para que ordenen la baja deshonrosa del Ejército.

4.3. MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

El Ministerio Público de la Defensa, Dres Bertini y Lucero, destacan que se necesita alcanzar certeza apodíctica para acusar, si existe duda no se puede condenar, no es solo probar los hechos sino de qué

Poder Judicial de la Nación

manera el imputado intervino en esos hechos. Refiere que las acusaciones rozan la mala fe procesal; que las querellas acusan como autor mediato de homicidio y el fiscal como partícipe necesario de homicidio y que trajeron solo derecho penal de autor, derecho penal totalitarista, por tal motivo plantea la nulidad de las acusaciones tanto particular como pública; refiere que se ha violado el principio de defensa, agregan el homicidio en este momento que se clausura el debate y se exceden del marco establecido por el tribunal. Expresa que las querellas no dicen nada, van modificando la acusación como si fuera un proceso aleatorio, agregan el genocidio, van mutando de la teoría mediata a la participación necesaria. Refiere que se está violando el principio de defensa. Por todo ello solicita la nulidad de las acusaciones. Insisten en que el imputado estaba convencido que venía imputado por privación ilegítima de la libertad y no por genocidio u homicidio y que en ese sentido declaró. Señalan que no se ha producido ninguna prueba sobre el homicidio de Germán Cantos en este juicio. Valoran la acusación del MPF y la querella. Sostienen que estamos en presencia de un híbrido acusatorio, que D'Amico no era jefe de las FFAA por el hecho de que Correa Aldana no haya estado ese día. Refiere que la acusación se reduce a derecho penal de autor y responsabilidad objetiva. Refieren que se ha desvirtuado la prueba, que la acusación no tiene sustento, no pudieron demostrar tanto el MPF como la querella que Germán Cantos fue secuestrado de adentro del Batallón Ingenieros 141. Repasa los dichos de los testigos. Hace una breve reseña de las circunstancias que rodearon el hecho. Dice que D'Amico era teniente a la época de los hechos, no tenía la jerarquía de un Coronel o Teniente Coronel. No es que no quiso iniciar el sumario, sino que no podía, lo indica el reglamento militar correspondiente. El jefe del batallón es el único que

puede dar la orden de iniciar el sumario. Cita el art. 57 de la Reglamentación de la Justicia Militar. Cita la prueba de la división de antecedentes personales de la Policía de Santiago del Estero. Valora la prueba testimonial en que se basa la acusación. En especial hace una reseña de la declaración de Román de Fiad. Refiere que la testigo mintió muchas veces en esta audiencia; que dijo que su caso no fue juzgado; nunca se refirió en su declaración en la causa “Arsenales” a su extraño viaje a Santiago del Estero en su auto, sola, al auto que la seguía, al hijo de Pereyra. Solicita al tribunal que no se valore el testimonio de Román de Fiad, atento que el tribunal dijo que no considerará el pedido de falso testimonio. Pide que no se tomen en cuenta todas sus declaraciones y se tengan por no dicho lo vertido en esta audiencia por la testigo nombrada. Culmina su exposición diciendo que no pudo el MPF probar el supuesto número bajo de Germán Cantos en el servicio militar; no está pedida esa prueba, tampoco la prueba que diga a qué compañía pertenecía Cantos, siendo que es de fácil producción ya que es informativa.

Analiza la teoría de la autoría mediata organizada a través del aparato de poder, el delito de comisión por omisión y el criterio de responsabilidad objetiva. Refiere que hay que analizar todo en el contexto en que se desarrollaron los hechos, era otra realidad la del estado de facto. En ese contexto si D’Amico hubiese estado a cargo de la Compañía, hubiese informado que había un soldado ausente y se termina su ámbito de competencia y empieza la del Jefe de Compañía. El jefe de Compañía era D’Amico y cumplió su rol, no se le puede imputar la conducta de otro.

En relación a la acusación de partícipe necesario por homicidio calificado, plantea la inconstitucionalidad para el caso de que no procedan los planteos efectuados, de la pena perpetua del art. 80 del CP. Refiere que

Poder Judicial de la Nación

el juez no puede limitar el poder punitivo usando el puente de la culpabilidad, entonces un Teniente puede tener la misma pena que un Coronel o General, esa es la irracionalidad de la pena perpetua en el homicidio agravado, se suprime el principio de culpabilidad.

Concluyen su alegato diciendo que después del análisis de las pruebas, de la falta de solvencia de las acusaciones y a partir de la demostración de que los hechos no sucedieron como dice la acusación, sumado a que no hay certeza de cómo sucedieron los hechos, la duda sigue envolviendo el hecho. Pide la absolución de su defendido Jorge Alberto D'Amico.

5- DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS EN LA AUDIENCIA

ROBERTO JESUS CANTOS LOPEZ

Dijo que es hermano de Germán Cantos; que tenía 18 años cuando desapareció Germán. Contó que el sábado 4 de septiembre estaban reunidos en familia, se fueron a un almuerzo comunitario en la parroquia donde iban sus padres, lo mandaron al dicente en bicicleta al batallón a llevarle dinero a su hermano Germán; eran las 17 horas, Germán estaba haciendo el servicio militar, lo habían incorporado una o dos semanas atrás. Relató que fue al batallón, en la guardia preguntó por Cantos, le dijeron que espere un momento, el guardia fue y volvió solo, un suboficial venía detrás de él, le dijo al declarante que Germán Cantos había salido de franco el día anterior y estaba como ausente sin causa, como desertor, y al acto el suboficial le dijo exactamente lo mismo, ante lo cual el dicente se sorprendió muchísimo. Dijo que volvió a casa, le contó a su papá primero

y éste le dijo que ellos iban a ir de visita al día siguiente para corroborar esa situación. Refirió que cuando fue su papá, le dijeron exactamente lo mismo. Que a partir de ese momento su papá se preocupó muchísimo y no quería contárselo a la madre del declarante; estaba desconcertado y esperó hasta el día siguiente que tenían que ir a visitarlo y se encontraron con la misma situación y desde ese momento empezaron a ver qué podían hacer o qué podían averiguar de lo sucedido. Contó que antes de eso, sí lo fueron a visitar a Germán, en dos oportunidades. Indicó que cuando le avisaron a sus padres que Germán estaba como desertor, tenían una angustia tremenda, estaban desesperados, desconcertados, fueron a la casa del Sr. D'Amico, que era el jefe de la compañía y le plantearon las circunstancias. Dijo que no conocía a D'Amico, que conocía a la esposa de D'Amico. Precisó que su papá, cuando les contó, dijo que D'Amico se puso muy nervioso y trató de desentenderse del asunto y de ellos, les ofreció llevarlos a casa y apuró las cosas para que se vayan y así no cumplir ninguna expectativa.

Contó que sus padres pidieron audiencia con Correa Aldana y Niza, que no sabe qué cargos tenían, pero fue en vano. Remarcó el hecho de cuando le dijeron que Germán estaba como desertor. Dijo que no sabe qué pasó con los soldados conscriptos el día lunes. Respecto de Germán, dijo que era su hermano mayor, que tenía 21 años en ese entonces, fueron criados juntos, muy juntos, era como todo hermano mayor, el primero en todo, era muy impulsivo, muy vital, muy auténtico, inquieto, tanto en lo espiritual como en lo intelectual, era católico, muy sensible para percibir el mundo y las injusticias del mundo, cantaba muy lindo, tenía una sensibilidad muy especial, se fue demasiado temprano. Agregó que el cura iba muchas veces a su casa, tenían una relación cotidiana; no se hablaba de

Poder Judicial de la Nación

Germán con él. Preciso que este cura tenía un vínculo muy especial con Germán cuando Germán tenía 12 o 13 años; que se presentó una vez en su casa un cura Serafín de apellido alemán y lo único que les dijo fue que por favor no le preguntaran nada pero que traía noticias de Germán, que estaba vivo. Dijo que no atinaron a preguntar nada más y el cura se fue.

Refirió el testigo que tenía entendido que una tía suya habló con el Cardenal Primatesta, por el caso de sus primos Luis Antonio, Anabel y por Germán también; que no obtuvo ninguna respuesta. Dijo que cree que la Iglesia para nada quiso contener a las víctimas de todo este proceso; que la dinámica de la Iglesia antes y después de la dictadura fue muy especial; a fines de los 60 se despertó en la Iglesia una cuestión de hacerse cargo de la sensibilidad social, de la desigualdad social. Recordó un póster de Pablo VI que decía “Si quieres la paz reza por la justicia”. Agregó que luego el sermón de la Iglesia se transformó, sufrió una metamorfosis la Iglesia, los sermones, empezó a decir la Iglesia que había que aceptar la voluntad de Dios; luego empezó a hablar de la reconciliación y de que estemos todos en paz, acotó el testigo. Continuó diciendo que la Iglesia tuvo una tremenda oportunidad de transformar el mundo y se convirtió en un cómplice del terrorismo de estado. Dijo que su padre era del partido demócrata cristiano, también estaba el Dr. Francisco Cerro, candidato a presidente de la democracia cristiana. Dijo que había un rumor de que los iban a soltar a todos, era un comentario de un político que debe haber estado en contacto con la cúpula militar, fueron los comienzos de la multipartidaria, año 78 o 79.

Contó que hizo el servicio militar obligatorio; que fue la primera camada, le tocó la infantería de marina, los llevaron cerca de La Plata, a Campo Pereyra si mal no recuerda. Dijo que la infantería marina era muy

dura y sacrificada; que hizo la instrucción y los destinos eran sorteados y le tocó el mejor destino, la base aeronaval Ezeiza, donde estaban 14 días de guardia y 7 de franco, patrullaban, les daban armas. Precisó que le contaron que subían presos medio dopados en aviones y volvía el avión vacío. Que luego de 2 o 3 meses de estar en la base, sacaron a 4 conscriptos y los hacían entrar 1 x 1; el dicente entró al último, les dijeron que era una encuesta para ver cómo se sentían en la base; le preguntaron por su familia, etc., y el dicente les respondió que Germán estaba desaparecido. Que luego de eso lo mandaron de pase a Ushuaia, a la base aeronaval, sin ninguna explicación. Refirió que días antes no le daban puestos de guardia, le dieron de pase, le tocó justo el conflicto con Chile, por lo que estuvo 4 o 5 meses más.

Dijo que sí recibieron noticias de Germán desde su desaparición, una carta escrita por él; que no recuerda la fecha, pero era su letra. Agregó que después recibieron noticias desde Tucumán a través de unos tíos, unos vecinos, el Sr. Justo les dijo que estaban los tres Cantos en Arsenales; y otra noticia que no recuerda bien de dónde llegó, que les decía que estaban bien, que eran los encargados de servir el mate cocido. Contó que su familia sufrió dos allanamientos; que él no estaba en casa; fue allanada por gente de la SIDE custodiada por soldados, preguntaron por Germán y por el dicente, que estaba en el colegio, en el último año del colegio. Contó que llamó su mamá al colegio para decirle que no vuelva a casa que lo estaban buscando, por lo que se fue a la parroquia y esperó hasta la noche para volver a casa. Añadió que en los dos allanamientos estaba Germán. Precisó que no pudo acompañar a sus padres en ningún trámite luego del secuestro de Germán. Que los trámites para averiguar el paradero de su hermano se hacían en el medio de un tremendo miedo de que le pase algo a cualquiera

Poder Judicial de la Nación

que sea visto haciendo un trámite, entonces todos los trámites los hicieron sus padres, el dicente no participó. Refirió que fueron una familia sospechada, discriminada, eran muy unidos, por eso pudieron sobrevivir.

Dijo que al tiempo de los hechos él vivía en Buenos Aires, trabajaba en una empresa de buffet de la marina. Que también se dedicaba a la guitarra y la poesía; que estuvo en España en un viaje de 8 o 9 meses; que no pudo hablar mucho con Germán, se lo veía conflictuado, molesto, pero era el Germán de siempre, acotó el testigo. Dijo que Germán no estaba cursando estudios en Buenos Aires, estudió psicología acá en Tucumán; que no tuvo prórroga porque su número de sorteo era “009”, era bajo, era imposible que haga el servicio militar, pero igual fue incorporado, lo cual les pareció muy raro. Contó que su papá le preguntó a Jensen qué opinaba de eso y éste le contestó que ahí estaría bien cuidado. Preciso que Germán debe haber sido incorporado a fines de octubre del 76. Que su incorporación no fue con todos, fue extemporánea; Germán había salido de franco el viernes y tenía que presentarse el sábado y no lo hizo, por lo que figuraba como desertor, pero a ningún miembro de la familia llamaron para declarar en relación a esa deserción, acotó el dicente.

Reiteró que sus padres hablaron con Correa Aldana y Niza, sin resultado alguno. Preciso el dicente que fue a visitarlo a Germán al batallón una semana antes de su desaparición; que nunca había salido de franco. Que otros amigos también siguieron la misma suerte, Néstor Ledesma, Luis Garay, muy amigos de Germán, Luis, Anabel, Daniel, Hugo. Contó que la última vez que lo vio con vida a Germán fue en el batallón; estaba inquieto, incómodo, no se sentía bien ahí, pero por lo demás estaba como cualquier otro que transcurre el período de instrucción del servicio militar. Que en el fondo todos tenían temor por su

incorporación y él también. Dijo que hizo el servicio militar los años 77 y 78; que los allanamientos fueron uno en el 75 y el otro por esa fecha también; que no sabe si D'Amico lo conocía a su hermano antes de entrar al servicio militar, que nunca lo nombró; que su hermano era de izquierda, socialista y no sabe si era activo; que D'Amico era jefe de Germán y responsable del Batallón 141 de Santiago del Estero.

.....

MARIA DE LOS ANGELES PETRA CANTOS

Dijo la testigo que a su hermano Germán Francisco Cantos lo incorporaron tarde al servicio militar, en el mes de julio del 76. Que en la familia ya tenían una víctima de la represión, su primo Daniel, que fue asesinado acá en Tucumán en el 75. Dijo que ese llamado extemporáneo al servicio militar los inquietó mucho. Contó que su padre fue a consultarle a Carlos Jossen, interventor de la provincia y éste le contestó que en ningún lugar iba a estar más seguro que en el Ejército. Dijo que a Germán lo incorporaron la segunda semana de agosto. Relató que había visitas los sábados y domingos en el batallón; que en una oportunidad fue con sus padres, le preguntaron a Germán si estaba bien y éste les dijo que si. Que de allí en más la dicente no fue más, fueron sus padres y hermanos. Dijo que en la tercera visita fueron sus padres y les dijeron que Germán había salido de franco el viernes 3 de septiembre y no había vuelto por lo que estaba considerado desertor. Que después se enteró que el sábado a su hermano le habían dicho lo mismo, entonces su padre decidió que esperarían hasta el domingo.

Refirió que como sus padres sabían que Germán dependía de D'Amico y lo conocían porque la madre de la dicente era profesora de

Poder Judicial de la Nación

piano de éste, fueron a preguntarle qué había pasado, dónde estaba Germán, ya que era impensable que se haya ido a otro lado, tendría que haber ido a casa. Precisó que sus padres contaron que D'Amico se puso muy nervioso, no les dio ninguna respuesta y los llevó a su casa en su auto. Dijo que luego acudieron a Correa Aldana, jefe del batallón, y ahí empezó la búsqueda y la pesadilla para la familia. Intentaron entrevistarse con Bussi pero no consiguieron nunca que éste los atienda; después desapareció Anabel y luego Luis, por lo que ya la búsqueda era familiar y nunca recibieron ninguna respuesta, relató la testigo.

Relató que al poco tiempo de desaparecer Germán, apareció en casa de la dicente un sacerdote de nombre Serafín, que les dijo que iba para darles una noticia; que eso puede haber sido en octubre o noviembre; que Serafín les dijo que Germán estaba en Tucumán, que estaba bien y que no podía decir más nada. Contó que luego, en diciembre, antes de las fiestas, estaba en su casa con su hermana Irene, tocaron la puerta, era un hombre de pelo corto, les entregó una carta y se fue; era la letra de Germán, que les dejaba un mensaje a cada uno y la intención de la carta era darles algo de paz, decía que estaba bien, que iba a salir pronto; que les daba a entender en líneas generales que no lo busquen. Refirió que después tuvieron noticias de que los 3 estaban en Tucumán, en el grupo de irrecuperables. Dijo que cada dos meses llegaban noticias. Que la carta tenía un remitente de una persona de Tafí Viejo, entonces el padre de la dicente fue a buscar a esta persona y lo atendió una mujer; que no sabe la dicente si era la esposa o la madre del hombre que llevó la carta; que esta señora se puso muy nerviosa y dijo que su hijo no trabaja ahí, por lo que los padres de la declarante se fueron frustrados. Agregó que en noviembre del 77 la noticia era que lo trasladaban a Germán y nunca más supieron nada; que no sabían

de quién venía la noticia. Dijo que no tenía nombre el sobre de la carta, se perdió; venía de un barrio ferroviario de Tafí Viejo.

Precisó que no hubo noticias del trámite sobre su supuesta deserción, todo fue de palabra; que los allanamientos fueron a finales del 75 o quizás principios del 76. Que la dicente estuvo presente una vez; llegaron con armas largas, cree que era Ramiro López, revolvieron la casa, preguntaron por Germán y Roberto, tenían una actitud amenazadora, que generaba temor en los hermanos menores de la dicente, quienes se asustaron mucho. Dijo que siempre querían hacerle firmar un papel a su madre y ésta nunca firmó. Que a Roberto le había tocado ir a la marina, estaba en la base aeronaval de Ezeiza; hizo una visita a casa, en uno de los francos lo habían demorado, era como volver a vivir la pesadilla, le preguntaron por Germán que ya estaba desaparecido, le dijeron traémos los datos y vemos si hacemos algo; fue a casa Roberto, le consultó al padre, consiguió los datos y fue al Batallón con los datos, todavía tenían la esperanza de verlo a Germán, acotó la declarante.

Contó que antes del mundial, a Roberto lo subieron a un avión y lo llevaron a Ushuaia, sin decirle nada y les escribió una carta diciendo que estaba allí en Ushuaia. Que la madre de la dicente estaba desesperada, aterrorizada. Preciso la testigo que siempre les decían que Germán estaba en Tucumán, sin especificar dónde. Contó que un señor llamado Héctor Justo, que estuvo en Arsenales en el 77 y era amigo y vecino de familiares de la dicente, se encontró allí en Arsenales con Luis Antonio, primo de la declarante y pudieron hablar. Que Luis se enteró que Justo era vecino de sus tíos y le dijo que si salía de ahí les avise a los padres de la dicente que estaban los tres juntos en Arsenales. Dijo que este Sr. Justo cumplió con el recado y la tía de la declarante viajó a Santiago del Estero a decirles que

Poder Judicial de la Nación

estaban en Tucumán los 3 juntos; que estaban vivos, juntos en el mismo lugar, con los ojos vendados. Contó que cuando le dijeron a sus padres que Germán era desertor, se dieron cuenta que algo pasaba porque tendría que haber ido a casa. Dijo que figuraba con orden de captura, pero nunca fueron a buscarlo ni nada. Agregó que el sacerdote Serafín ya falleció. Que en su momento Serafín fue a casa de la dicente y habló con sus padres y con la familia entera; les dijo que no digan a nadie que él les había dado esa información. Acotó que no sabe por qué lo habían traído a Germán a Tucumán; que él había estado acá en la facultad y había militado acá. Dijo que el cura era conocido, que sus padres lo conocían.

Contó que la última vez que lo vio con vida a Germán fue el primer día de visita en el cuartel, el fin de semana del 21 y 22 de agosto y luego otro fin de semana más y nunca más. Que después de que desapareció Germán, cesaron los allanamientos en su casa. Respecto a la entrevista con Correa Aldana, dijo que esa misma semana fueron a hablar con él y los atendió de una forma muy displicente y minimizó la cuestión diciendo que seguramente Germán se había ido con una chica.

USO OFICIAL

LUIS GUILLERMO GARAY

Dijo que vive en Santiago del Estero; que es Director del Instituto Espacio de la Memoria, creado en Santiago para ahondar en investigaciones sobre lo ocurrido en la década del 70 e integra la Asociación por la Memoria la Verdad y la Justicia de Santiago del Estero. Refirió que en Santiago del Estero este proceso empezó a hacerse visible a partir del año 74; que en esa época tenía 19 años; empezaron a ocurrir detenciones varias. Contó que él estuvo detenido un mes en un lugar que

después supo que era donde funcionaba la DIP en calle Belgrano; allí fueron torturados.

Dijo que después del golpe del 76 estuvieron incomunicados y en noviembre del 76 los trasladaron a la cárcel de La Plata. Que en esas circunstancias asesinaron a Mario Kamenezky. Que cree que en aquellos años se conocía de alguna manera lo que ocurrió, los secuestros; que la gente que militaba en algunas agrupaciones políticas tomaba ciertos recaudos. Contó que él empezó a militar en Tucumán, en el Partido Revolucionario de los Trabajadores. Agregó que con Luis, Germán y Anabel Cantos y Ledesma, fueron juntos al mismo colegio religioso desde donde realizaban una militancia social. Refirió que vino con Germán a estudiar a Tucumán y que fueron amigos desde la infancia. Que lo que supo de Germán era a través de la gente que salía de los centros de detención, que no eran muchos.

Dijo que particularmente recuerda a Mario Giribaldi, que después desapareció; que antes había sido detenido en dos oportunidades; la primera vez lo llevaron al CCD Arsenales y de esa detención dijo que en los interrogatorios le preguntaban por Germán Cantos. Expresó que cree que esos interrogatorios figuran en un expte. caratulado “Luis Ávila Otrera y otros”, que se juzgó en el año 2012 en Santiago. De ello, dijo, se puede colegir que antes del secuestro de Germán ya preguntaban por él. Dijo que Mario Giribaldi era del mismo grupo de Germán y habían ido al mismo colegio. Que cree que en ese expte. que mencionó y que se incorporó a la causa 9002 hay constancias de esos relatos de Giribaldi. Contó que Luis, Germán y Anabel habían tenido militancia política en Tucumán. Respecto al traslado de Germán Cantos a Tucumán, dijo que no puede asegurar los motivos, pero sí decir que era una metodología que se implementó a fines

Poder Judicial de la Nación

del 75 con el Operativo Independencia en pleno funcionamiento y luego en el 76. Recordó al Dr. Luis Lescano, Gloria Figueroa Nieva, Emilio Ibarra, secuestrado en marzo del 76 y una estudiante de arquitectura Julia Zurita.

Dijo que por lo que pudieron investigar, se puede decir que Tucumán era el lugar de destino de las personas consideradas más peligrosas. Que un amigo, Rafael Guido Garnica, le contó que vio a Germán vestido de civil por una de las galerías del batallón y le preguntó qué hacía allí y Germán le dijo que lo tenían hace tres días en el cuartel sin dejarlo salir porque estaban averiguando sus antecedentes. Dijo que había un órgano adelantado que dependía del Destacamento de Inteligencia 142 y a él estaban afectados dos oficiales de Santiago, Sánchez Leopoldo y Rivero; que había una red de inteligencia muy extensa; que Varela y Torres también estaban allá. Dijo que en algún momento lo dirigió Fernando Torres, después Varela, después Laitán. Refirió que en el caso de Germán piensa que había tomado una decisión porque se fue de la casa y se instaló en Bs. As., estaba alejado de la situación y de la militancia, aceptó ir al servicio militar y no debe haber pensado que le iba a pasar lo que le pasó. Precisó que lo poco o mucho que supieron en esas circunstancias fue por la gente que iba y venía de esos centros de detención, que no eran muchos, pero relataban esas circunstancias. Recordó a Mario Giribaldi. Aclaró que Giribaldi no le dijo que lo vio a Germán en Arsenales sino que lo interrogaban por él. Dijo que la situación cambió radicalmente a partir del 24 de marzo del 76 y a partir de allí hicieron una requisita que la condujo D'Amico; que a partir de ahí la cárcel estaba a disposición del Ejército según tiene entendido el declarante. Reiteró que D'Amico estaba en la requisita. Dijo que cree que Giribaldi ingresó al penal en el mes de octubre del 76 y que los interrogatorios habían sido antes. Aclaró que Garnica estaba como soldado del distrito

militar de Santiago. Dijo que conoció al padre Serafín por la Iglesia Catedral donde había un centro de jóvenes de la acción católica. Aclaró el declarante que él no iba a la acción católica pero se juntaba con esos chicos y allí conoció al padre Serafín. Hizo referencia a la causa 9002 caratulada “Luis Ávila Otrera y otros”. Preciso que sí lo conocía a Serafín Spedinger, a su padre más que nada, era muy conocido de la Catedral. Refirió que tenía contacto con ellos, que no estaba con ellos pero a veces hablaban o los confesaba. Acotó que no sabe si el Padre Serafín habló con la familia Cantos.

MARÍA CRISTINA RODRIGUEZ ROMAN DE FIAD

Dijo que respecto a su detención en el CCD Arsenales, debe separar su relato en dos etapas; la primera, cuando estando en su finca en junio del 75 llega un auto y baja una persona que pregunta por su marido y ella les dice que había fallecido el 2 de abril del 74 y sacan un documento y un papel con un croquis que ella reconoció como parte de su finca y alcanzó a ver que decía “Ubicación del campamento guerrillero”. Le dijeron que necesitaban buscar eso que le pongan los peones a disposición y ella les dijo que no tenía peones que vayan ellos. Dijo la testigo que andaban en un automóvil Renault 12, que tuvieron que empujarlo para que arranque; en el auto había muchas armas; la dicente los acompañó al lugar que ellos querían. Relató que al otro día le dijo una señora que trabajaba allí que habían vuelto y habían roto alambrados y otras cosas y que iban en un Unimog; que dejaron fuego prendido, mataron un animal. Dijo que otro día ya en el mes de noviembre, llegaron varios soldados en Unimogs y otros vehículos e ingresaron a la finca; ella los siguió y les dijo que pidan

Poder Judicial de la Nación

permiso. También contó la testigo que estando ya en San Miguel de Tucumán, cerca de su casa, había un chalecito en el que vivían dos o tres estudiantes que a veces cantaban y tocaban la guitarra; un día uno de ellos me pide el teléfono. Que un día, después de marzo del 76, a mediados de mayo debe haber sido, pasó ella y había una camioneta cargando muebles en la casa de esos chicos y una persona apellido Pereyra que era familiar de esos chicos le explicó que se los llevaban a los chicos de nuevo a Santiago del Estero porque la cosa estaba muy peligrosa.

Contó la testigo que en una ocasión, en el mes de Mayo, volvía muy tarde de la finca porque estaba en plena cosecha, era alrededor de la una de la mañana y vio un auto que estaba parado del lado santiagueño de su finca con cuatro personas adentro y que la siguió; que el auto iba y volvía siguiéndola a la dicente. Que dejó de salir tan tarde porque tenía miedo. Que luego, alrededor del 14 de septiembre, en una oportunidad salió muy tarde de la finca y la siguió nuevamente el auto hasta el Bajo Hondo, el puente de San Andrés, cerca de la ciudad y ella estaba muy asustada. Refirió que ese viernes 17 de septiembre fue a la finca nuevamente para avisar a su gente que el lunes les pagaría y cuando salió de la finca vio que en el puesto patrullero de Santiago había un policía que ella conocía porque vivía ahí cerca del campo y le preguntó sobre el auto que la perseguía y ese oficial le dijo que era de la policía de Santiago del Estero. Dijo que un sábado se fue a Santiago y pasó por la casa de Pereyra y le contó a éste que la perseguía un auto de la policía de Santiago, a lo que Pereyra le dijo que no vaya a la Jefatura de Policía, que el turco Musa Azar manejaba toda la policía y que no ande sola y le contó a la dicente que hacía unos diez días había desaparecido un chico Cantos, que nadie sabe donde está. Dijo que antes de irse llegaba el hijo de Pereyra, Mariano, y el padre le pregunta por

el chico Cantos y el hijo le contestó que lo único que se sabía era que D'Amico lo había hecho desaparecer y que su nombre era Germán. Relató que se volvió a la ciudad y siguió con su vida normal.

Contó que un día, alrededor de las 14 horas, la secuestraron en oportunidad en que estaba en el auto con sus dos chiquitas de 3 y 8 años, a quienes sacaron del auto y las tiraron a la calle; que también secuestraron a Raúl Vaca y los llevaron a ambos al Arsenal. Dijo que Vaca había quedado en entregarle a la dicente un grabador, ese día fue a la casa de la declarante a dejarle el grabador y se fue, cuando se iba lo agarraron, y a la dicente también. Que sus hijas gritaban "Traigan a mi Mamá, dónde se llevan a mi Mamá". Que estuvo días llorando sin saber qué paso con sus hijas; los tenían detenidos con los ojos vendados; que después de tomar la sopa les permitían correrse un poco las vendas; les permitían verle la cara a los custodios, la guardia era de gendarmería, acotó la declarante.

Refirió que ella estaba en el primer box de la mano izquierda y en el primero de la derecha estaba un chico santiagueño que cantaba muy lindo a quien le pedían que cante; que ella está convencida que era Germán Cantos; le preguntó si era santiagueño, si era Germán Cantos y si a él lo había hecho secuestrar D'Amico; a lo que él le contestó "Ese hijo de puta". Dijo que cada uno sabía quién los secuestraba; que habló poco con Cantos; que cuando salió la dicente, Germán Cantos estaba detenido todavía; también estaban Ana María Sosa, Pérez Guerrero, Hernán González, Lucho Falú, Lerner, Enrique Sánchez, Germán Cantos. Precisó que el 27 de Octubre a la noche la dejaron frente a la Sociedad Rural. Dijo que cuando lo vio a Germán estaba bien, cantaba, lo aplaudían, él volvía a cantar, cantaba chacareras, zambas. Dijo que no pudo hablar más con Germán porque él estaba adelante, en el primer o segundo lugar; que se acercó dos

Poder Judicial de la Nación

veces al lugar donde estaba la dicente y ésta le preguntó si era santiagueño. Que se veían cuando entraban o salían; que con la que siempre conversaba es con Ana María Sosa y Pérez Guerrero. Refirió que a los pocos días que la secuestraron, el Sr. Pereyra llamó por teléfono a la casa de la dicente y preguntó por ella; lo atendió el hijo de la dicente y le contó a Pereyra que ella estaba detenida secuestrada; después supo que Pereyra mandó sus hijos al exterior, a España, a lo de un pariente. Contó que le robaron dinero, la cartera, el auto, todo menos el carnet de manejo, le robaron todo. Dijo asimismo que supo que había un chico que era conscripto que era el novio de Nora Cajal, se lo dijo la misma Nora Cajal. Dijo que no sabe por qué la secuestraron, que nunca le explicaron por qué; que nadie sabía por qué lo secuestraban. Dijo que el auto la siguió durante cinco años después, que cree que era un Ford Falcon, que normalmente había 4 personas adentro. Que nunca más tuvo noticias de los Pereyra.

Que el 27 de Octubre cuando la dicente salió en libertad, Germán Cantos seguía vivo en el Arsenal. Refirió que Mariano Pereyra era un muchacho alto, de contextura grande, pelo oscuro. Dijo por último, que ella llegó al Arsenal el 20 de Septiembre y que debe haber sido los primeros días de Octubre que lo vio a Germán Cantos.

OSVALDO HUMBERTO PEREZ

Dijo que fue detenido en la Provincia de Chaco, en Presidencia Roque Sáenz Peña; de ahí fue llevado a Resistencia y el 10 de mayo del 76 lo trajeron a Tucumán. Refirió que primero estuvo en La Escuelita, en la Avenida Las Bases, desde el 10 de mayo del 76 al 30 de junio del 76; que esa noche, es decir, durante las primeras horas del 1º de julio, fueron

trasladados todos al Arsenal Miguel de Azcuénaga, donde estuvo secuestrado hasta el 30 de junio del 77.

Respecto a Germán Cantos, dijo que no sabe el día exacto en que fue trasladado al Arsenal, que debe haber sido entre fines de agosto o primera semana de septiembre, porque los prisioneros no tenían en ese momento un manejo de la situación que se vivía respecto a los traslados de la gente. Dijo que las guardias eran muy estrictas, que les tenían prohibido hablar entre ellos, comunicarse y circular mucho menos, eran sacados en fila a hacer sus necesidades al campo, etc. Preciso que a fines de agosto o septiembre el dicente era uno de los más viejos, por lo que empezó a ser utilizado junto a otros como trabajo esclavo, a desarrollar tareas de limpieza, juntar y picar leña para hacer el fuego y cocinar; se fue relajando un poco el funcionamiento, las guardias fueron aflojando un poco dentro de su constante martirio, relató. Agregó que allí se dio cuenta por la tonada que este chico Cantos era santiagueño. Contó que empezaron a hablar, se empezaron a hacer más amigos, compartir tareas, buscar leña, agua, hacer la limpieza; así fue que lo conoció a Germán Cantos. Refirió que se daba una situación que profundizaba ese vínculo y era el hecho de que el muchacho tenía buena voz, le gustaba mucho la música y estaba también secuestrado en esa época Lucho Falú. Dijo que con Germán se hicieron amigos; que el dicente tenía familia en Santiago del Estero, tenían amistades en común y una vez el declarante había conocido un primo de Germán que era militante estudiantil y fue asesinado a fines del 75; que si mal no recuerda se llamaba Daniel y fue asesinado en una circunstancia muy conocida en Tucumán cuando lo mataron junto a Máximo Machi en Av. Aconquija y Av. Adolfo de la Vega, donde se simuló un enfrentamiento con la policía; que hacía ya unos días habían sido

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

secuestrados. Dijo que a Daniel lo conocía del comedor universitario, era de Santiago del Estero también; le decían “El Mono”. Aclaró el dicente que no era nombre de guerra sino que así lo conocían los amigos, figuraba como célula de la Juventud Guevarista. Refirió que estaba “El Mono” Cantos Carrascosa, Máximo Machi y una chica que figuraba como Micaela, pero que después supieron que era Celia Medina; y había 2 o 3 nombres más que no pudo recordar el declarante. Dijo que en ese cuadro no estaba Germán, estaba “El Mono” nada más. Indicó que a Germán lo relacionaban con la Juventud Guevarista; que al dicente le contaba de su militancia en Santiago del Estero, le contaba que estaba en esa Juventud, que estaba haciendo el servicio militar y lo habían detenido personal militar y de inteligencia que manejaba la represión en Santiago del Estero. Contó que la vestimenta que les quedaba era una piltrafa; que Germán andaba al principio con calzoncillos o short blanco y una camiseta. Refirió que les daban la ropa de los compañeros que habían sido fusilados; que era un privilegio que les daba Bussi. Preciso que lo primero que se hacía cuando llegaba un prisionero era despojarlo de todo, joyas, reloj, anillos, calzados. Dijo el testigo que Germán no estaba vestido de uniforme militar; que ninguno llegó vestido de uniforme.

Recordó que había un gendarme que cuando estaba de guardia traía una guitarra y se ponían a tocar la guitarra y a cantar; que un domingo se embalaron mucho y este gendarme tomaba mucho, empezaron a cantar la canción del Comandante Che Guevara y un jefe del destacamento casi los mata. Dijo que Germán sí se pudo comunicar con su familia. Relató sobre la presencia de un capitán de apellido Torres que iba al Arsenal, pero que no interrogaba ni estaba en los movimientos de los detenidos, solo aparecía a la tarde o al mediodía y pedía que la saquen a Anabel Cantos, que era

prima hermana de estos chicos Cantos, precisó el testigo. Contó que este Capitán junto a Anabel se sentaban en una pila de ladrillos a tomar mate, algún refresco, el Capitán traía facturas y elementos de higiene. Que los Cantos se comunicaban con su familia a través de este Capitán, tanto Anabel como Germán.

Dijo el testigo que lo vio a Germán hasta el año 77, posiblemente después de marzo del 77, hasta abril del 77. Precisó que lo veía en la rutina, cuando hacían el mate cocido, cuando repartían el pan, cuando iban al baño, cuando buscaban leña, cocinaban, limpiaban; que después cuando se iban los interrogadores, jugaban a las damas. Recordó que Germán jugaba bien a las damas. Refirió que cuando iban a hacer ejecuciones había toda una previa que ya la conocían, se endurecía la guardia, los ataban, reforzaban las vendas, no los dejaban mover para nada, nadie se movía, empezaban a castigarlos con ejercicios violentos, sin comida, era la previa a una ejecución o traslado, se sabía que algo iba a haber, después se escuchaba la balacera, los gritos, los llantos, a veces se identificaba una que otra voz, relató el testigo. Dijo que no sabe si Germán puede haber estado involucrado en un traslado masivo, pero individual no; que no vio en qué medios de movilidad lo llevaban a Germán; que supo que ya lo habían detenido previamente en Santiago del Estero en una unidad militar y lo habían torturado para sacarle información. Que Germán le decía que era gente de la SIDE de inteligencia de Santiago del Estero, de la policía de la provincia, militares del Ejército.

Dijo que en Arsenal había muchos santiagueños a los que conocía, Santiago Díaz, que era arquitecto; un licenciado en psicología, Armando Archetti; una chica que era maestra; Mario Giribaldi; todos detenidos por personal de la SIDE de inteligencia y trasladados a Tucumán. Refirió el

Poder Judicial de la Nación

testigo que sabía que Germán Cantos se comunicaba con su familia por medio de Torres; que le consta ello porque Anabel estaba preparando una vez las cartas para su familia porque iba Torres ese día. Refirió que Germán estaba muy preocupado porque parecía ser que era una familia militante, sabía lo de su primo “El Mono” y él fue detenido antes que Anabel, que estaba en el Sur de la Provincia Tucumán pero no sabía donde. Dijo que Germán se mostraba temeroso de que toda la familia sufriera más represión. Indicó el testigo que Santiago Díaz fue secuestrado en Santiago del Estero, saliendo de su casa o algo por el estilo. Que cuando Germán llegó de Santiago del Estero, estaba todo torturado, en un estado lamentable, como estaban todos, con quemaduras de picana, golpes, tajos, en muy mal estado físico. Dijo que había una intención clara de destruirlos física y moralmente; les hacían submarino, picana, golpes, todo. Preciso que Germán llegó a Arsenales en septiembre del 76 y Anabel lo hizo después. Aclaró por último que Germán no le contó las circunstancias de su secuestro, solo le dijo que estaba haciendo el servicio militar y que se lo llevaron de una unidad militar que había en Santiago del Estero.

USO OFICIAL

RAFAEL GUIDO GARNICA

Dijo que era compañero de Germán Cantos en el Club Estudiantes Unidos de Santiago del Estero; que ambos eran clase 55. Relató que dejó de verlo cuando una vez jugando al básquet, a los 17 años, Germán se quiebra y no vuelve más al club; a partir de ahí sólo lo veía algunas veces en la calle. Que la última vez que lo vio estaba enyesado. Indicó que Germán vivía casi en Barrio Sur y el docente en Barrio Norte. Que la última vez que lo vio fue cuando estaba haciendo el servicio militar,

encontrándose de guardia un domingo, ese era el único día que hacía guardia el dicente. Recordó que en dicha ocasión, después de comer, salió a caminar un rato hasta que le tocara de nuevo la guardia; caminó alrededor de la plaza y se le acercó Germán, le pidió un cigarro y le contó que quizás ya iba a salir. Contó que el distrito militar y el batallón estaban pegados, por eso lo ve. Que el declarante fue incorporado en febrero y Germán se presentó en agosto o septiembre del 77. Dijo que esa última vez que lo vio, ese domingo, no sabe bien la fecha exacta, era después de mitad de año. Refirió que Germán estaba vestido de civil y le dijo al declarante que se había presentado a una revisión. Dijo que lo vio bien a Germán, que estaba físicamente en buenas condiciones.

Precisó el dicente haber sido dado de alta en febrero del 77; que estuvo justo un año; que mientras estaba todavía bajo bandera supo que Germán había sido secuestrado, salió en el diario y supo también que la familia lo buscaba. Remarcó que en su último encuentro Germán estaba vestido de civil, de camisa y campera y le dijo al dicente que no podía salir aun, que creía que iba salir ese lunes; que sus compañeros habían salido el viernes; que creía que capaz que el lunes lo iban a dejar salir. Finalizó su testimonio diciendo que tanto en el Batallón como en el Distrito, se comentaba de la desaparición de Germán Cantos y después más aún cuando salió publicado en los diarios.

RAMÓN JOSÉ ELADIO IGLESIAS

Dijo tener 59 años, ser clase 54, casado, con domicilio en la provincia de Santiago del Estero. Preciso que hizo el servicio militar con la clase 55 en el año 1976, desde los últimos días de abril hasta noviembre de

Poder Judicial de la Nación

ese año. Dijo que estaba en la Compañía de Comandos y Servicios del Batallón de Ingeniería, en la oficina de verificaciones, destinada a la entrega de patentes y títulos de vehículos, autos en general, de civiles.

Precisó que lo conocía a Germán Cantos, que eran compañeros no de curso pero andaba en un curso mas bajo del Bachillerato Humanístico. Dijo que lo vio en el período en el que el dicente prestaba servicios. Relató que como estaban con prórroga del estudio, su destino quedaba sujeto a disposición del superior; que cuando vuelven de la instrucción militar de Santo Domingo, ingresan a una compañía de combate unos 30 o 40 soldados después de la jura de la bandera. Indicó que lo vio a Germán Cantos en esa unidad militar. Dijo que debe haber sido vísperas de feriado o de fin de semana, porque el jefe que tenían les pedía que colaboraran trabajando los sábados o días previos a feriados y ese día le pidió que termine de hacer unas cosas y le ordena que se reporte que seguía en el servicio. Que en una de esas idas que hace para reportar que seguía en su destino, se lo encuentra a Cantos en una esquina de la plaza donde estaba la compañía, casi al frente de su grupo. Preciso que Cantos estaba parado vestido de civil, se saludaron, le preguntó al dicente si salía de franco y éste le contestó que sí pero que debía quedarse un rato más y Cantos le dijo “Todos los changos han salido y a mí me han hecho quedar”; no sabía por qué, no supo darle razón alguna al dicente. Preciso el dicente que quedaron de acuerdo en salir juntos, que él terminó su trabajo y cuando salió, le preguntó a los centinelas si había salido un rubito vestido de civil y le dijeron que no. Recordó que Cantos lo esperaba en una pizzería que había ahí porque tenía miedo de irse solo. Refirió que fue un ratito no más que estuvieron juntos charlando, fue una conversación ligera; que no lo volvió a ver nunca más; no estaba en la pizzería cuando el dicente pasó. Refirió el

testigo que el Capitán era Racedo Aragón, después va como Segundo Jefe de Policía y se hace cargo un Teniente Primero López; el cuartel estaba integrado por la Compañía de Combate, Servicio y la banda de música; había tres dependencias. Dijo que no recuerda si era por número o por letra; que no sabe a cuál pertenecía Cantos; que no recuerda el nombre del oficial a cargo de esa compañía de combate. Refirió que el jefe del dicente acostumbraba a ordenarles se quedaran y los autorizaba a que se queden pero con la orden de que cada una hora se reporten de que seguían en el destino.

Precisó que Germán le dijo que estaba con miedo, que por eso lo esperaba en la pizzería para regresar juntos a casa; que no le dijo cuál era su temor. Dijo el testigo que no sabe si Germán tenía militancia política. Indicó que en aquella oportunidad, los centinelas no le dijeron nada acerca de Germán. Dijo que a los pocos días de haberse ausentado Germán, lo reportaron y el jefe del cuartel, el Gral. Correa Aldana, informó que había un desertor en la compañía de combate. Que no sabe si se iniciaron averiguaciones en el batallón. Que no había contacto entre la compañía de comando y la de combate, eran órbitas diferentes; que no sabe quién estaba a cargo de cada una de las compañías.

Respecto a Jorge Alberto D'Amico, dijo no conocerlo; que puede haber sido un teniente, como era Racedo Aragón o como alguno de los oficiales que no pertenecían a la compañía donde estaba el dicente, pero que no sabe su lugar ni destino en el cuartel. Dijo que a Germán Cantos lo conocía desde antes, de la calle, como a cualquier otro santiagueño, que se saludaban por las calles; que eran una juventud con claridad de pensamiento, una juventud comprometida, que venían de un colegio religioso, practicantes y en varias oportunidades se veía con Cantos. Dijo

Poder Judicial de la Nación

no conocer a un cura apellido Serafín.

Agregó respecto a Germán Cantos, que estaban en compañías diferentes; que decir a quién vio al día siguiente al franco, es casi imposible; que en su compañía eran casi 200 soldados y Cantos no pertenecía a su misma compañía, por lo que no puede decir si lo vio o no. Que sí recuerda que Correa Aldana dijo que había un desertor en la compañía de combate. Dijo que lo mismo ocurrió con un soldado de su compañía y luego fueron a buscarlo y lo trajeron para reincorporarlo a las filas del ejército. Dijo que sí conoce a Daniel Dichiara; que declaró en Santiago del Estero por su caso; que eran compañeros del bachillerato. Relató un episodio en el cual el Subteniente López le preguntó si conocía a Dichiara y el dicente le dijo que sí y entonces lo interrogaron. Preciso que Dichiara no estaba en el cuartel. Por último, refirió que Dichiara y Cantos sí se conocían ya que iban al mismo colegio y se conocían todos allí.

HÉCTOR OSCAR JUSTO

Dijo ser casado, tener 72 años, que vive en Las Talitas y es jubilado de la Legislatura de la Provincia de Tucumán. Relató que fue secuestrado el 25 de marzo de 1977 alrededor de las 9:00 o 9:30 horas en calle Monteagudo casi Córdoba, por tres personas. Contó que fue encañonado por la espalda y por la nuca cuando salía del Círculo de la Prensa, donde estaba haciendo un cursillo, era un día viernes 25.

Con relación a Germán Cantos dijo que lo conoció donde estuvo detenido, era primo de otro detenido con el que compartía cautiverio, Luis Antonio Cantos Carrascosa. Preciso que hablando con Luis, éste le dijo al dicente que lo habían traído desde Buenos Aires en automóvil, que le

preguntó al dicente dónde vivía y éste le contó que vivía en calle Honduras 34, entonces Luis le dijo que vivía cerca de sus parientes, de apellido Sansierra, que era transportista y el dicente le dijo que sí, que eran vecinos, que sí los conocía porque sus hijos jugaban juntos. Dijo que en varias oportunidades se interrumpieron porque hablaban bajándose las vendas y les chistaban para que dejen de hablar porque podía haber guardias cerca. Preciso que en una oportunidad le contó cómo estaba compuesta su familia y luego le manifestó que como ya habían establecido un vínculo, si le tocaba salir antes al dicente, que comunicara a la familia Sansierra que él estaba ahí y también Anabel, que estaba en el otro Pabellón, y un hermano de Luis que sirve la comida todos los días, llamado Germán Cantos Carrascosa. Dijo que la primera noche lo interrogaron y no supo decir nada acerca de la subversión ni nada. Recordó que fue golpeado salvajemente.

Preciso que sí lo vio a Germán Cantos; que en algunas oportunidades se podían sacar un poco la venda de los ojos. Recordó a Germán Cantos como un hombre delgado, que estaba sentado en colchonetas al igual que el dicente; preciso que era de estatura media, de aproximadamente 1,70 metro, rubio o castaño claro, ojos claros, de color, y de tez blanca. Agregó que Luis Antonio le dijo que luego conocería seguramente a Germán porque era el que repartía la comida junto a una señorita que no sabe si era policía, soldado, gendarme o una civil que colaboraba. Dijo que a Germán le aflojaban un poco las vendas para que pudiera ver hacia abajo y cumplir con su cometido de servir la comida. Evocó a Germán como alguien con cierta jocosidad, que a pesar de tener a sus hermanos secuestrados allí, hacía bromas referidas a la comida y arrancaba una sonrisa a los cautivos. Preciso que lo vio muy poco, solo podía verlo de abajo hacia arriba, estima que tendría unos 15 a 17 años; que era joven, delgado, de tez blanca.

Poder Judicial de la Nación

También recordó que Germán palmeaba afectuosamente a los detenidos, sólo entregaba el almuerzo entre las 13:00 y las 16:00 horas. Preciso que habló con Damián Márquez también. Contó que estaban acostados de cúbito ventral y que como a las doce del mediodía seguían en la misma posición y los gendarmes le recomendaron que no se muevan.

Dijo que en abril del 77 queda en libertad y que hasta ese momento Germán estaba vivo en Arsenales; contó que entre ellos no se contaban los tipos de torturas a los que habían sido sometidos, por una cuestión de pudor. Dijo que no pudo saber detalles ni los motivos de la detención de Germán ni de Luis. Aclaró el testigo que con quien más habló fue con Luis, quien le pidió que una vez que fuera liberado el dicente, vaya a hablar con la Sra. Sansierra y le diga que estaba secuestrado en el box de al lado del declarante y que le dijera que también estaban ahí Anabel y Germán, los 3 Cantos. Contó que ese mensaje sí le llegó a la familia Sansierra. Dijo que al otro día a la noche lo volvieron a sacar al dicente para interrogarlo, especifica que lo sacó un señor que le decía que tenía un rango importante en el Ejército pero que no estaba en actividad y estaba encargado de controlar los elementos subversivos; que ese señor le dijo que era parte de un grupo paramilitar que no tiene nada que ver con el gobierno y que querían instalar la democracia; y le dijo al dicente que estaba en el Arsenal pero que trate de distinguirse si no tenía nada que ver. Que cuando declaró en sede militar, quien lo citó era el Coronel Aráoz y le comenzaron a hacer la misma maniobra psicológica que le había hecho Cabral que estaba como abogado del Comando; le remontaban pistolas; era la segunda vez que iba recordó; que la primera vez que fue, lo hizo con la Dra. Vitar. Que Cabral no le preguntó por los Cantos y le decía al declarante que seguramente estaba confundido, aludiendo a las declaraciones del testigo ante la Cámara

de Diputados, en la biblioteca, donde yo trabajaba. Aclaró que cuando le decían que seguramente se había equivocado, se referían a los dichos del testigo respecto a los Cantos. Dijo que a Cantos lo vio en el Arsenal Miguel de Azcuénaga y su tarea era entregar la comida.-

6- MARCO HISTORICO

.....

En atención a la naturaleza de la cuestión a decidir, corresponde realizar un análisis del marco histórico en el que se produjeron los hechos, a efectos de acreditar fehacientemente que se trata de injustos cometidos desde el aparato estatal con un plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil.-

Para el cumplimiento de ese cometido el Tribunal examinará brevemente los principales rasgos de ese plan sistemático, prestando atención a las consideraciones vertidas por la acusación pública y por la acusación privada en los requerimientos de elevación de la causa a juicio y durante la audiencia.

En el sentido expuesto, es menester señalar que el sistema represivo articulado en el plano nacional se instaura oficialmente el 24 de marzo de 1976, cuando las Fuerzas Armadas derrocan al gobierno constitucional de Isabel Martínez de Perón y asumen el control de los poderes públicos nacionales, provinciales y de toda índole, tal como fue acreditado en la Causa N° 13, año 1984, del Registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (en adelante “Causa 13/84”).-

Si bien la ruptura total y completa del Estado de derecho puede datarse con precisión el 24 de marzo de 1976, múltiples normas y prácticas

Poder Judicial de la Nación

anteriores a esa fecha dan cuenta de un progresivo deterioro de las garantías constitucionales, fenómeno paralelo a un creciente incremento de la autodeterminación de las fuerzas de seguridad y militares al margen del gobierno constitucional. Este proceso es el que tornó factible y precipitó la usurpación total y completa del poder constitucional. El ejemplo más acabado del fenómeno descrito es Tucumán, provincia en la que el plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil aparece montado a principios de 1975, más allá de que sus orígenes pueden rastrearse en años anteriores.-

En este sentido, se advierte que las Fuerzas Armadas en todo el país, y con particular intensidad en Tucumán, en el primer lustro de la década del 70' iniciaron actividades clandestinas con una metodología que revelaba una preparación para la usurpación total y completa del poder estatal en años posteriores. Grupos paramilitares y parapoliciales comenzaron a desplegar un accionar oculto y al margen de la legalidad que fue dispuesto por las propias jerarquías de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de que en los primeros tiempos puedan haber existido sectores de oficiales que no compartieron esa metodología.-

Al derrocar al gobierno constitucional, la primera medida de relevancia que tomó la Junta Militar fue el dictado del Acta, del Estatuto y del Reglamento del "Proceso de Reorganización Nacional". Estas normas implicaron lisa y llanamente que la Constitución Nacional fuera relegada a la categoría de texto supletorio.-

El "Acta para el Proceso de Reorganización Nacional" estableció: *"En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los veinticuatro días del mes de marzo del año mil novecientos setenta y seis, reunidos en el Comando General del Ejército, el Comandante General del*

Ejército, Teniente General D. Jorge Rafael Videla, el Comandante General de la Armada, Almirante D. Emilio Eduardo Massera y el Comandante General de la Fuerza Aérea Argentina, Brigadier General D. Orlando Ramón Agosti, visto el estado actual del país, proceden a hacerse cargo del Gobierno de la República. Por ello resuelven: 1. Constituir la Junta Militar con los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas de la Nación, la que asume el poder político de la República. 2. Declarar caducos los mandatos del Presidente de la Nación Argentina y de los Gobernadores y Vicegobernadores de las provincias. 3. Declarar el cese de sus funciones de los Interventores Federales en las provincias al presente intervenidas, del Gobernador del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y del Intendente Municipal de la Ciudad de Bs. As. 4. Disolver el Congreso Nacional, las Legislaturas Provinciales, la Sala de Representantes de la Ciudad de Buenos Aires y los Consejos Municipales de las provincias u organismos similares. 5. Remover a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al Procurador General de la Nación y a los integrantes de los Tribunales Superiores Provinciales. 6. Remover al Procurador del Tesoro. 7. Suspender la actividad política y de los Partidos Políticos, a nivel nacional, provincial y municipal. 8. Suspender las actividades gremiales de trabajadores, empresarios y de profesionales. 9. Notificar lo actuado a las representaciones diplomáticas acreditadas en nuestro país y a los representantes argentinos en el exterior, a los efectos de asegurar la continuidad de las relaciones con los respectivos países. 10. Designar, una vez efectivizadas las medidas anteriormente señaladas, al ciudadano que ejercerá el cargo de Presidente de la Nación. 11. Los Interventores Militares procederán en sus respectivas jurisdicciones por similitud a lo

Poder Judicial de la Nación

establecido para el ámbito nacional y a las instrucciones impartidas oportunamente por la Junta Militar. Adoptada la resolución precedente, se da por terminado el acto, firmándose cuatro ejemplares de este documento a los fines de su registro, conocimiento y ulterior archivo en la Presidencia de la Nación, Comando General del Ejército, Comando General de la Armada y Comando General de la Fuerza Aérea.”.-

A su vez en el Estatuto para el “Proceso de Reorganización Nacional” se dispuso: “Considerando que es necesario establecer las normas fundamentales a que se ajustará el Gobierno de la Nación en cuanto a la estructura de los poderes del Estado y para el accionar del mismo a fin de alcanzar los objetivos básicos fijados y reconstruir la grandeza de la República, la Junta Militar, en ejercicio del poder constituyente, estatuye: Art. 1. La Junta Militar integrada por los Comandantes Generales del Ejército, la Armada, y la Fuerza Aérea, órgano supremo de la Nación, velará por el normal funcionamiento de los demás poderes del Estado y por los objetivos básicos a alcanzar, ejercerá el Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas y designará al ciudadano que con el título de Presidente de la Nación Argentina desempeñará el Poder Ejecutivo de la Nación. Art. 2. La Junta Militar podrá, cuando por razones de Estado lo considere conveniente, remover al ciudadano que se desempeña como Presidente de la Nación, designando a su reemplazante, mediante un procedimiento a determinar. También inicialmente removerá y designará a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al Procurador de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas...Art.5. Las facultades legislativas que la Constitución Nacional otorga al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las Cámaras, serán ejercidas por el Presidente de la Nación, con

excepción de aquellas previstas en los artículos 45, 51 y 52 y en los incisos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 del artículo 67. Una Comisión de Asesoramiento Legislativo intervendrá en la formación y sanción de las leyes, conforme al procedimiento que se establezca. Art. 8. La Comisión de Asesoramiento Legislativo estará integrada por nueve Oficiales Superiores designados tres por cada una de las Fuerzas Armadas...Art. 12. El PEN proveerá lo concerniente a los gobiernos provinciales, y designará a los Gobernadores, quiénes ejercerán sus facultades conforme a las instrucciones que imparta la Junta Militar. Art. 13. En lo que hace al Poder Judicial Provincial, los Gobernadores Provinciales designarán a los miembros de los Superiores Tribunales de Justicia y Jueces de los Tribunales Inferiores, los que gozarán de las garantías que fijen las respectivas Constituciones Provinciales, desde el momento de su nombramiento o confirmación. Art. 14. Los Gobiernos Nacional y Provinciales ajustarán su acción a los objetivos básicos que fijó la Junta Militar, al presente Estatuto, a las Constituciones Nacional y Provinciales en tanto no se opongan a aquellos.”.-

Por último, a través del “Reglamento para el funcionamiento de la Junta Militar a cargo del Poder Ejecutivo Nacional y la Comisión de Asesoramiento Legislativo”, se organizó el desarrollo de la actividad gubernamental.-

Los instrumentos mencionados revelan con toda evidencia, que la estructura de poder instaurada por las fuerzas militares implicó la ilegítima colonización de las funciones estatales administrativa, legislativa y jurisdiccional; tarea que se instrumentó mediante el control de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, que desnaturalizó el sistema de frenos y contrapesos previsto por el constituyente histórico como la principal

Poder Judicial de la Nación

herramienta de control institucional sobre el poder político y que configuró la suma del poder público.-

Desde la estructura descripta es que pudo montarse el plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil a cuyo amparo se cometieron los delitos objeto de juzgamiento.-

Las prácticas de represión contra la población civil pueden rastrearse reparando en los objetivos que el gobierno militar se propuso; objetivos que se conocieron expresamente el 29 de marzo de 1976, a través de un acta en la que se fijaban los propósitos del nuevo gobierno usurpador. En el acta que se indica, en su artículo 1, puede leerse que éstos giraban en torno a: *“Restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia, imprescindible para reconstruir el contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación responsable de los distintos sectores a fin de asegurar la posterior instauración de una democracia, republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del Pueblo Argentino.”*.-

Y en el marco de los objetivos propuestos se produjeron reformas legislativas importantes en concordancia con las proclamas descriptas. Así, por ejemplo, se restableció la pena de muerte, se declararon ilegales las organizaciones políticas sociales y sindicales y se estableció la jurisdicción militar para civiles.-

Asimismo, los objetivos de referencia dieron sostén a la represión generalizada y sistemática contra la población civil instrumentada a través de un plan clandestino de represión acreditado ya en la “Causa 13/84”. Allí

se señaló: “...puede afirmarse que los Comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o Justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física...”.-

Para la consecución de sus objetivos el gobierno militar dividió al país en cinco zonas de seguridad. Cada una correspondía a la Jefatura de un Cuerpo de Ejército y se dividía en subzonas. Conforme la declaración testimonial prestada en causa “Jefatura de Policía de Tucumán s/secuestros y desapariciones”, Expte. J - 29/09, esta fragmentación territorial se tomó de la doctrina francesa de la división del territorio para operar en la guerra revolucionaria (véase también Mántaras, Mirta, *Genocidio en Argentina*, Buenos Aires, 2005, pág. 119).

De conformidad con esta división, el Comando de Zona I dependía del Primer Cuerpo de Ejército, su sede principal estaba en la Capital Federal y comprendía las provincias de Buenos Aires, La Pampa y la Capital Federal. El Comando de Zona II dependía del Segundo Cuerpo de Ejército, se extendía por Rosario, Santa Fe y comprendía las provincias de Formosa, Chaco, Santa Fe, Misiones, Corrientes y Entre Ríos. El Comando de Zona III 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, la sede

Poder Judicial de la Nación

principal se encontraba en la ciudad de Córdoba. 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. El Comando de Zona V dependía 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 (Cfr. Causa N° 44 del registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, también denominada “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional”, fs. 8359 y ss.).-

El accionar represivo obedeció a un plan previamente elaborado, ejecutado en forma sistemática y aplicado a través de una estructura institucional y operacional que funcionó con un elevado nivel de eficacia. Tal proceder se desplegó en todo el país, al interior de cada provincia o a través de distintas provincias en una misma zona de seguridad o en distintas zonas de seguridad.

Un ejemplo paradigmático del accionar que se describe en cuanto se extendió por todo el país son los hechos materia de juzgamiento de esta causa.

Al respecto, es menester precisar que sólo teniendo presente la situación descrita es que puede comprenderse que Germán Cantos, quien resultaba un objetivo a eliminar por su actividad política contraria a los designios del aparato organizado de poder que imperaba en el país a la fecha de los hechos, encontrándose bajo bandera prestando el servicio militar en el Batallón de Ingenieros de Combate 141 de la ciudad de Santiago del Estero hasta los primeros días de septiembre de 1976, fuera visto por última vez, luego de su egreso irregular de la citada dependencia

miliar, en el “Arsenal”, centro clandestino de detención que funcionó en la Compañía V de Arsenales Miguel de Azcuénaga, localizado en la provincia de Tucumán, entre los últimos meses de 1976 y los primeros de 1977, de conformidad con la prueba testimonial producida en el curso del debate.

Respecto del alcance y significación de la circunstancia de que la víctima haya sido vista por última vez en el centro clandestino de detención “Arsenal” resulta indispensable hacer remisión a la sentencia definitiva dictada por este Tribunal -aunque con distinta integración- en la megacausa *“Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A – 36/12, J – 18/12 y 145/09)”*, Expte. A - 81/12. Ello por cuanto en la citada resolución, a partir de decenas de testimonios, se reconstruyó la existencia y funcionamiento del “Arsenal” y pudo determinarse su calidad de centro de exterminio.

Allí así, entre otras consideraciones se estableció que: *“...el Arsenal es un predio militar de varios cientos de hectáreas ubicado en las afueras de la ciudad de San Miguel de Tucumán, sobre Ruta Nacional 9, en el municipio de Las Talitas, Departamento Tafí Viejo. A la fecha de los hechos el predio se encontraba ocupado parcialmente, en su extremo sur, por la Compañía de Arsenales 5, dependiente de la V° Brigada de Infantería de Tucumán. El centro clandestino de detención (llamado Galpón 9), por su parte, se encontraba hacia el norte y hacia el este de dicha unidad... (El) Galpón 9...estaba rodeado de un cerco perimetral de alambre tejido...En el interior del cerco perimetral se ubicaba el galpón en el que se alojaba a los detenidos, un baño de material, un rancho o carpa en el que había un fogón, un mangrullo con un tanque de agua y casillas de madera donde se practicaban los interrogatorios con torturas...El galpón donde se encontraban los detenidos se trataba de una estructura*

Poder Judicial de la Nación

rectangular techada, de material, de considerables dimensiones (alrededor de 20 metros de largo por 10 de ancho). Tenía escasa ventilación por cuanto sólo contaba con algunas pequeñas aberturas hacia el exterior. En su interior se encontraba dividido por una pared que se extendía entre sus muros más cortos desde el suelo al techo. A su vez, al interior de cada una de esas divisiones, existían muros bajos o tabiques de aproximadamente un metro veinte de altura por un metro cincuenta de ancho -de madera o de ladrillos de canto- que se apoyaban en los muros exteriores más largos y en el muro divisorio central que corría entre los muros más cortos. Se conformaban así al interior de cada una de las divisiones pequeños boxes enfrentados -que algunos testigos también llaman celdas o calabozos-, entre los cuales corría un pasillo de aproximadamente 1,50 metros de ancho por donde se podía caminar... En lo que refiere a las condiciones de detención en el Arsenal, la información que surge del informe de la Comisión Bicameral de la legislatura de la provincia de Tucumán y la que resulta de las denuncias en la CONADEP oralizadas en la audiencia es extensa, pormenorizada, y da cuenta de un padecimiento extremo... No obstante, la prueba testimonial producida en el debate es la que ha permitido a estos magistrados tomar contacto directo con dichos padecimientos a través de los relatos de las víctimas y sus familiares que los recrearon... En este sentido, el gendarme Torres relató que los prisioneros eran ubicados en los boxes, algunos con colchonetas, otros sólo con una manta. Agregó que a veces se los veía desnudos, pero que no era habitual que estuvieran así. Sobre las condiciones de permanencia de los cautivos en los boxes, durante la inspección ocular el testigo Brizuela explicó cómo permanecía detenido en dicho lugar y con su cuerpo lo ejemplificó, colocándose de pie contra la pared, las manos juntas hacia la

espalda, uno de los lados de su rostro apoyado contra la pared. Agregó que con dos mantas polares verdes se acostaba por la noche en el mismo cubículo...De los restantes testimonios surgen coincidencias respecto de que las personas detenidas, salvo cuando eran trasladadas a la sala de torturas o para ir al baño permanecían, todo el tiempo inmovilizadas en esos boxes con los ojos vendados, las manos atadas, se les asignaba un número para identificarlas y en la generalidad de los casos se les prohibía hablar entre ellas o dirigirse a los guardias. No recibían prácticamente ninguna atención médica, estaban libradas a su suerte, sin amparo frente a una contingencia de salud, lo que incrementaba el grado de vulnerabilidad y de padecimiento (testimonios de Humberto Pérez y Liliana Vitar, testimonial oralizada en la audiencia de Alberto Argentino Augier, fs. 106/116 cuerpo 186,...Respecto de la alimentación que recibían los numerosos testimonios coinciden en que la misma era escasa, mala, y de baja calidad nutricional, que a veces comían solo una vez al día. En este sentido Mario Ernesto Medina declaró que “la comida que les daban era peor que la que recibían los perros”. El agua que se les suministraba también era escasa. La comida consistía en fideos, polenta o huesos sin carne en una sopa. La testigo Barrionuevo precisó que le sirvieron polenta con carne y vio en el plato las siglas E.A (que corresponden a Ejército Argentino). Además los testimonios revelan que el suministro de comida no era regular, que provenía del mismo predio de Arsenal o la traían en unos Unimog (según testimonio de Rodríguez Román de Fiad)...Cuando los captores consideraban que alguna persona detenida ‘se había portado mal’, porque había hablado con otra, o una circunstancia semejante, les reducían la comida y el agua como castigo colectivo (conforme testimonio de Mario Ernesto Medina). A algunos detenidos se les asignaba las tareas

Poder Judicial de la Nación

de repartir comida y de limpieza...Respecto a las condiciones de higiene, éstas también eran absolutamente inadecuadas, casi nunca les permitían bañarse a las personas detenidas y normalmente la vestimenta que llevaban era aquella con la que habían sido secuestradas. Con relación a las necesidades fisiológicas, los guardias llevaban a los detenidos dos veces al día al baño o al aire libre, al monte, custodiados por perros (conforme testimonios de Raúl Santillán, Ramón Antonio Comán, Daniel Alfredo Díaz, Juan Maximiliano Orozco, Héctor René Orozco, Ercilia Dolores Carabajal). Los trasladaban en grupo, haciendo fila india, a veces tomados de una soga, trotando o corriendo, con los ojos vendados. Como se constata, de ninguna manera se preservaba la intimidad y pudor de las personas detenidas en esos procedimientos, y se las sometía a tratos completamente indignos...Como consecuencia de las torturas, la falta de atención médica y la escasa higiene, hubo detenidos que padecieron enfermedades y situaciones extremadamente dolorosas. Distintos testigos relataron en la audiencia el episodio de un detenido que tenía agusanado el brazo y le tiraron gasoil para limpiarlo, pero que finalmente murió en el Arsenal. El ex gendarme Torres relató que vio una persona con gusanos en la cabeza que también murió en el Arsenal. La víctima Héctor Orlando Galván relató que estando en este centro clandestino se le llenó de gusanos la rodilla y una persona que decía ser cura le puso alcohol y se los sacó con un palito. La testigo Iñiguez vio al detenido Hugo Román con gusanos en las manos, Roberto Estanislao Rodríguez relató que su hermano Juan Rodríguez llegó a tener gusanos en la herida de apendicitis. Julio Argentino Augier en su testimonio oralizado de fs. 106/116 del cuerpo 186, relató que un compañero de detención llamado Luis Maldonado, luego de repetidas torturas y padeciendo infecciones, murió de tétanos sin haber

recibido tratamiento alguno para dicha enfermedad, a pesar de los pedidos del declarante que en su calidad de médico había diagnosticado la patología y requerido atención médica. El cuerpo sin vida de Maldonado permaneció 24 horas en el lugar en el que se encontraban las personas detenidas. La víctima desaparecida Safarov permaneció muerto en Arsenal tirado en la tierra con moscas alrededor de su cuerpo conforme lo describió la testigo Nora del Valle Cajal. El testigo Osvaldo Humberto Pérez relató que la víctima estuvo tirada agonizando hasta que murió...En cuanto a las torturas a las que fueron sometidas las personas detenidas en el Arsenal, resulta necesario aclarar que, como ya se dijo supra, las mismas se iniciaban en el momento mismo en el que las personas eran secuestradas, y continuaban durante los traslados y posteriores alojamientos en centros clandestinos. En todos los sucesos mencionados las personas que los sufrían eran sometidas a padecimientos físicos y psicológicos que configuran torturas. A través de tales padecimientos es que, progresivamente, se minaba la subjetividad de las víctimas y se facilitaba su control y disciplinamiento. No obstante, el tratamiento diferenciado de una serie de situaciones bajo el término “torturas” se justifica en tanto permite analizar un penoso y nutrido repertorio de técnicas empleadas por los interrogadores para “arrancarles” a los interrogados alguna supuesta verdad que se proponían encontrar, más allá de que no resulta posible excluir como finalidad de tales prácticas, la obtención por parte de los interrogadores, como beneficio secundario, de un goce perverso...Antonio Cruz en su declaración oralizada de fs. 889 vta. del cuerpo 269 relata ‘...se torturaba a puertas abiertas, sin interesarle a los torturadores que alguien pudiera ver lo que se hacía...’....Entre las técnicas de tortura que se utilizaban se destacan la

Poder Judicial de la Nación

aplicación de la picana eléctrica en distintas partes del cuerpo - especialmente zonas sensibles tales como genitales, boca, rostro, axilas y pies-. Esta práctica se llevaba a cabo generalmente sobre el elástico metálico de una cama y se la arrojaba agua a las personas que iban a ser sometidas a esta tortura. También se empleaba “la parrilla”, técnica consistente en acostar a la persona sobre el elástico metálico de una cama y por debajo del mismo aplicar fuego. Asimismo se usaba el método conocido como submarino mediante el cual se introducía la cabeza de la víctima en un tacho con agua y fluidos corporales (sangre, orina, materia fecal), provocándole asfixia. Por otra parte se usaba el colgamiento, técnica consistente en atar a las personas, por largo tiempo, con alambres a clavos amurados, de manera que por la tensión anormal y extrema provocada la piel se recogía dejando expuesto los músculos. También esta técnica se usaba colgando a las personas de un arco o dejándolas atadas desnudas a la intemperie por largos días. También emplearon el “enterramiento”, práctica que suponía cavar un pozo al aire libre en la tierra, introducir a la víctima en éste y cubrirla con tierra dejando solo descubierta la cabeza, lo que generaba una considerable presión sobre todo el cuerpo muy dolorosa. Para incrementar el sufrimiento se mojaba la tierra. Otra técnica consistía arrastrar a personas atadas a un tractor a través del monte....El centro clandestino Arsenal Miguel de Azcuénaga en lo que refiere a condiciones de detención y tormentos infligidos replica muchas de las características observadas en el centro clandestino jefatura y otros centros clandestinos que funcionaron en Tucumán. No obstante, el Arsenal tiene la particularidad de haber sido constituido y concebido por el terrorismo de Estado como un centro clandestino orientado al exterminio y ocultamiento de los cadáveres en el mismo lugar, lo que

quedó probado con el hallazgo de fosas comunes y posterior reconocimiento de restos humanos como pertenecientes a víctimas del terrorismo de Estado. De hecho, tal como lo sostuvieron en su alegato los representantes del Ministerio Público Fiscal, entre los restos humanos identificados se encuentran los de tres víctimas de la presente causa. Se trata de los pertenecientes al ex senador Damián Márquez, al agricultor Rosario Argañaraz y el egresado del colegio universitario Gymnasium Ricardo Salinas. Pero con relación a la horrenda particularidad del Arsenal que se destaca cabe realizar una especificación adicional: cuando calificamos en esta resolución a este centro clandestino como un ámbito de exterminio, lo hacemos para destacar la circunstancia de que si bien la muerte no constituía una contingencia infrecuente de las condiciones de detención y las torturas infligidas en otros centros clandestinos, en el Arsenal la muerte y el procesamiento de los cadáveres para deshacerse de todo rastro de los injustos cometidos estaban previstos como un elemento normal del engranaje represivo. Se trataba de un mecanismo aceitado y un ritual que de manera inequívoca evoca las técnicas empleadas en los campos de concentración instaurados en Alemania y países del este europeo durante la dominación totalitaria nacionalsocialista. Muchas víctimas murieron en los centros clandestinos diseminados en todo el territorio de la provincia de Tucumán, sin embargo sólo el Arsenal Miguel de Azcuénaga era aquel que constituía el ámbito en el que podía esperarse casi con plena certeza la muerte. El gendarme Torres en el debate expuso detalladamente parte del funcionamiento habitual del dispositivo de asesinato y gestión de los restos para su eliminación. Así señaló que todos los días llegaban al lugar automóviles con detenidos. Se trataba de vehículos Ford Falcon, Taunus, que llevaban cuatro o cinco personas.

Poder Judicial de la Nación

Precisó que ese desplazamiento ocurría generalmente a la noche o a la madrugada, pero que también en algunas oportunidades sucedía de día. Describió pormenorizadamente el funcionamiento de las fosas donde se ejecutaban personas y se disponía de sus cadáveres. De los testimonios producidos en la audiencia se acreditó que las ejecuciones que se practicaban en el Arsenal correspondían tanto a personas que ya se encontraban alojadas en dicho lugar, como a otras que traían de otros sitios. Sobre éstas últimas, Torres precisó que sólo los días que fusilaban gente en las fosas venían con personal que custodiaba, soldados, suboficiales, y que cada detenido iba hasta las fosas con custodia, no eran más de diez personas las que traían cada vez, y eso ocurría cada 20 días aproximadamente. Dichas personas eran bajadas como a 80 metros de las fosas y eran conducidas hasta allí por una senda peatonal. Dijo además que recuerda que había alrededor de cinco o seis fosas, pero que estimaba que existieron más porque en otros períodos se repetía este procedimiento de exterminio acompañado de un recambio de detenidos. Una vez que las personas detenidas llegaban a las fosas, eran arrodilladas alrededor de las mismas y las asesinaban con armas de fuego. Cada oficial disparaba a una víctima después que lo hacía Bussi. La verosimilitud de este procedimiento surge del hecho de que Torres precisó que dos veces estuvo a 6 metros de una fosa, porque le tocó hacer un cordón de seguridad y, además, de la circunstancia de que el testigo Mario Ernesto Medina -que que estuvo secuestrado en el Arsenal- relató que gente del Ejército, durante su cautiverio, le comentó que el primer tiro lo hacía Bussi y que les decía a los demás 'tirale vos ahora si sos macho'. Por otra parte, el testigo Torres precisó que a la ejecución los detenidos llegaban en muy mal estado -lo que permite inferir fehacientemente que ya habían sido torturados-, con los

ojos tapados, las manos atrás o adelante atadas con alambres o cadenas, y así se los ejecutaba. Destacó que en las fosas, antes de arrojar los cuerpos, se colocaban cubiertas, aceite de auto o gasoil y, con dichos elementos combustibles, se quemaban los cadáveres. El testigo Oscar Humberto Pérez dijo que los pozos donde ejecutaban gente no podían estar más allá de 200 o 300 metros del Arsenal porque una vez que estaban quemando cuerpos, cambió el viento y les llegó el olor a carne quemada, que por eso pudo orientarse sobre la localización de los pozos.”.

7. CONSIDERACIONES SOBRE EL MATERIAL PROBATORIO APORTADO EN LA CAUSA

En el transcurso de la audiencia declararon testigos que resultaron fundamentales para acreditar la veracidad de los hechos objeto del juicio y se incorporó.

Es necesario remarcar que una de las características de estos hechos fue la perpetración en la clandestinidad y la impunidad con la que actuaban sus autores, en consecuencia adquieren una innegable relevancia en este tipo de ilícitos, la prueba testimonial. Así lo tiene dicho la jurisprudencia cuando manifestó “*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 los 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*

Poder Judicial de la Nación

destrucción de documentos y huellas, el anonimato en que procuraban escudarse sus autores, avala el acierto. No debe extrañar que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes y víctimas. Son testigos necesarios. 2) El valor disuasorio de sus relatos estriba en el juicio de probabilidad acerca de la efectiva ocurrencia de los hechos que narran. “Es un hecho notorio –tanto como la existencia del terrorismo- que en el período que comprenden los hechos imputados desaparecían personas; existían lugares clandestinos de detención dependientes de las fuerzas armadas; personal uniformado efectuaba permanentes procedimientos de detención, allanamientos y requisas, sin que luego se tuviera noticias acerca de la suerte corrido por los afectados” (Causa 13. Cámara Federal de la Capital. Fallos T 309, p. 319).

Respecto a las personas que comparecieron como testigos víctimas sobrevivientes es necesario dejar establecido que “es natural y obvio que la fuente esencial para la reconstrucción de la verdad en los campos esté constituida por la memoria de los sobrevivientes” (Primo Levi, “Trilogía de Auschwitz”, El Aleph Editores, Barcelona, 2012, p.480).- El citado Levi transcribe cita de Jean Amery, (un filósofo austríaco que fue también deportado a Auschwitz): “Quien ha sido torturado lo sigue estando (...) Quien ha sufrido el tormento no podrá encontrar ya el lugar en el mundo, la maldición de la impotencia no se extingue jamás. La fe en la humanidad, tambaleante ya con la primera bofetada, demolida por la tortura luego, no se recupera jamás” (p. 487).

USO OFICIAL

8- PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

Que a estos fines se plantearon las siguientes cuestiones

- 1) *¿Existieron los hechos y es autor responsable el imputado?*
- 2) *En su caso, ¿qué calificación legal le corresponde?*
- 3) *En su caso, ¿qué pena debe imponérsele?, ¿procede la imposición de costas?*

8.1. PRIMERA CUESTIÓN

HECHOS PROBADOS Y RESPONSABILIDAD

Ha quedado debidamente acreditado en la audiencia que Germán Francisco Cantos fue secuestrado en los primeros días de septiembre de 1976, en circunstancias en que se encontraba cumpliendo el servicio militar obligatorio en el Batallón de Ingenieros de Combate 141 sito en la ciudad de Santiago del Estero. Su aprehensión se produjo en ese establecimiento o en sus inmediaciones. De allí fue conducido a la Provincia de Tucumán, donde permaneció cautivo en el “Arsenal”, centro clandestino de detención que funcionó en la Compañía V de Arsenales Miguel de Azcuénaga.

Al declarar en audiencia la hermana de la víctima María de los Ángeles Petra Cantos dijo que Germán Francisco Cantos fue incorporado al servicio militar de manera extemporánea en agosto del 76. Destacó que esa circunstancia generó inquietud en la familia dado que la misma ya había sido víctima de la represión. Al respecto precisó que en 1975 su primo Daniel había sido asesinado en la Provincia de Tucumán en el marco del operativo Independencia. Agregó que la preocupación que la situación les

Poder Judicial de la Nación

generó motivó que su padre fuera a consultarle a Carlos Jensen, interventor de la Provincia de Santiago del Estero, quien le manifestó que no debía preocuparse porque su hijo en ningún lugar iba a estar más seguro que en el Ejército.

Respecto del ingreso de su hermano al servicio militar explicó que este llegó a Santiago del Estero a mediados de 1976 y fue incorporado la segunda semana de agosto. También señaló que la familia visitó a su hermano en tres oportunidades, y que dichas visitas se hacían los sábados y domingos. A la primera visita la dicente asistió, pero a las sucesivas no, porque su hermano le pidió que no lo hiciera en razón de que en el Batallón la miraban mucho. A la tercera visita, que fue un domingo, fueron sólo sus padres. Esa vez ya no pudieron hablar con Germán porque no estaba. En el Batallón les informaron que había salido de franco el viernes 3 de septiembre y no había regresado, por lo que era considerado desertor. Resaltó que su hermano tenía orden de captura, pero que nunca fueron a buscarlo. Lo mismo le habían informado a su hermano Roberto, quien había concurrido al Batallón el sábado 4 llevándole un dinero. Roberto le había contado ese mismo sábado a su padre lo ocurrido, quien había decidido esperar a ver qué sucedía hasta el día siguiente.

Con relación a las gestiones realizadas por la familia para dar con el paradero de su hermano manifestó que sus padres lo primero que hicieron fue tomar contacto con Jorge Alberto D'Amico, porque les constaba que Germán Francisco dependía de él. Precisó que su familia conocía tanto al imputado, como a su esposa. Al respecto explicó que su madre era profesora de piano del imputado. Al entrevistarse con D'Amico sus padres le explicaron que era impensable que su hermano hubiera salido del Batallón y no se hubiese dirigido a la casa familiar. Según sus padres se lo

relataron, D'Amico, al ser requerido respecto de la ausencia de su hermano, se puso nervioso y no les dio ninguna respuesta. Seguidamente relató que sus padres hablaron con el Jefe del Batallón Correa Aldana, quien no les dijo nada concreto. Agregó que también intentaron entrevistarse con Bussi, pero que nunca lo consiguieron. Dijo que luego, con las desapariciones de sus primos Anabel y Luis, la pesadilla familiar continuó.

Sobre las noticias que tuvieron respecto de la suerte corrida por su hermano luego del secuestro, explicó que de distintas fuentes recibieron algunas pocas noticias. Al respecto mencionó que el sacerdote Serafín Spedinger poco tiempo después de ocurrido el hecho, en octubre o noviembre de 1976, fue a la casa familiar y les informó que Germán Francisco estaba en Tucumán y se encontraba bien. Por otra parte también indicó que en diciembre de 1976 un hombre pasó por la casa familiar y dejó una carta escrita de puño y letra por su hermano (cuya copia certificada se encuentra agregada en autos), en la que este señalaba que estaba bien, que iba a salir pronto y en la que les daba a entender que no lo buscaran. Recordó que en la carta figuraba como remitente una persona de Tafí Viejo a la que su padre fue a buscar, pero al llegar al lugar fue atendido por una mujer que se puso muy nerviosa y que le dijo que la persona que buscaba no trabajaba allí. Dijo asimismo que cada dos meses llegaban noticias, que así supieron que Germán Francisco junto a sus dos primos permanecía cautivo en un lugar en Tucumán, junto a los irrecuperables. Agregó que luego, en noviembre de 1977, les avisaron que su hermano sería trasladado, y que ya a partir de ese momento no tuvieron más noticias. Finalmente, explicó que la familia recibió noticias de Germán Francisco a través de una persona de apellido Justo -vecino de una tía suya de Tucumán- quien, estando secuestrado en el centro clandestino de

Poder Judicial de la Nación

detención “Arsenal”, pudo hablar con su primo Luis. Este le pidió que avisara a sus padres que en ese lugar estaban los tres Cantos, Anabel, Germán y Luis, y que estaban por salir. Precisó que Justo estuvo secuestrado en el “Arsenal” y que, al salir, le avisó a la tía de la declarante, la cual lo transmitió a la familia de Santiago del Estero. La testigo por último destacó que sufrieron varios allanamientos en la casa familiar, los que cesaron cuando Germán Francisco fue secuestrado.

En términos en lo esencial semejantes a los empleados por su hermana en la audiencia, también durante el debate se refirió al secuestro de la víctima Roberto Cantos. Destacó que, tal como lo sostuvo su hermana, había tomado conocimiento de la ausencia de Germán Francisco el sábado 4 de septiembre de 1976, cuando había ido al Batallón a llevarle dinero y fue informado que había salido de franco el día anterior y que figuraba como desertor porque se había ausentado sin causa. Por otra parte, también de manera coincidente con María de los Ángeles Petra Cantos, reconoció la letra de Germán Francisco en la carta que la familia recibió procedente de Tucumán. Precisó que los allanamientos padecidos por la familia fueron dos. Destacó que Germán Francisco fue incorporado al servicio militar a pesar de haber tenido un número muy bajo en el sorteo. En tal sentido, precisó que su hermano estudiaba psicología en Tucumán y que no había pedido prórroga del servicio militar porque tenía el número 009, con lo que era imposible que fuera convocado. Sin embargo, fue incorporado al Ejército, y de manera extemporánea. Ambas circunstancias preocuparon mucho a sus padres.

En cuanto a la permanencia de la víctima en calidad de conscripto en el Batallón de Ingenieros de Combate 141, la misma ha quedado acreditada, además de por los testimonios en audiencia de sus hermanos

María de los Ángeles Petra Cantos y Roberto Cantos, y la declaración oralizada en el debate de su padre Francisco Cantos, por la declaración en el debate de Ramón José Eladio Iglesias. Dijo el testigo que hizo el servicio militar con la clase 55 en el año 1976 desde los últimos días de abril hasta noviembre en la Compañía de Comandos y Servicios del Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero. Asimismo manifestó que mientras se desempeñaba como conscripto en el lapso y dependencia militar que mencionó vió a Germán Cantos, a quien conocía de la vida y por haber compartido el colegio secundario, aunque aclaró que no eran compañeros de curso. Recordó con precisión el día que tuvo el encuentro con Germán Cantos. En tal sentido indicó que se trataba de un día feriado o víspera de fin de semana porque estaba realizando las tareas típicas de esos días, un reporte de quién seguía en el servicio. Mientras se encontraba en esa actividad, en la esquina de la plaza donde estaba la compañía, vio a Germán Cantos de pie y vestido de civil. Explicó que se saludaron y que la víctima le preguntó si salía de franco. El dicente le respondió que si, pero que debía quedarse en el Batallón un rato más. Germán Cantos le dijo *“todos los changos han salido y a mí me han hecho quedar”*. Explicó el testigo que la víctima no supo explicarle el por qué había sido retenido, que no había razón alguna para ello. También dijo que quedaron de acuerdo en salir juntos porque la víctima le dijo que tenía miedo, aunque no le expresó cuál era la causa de su temor. Así quedaron en que Germán Cantos lo esperaría en una pizzería cercana al Batallón para volver juntos a sus casas. Cuando el dicente terminó su trabajo y salió del Batallón no encontró a la víctima según habían acordado. Por ello es que les preguntó a unos centinelas si habían visto salir del Batallón salir a un rubito (en referencia al aspecto físico de la víctima) vestido de civil y estos le dijeron que no. No

Poder Judicial de la Nación

volvió a verlo nunca más. Asimismo dijo que a los pocos días de su ausencia la misma fue reportada y el jefe del cuartel Correa Aldana informó que había un desertor en la compañía de combate. Precisó que no sabía si se iniciaron actuaciones al respecto. También explicó que la víctima pertenecía a la compañía de combate, no a la de comando como él. Refirió recordar el caso de un conscripto que también se ausentó mientras el declarante se encontraba enrolado en el Ejército, pero que a esa persona la buscaron y la reincorporaron.

También durante el debate Rafael Guido Garnica refirió haber visto a la víctima mientras hacía el servicio militar en el Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero. Precisó que la conocía porque habían sido compañeros en el Club Estudiantes Unidos de Santiago del Estero. Explicó que lo vio un día domingo, que lo recordaba porque estaba de guardia y los domingos eran los únicos días que hacía guardia. Recordó que en dicha ocasión, después de comer, salió a caminar un rato hasta que le tocara de nuevo la guardia, que caminó alrededor de la plaza y se le acercó la víctima, le pidió un cigarro y le contó que quizás ya iba a salir. Indicó no recordar la fecha del encuentro, aunque era pasada mitad de año. Germán Cantos estaba vestido de civil, con camisa y campera, y le dijo al dicente que no podía salir todavía, que sus compañeros ya habían salido el viernes, que capaz que el lunes ya lo dejaban salir. Respecto del testimonio de este testigo, cabe explicar que si bien sitúa como el año en el que vio a la víctima a 1977 -precisó que fue dado de alta en febrero de 1977, que permaneció como conscripto un año y que el encuentro con la víctima ocurrió en agosto de 1977- su confusión con relación al año en el que vio a la víctima -producto probablemente del transcurso del tiempo- se subsana con el examen del documento de identidad de la víctima -que fuera

exhibido por el propio testigo durante la audiencia cuando declaró y cuyas copias certificadas pertinentes se encuentran agregadas a los presentes autos a fs. 390/391- del que surge que en el Ejército se le realizó reconocimiento médico el 30/10/75, fue dado de alta el 03/02/76 y obtuvo la baja el 28/02/77.

La presencia de Germán Cantos en el Batallón de Ingenieros de Combate 141 también se acredita por la lista de personal de ex soldados conscriptos que cumplieron con el servicio militar obligatorio durante el año 1976 en dicho establecimiento, confeccionada por la Dirección de Personal Militar del Ejército Argentino que obra como prueba documental en los presentes autos. En dicha lista se consigna en la columna “Nro Orden” “95”, en la columna “Clase” “1955”, en la columna “DNI” “11833451”, en la columna “Apellido y Nombre” “Cantos Germán Francisco”, en la columna “Destino” “B Ing Comb 141”, en la columna “Fecha de Alta” “16 -ago- 76”, en la columna “Fecha de Baja” “02-oct-76” y en la columna “Causa Baja” “Licenciamiento”.

Luego de que la víctima según la versión de la oficialidad militar se ausenta de manera voluntaria y sin dar explicaciones del Batallón en algún momento posterior a los primeros días del mes de septiembre de 1976, durante ese mismo año y en el año siguiente, fue vista en el Arsenal por otras personas que permanecieron secuestradas en ese centro clandestino de detención.

Así, al declarar en audiencia María Cristina Rodríguez Román dijo que vio a Germán Francisco Cantos mientras permaneció cautiva en el Arsenal los meses de septiembre y octubre de 1976.

Sin embargo, antes de aludir a tal circunstancia la testigo refirió que tiempo antes de su secuestro ya había tomado conocimiento de la existencia

Poder Judicial de la Nación

de la víctima y de su situación de perseguido político. En concreto manifestó que cerca de su casa en San Miguel de Tucumán, en un chalecito, vivían dos o tres estudiantes que a veces cantaban y tocaban la guitarra, de los cuales uno de ellos en marzo de 1976 le pidió el teléfono. Que tiempo después, aproximadamente a mediados de mayo de 1976, vio a una camioneta cargando muebles en la casa de esos chicos y un familiar de los mismos de apellido Pereyra le explicó que se mudaban a Santiago del Estero porque la cosa estaba muy peligrosa. Contó la testigo que en una ocasión, también en el mes de mayo de 1976, en oportunidad en que se disponía a regresar a la ciudad de San Miguel de Tucumán desde su finca, muy tarde, alrededor de la una de la mañana, porque estaba en plena cosecha, vio un auto que estaba parado del lado santiagueño de la finca. Ese auto, en el que viajaban cuatro personas, la siguió y eso le provocó mucho miedo. Luego, alrededor del 14 de septiembre, en otra oportunidad en que salía tarde de la finca, el auto la siguió nuevamente, que lo hizo hasta el Bajo Hondo, hasta el puente de San Andrés, cerca de la ciudad. El viernes 17 de septiembre fue a la finca nuevamente para avisar a sus empleados que el lunes les pagaría y cuando salió vio que en el puesto patrullero de Santiago del Estero había un policía que ella conocía porque vivía por la zona y le preguntó sobre el auto que la perseguía. Ese oficial le dijo que pertenecía a la Policía de Santiago del Estero. Precisó que posteriormente, un sábado, se fue a Santiago del Estero y pasó por la casa de Pereyra y le contó que la perseguía un auto de la Policía de Santiago del Estero. Pereyra le aconsejó que no fuera a la Jefatura de Policía, que el turco Musa Azar manejaba toda la policía y que no anduviera sola, y le contó que hacía unos diez días había desaparecido un chico Cantos, que nadie sabía dónde estaba. Agregó que cuando estaba yéndose, justo llegó el

hijo de Pereyra, y al ser preguntado por su padre sobre el chico Cantos les contó que se llamaba Germán y que lo único que se sabía era que D'Amico lo había hecho desaparecer. Seguidamente relató que siguió con su vida de manera normal hasta el 20 de septiembre de 1976, día en que alrededor de las 14 horas fue secuestrada en oportunidad en que estaba en el auto con sus dos chiquitas de tres y ocho años, a quienes retiraron del vehículo y tiraron a la calle. Agregó que también secuestraron ese día a su amigo Raúl Vaca. Ambos fueron conducidos al Arsenal.

Con relación a la circunstancia de haber visto la testigo María Cristina Rodríguez Román a la víctima mientras permaneció cautiva en el Arsenal dijo que allí permaneció alojada en el Galpón 9, en una de sus alas, en el primer box de la mano izquierda, y que en el primero de la derecha se encontraba un chico santiagueño que cantaba muy lindo y a quien le pedían que cantara. Recordó que estaba convencida de que se trataba de Germán Cantos, ese chico del que le habían hablado los Pereyra. Agregó que por esa certeza es que le preguntó si era Germán Cantos y si había sido secuestrado por D'Amico, y él le respondió "Ese hijo de puta". Dijo que cada uno de los detenidos sabía quién los secuestraba. Manifestó asimismo que habló poco con Cantos, y que cuando ella fue liberada el 27 de octubre el joven continuaba detenido. Estimó que vio a la víctima por primera vez en el Arsenal alrededor de los primeros días de octubre. También señaló que cuando la vio estaba bien, que cantaba, que todos lo aplaudían, que cantaba chacareras, zambas. Explicó que no pudo hablar mucho con la víctima porque los boxes en los que se encontraban se ubicaban muy cerca de la salida, que se veían cuando entraban o salían.

También durante el año 1976 y durante el año 1977 la víctima fue vista en el Arsenal por Osvaldo Humberto Pérez. En el curso del debate el

Poder Judicial de la Nación

testigo dijo que estuvo secuestrado en el mencionado centro clandestino de detención desde las primeras horas de del 1 de julio de 1976 hasta el 30 de junio de 1977. Allí pudo ver a Germán Francisco Cantos entre fines de agosto o comienzos de septiembre de 1976 y hasta el abril de 1977. Preciso que cuando lo vio por primera vez su estado físico era lamentable, que tenía signos evidentes de haber sido torturado -quemaduras, rastros de golpes, cortes- y que su ropa estaba hecha piltrafa -recordó haberlo visto primero con unos calzoncillos o un short blanco y una camiseta, luego con la ropa de otros detenidos que habían sido fusilados-. Señaló que apenas lo vio supo que era santiagueño por su tonada. Relató que luego de conocerlo comenzaron a hablar, a hacerse más amigos, a compartir tareas tales como buscar leña, agua, hacer la limpieza. Explicó que el vínculo con la víctima se profundizó porque tenía buena voz, porque le gustaba mucho la música. Dijo asimismo que la cercanía con la víctima se asociaba con el hecho de que tenía familiares en Santiago del Estero -con lo que compartían amistades en común- y con la circunstancia de que había conocido en el comedor universitario a un primo suyo, Daniel Cantos, un militante de la juventud guevarista asesinado en Tucumán a fines de 1975 a quien sus amigos llamaban “El Mono”. Agregó que a Germán Cantos, como a su primo, también lo relacionaban con la juventud guevarista. Explicó que Germán Cantos pudo comunicarse con su familia mientras permaneció cautivo, que lo hizo a través de Torres, un capitán que visitaba en el Arsenal a la prima de Germán, a Anabel Cantos. Se trataba de una persona que no interrogaba ni participaba del movimiento de detenidos en el Arsenal, sólo visitaba a la prima de la víctima, con quien se sentaba afuera a tomar mate o algún refresco. Preciso que Germán Cantos no le relató pormenorizadamente las circunstancias de su secuestro, que sólo le dijo que

mientras estaba haciendo el servicio militar en Santiago del Estero había sido detenido y torturado para sacarle información, que en el hecho habían participado personas de la SIDE de inteligencia de la Policía de Santiago del Estero y también del Ejército, y que luego lo habían llevado al Arsenal. Al respecto el testigo precisó que en el Arsenal pudo ver a muchos santiagueños que conocía, todos detenidos por personal de la SIDE de la Policía de Santiago del Estero y luego conducidos al Arsenal. Así, por ejemplo, a Santiago Díaz que era arquitecto, a Armando Archetti que era licenciado en psicología, a una chica que era maestra, a Mario Giribaldi. Dijo también que la víctima se mostraba temerosa de que el resto de su familia sufriera el accionar de la represión.

Durante el año 1977 Germán Francisco Cantos fue visto en el Arsenal por Héctor Oscar Justo, quien al declarar en la audiencia precisó que fue secuestrado en San Miguel de Tucumán, en la vía pública, el 25 de marzo de 1977 y fue trasladado al Arsenal, donde permaneció cautivo hasta abril de 1977. Es en ese centro clandestino de detención que vio a la víctima, aunque aclaró que encontrándose allí pudo hablar más con un primo de ésta, Luis Antonio Cantos Carrascosa, quien le contó que había sido secuestrado en Buenos Aires y traído a Tucumán en automóvil, que en el lugar también se encontraban secuestrados sus primos Anabel y Germán. Agregó que Luis Antonio le explicó que le resultaría fácil reconocer a Germán porque era el chico que -junto a una chica que no sabía si era policía, gendarme, soldado o civil que colaboraba con el Ejército- se encargaba de servirles la comida. También señaló que le contó a Luis Antonio Cantos Carrascosa dónde vivía y cómo estaba compuesta su familia y que éste le comentó que vivía cerca de unos familiares suyos, de los Sansierra, y le pidió que si era liberado les contara que los tres Cantos

Poder Judicial de la Nación

estaban en el Arsenal para que ellos avisaran a la familia de Santiago del Estero. En particular sobre Germán Francisco Cantos el testigo dijo recordarlo como un joven de alrededor de 1,70 metros de altura, delgado, de tez blanca, ojos claros, cabello rubio o castaño. Respecto de su carácter lo recordó como alguien afable, de cierta jocosidad, que aún teniendo a parte de su familia secuestrada con él podía hacer bromas sobre la comida que servía y arrancar una sonrisa a los cautivos. Agregó que cuando servía el almuerzo le aflojaban un poco las vendas para que pudiera hacerlo y que palmeaba afectuosamente a los detenidos. Preciso que hasta el momento en que fue liberado, en abril de 1977, la víctima estaba viva en el Arsenal.

Por último, al brindar testimonio en causa **Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A – 36/12 y J – 18/12)**, Expte.: A - 81/12, Juan Martín Martín dijo que vio en el Arsenal a Germán Cantos, y también a su prima Anabel Cantos.

A la fecha de los hechos, conforme surge de su legajo personal que es prueba en la presente causa, Jorge Alberto D'Amico se desempeñaba en el Ejército Argentino con el cargo de Teniente de Ingenieros en el Batallón Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero. En dicho establecimiento había comenzado a prestar servicios el 15/12/75 y el 27/01/76 es asignado a la función de Jefe de la Compañía Ingenieros de Combate "A". En dicha situación de revista se mantiene hasta el 20/12/76, fecha en la que, siempre en el Batallón Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero, es promovido al cargo superior y pasa a desempeñarse como Oficial de Inteligencia (S2). Durante su desempeño en el Batallón Ingenieros de Combate 141 realizó viajes en comisión a la Zona de Operaciones del Operativo Independencia, San Miguel de Tucumán, el

26/12/75 -regresando de allí el 27/01/76-, el 10/03/76 -regresando de allí el 10/05/76- y el 01/08/77 -regresando de allí 02/09/77-.

Sobre la calidad de objetivo a eliminar por el aparato organizado de poder de la víctima, la misma se ha probado que obedeció a su actividad política. Al respecto en la audiencia su hermana María de los Ángeles Petra Cantos destacó que su familia era objeto de persecuciones, que antes del secuestro de su hermano ya había sido asesinado en Tucumán su primo Daniel Cantos. También señaló que, en ese contexto, a la familia le causó gran inquietud que Germán fuera incorporado al servicio militar de manera extemporánea, en el sentido de que entendieron de que se trataba de un proceder irregular que obedecía a algún propósito que desconocían. Incluso al respecto destacó que su padre se entrevistó con un funcionario de Santiago del Estero -Carlos Jensen- para consultarle respecto de si la víctima corría algún peligro, y esa persona le dijo que no estaría en ningún lugar más seguro que en el Ejército.

El hermano de la víctima Roberto Cantos destacó que a la familia también le causó temor que su hermano hubiera sido incorporado al servicio militar a pesar de haber obtenido en el sorteo un número bajo, otra circunstancia irregular que razonablemente puede ser ponderada como un indicio de la intención del aparato organizado de poder de colocar bajo su órbita a la víctima.

Por otra parte, los testigos María Cristina Rodríguez Román y Osvaldo Humberto Pérez coincidieron en considerar a Germán Francisco Cantos como perseguido político. A su vez, Pérez destacó que era relacionado como perteneciente a la juventud guevarista, del mismo modo que lo era Daniel Cantos, su primo asesinado en Tucumán en 1975.

En el análisis de la responsabilidad del condenado corresponde tener

Poder Judicial de la Nación

presente que ha quedado acreditado que Jorge Alberto D'Amico participó en calidad de coautor del secuestro de Germán Francisco Cantos y, asimismo, prestó una colaboración esencial en calidad de partícipe necesario de los tormentos y el homicidio de la víctima.

Con relación al secuestro, cabe precisar que Jorge Alberto D'Amico como jefe inmediato y responsable del conscripto Germán Francisco Cantos dispuso su privación ilegítima de libertad dentro del Batallón de Ingenieros de Combate 141 o en sus inmediaciones. En efecto, D'Amico se desempeñaba como Jefe de la Compañía "A" de la citada unidad militar y actuando en conjunto -dado que por la magnitud del operativo de privar de su libertad a una persona no pudo actuar en solitario- secuestró a Cantos, dentro del Batallón o en sus inmediaciones, antes de que la víctima pudiera llegar a un bar cercano, siendo que actuó de propia mano, o dejó que terceros los hicieren, con pleno conocimiento, poniendo a Cantos en la situación de peligro concretada con su secuestro. La coautoría, con distribución de roles y funciones resulta evidente, y aunque no puede determinarse el rol cumplido por el acusado, es evidente que actuó en todos o en alguno de los tramos de la privación de la libertad de Cantos, delito de carácter permanente que convierte en autores a todos los que exteriorizaron un rol determinante en el delito.

Es en función de la prueba producida en el debate que tal circunstancia se ha acreditado según ya se referido. Al respecto deben destacarse especialmente los testimonios de Ramón José Eladio iglesias y Rafael Guido Garnica en cuanto dan cuenta de que la víctima fue separada del grupo de sus compañeros conscriptos que salían de franco en un proceder que razonablemente se infiere que obedeció al propósito de facilitar su secuestro en la dependencia militar en la que se encontraba o en

sus inmediaciones.

En cuanto a los tormentos y al homicidio agravado de la víctima, Jorge Alberto D'Amico actuó como partícipe necesario de tales injustos en tanto posibilitó que fuera conducido a un centro clandestino de detención y exterminio localizado en la Provincia de Tucumán y, mediante tal conducta, puso una condición necesaria para el resultado de los tormentos y muerte. Sobre esta última circunstancia, no puede dejar de advertirse que el sometimiento de la víctima a tormentos físicos y psicológicos y su muerte constituyó un resultado que el condenado no podía ignorar ni dejar de representarse, tanto por la naturaleza de centro clandestino de detención y exterminio que revestía ese paraje en la estructura montada por el aparato organizado de poder, como por su toma de contacto directo con la Provincia de Tucumán en razón de las reiteradas oportunidades en las que viajó allí en comisión por espacio de varias semanas, conforme resulta de su legajo personal. Además de los motivos antes invocados cuadra resaltar que D'Amico al ser parte de una asociación ilícita, tal como fuera acreditado en los fundamentos de la sentencia dictada en la Provincia de Santiago del Estero en causa *“Aliandro, Juana Agustina y otros s/ desaparición forzada de personas, violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, tormentos, etc. Imputados: Musa Azar y otros”*, Expte. 960/11, tenía conocimiento de cual era el destino final de las personas detenidas en la Provincia de Santiago del Estero, muchas de las cuales fueron vistas por última vez con vida en el centro clandestino de detención que funcionaba en el predio de la Compañía de Arsenales Miguel de Azcuénaga.

La participación necesaria, que incluso puede ser a título de dolo eventual, se patentiza en la especie, ya que -como queda dicho- puso una

Poder Judicial de la Nación

condición necesaria en la concreción de tormentos y la muerte de la víctima.

En cuanto a lo primero, D'Amico no podía ignorar las condiciones en que los detenidos cumplían su cautiverio en el centro clandestino de detención que funcionaba en el predio de la Compañía de Arsenales Miguel de Azcuénaga. Había estado allí y sabía entonces de los padecimientos físicos y morales de los allí detenidos, situación antes considerada en esta misma sentencia al analizar el marco histórico de los hechos materia de juzgamiento.

Respecto a la muerte de los que allí se alojaban, tampoco podía ignorar que muchos de los allí internados fallecían como consecuencia de las torturas o simplemente por las condiciones infrahumanas a que eran sometidos. D'Amico formaba parte de una asociación ilícita según ya se ha mencionado y, por lo tanto, como integrante de la estructura tenía conocimiento de la suerte de quienes eran privados de su libertad, prácticamente anulada su condición humana y su occisión era un resultado más que probable, todo ello, se insiste, con conocimiento del acusado.

USO OFICIAL

8.2. SEGUNDA CUESTIÓN

Habiéndose determinado los hechos y la responsabilidad que en los mismos le cupo al imputado, en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde ahora fijar la calificación legal en la que deben encuadrarse las conductas atribuidas y realizadas por Jorge Alberto D'Amico:

CALIFICACIÓN LEGAL

Con respecto al hecho cuya adecuación típica se pretende realizar, resulta necesario atender al tiempo efectivo de la acción, desde el comienzo de ejecución hasta la realización completa del tipo o su consumación, con el propósito de resguardar el principio de irretroactividad de la ley penal, principio constitucional vinculado a la garantía de legalidad.-

Al tiempo de la realización de los hechos antijurídicos, mediante la conducta cumplida por el imputado en la presente causa, éstos eran sancionados por el Código Penal Ley 11.179 y ley 11.221 y sus modificaciones dispuestas por leyes 14.616, 20.509, 20.642, 21.138 normas que integran el derecho a aplicar en la presente sentencia.-

El encuadramiento típico que el tribunal formulará entonces, estará orientado por la aplicación del art. 2 del Código Penal en cuanto consagra la irretroactividad y su excepción a favor de ley más benigna.-

Cabe tener presente que la información contenida en el legajo del imputado constituye una referencia que contribuye a la determinación de su responsabilidad, más no se trata de información irrefutable o de datos incontrovertibles. Ello en razón de que el modo de operar del aparato organizado de poder del que Jorge Alberto D'Amico formaba parte, tornaba factible que la misma pudiera ser alterada o que lisa y llanamente no reflejara la realidad de lo que acontecía.

Sin embargo, en función de la prueba producida en la audiencia, en el caso materia de juzgamiento, se ha constatado que los hechos que se atribuyen al penado no son incompatibles con los datos proporcionados por su legajo.

8.2.1 FORMA DE INTERVENCIÓN DE JORGE ALBERTO D'AMICO

Poder Judicial de la Nación

En esta sentencia se ha establecido, en función de la realidad histórica reconstruida en un proceso judicial oral y público, el rol que tuvo D'Amico en los delitos que se juzgan y su caracterización en relación a la responsabilidad penal, conforme a los criterios dogmáticos que surgen de las normas vigentes en el Código Penal.

Cuando se le atribuye responsabilidad a título de coautor por el delito de privación ilegítima de la libertad de Germán Francisco Cantos, se alude a la coautoría material. La referencia es entonces a aquel que efectúa (completa o parcialmente) la acción ejecutiva típica o, en otras palabras, quien comete por sí mismo y junto a otros el hecho punible. Él es coautor directo, tiene en sus manos la decisión de si el hecho se cometerá en sí o no (Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible*, Hamurabi, Bs. As., 2005, p. 367).

Asimismo se le atribuye en esta causa responsabilidad como partícipe necesario de los delitos de tormento agravado y homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y por el fin de lograr impunidad en perjuicio de Germán Francisco Cantos.

En relación con las formas de participación o complicidad, está claro que la diferencia con el autor es que éste quiere llevar a la consumación su propio hecho, mientras que el cómplice sólo puede tener una voluntad dependiente de la del autor, que por lo tanto, subordina su voluntad a la del autor, de tal forma que deja en él la decisión de si el hecho habrá de llegar a la consumación o no. Es cómplice quien dolosamente haya prestado ayuda a otro para la misión dolosa de un hecho antijurídico (Stratenwerth, Gunter, ob. cit, p. 427). Para Jakobs el aporte durante el desarrollo del hecho delictivo es participación y el quebrantamiento de la norma proviene de

todos. D'Amico puso la condición necesaria para que se produzca el resultado de la desaparición y homicidio de Germán Francisco Cantos.

Conforme a la normativa vigente, se trata de un caso de participación necesaria (art. 45 CP) o complicidad primaria en tanto sin el aporte de D'Amico no se hubiera podido cometer el hecho. De esta forma, quedó acreditado que aportó una colaboración imprescindible en los hechos ejecutados por otros como autores, pero cuyas conductas son punitivamente equiparadas por el legislador (artículo 45 del C.P.).-

Se ha tenido presente asimismo el concepto doctrinario de delitos de infracción de deber. Se considera que en nuestra sociedad hay deberes institucionales adjudicados a determinadas personas, constituyen deberes especiales del autor en relación con lo que esta persona le debe al bien jurídico. Estos deberes no son los generales de actuación que apuntan a la violación de los límites generales de la libertad –caso de los habitantes en general-, sino que tiene que ver con la inobservancia de los límites trazados por estatus especial (militar).

Además, coincidimos con Denise Staw (*“Algunas cuestiones sobre la autoría y la complicidad por omisión”*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Set. 2012, p. 1517), en el sentido que no puede sostenerse que la distinción entre autores y cómplices deba regirse por criterios diferentes en los delitos de omisión y en los delitos de acción, pues es incorrecto que los primeros configuren delitos de infracción de deber. Tanto los delitos de acción como los delitos de omisión pueden tener su fundamento en una competencia por organización o en una competencia por institución. En otros términos, no puede sostenerse que la distinción entre autores y cómplices se deba regir por criterios diferentes, al menos, se trata de omisiones y de comisiones por competencia de organización; así

Poder Judicial de la Nación

como tampoco pueden aplicarse criterios diferentes si se trata de omisiones y de comisiones de competencia por institución (Denise Staw, anteriormente mencionado, con cita de Jakobs).

Por último D'Amico actuó en forma dolosa, se decidió contra el bien jurídico, conoció y quiso la realización del tipo, se trata de una conducta especialmente apta para la lesión de los bienes jurídicos en juego, respecto a las cuales la alegación en contra no tiene credibilidad.

8.2.2. RESPONSABILIDAD PENAL DE JORGE ALBERTO D'AMICO. EL APARATO ORGANIZADO DE PODER

A fin de una correcta imputación de los hechos delictivos y la correspondiente determinación de responsabilidad del imputado Jorge Alberto D'Amico, es preciso analizar el rol que efectivamente desempeñó dentro del plan de terrorismo de Estado ya descrito, y la relación concreta con los delitos cometidos en perjuicio de la víctima de esta causa.-

En primer lugar, cabe señalar que en la causa N° 13/84 quedó probado que el sistema implementado por el denominado Proceso de Reorganización Nacional fue el de un aparato organizado de poder, cuyo accionar respondió a una planificación metódica y científicamente delineada que tenía en su vértice superior a los arquitectos del plan, autores de escritorio o mediatos.-

En la citada sentencia se demostró igualmente que la eficacia de este aparato fue proporcionada por las fuerzas armadas apostadas en todo el país, conjuntamente con las fuerzas de seguridad que estaban bajo control operacional de aquellas, y que este modo de organización se implementó en todo el territorio nacional, bajo las instrucciones emanadas los reglamentos

y estatutos.-

La organización interna del aparato estatal del nuevo régimen se sirvió de la ya existente y la hizo coincidir con las jurisdicciones militares. La división en zonas, sub-zonas, áreas a cargo de Comandos de Cuerpos del Ejército, Comandos de Infantería, Batallones, sedes de las fuerzas de seguridad federales y locales, etc, era la estructura a través de la cual se transmitía el poder, la toma de decisiones a cargo de las comandancias superiores de cada área y la emisión de las órdenes.-

Ese mapa operacional, estaba destinado a la ejecución de un plan que pivotaba sobre dos órdenes normativos: uno expreso, público y con pretensiones de legalidad; y el otro predominantemente verbal y clandestino. Así, la efectividad de ese plan sistemático de exterminio, demandó la coexistencia de ciertos factores: una dominación jerárquica con una fuerte concentración de poder, la fungibilidad de sus operadores en las escalas intermedias y bajas, y la previsibilidad casi total de las consecuencias ante cada uno de los hechos -delitos- que formaban parte de estas órdenes.-

Adviértase que conforme las directivas descriptas, quienes en cada jurisdicción asumían la responsabilidad de identificar a las personas a detener eran los Comandos de cada cuerpo del Ejército, en el caso de Tucumán correspondía al III Cuerpo; a nivel zonal y local le correspondía a la Va. Brigada de Infantería del Ejército, a través del Destacamento de Inteligencia 142, en coordinación con los servicios de inteligencia de las fuerzas locales de seguridad. Téngase en cuenta asimismo que tal como ya se ha señalado *supra* en estos fundamentos, el accionar represivo se desplegó en todo el país, al interior de cada provincia o a través de distintas provincias en una misma zona de seguridad o en distintas zonas de

Poder Judicial de la Nación

seguridad. Da cuenta de esta coordinación la articulación existente entre la provincia de Tucumán y de Santiago del Estero en relación a Germán Francisco Cantos.

El rol que le ha cabido al interviniente en un hecho, se define por los elementos objetivos de su conducta y no en qué título se atribuya a sí mismo el interviniente, porque ello sería renunciar a parámetros jurídicos (Günther Stratenwerth, “Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible”, Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 372).

El contenido del ilícito de la participación se determina primariamente por el ilícito del hecho al que ella se presta.

La posibilidad de participación está fuera de discusión cuando el hecho principal para el cual ella se presta está consumado.

El cómplice también actúa dolosamente.

Las diversas formas de intervención pueden estar vinculadas entre sí, al cometerse un delito, de diferente manera.

Aquí sale a la luz un principio de imputación del hecho total (Zurechnungsprinzip Gesamttat), según el cual, la organización criminal como un todo sirve como punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho, los cuales deben apreciarse a la luz de sus efectos en relación con el plan criminal general o en función del fin perseguido por la organización criminal. Aquí puede hablarse de un dominio organizativo en escalones. (Cfr. Kai Ambos, ob. cit., p. 233). Cabe resaltar que la situación de D’Amico quedó determinada en la causa **“Aliendro, Juana Agustina y otros s/ desaparición forzada de personas, violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, tormentos, etc. Imputados: Musa Azar y otros” Causa 960/11**, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santaigo del Estero. En esa oportunidad fue

condenado como autor del delito de asociación ilícita en calidad de integrante, respecto de quienes dijo el Tribunal que “...formaron parte de dicho aparato organizado de poder, siendo responsables en la conducción de dicho plan de represión, en la provincia de Santiago del Estero, de la ejecución de los actos que la plasmaron...”.

8.2.3 IMPUTACIÓN OBJETIVA

Es conocido en la doctrina jurídico penal que esta teoría se presenta fundamentada en dos requisitos esenciales, a saber: a) la creación de un peligro no permitido para el bien jurídico y b) la realización o concreción en el resultado de ese peligro jurídicamente desaprobado. Es decir que autor (o coautor) del hecho será quien despliegue una conducta (o varias) que provoquen un peligro no permitido para el bien objeto de tutela penal y ese peligro luego se transforme en el resultado típico.-

Es así que, en los delitos que se le enrostran al condenado podemos encontrar fácticamente la presencia de los elementos enunciados. Y ello porque el aparato de poder que desarrolló sus tareas ilegales durante el gobierno de facto desplegó una serie de actividades que de manera directa o indirecta, provocaron una enorme cantidad de focos de peligro para los bienes jurídicos de más alta apreciación para nuestro digesto penal: la vida, la libertad y la integridad física.-

La actividad de los integrantes de ese aparato de poder se dirigió sistemáticamente a organizar una estructura que puso en peligro la vida y la libertad de los individuos y que se transformaron posteriormente en resultados típicos de muerte, lesiones, torturas, violaciones de domicilio y privación de libertad, entre otros.-

Poder Judicial de la Nación

Pero lo afirmado no es sólo una enunciación dogmática de carácter eminentemente teórico, sino que se ha tenido presente para tal afirmación- y para no caer en el vicio de la falta de fundamentación suficiente-, que esas actividades han sido debidamente probadas en el juicio, por lo que la base fáctica, es decir los hechos juzgados, han logrado emerger del desarrollo de la audiencia de debate con un nivel de certeza suficiente como para sostener el reproche que la condena implica.-

8.2.4. LA POSICIÓN DE GARANTE COMO FUNDANTE DE RESPONSABILIDAD

Aunque nuestro sistema jurídico penal no ha receptado de manera expresa a la posición de garante (como fundamento característico de punición de los delitos de comisión por omisión o también llamados de "*omisión impropia*") es interesante reseñar el papel desempeñado por el imputado respecto de la situación derivada de la privación de la libertad, tortura y muerte de la víctima.-

Nótese que todo el proceso lineal que parte de la privación ilegítima de libertad de la víctima Germán Cantos, ha surgido del relato de los testigos que dijeron haberlo visto, unos –Pereyra y Garnica- adentro del Batallón en la provincia de Santiago del Estero mientras a su familia se le informaba que no se encontraba allí y que era considerado desertor, otros - Román de Fiad, Pérez, Justo- en el centro clandestino de detención conocido como Arsenales; las víctimas sobrevivientes, que además de relatar sus propios padecimientos, afirmaron haber tenido contacto con Germán Francisco Cantos en ese centro clandestinos de detención.

Tales situaciones revelan que la víctima de esta causa estaba detenida

a disposición de las autoridades de facto. Esta afirmación indudable es fundamental para sostener la responsabilidad del condenado, tanto más si se tiene en cuenta que al realizar o permitir actos de ésta naturaleza sin la intervención de un juez- que obviamente constituyen un delito-, se ha puesto en una situación de doble responsabilidad respecto de la víctima: la primera, la de haber violado la ley al no rodear a éstos actos de las garantías legales exigidas y la segunda, como consecuencia necesaria de la primera, la obligación de garantizar evitación de riesgos para la vida e integridad física de la persona detenida (ora cuidándolo o dispensándole el trato correspondiente, ora evitando que sufra algún menoscabo en su salud).-

Por estos últimos argumentos surge claramente la obligación de vigilar por el resguardo del individuo detenido, lo que define la posición de garante del imputado, pues si resulta claro que en un estado de derecho pleno las autoridades que tienen a su disposición personas detenidas son responsables por lo que les ocurra a las mismas por esa razón, es más claro aún qué es lo que debe esperarse de aquel funcionario que detenta el poder de facto y que ha ordenado o permitido una privación de libertad ilegal.-

El sinalagma que marca esta relación es aquel que puede expresarse de la siguiente forma: quien priva a alguien de su libertad debe asegurar la indemnidad del sujeto que tiene detenido; *"libertad de configuración - responsabilidad por las consecuencias"*, diría el profesor alemán Günther Jakobs, por lo que todo individuo que configura defectuosamente su rol por una conducta que contraría el derecho, debe hacerse cargo de las consecuencias de su acción.-

8.2.5. PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD (ARTÍCULO 144

Poder Judicial de la Nación

BIS, INC. 1° -LEY 14.616- EN FUNCIÓN DEL ART. 142 INC. 1° Y 5° -
LEY 20.642- DEL CÓDIGO PENAL)

La libertad es un valor y al mismo tiempo un derecho que nace de la dignidad humana, por ello su contracara, la esclavitud, es uno de los crímenes más atroces contra la humanidad.-

Las sociedades democráticas y los países organizados con el sistema de las instituciones republicanas a partir de la Revolución Francesa y de la Independencia de las Colonias de América del Norte, y de nuestros antecedentes patrios, brindan celosa tutela a este bien. La consagración de la libertad en manos de los ciudadanos, significa al mismo tiempo el límite al ejercicio del poder político, es decir, de los gobiernos. Nuestra Constitución acuñó el liberalismo en su preámbulo y en el capítulo dogmático de Declaraciones, Derechos y Garantías, protección genérica a la cual se sumaron otras más específicas.-

Así la prohibición de la ofensa a la libertad ambulatoria, recuerda su linaje constitucional específicamente en el art. 18 de la Carta Magna, al establecer que *"nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente"* principio que, anticipándose al constitucionalismo moderno, fue arrancado a comienzos del siglo XIII por los barones ingleses a su monarca Juan.-

En el derecho actual los presupuestos procesales de intervención judicial previa no sólo no han sido modificados, sino que conforman una verdadera garantía de resguardo de la libertad, exigiendo requisitos que implican una barrera para la arbitrariedad.-

De los tipos penales configurados en esta causa, fue sin dudas la privación al ejercicio de la libertad como una forma de sanción de

exclusión de la sociedad, el primer tramo de las ofensas jurídico penales que recibirían las víctimas.-

El ingreso de Germán Cantos al lugar de detención requería su previo secuestro conforme fue evidenciado. Esa privación de libertad se produjo en el Batallón de Ingenieros de Combate de Santiago del Estero donde Germán Francisco Cantos cumplía el servicio militar obligatorio y se continuó en el centro clandestino de detención que funcionó en el Arsenal Miguel de Azcuénaga, en esta provincia.

Tal reproche penal les corresponde en virtud de lo prescripto por el art. 144 bis del Código Penal, en cuanto prescribe: *“Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo: 1) El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal; 2) El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales; 3) El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años.”* -

Ingresando en el análisis dogmático de esta figura penal, cabe mencionar que la afectación de la libertad descrita en estas figuras, se materializa privando a la víctima de su libertad personal; y esa actividad debe ser cumplida -según lo exige el art. 144 bis- por un sujeto que tenga la calidad de funcionario público, quien lo realiza con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley.-

Aún cuando se trata de un delito de realización instantánea que se

Poder Judicial de la Nación

consume cuando efectivamente se priva de su facultad de movimiento al afectado, la especial característica del bien jurídico tutelado permite que este hecho pueda constituir un delito permanente, prolongándose en cierto tiempo, durante el cual se sigue cometiendo el ilícito penal.-

Al reprimir el art. 144 bis inc. 1º del Código Penal, la conducta del funcionario público, que con abuso de sus funciones o sin las formalidades previstas por la ley, privare a alguien de su libertad personal, la figura subsume las acciones así cumplidas en este juicio por los acusados por éste delito. Como quedó acreditado, todos ellos eran funcionarios públicos a la fecha en que se produjeron los hechos acá analizados.-

Al describir el tipo penal entre sus elementos objetivos normativos, la ilegalidad de la acción, corresponde considerar si pudo existir en la especie alguna autorización legal que excluyera el requisito prescripto. En esa dirección debe el Tribunal constatar si existió algún permiso capaz de restar antijuridicidad a la conducta que decidió ejecutar Jorge Alberto D'Amico. Dicho de otro modo, si por alguna autorización normativa la privación podía ser legal.-

A ello se suma que el elemento subjetivo del tipo requiere que el autor proceda de manera autoritaria, o sea con conocimiento de la ilegalidad.-

Cabe afirmar que no existió ninguna ley que autorizara a las fuerzas armadas o de seguridad a detener sin orden judicial a los ciudadanos y por el contrario el Código Penal regía prescribiendo el delito.-

Ni siquiera el derecho que se aplica en la guerra, denominado Derecho Humanitario, extiende un cheque en blanco a las intervenciones armadas *"una mención especial y destacada merecen las normas del Derecho Humanitario, que empezó a desarrollarse en la segunda mitad del*

siglo XIX, como reacción al hecho de que los vencidos en una guerra quedaban a merced del vencedor y frecuentemente eran tratados con particular crueldad. Ya en el siglo XVIII había habido expresiones de preocupación por este hecho. Después de la Batalla de Fontenoy en 1745, Luis XV ordenó que el enemigo herido fuera tratado igual que sus propios soldados porque "una vez que están heridos ya no son más nuestros enemigos" (Robertson-Merrills, 1989, p.17). También Rousseau describió en términos semejantes lo que él llamó "principios que fluyen de la naturaleza de las cosas y se fundan en la razón", así escribió en su contrato social que, siendo el objetivo de la guerra la destrucción del Estado enemigo, uno sólo tiene derecho a matar a los defensores de ese Estado cuando éstos estén armados. La falta de armas los transforma en individuos comunes, haciendo cesar de inmediato el derecho a matarlos (ob. cit.). Estos principios se transformaron en normas legales gracias a los esfuerzos de Henri Durant, un filántropo suizo que creó el Comité Internacional y Permanente de Socorro a los heridos militares, en 1863. Las actividades de la organización creadas por Durant -que tenían por emblema la bandera suiza con sus colores invertidos- fueron oficialmente reconocidas en la Convención de Ginebra de 1864, por medio de la cual doce Estados se comprometieron a respetar a los soldados enfermos o heridos, cualquiera fuera su nacionalidad y a respetar el emblema de la Cruz Roja. Varios tratados que amplían considerablemente el campo de acción de la Cruz Roja han seguido a la Convención de 1864 (art. 3 de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949)" (Medina Cecilia, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Edición de la autora para Programas de la Universidad de Utrecht, Universidad Nacional de Tucumán y Universidad de Humanismo, Chile, 1990, p.17).

Poder Judicial de la Nación

Conforme quedó acreditado en este juicio, a Jorge Alberto D'Amico le corresponde el reproche penal como coautor material del delito de privación ilegítima de libertad previsto en el art. 144 bis del C.P en perjuicio de Germán Francisco Cantos.

De esta manera, las órdenes emitidas a tal efecto por las autoridades militares, surgieron del ejercicio de un poder de facto no solo contrario al orden constitucional, sino además sustancialmente ilegítimo, por prescindir del orden procesal y penal vigentes.

Se agrega a la conducta anterior la circunstancia de que en el mismo acto en que era detenida, la víctima fue sometida a tratos crueles constitutivos de las vejaciones prescriptas por la norma del art. 144 bis. del Código Penal que sanciona al funcionario público que en el desempeño de un acto de servicio cometa vejaciones contra las personas o les aplique apremios ilegales -inc. 2- o imponga a los presos que guarde severidades, vejaciones o apremios ilegales -inc. 3-.

En la descripción de la figura, *vejar* significa tanto como maltratar, molestar, perseguir a uno, perjudicarlo o hacerle padecer. Si bien cualquier pena privativa de la libertad es en sí un padecimiento y/o mortificación, el límite está dado por el respeto a la dignidad de las personas.

Así, el art. 18 de la Constitución Nacional dispone que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que so pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

En tanto que las vejaciones tienen generalmente el fin en sí mismas, que podría ser comprendido por el término castigar; los apremios, lo mismo que las torturas, tienen como nota característica la pretensión del autor de

obtener información.

En el caso *sub examine*, durante el debate ha quedado acreditada la circunstancia de que a la víctima se le vendaban los ojos al llegar al centro clandestino de detención, lo que ocasionaba en sí mismo una vejación. En este sentido son contundentes y concordantes los relatos de los testigos sobrevivientes que estuvieron detenidos clandestinamente junto a Germán Cantos en el centro clandestino de Arsenales.

Las personas vendadas o encapuchadas pierden su autonomía, aumentan su sensación de vulnerabilidad ya que ignoran quienes son sus aprehensores, el medio en el cual los trasladan, los lugares por los que se desplazan; en una palabra, se cosifican, como un bulto, quedando a total disposición de los sujetos activos.

Esa privación de libertad que se inició en Santiago del Estero continuó en el centro clandestino de detención que funcionó en Arsenales, conforme la descripción de los hechos comprobados. En esos lugares la privación de libertad también fue agravada por la aplicación de apremios ilegales por parte de los funcionarios a cargo de su guardia y custodia.

Si bien los malos tratos y la crueldad cotidianas hacia las personas detenidas en ese centro clandestino de detención, resultan del contexto general represivo vigente en el país, en nuestra provincia tal situación resultó acabadamente probada en esta causa por las declaraciones de los testigos Pérez, Rodríguez Román de Fiad, Justo, quienes estuvieron alojados en dicho lugar y sobrevivieron a los múltiples padecimientos que allí les inflingieron.

En tal sentido, fueron concordantes los testimonios de las víctimas sobrevivientes al describir las condiciones en las que se encontraban los detenidos en los distintos lugares; con las manos atadas, tabicados, sin

Poder Judicial de la Nación

ropas, prácticamente sin agua ni alimentación, insultados, golpeados, torturados.

Como concluyen M. Sancinetti y M. Ferrante, *"ya el primer acto de tortura era ejercido en el domicilio, en el momento de la aprehensión, a más tardar al retirar al secuestrado del domicilio, dado que se procedía siempre al llamado "tabicamiento", acción de colocar en el sujeto un tabique (vendajes, trapos o ropas de la propia víctima) que le impidiera ver; así era introducido en un automóvil, donde se le hacía agachar la cabeza, que le seguía siendo cubierta hasta el lugar de detención, y, como regla, así quedaba durante toda su detención"* (Marcelo A. Sancinetti y Marcelo Ferrante, *El Derecho Penal en la protección de los derechos humanos*, Editorial Hammurabi, Bs As, 1999, pág. 118).

Acorde al examen elaborado en los párrafos precedentes corresponde especificar el encuadramiento de la conducta del imputado, tanto a nivel del tipo objetivo como del tipo subjetivo, en relación a las normas de los artículos 144 inc. y 142 del Código Penal -para los casos que se especificó- del Código Penal.

Tiene presente este Tribunal, que la práctica de la desaparición forzada de personas encuadra en diversos tipos penales por la multiplicidad de lesiones que significa para las víctimas y que una de esas afectaciones es la contemplada en estas figuras penales.

La Corte Suprema de la Nación ha dicho *"...el Estado mediante el uso de figuras penales existentes en la legislación sanciona los hechos considerados como desaparición forzada. Lo contrario llevaría al absurdo de que el país, ante la ausencia de una figura legal concreta llamada "desaparición forzada de personas" en el orden interno, no incrimine las conductas descritas en una Convención, en clara violación de los*

compromisos internacionales asumidos. O de igual manera, que dejase impune los delitos de privación ilegítima de la libertad, torturas y homicidio. La desaparición forzada implica la violación múltiple y continuada de varios derechos, todos ellos debidamente protegidos por nuestras leyes". ("Videla Jorge Rafael s/ incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada" del dictamen del Procurador General Nicolás Becerra. 21/08/2003).

8.2.6. TORMENTOS AGRAVADOS

El tipo legal está previsto en el art. 144 ter. primer y segundo párrafo, del Código Penal, conforme Ley 14.626 vigente al tiempo de los hechos. Esta norma sanciona "*al funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento*", agravando el monto de la pena en el caso de que la víctima fuere *un perseguido político*".-

El bien jurídico protegido por esta figura penal es la dignidad fundamental de la persona y la integridad moral de todos los ciudadanos, sin ningún tipo de distinción. Si bien se trata de un tipo totalmente autónomo, la víctima tiene que ser una persona privada de su libertad por orden o con intervención de un funcionario público. Se trata de una modalidad especialmente gravísima de afectación de la libertad por su efecto destructivo sobre la relación de la persona consigo misma, su dignidad, su integridad psicofísica; por la subyugación y colonización absoluta de la subjetividad que se transforma en anexo territorial sujeto a la voluntad soberana del torturador. El cuerpo actúa como soporte de escritura del lenguaje de la violencia, la anulación del ser. (Cfr. Baigún, David, Zaffaroni, Eugenio Raúl -dirs.-, *Código Penal y normas complementarias*).

Poder Judicial de la Nación

Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, T.V, p. 372).-

Sujeto activo debe ser un funcionario público, lo que implica que este sujeto tiene una posición de superioridad sobre la víctima, que lleva a que exista en la tortura alevosía; no es necesario que se trate de un funcionario que guarde a la persona privada de su libertad, basta con que tenga un poder de hecho sobre la víctima. (Cfr. Cfr. Baigún, David, Zaffaroni, Eugenio Raúl -dirs.-, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, TV, p. 372). Es evidente la condición de funcionarios públicos que detentaban los imputados en la época de los hechos aquí analizados.-

Conforme quedó acreditado en este debate, a Jorge Alberto D'Amico le corresponde el reproche penal como partícipe necesario del delito de tormentos agravados:

El sujeto pasivo de este injusto es una persona perseguida políticamente y privada de su libertad por el accionar de un funcionario público, quien se constituye en sujeto activo del delito. El condenado D'Amico era funcionario público, como ya se determinó.-

Ingresando al análisis del concepto *tormento*, ya advertía Soler que *"...la tortura es toda inflicción de dolores con el fin de obtener determinadas declaraciones; cuando esa finalidad existe, como simple elemento subjetivo del hecho, muchas acciones que ordinariamente podrían ser más que vejaciones se transforman en torturas"* (Sebastián Soler, ob. cit, p. 55).-

Por su parte la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, incorporada al art. 75 de la Constitución Nacional en 1994, la define en su art. 1: *"A los efectos de la presente*

Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija 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. No se considerarán torturas los dolores o sufrimiento que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas".- Esta definición vino a ratificar lo que el Derecho Internacional Humanitario, como el *ius cogens* y convencional, había caracterizado como torturas.-

Los testimonios mencionados *supra* de las personas que estuvieron secuestradas junto a Germán Cantos en el centro clandestino de detención y que sobrevivieron a tales padecimientos, permiten afirmar sin margen de dudas que quienes allí estuvieron cautivas fueron sometidas a múltiples formas de tormentos.

El *modus operandi* utilizado por los captores, conduce a este Tribunal a afirmar que Germán Francisco Cantos sufrió iguales padecimientos a los descriptos por los testigos referenciados.-

El delito de Torturas integra la secuencia que define lo que la doctrina designa "*práctica sistemática de desaparición forzada de personas*".-

En tal inteligencia es que este Tribunal entiende que las torturas padecidas por la víctima de esta causa se verificaron desde el momento

Poder Judicial de la Nación

mismo de la detención, oportunidad en la que -según se acreditó- fue sometida no sólo a torturas físicas, sino también psicológicas, las cuales se prolongaron a lo largo de toda su detención.-

Debe repararse que este razonamiento ha recibido amplia acogida jurisprudencial, así en la causa "***Suarez Mason y otros s/privación ilegal de la libertad...***" (sentencia del 20/10/2005 en la causa N°. 14.216/03) se ha sostenido que "*...todo el conjunto abyecto de condiciones de vida y muerte a que se sometiera a los cautivos, si son analizados desde sus objetivos, efectos, grado de crueldad, sistematicidad y conjunto, han confluído a generar el delito de imposición de tormentos de una manera central, al menos conjunta con la figura de la detención ilegal, y de ningún modo accesoria o tangencial a ésta... Tales tratos están incluidos en la prohibición jurídica internacional de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y encuadran en el delito de imposición de tormentos que expresamente castiga al funcionario que impusiere cualquier especie de tormento (art. 144 ter. primer párrafo del Código Penal, según la ley 14.616).*"

De otra parte, teniendo en cuenta el análisis precedente pero avanzando en las particularidades del ilícito *sub examine*, no puede soslayarse la circunstancia de que la privación ilegítima de la libertad tenía por propósito fundamental la obtención de información que se consideraba que la víctima disponía. Propósito fundamental que lógicamente conducía a la aplicación de torturas, las cuales precisamente son definidas por la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes -incorporada al art. 75 de la Constitución Nacional en 1994- en su art. 1 como "*...todo acto por el cual se inflija 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. No se considerarán torturas los dolores o sufrimiento que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.-

A esta altura del análisis de la figura penal en cuestión, el Tribunal considera ineludible mencionar una particular circunstancia que se acreditó en el presente caso y que concurre al momento de valorar la conducta de los imputados.-

Analizando el aspecto subjetivo del tipo, este requiere la decisión y voluntad de someter al detenido a padecimientos.-

Por ello, corresponde su atribución a título de dolo, debido al conocimiento por parte del imputado de que la víctima se encontraba privada de su libertad y sometida a padecimientos físicos y psíquicos, lo que se comprobó por el hecho de que el objetivo mismo de la existencia de los centros de detención era el quebrantamiento de los detenidos mediante la aplicación de tormentos con el fin de la rápida obtención de información. Puede afirmarse que se trató de una práctica sistemática y generalizada en los distintos centros de detención cuya existencia quedó acreditada en la causa **“Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A – 36/12, J – 18/12 y 145/09)”**, Expte.: A - 81/12.-

Las pruebas aportadas en la causa no dejan dudas en cuanto a que

Poder Judicial de la Nación

Germán Francisco Cantos fue sometido a padecimientos, torturas y tratos inhumanos y degradantes durante su permanencia en el centro clandestino de detención cuya existencia quedó demostrada en este debate oral, permitiendo el encuadramiento de la conducta de Jorge Alberto D'Amico en la figura penal prevista en el art. 144 ter., primero y segundo párrafo del Código Penal según ley 14.616, por ser ley penal más benigna.-

8.2.7. HOMICIDIO AGRAVADO POR ALEVOSÍA, POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PARTÍCIPES Y CON EL FIN DE LOGRAR IMPUNIDAD

El tipo penal del homicidio agravado por el que se condenó al imputado es el previsto en el artículo 80, incs. 2, 6 y 7 del Código Penal según Ley 21.338 vigente a la fecha de los hechos probados en esta causa.

Así, establecía el art. 80 del C.P. *"Se aplicará reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52 al que matare: 2° Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso; 6° Con el concurso premeditado de dos (2) o más personas; 7° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para sus otro o por no haber o logrado el fin propuesto al intentar otro delito."* La figura básica del homicidio consiste en la muerte de un ser humano ocasionada por otro. En este sentido, el plexo probatorio existente en la presente causa, lleva a este Tribunal a concluir sobre la certeza del homicidio agravado Germán Francisco Cantos.

Desde el momento mismo de su detención clandestina -conforme quedó acreditado- Germán Francisco Cantos pasó a ser *"desaparecido"*, lo

que permitió disponer con total impunidad de su destino final, de su vida.

Conforme se describe *supra* en el apartado “*marco histórico*”, el testimonio de Antonio Cruz, quien como gendarme prestó servicio en el centro clandestino de detención Arsenal, permite acreditar en este juicio de manera irrefutable que la conducta de D’Amico en calidad de partícipe se subsume en las agravantes del homicidio calificado por las que fue penado.-

Antonio Cruz, a la fecha fallecido, en sus declaraciones incorporadas a estos autos relató pormenorizadamente las condiciones de vida en el Arsenal y las torturas que se aplicaban a los secuestrados allí. Sin embargo, también refirió los asesinatos y la quema de restos humanos en las fosas. Así, mientras le eran exhibidas fotografías de personas desaparecidas señaló: *Que reconoce a la persona que fusilara el Coronel Caffarena, juntamente con otras personas que eran padre e hijo. Que junto al Coronel Caffarena, se encontraba el Primer Alférez Barraza, que unos metros más atrás estaban el gendarme Pérez y el deponente. ...Que los detenidos a que hace referencia fueron sacados del recinto de detención. Que fueron sacados por la Guardia Interna y los pone en manos del Primer Alférez Carlos Hugo Barraza. De allí se aproximó el Coronel Caffareno y les dijo a los detenidos que los iba a dejar en libertad. En esa oportunidad lo llamó al deponente y a otros tres o cuatro Gendarmes y los condujo por el sendero al Pozo. Que los hizo arrodillar Caffarena y procedió a fusilarlos, cayendo al Pozo que se encontraba cubierto de ramas y de gomas de autos. Que cuando cayeron les tiraron más gomas y una mezcla de aceite con nafta y de lejos les tiraron antorchas. Que la persona que se le muestra en la fotografía quedó vivo y tenía una rueda de tractor sobre el pecho mientras se quemaba, por lo que el declarante le pidió a Barraza que lo*

Poder Judicial de la Nación

matara, pero éste no le hizo caso y lo dejaron morir quemado...Que reconoce únicamente a una persona que en este acto se encierra su figura en un círculo, desconociendo al resto, que pertenecerían a la causa de un señor de apellido Rondoletto que se tramitan por ante este mismo juzgado y secretaría. Que se trata de una de las personas fusiladas en el hecho narrado anteriormente.”.-

Conforme se acreditó en la causa “**Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A – 36/12, J – 18/12 y 145/09)**”, Expte.: A - 81/1, del registro de este Tribunal con distinta integración, la disposición sobre la matanza de Germán Francisco Cantos fue planificada y ejecutada por las fuerzas de seguridad y militares que actuaban bajo el control y dirección operacional, entre otros, de Luis Orlando Varela (quien fue condenado como autor mediato por el homicidio agravado de Germán Cantos), en el marco del accionar ilegal que habían acordado como miembros de la asociación ilícita que conformaron.-

No existe indicio alguno que permita creer que las personas víctimas de desaparición forzada durante el terrorismo de Estado en nuestro país se encuentren actualmente con vida. Por el contrario, ha sido probado judicialmente el sistema de desaparición y exterminio que implementaron las fuerzas usurpadoras del poder a la fecha que sucedieron los hechos. Así, ha quedado comprobada la implementación de un plan sistemático que consistía en el secuestro- tortura- detención clandestina- eliminación- ocultamiento del cadáver para lograr la impunidad (Causa 13/84).-

La práctica de la desaparición forzada o involuntaria de personas ha sido calificada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) como un crimen de lesa humanidad, que atenta contra

derechos elementales de la persona humana, como son la libertad individual, la integridad personal, el derecho a la debida protección judicial y al debido proceso e, incluso, el derecho a la vida. Bajo tales parámetros, los Estados de la Organización de los Estados Americanos (OEA) adoptaron, en 1994 (ratificada por Argentina en 1995 y aprobada su jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22, en 1997), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como una manera de prevenir y castigar este accionar en nuestro Continente. Así, en su artículo II define la *"desaparición forzada"* en los siguientes términos: *"Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes"*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *"las desapariciones forzadas implican una violación múltiple, a la vez que continuada, de numerosos derechos esenciales de la persona humana, de manera especial de los siguientes derechos: i) derecho a la libertad personal, por cuanto el secuestro de la persona constituye un caso de privación arbitraria de la libertad que vulnera además el derecho del detenido a ser conducido sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su detención: ii) derecho a la integridad personal, por cuanto el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometido la víctima representan*

Poder Judicial de la Nación

por si mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, que constituyen lesiones a la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto de su dignidad inherente al ser humano. Además, las investigaciones sobre desapariciones forzadas demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes son sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratos crueles, inhumanos o degradantes; iii) derecho a la vida, por cuanto la práctica de las desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmulas de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con la finalidad de no dejar ningún tipo de huella de la comisión del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron". (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 153, 155, 156 y 157).-

USO OFICIAL

Nuestro sistema de enjuiciamiento no contiene ninguna regla que imponga a los jueces el deber de hallar el cuerpo de la víctima para considerar probado un homicidio. Si existiera una norma procesal que así lo exigiera, se llegaría al absurdo de consagrar la impunidad para quien, además de asesinar, logró hacer desaparecer el cuerpo de la víctima para tal finalidad.-

Sancinetti, al comentar el art. 108 del Código Civil que dice "*...En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte ...siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida por cierta...*, al sistema legal argentino no le es extraña la afirmación de una muerte sin cadáver ni partida." (Sancinetti, M. y Ferrante M., El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos, Hammurabi, 1999, p.141).-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en Castillo Páez vs. Perú sent. del 3 de noviembre de 1977, párrafo 73 sostuvo que *"No puede admitirse el argumento en el sentido de que la situación misma de indeterminación del paradero de una persona, no implica que hubiese sido privada de su vida, ya que faltaría el cuerpo del delito," "Es inaceptable este razonamiento puesto que bastaría que los autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de una víctima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores, quienes en esta situación pretenden borrar toda huella de la desaparición".-*

En la misma línea de pensamiento se había expresado la Corte IDH en los casos Velásquez Rodríguez (sent. del 29 de julio de 1988); Godínez Cruz (sent. del 20 de enero de 1989); Fairen Garbí y Solís Corrales (sent. del 15 de marzo de 1989) y Caso Blake, Excepciones preliminares (sent. del 2 de julio de 1996), así ha sostenido que *"La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención cuyo inciso primero reza: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."-*

Concordantemente con lo expresado, el tribunal entiende que en la presente causa no resulta óbice para establecer que se ha producido la muerte, el hecho de que no haya aparecido el cadáver de la víctima. En

Poder Judicial de la Nación

consecuencia, el Tribunal considera acreditado el asesinato de Germán Francisco Cantos.-

Las desapariciones forzadas de personas que concluyeron con la vida de los privados de libertad, hoy constituyen una verdad pública y notoria, conocida por todos. Situación que acompaña la valoración crítica y razonada que efectúan estos jueces.-

Por lo expuesto, corresponde en este caso, subsumir la Desaparición Forzada de la víctima en el homicidio de nuestro código de fondo. Homicidio agravado por cuanto los autores y partícipes actuaron sin riesgo para su persona y aprovechándose de la indefensión de la víctima, es decir, con alevosía; con el concurso premeditado de más de dos personas y con el fin de lograr impunidad. El riesgo que creó D'Amico se realizó en el resultado muerte de Germán Francisco Cantos, y por ello cabe responsabilizarlo por ese resultado.-

Se analizará a continuación cada una de las circunstancias que concurren en el presente caso agravando el tipo básico del homicidio.-

En cuanto a la alevosía, la esencia de su significado gira alrededor de la idea de marcada ventaja a favor del que mata, como consecuencia de la oportunidad elegida. Se utilizan para el caso las expresiones "*a traición*", "*sin riesgo*", "*sobre seguro*", etc., pero lo fundamental es que el hecho se haya cometido valiéndose de esa situación o buscándola a propósito. Así, la alevosía resulta de la idea de seguridad y falta de riesgo para el sujeto activo como consecuencia de la oportunidad y de los medios elegidos.-

No existen dudas sobre la configuración de esta agravante en el homicidio de Germán Francisco Cantos atento que los autores preordenaron su conducta para matar, con total indefensión de las víctimas y sin riesgo ni peligro para sus personas, todo lo cual se aseguró, conforme

quedó demostrado, por estar las mismas atadas y vendadas y a total disposición de quienes contando con armas y medios eliminaron de esta manera toda posibilidad de resistencia y de ayuda de terceros.-

Concurre también la agravante prevista como "*concurso premeditado de dos o más personas*", conforme quedó debidamente probado que esa fue la mecánica general de traslado y posterior ejecución de Germán Francisco Cantos y, en cuanto al delito que aquí se analiza, es lógico concluir que el procedimiento requirió, al menos, de la acción de dos personas. A este respecto cabe tener presente que en la causa "*Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A - 36/12, J - 18/12 y 145/09)*", Expte.: A - 81/1, fueron condenados Ramón Alfredo Ojeda Fuente, Fernando Torres y Luis Orlando Varela por el homicidio agravado de Germán Francisco Cantos.-

Por último, quedó acreditada la concurrencia del agravante que califica el homicidio cometido con el fin de "*asegurar la impunidad para sí o para sus cooperadores*". Se trata de un supuesto de homicidio finalmente conexo, el que requiere que el autor en el momento de matar, tenga la indicada finalidad. La razón de la agravante finca en ese desdoblamiento psíquico dotado de poder calificante para el homicidio. En este caso, la particular odiosidad del hecho deriva de que el supremo bien de la vida es rebajado por el criminal hasta el punto de servirse de ella para otra finalidad. Su motivación tiende directamente a otra cosa distinta para cuyo logro la muerte -a la cual la acción también se dirige- aparece para él como un medio necesario simplemente conveniente o favorable. El acentuado carácter subjetivo de tal circunstancia impone como consecuencia que la agravante subsista aún cuando el sujeto esté equivocado acerca de la

Poder Judicial de la Nación

relación real que guarda su homicidio con la impunidad: basta que mate para lograrla. (Cfr.Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, t. III, tea, 1987, pág. 45 y ss.).-

El transcurso de treinta y ocho años desde la fecha de los hechos demuestra la eficacia que tuvo en el presente caso la búsqueda de impunidad, situación que se vio favorecida por el posterior ocultamiento del cuerpo de la víctima.-

El hallazgo de restos óseos en las fosas de Arsenales, en el Pozo de Vargas, en el cementerio de Tacanas; la identificación de algunos de esos restos óseos son datos categóricos, además de comprobar el esfuerzo realizado por los perpetradores y sus cómplices para ocultar los cuerpos de sus víctimas y lograr la impunidad. Tarea que resultó exitosa en la medida que luego de 30 años de ocurridos los hechos recién se tuvieron noticias de algunos de los lugares donde los habían ocultado y de las identidades de esas personas.-

Esta comprobación, ponderada junto a otras, tales como la circunstancia del transcurso del tiempo por más de treinta y cinco años sin que se hayan tenido noticias de la mayoría de las víctimas, las torturas padecidas por las víctimas, el trato propiciado a los detenidos clandestinamente en los centros clandestinos de detención que funcionaron, la situación de privación de libertad continuada de cada uno de los ofendidos, permiten conforme a las reglas de la lógica y la sana crítica racional arribar al grado de certeza necesario para tener por probado el asesinato de la víctima de esta causa cuyos restos óseos no fueron aún hallados o identificados .-

8.2.8. CONCURSO DE DELITOS (ART. 55 CÓDIGO PENAL)

Los delitos analizados precedentemente constituyen una pluralidad de conductas que lesionan distintos bienes jurídicos no superponiéndose ni excluyéndose entre sí.-

Es decir que concurren varios delitos atribuibles al imputado, por lo que corresponde aplicar la regla del concurso real, prevista en el art. 55 del Código Penal.-

Así, los delitos de Privación ilegítima de la libertad (artículo 144 bis, inc. 1° -Ley 14.616- en función del art. 142 inc. 1° y 5° -Ley 20.642- del Código Penal), imposición de tormentos agravada (art. 144 ter. primer y segundo párrafo, del Código Penal, conforme Ley 14.626) y homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más partícipes y con el fin de lograr impunidad (art. 80 incs. 2, 6 y 7 del Código Penal vigente al tiempo de comisión de los hechos ley 21.338); todo en concurso real (art. 55 del Código Penal) calificándolos como delitos de lesa humanidad, como se explica en esta misma sentencia.-

8.2.9. CONGRUENCIA

Si bien el principio de congruencia se verifica en las diferentes etapas del juicio: acusación, defensa, prueba y sentencia, referido sustancialmente a la plataforma fáctica, este Tribunal considera necesario efectuar ciertas apreciaciones respecto al delito de homicidio en razón de las incidencias que esta imputación generó durante el presente debate.

Respecto a la figura penal del homicidio, surge evidente el pleno ejercicio del derecho de defensa por parte del imputado toda vez que en los actos instructorios y en las audiencias del presente juicio oral, ejerció su

Poder Judicial de la Nación

derecho de manera plena respecto de las probanzas que sitúan a la víctima Germán Francisco Cantos en el Arsenal Miguel de Azcuénaga: interrogando testigos a testigos, argumentando sobre las pruebas documentales, refiriendo en sus ampliaciones de declaración como imputado a dicho evento (la imputación por homicidio) y finalmente en los alegatos defensivos y en las últimas palabras en ejercicio de su defensa material.

En oportunidad de realizarse la intimación de los hechos a Jorge Alberto D'Amico en fecha 05 de diciembre de 2008 -obrante fs. 714/720-, se le expresó con meridiana claridad los hechos que indican que Germán Francisco Cantos estuvo privado de su libertad en el Arsenal Miguel de Azcuénaga, lugar desde donde se produjo su desaparición, siendo que sobre este elemento del relato de la intimación se expresó en aquella oportunidad el cúmulo de pruebas que acreditan haber visto con vida a la víctima en el centro clandestino de detención que funcionó en el Arsenal Miguel de Azcuénaga y es sobre ello, a partir de ese momento donde el imputado D'Amico ejerció con amplitud su defensa material.

Tiene dicho la doctrina para situaciones como la que se suscitaron en este debate que hay que tener como pauta el principio que inspira la intimación de la acusación, que es el de asegurar al imputado la posibilidad de defenderse con la plenitud de sus facultades respecto de todo elemento relevante de la imputación, en forma que se excluya cualquier sorpresa. Así aporta Vélez Mariconde su propia regla: *la sentencia condenatoria debe ser idéntica a la acusación en cuanto a los elementos esenciales capaces de influir sobre la culpabilidad del acusado. Es admisible la diversidad entre ambos actos siempre que ello no implique privar a aquel de su defensa.* (cfr. Vélez Mariconde Alfredo “Derecho Procesal Penal. Tomo II,

Marcos Lerner Editora, 3° edición, 2da. reimposición, 1986, págs. 238/239).

A su vez, Clariá Olmedo asegura que el aspecto jurídico no se encuentra alcanzado por el principio de congruencia desde que el Tribunal tiene la libertad para elegir las consecuencias jurídicas que estime corresponder en relación a las cuestiones de hecho introducidas por las partes al debate. (cfr. Claria Olmedo Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, T.I. Rubinzal Culzoni Editores, p. 244).-

De lo dicho se desprende sin hesitación alguna que el imputado y su defensa conocieron desde el momento inicial los hechos por los cuales fue imputado, sin perjuicio de la provisoria calificación legal que cambió en diversos momentos del trámite de la causa.

En consecuencia, no hubo indefensión alguna, por lo que el Tribunal, en los términos del artículo 401 del Código Procesal Penal de la Nación, respetando el principio de congruencia, puede imponer una calificación legal distinta o complementaria de la resuelta en etapas intermedias del juicio. A ello cabe agregar, además, que contamos con la ratificación implícita de la vigencia de los hechos originalmente imputados al consentir la defensa -en los diversos estadios procesales- su existencia.

Por último, cabe enfatizar que la situación procesal suscitada al respecto es similar a la acontecida en la causa **"Vargas Aignasse Guillermo S/Secuestro y Desaparición"** (Expte. V - 03/08), cuya sentencia condenatoria por el delito de homicidio fue confirmada por la Cámara Federal de Casación Penal y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho precedente, el requerimiento fiscal de elevación a juicio no incluía la figura penal del homicidio y el Tribunal dictó sentencia imponiendo al imputado el tipo penal inicialmente excluido, en virtud de haberse acreditado la plataforma fáctica que se mantuvo invariable durante

Poder Judicial de la Nación

todas las etapas del proceso.-

De otra parte, cabe advertir que la única figura que el Tribunal no ha receptado, por los argumentos que más adelante considera, está referida al delito de genocidio solicitado por la querrela.-

Al momento de analizar la subsunción de la conducta de D'Amico en los supuestos normativos de la legislación penal, atento a la envergadura de la cuestión a decidir, se efectuó un análisis del contexto histórico en el que se produjeron los hechos. En apartados siguientes, el Tribunal abordará un análisis de la normativa interna e internacional que rige el presente caso.-

De tal manera, no sólo se ha respetado la relación entre el hecho imputado y el hecho juzgado, sino que se ha mantenido la calificación jurídica de la acusación, con lo que se ha preservado la plena vigencia del principio de congruencia como derivación del derecho de defensa en juicio (Art. 18 de la Constitución Nacional).-

USO OFICIAL

8.2.10. DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Los delitos cometidos en el marco de los hechos materia de la presente causa configuran delitos de lesa humanidad.-

Ahora bien, determinar los precisos alcances y consecuencias de la calificación de los injustos materia de la presente causa como delitos de lesa humanidad demanda realizar algunas precisiones.

Delitos comunes y delitos de lesa humanidad

Una primera distinción entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad es la que puede establecerse teniendo en cuenta los ordenamientos jurídicos que los tipifican: mientras que los delitos comunes se encuentran tipificados en normas que integran el ordenamiento penal interno de cada Estado; los delitos de lesa humanidad, en cambio, se encuentran tipificados en normas que integran el ordenamiento penal internacional y que les asignan determinadas características como las de ser imprescriptibles.-

Otra distinción, mucho más explicativa, es la que finca en los sujetos que resultan lesionados por los mismos: si bien tanto los delitos comunes como los delitos de lesa humanidad implican la lesión de derechos fundamentales de las personas, los primeros lesionan sólo los derechos básicos de la víctima, los segundos, en cambio, implican una lesión a toda la humanidad en su conjunto. Así lo ha establecido la CSJN en el caso "Arancibia Clavel, Enrique L." (Fallos 327:3294, considerando 38 del voto del doctor Maqueda) al señalar que el presupuesto básico de los delitos de lesa humanidad es que en ellos *"el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción. Tales delitos se los reputa como cometidos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales (considerandos 31 y 32 del voto de los jueces Moliné O'Connor y Nazareno y del voto del juez Bossert en Fallos: 318:2148)"*.-

En la distinción establecida queda pendiente, no obstante, el examen

Poder Judicial de la Nación

de cuál es el criterio que habilita a considerar a un mismo hecho como un tipo u otro de delito. En este sentido la CSJN en el caso "Derecho, René J." del 11/07/2007 ha considerado "...que el propósito de los crímenes contra la humanidad es proteger la característica propiamente humana de ser un 'animal político', es decir, de agruparse y formar organizaciones políticas necesarias para la vida social (conf. Luban, David. *A Theory of Crimes against Humanity*. *Yale Journal of International Law* 29, año 2004, p. 85 y ss.). El razonamiento del autor mencionado consiste en lo siguiente. La característica humana de vivir en grupo, la necesidad natural de vivir socialmente, tiene por consecuencia la exigencia de crear una organización política artificial que regule esa vida en común. La mera existencia de esa organización, sin embargo, implica una amenaza, al menos abstracta, al bienestar individual....Los casos de crímenes de lesa humanidad son justamente la realización de la peor de esas amenazas, la de la organización política atacando masivamente a quienes debía cobijar. 'Humanidad', por lo tanto, en este contexto, se refiere a la característica universal de ser un 'animal político' y la caracterización de estos ataques como crímenes de lesa humanidad cumple la función de señalar el interés común, compartido por el género humano, en que las organizaciones políticas no se conviertan en ese tipo de maquinaria perversa. 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 cuasi-gubernamentales en contra de grupos

civiles que están bajo su jurisdicción y control' (op. cit., p. 120). Con ello aparece dada una característica general que proporciona un primer acercamiento para dilucidar si determinado delito es también un crimen de lesa humanidad. Se podría configurar ese criterio como un test general bajo la pregunta de si el hecho que se pretende poner a prueba puede ser considerado el producto de un ejercicio despótico y depravado del poder gubernamental".-

Fuentes de los delitos de lesa humanidad

Según ya se ha dicho, los delitos de lesa humanidad se encuentran tipificados en el ordenamiento penal internacional; en consecuencia, es en ese horizonte jurídico que corresponde rastrear sus fuentes. En tal sentido la CSJN en Fallos 327:3294, considerando 38 del voto del doctor Maqueda; y en Fallos 328:2056, considerando 51 del voto del doctor Maqueda, ha señalado que las fuentes generales del derecho internacional son las fijadas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establece en su art. 38 *"esta Corte, cuya función es decidir de acuerdo con el derecho internacional aquellas disputas que le sean sometidas, aplicará: a) Las convenciones internacionales, generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los estados en disputa; b) La costumbre internacional, como evidencia de la práctica general aceptada como derecho; c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) Con sujeción a las disposiciones del art. 49, las decisiones judiciales de los publicistas más altamente cualificados de varias naciones, como instrumentos subsidiarios para la determinación de las reglas del derecho".-*

Poder Judicial de la Nación

Como se constata entonces, el ordenamiento penal internacional que tipifica los delitos de lesa humanidad reconoce como fuentes a sus normas consuetudinarias (*ius cogens*) y convencionales (tratados, declaraciones, pactos).-

Los delitos de lesa humanidad en el *ius cogens*

El origen del *ius cogens* puede rastrearse en la vieja idea del derecho de gentes. Autores como Vitoria, Suárez y Grocio consideraron al derecho de gentes como una consecuencia de la existencia de la Comunidad Internacional (una *totis orbis*) que goza de una entidad tal, que permite que se erija en persona moral capaz de crear un derecho que se impone *imperativamente* a todas sus partes y que no resulta únicamente del acuerdo de voluntades entre los Estados que la integran.-

Pues bien, ese derecho de la Comunidad Internacional es el *ius cogens*; cuerpo normativo cuya vigencia en la comunidad internacional fue consagrada en el año 1899 a través de un precepto -con posterioridad bautizado como Cláusula Martens- contenido en el preámbulo de la II Convención de la Haya, luego reiterado en la IV Convención de la Haya de 1907 y, en términos similares, introducido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, precepto que establecía una regla de comportamiento entre Estados en situación de guerra, sujetándolos al régimen emergente de los principios del derecho de gentes.-

A su vez, el *ius cogens* en mayo de 1969 recibió reconocimiento expreso en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados -ratificada por la República Argentina el 12 de mayo de 1972 mediante ley 19.865- que en su artículo 53 establece que una norma imperativa de

derecho internacional será una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo podrá ser modificada por otra ulterior que tenga el mismo carácter. Asimismo, en el ámbito regional la Organización de Estados Americanos -de la que la República Argentina es miembro desde el año 1956- reconoció expresamente al *ius cogens* al explicitar la existencia de obligaciones emanadas de otras fuentes del derecho internacional distintas de los tratados en sus artículos 43, 53 y 64.-

Así, conforme lo expuesto es posible sostener que el *ius cogens* cumple para la Comunidad Internacional la misma función de parámetro de validez y vigencia que cumple una Constitución para un Estado (Cfr. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución y derechos humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 44).-

Ahora bien, en el seno del *ius cogens* se hallan incluidos los delitos de lesa humanidad. Nuestro más Alto Tribunal así lo ha reconocido en 1995 en el caso "Priebke, Erich" (Fallos 318:2148, considerando 32 del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor), delineando con precisión dicha inclusión en "Arancibia Clavel, Enrique L." (Fallos 327:3294, considerando 33 del voto del doctor Maqueda) al establecer "*...el ius cogens también se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra*

Poder Judicial de la Nación

la humanidad...”.-

Los delitos de lesa humanidad en el derecho penal internacional convencional.-

Tratándose del derecho penal internacional convencional, la comunidad internacional realizó múltiples esfuerzos para delimitar con precisión qué son los delitos de lesa humanidad, esfuerzos que culminaron en la definición que proporciona de tales injustos el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.-

Sin perjuicio de lo considerado, no puede pasarse por alto que la evolución del concepto de estos delitos, estuvo jalonada por importantes hitos tales como el Estatuto de Nüremberg de 1945, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 -que introduce la posibilidad de que las acciones tipificadas como delitos de lesa humanidad sean calificadas como tales independientemente de que su perpetración se concrete en tiempo de paz o de guerra-, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968 -que si bien toma el concepto de crimen de lesa humanidad del Estatuto de Nüremberg, lo desanuda definitivamente de la guerra- y, más recientemente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 1993 y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994.-

Sin embargo, es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -sancionado en el año 1998, con vigencia desde el 01 de julio de 2002- el instrumento que brinda la definición final en el camino evolutivo esbozado en su artículo 7. La CSJN en el caso “Derecho, René J.”, ha examinado los

elementos y requisitos que autorizan a encuadrar a una conducta como delito de lesa humanidad en el marco del mencionado artículo 7 del Estatuto de Roma.-

En este sentido ha establecido que los elementos son: *"...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"*.

A su vez, en el mencionado fallo se ha señalado que los requisitos que tipifican a una conducta como delito de lesa humanidad son: *"... que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez -y esto es lo central- sea generalizado o sistemático. Este requisito recibió un tratamiento jurisprudencial en el fallo Prosecutor v. Tadic, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997. Allí se explicó (apartados 647 y ss.) que la inclusión de los requisitos de generalidad o sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad... Los requisitos -sobre los que hay un consenso generalizado de que no es necesario que se den acumulativamente, sino que cada uno de ellos es*

Poder Judicial de la Nación

suficiente por sí solo- fueron también definidos por el Tribunal Internacional para Ruanda del siguiente modo: 'El concepto 'generalizado' puede ser definido como masivo, frecuente, de acción a gran escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigido a una multiplicidad de víctimas. El concepto 'sistemático' puede ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales.' (The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, case N ICTR-96-4-T)...Por otra parte, el ataque debe haber sido llevado a cabo de conformidad con la política de un estado o de una organización... Este requisito tiene también un desarrollo de más de 50 años. En efecto, como señala Badar (op. cit., p. 112), si bien el estatuto del Tribunal de Nüremberg no contenía una descripción de esta estipulación, es en las sentencias de estos tribunales donde se comienza a hablar de la existencia de 'políticas de terror' y de 'políticas de persecución, represión y asesinato de civiles'. Posteriormente, fueron distintos tribunales nacionales (como los tribunales franceses al resolver los casos Barbie y Touvier y las cortes holandesas en el caso Menten) las que avanzaron en las definiciones del elemento, especialmente en lo relativo a que los crímenes particulares formen parte de un sistema basado en el terror o estén vinculados a una política dirigida en contra de grupos particulares de personas...Un aspecto que podría ser especialmente relevante en el caso en examen radica en que se ha establecido, con especial claridad en el fallo Prosecutor v. Tadic, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997, que la política de persecución no necesariamente tiene que ser la del estado. Pero aun cuando la fuerza que impulsa la política de terror y/o persecución no sea la de un gobierno,

debe verificarse el requisito de que al menos debe provenir de un grupo que tenga control sobre un territorio o pueda moverse libremente en él (fallo citado, apartado 654)".-

Realizadas las precisiones precedentes, este Tribunal analizará la concreta recepción de los delitos de lesa humanidad en nuestro derecho.-

La recepción de los delitos de lesa humanidad como ordenamiento penal internacional consuetudinario (*ius cogens*) en el derecho interno

La Constitución histórica de 1853-1860 en su artículo 102 (actual artículo 118) dispone “*Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio*”.

Pues bien, mediante esta norma la Constitución recepta al derecho de gentes, pero, como Requejo Pagés afirma, lo hace en razón de la aplicabilidad pero no de la validez. Y la consecuencia de esta operación es que la pauta de validez del derecho de gentes se encuentra fuera del sistema constitucional autóctono; no depende de los órganos internos de producción del derecho que simplemente deben limitarse a examinar la actualidad de dicho ordenamiento foráneo y aplicarlo en situaciones concretas (Cfr. Gil Domínguez, Andrés, ob. cit., p. 48-49).

Sin embargo, además de la referencia constitucional expuesta en el

Poder Judicial de la Nación

derecho interno también existen otras alusiones al derecho internacional consuetudinario, entre las que resulta importante resaltar la mención existente en el artículo 21 de la ley 48 de 1863 que al enunciar las normas que deben aplicar los jueces y tribunales federales cita separadamente a los "tratados internacionales" y a los "principios del derecho de gentes", remitiendo con esta última expresión al derecho internacional consuetudinario.(Cfr. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 2000, Tomo IA, p. 310).-

En el mismo sentido, en la causa "Mazzeo, Julio L. y otros", la Corte dijo que: "...la especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853 derivada en este segmento del Proyecto de Gorostiaga no puede asimilarse a una mera remisión a un sistema codificado de leyes con sus correspondientes sanciones, pues ello importaría trasladar ponderaciones y métodos de interpretación propios del derecho interno que son inaplicables a un sistema internacional de protección de derechos humanos..." (Considerando 15), y es aún más contundente la Corte de la Nación al establecer en el considerando 15 que: "... la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio o independiente del consentimiento expreso de las Naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa (in re: "Arancibia Clavel" -Fallos: 327:3312-

considerandos 28 y 29 de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco; 25 a 35 del juez Maqueda y considerando 19 del juez Lorenzetti en "Simón").-

La recepción de los delitos de lesa humanidad como ordenamiento penal internacional convencional en el derecho interno

En el curso de la década de 1960 la República Argentina ya se había manifestado en el ámbito del derecho internacional convencional en forma indubitable respecto de la necesidad de juzgamiento y sanción del delito de genocidio, de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Ello por cuanto el 28 de octubre de 1945 ratificó la Carta de Naciones Unidas, con lo que reveló en forma concluyente que compartía el interés de la Comunidad Internacional en el juzgamiento y sanción de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Así convino la creación del Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, acuerdo que fuera firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 junto con el Estatuto anexo al mismo (Tribunal y Estatuto de Nüremberg).-

Asimismo, el 9 de abril de 1956, mediante decreto ley 6286/56 la República Argentina ratificó la "Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio" aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 09 de diciembre de 1948.-

Por último el 18 de setiembre de 1956 nuestro país ratificó los Convenios de Ginebra I, II, III y IV aprobados el 12 de agosto de 1949 que consagran disposiciones básicas aplicables a todo conflicto armado, sea éste de carácter internacional o interno.-

En consecuencia, atento a lo considerado precedentemente, este

Poder Judicial de la Nación

Tribunal se encuentra en condiciones de sostener con toda certidumbre que a la fecha de la comisión de los ilícitos materia de autos existía un ordenamiento normativo imperativo, que reprimía los delitos de lesa humanidad.-

Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

Los delitos de lesa humanidad tienen un alcance que excede al de otras instituciones de derecho interno e internacional, al extremo que cada uno de sus ámbitos de validez permiten derivar notas características: 1) del ámbito material, se deriva la inderogabilidad y la inamnestiabilidad; 2) del ámbito personal, se deriva la responsabilidad individual; 3) del ámbito temporal, se deriva la imprescriptibilidad y la retroactividad y 4) del ámbito espacial se deriva la jurisdicción universal (Cfr. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución y derechos humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*, Ediar, Bs. As, 2004, p. 46).-

En particular en la presente causa reviste especial relevancia considerar a la notas características del punto 3).-

Así, respecto de la retroactividad de los delitos de lesa humanidad cabe reiterar que la República Argentina al tiempo en el que tuvieron lugar los hechos objeto de esta causa ya había manifestado su voluntad indubitable de reconocer a los delitos de lesa humanidad como categoría del ordenamiento penal internacional consuetudinario y convencional incorporada a su derecho interno, conforme lo considerado precedentemente. Con lo que independientemente de aquella aseveración doctrinaria, no se hará aplicación retroactiva de normas internacionales salvo que fueren para hacer más benigna la situación del imputado.-

En cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no puede desconocerse que los mencionados excepcionan al principio general de caducidad de la acción penal por el paso del tiempo de nuestro derecho interno. A este respecto la Corte en "Arancibia Clavel, Enrique L." (Fallos 327:3294, considerandos 33 del voto del doctor Maqueda) estableció que *"...los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los estados. La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional...La aceptación por la comunidad internacional de los crímenes de lesa humanidad no extirpa el derecho penal nacional aunque impone ciertos límites a la actividad de los órganos gubernamentales que no pueden dejar impunes tales delitos que afectan a todo el género humano. Desde esta perspectiva, las decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que deben disponer los ciudadanos para obtener el castigo de tal tipo de delitos no resultan aceptables. De allí surge la consagración mediante la mencionada Convención sobre la*

Poder Judicial de la Nación

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad de un mecanismo excepcional (pero al mismo tiempo imprescindible) para que esos remedios contra los delitos aberrantes se mantengan como realmente efectivos, a punto tal que la misma convención dispone en su art. 1 que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido".-

Conviene subrayar, sin embargo, que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el derecho interno no se encuentra fuera de la garantía de la ley penal sino que, por el contrario, forma parte de ésta. Ello se comprueba si se repara en que el artículo 18 constitucional nació junto con el 118 (ex artículo 102). En otras palabras, desde los albores de nuestra normatividad constitucional la garantía de la ley penal previa al hecho del proceso estuvo complementada por los principios del derecho de gentes. Así, ya en el sistema normativo diseñado por el constituyente histórico el *nulla poena sine lege* tiene un ámbito de aplicación general que se complementa con taxativas excepciones que también persiguen la salvaguarda de principios fundamentales para la humanidad. Ambas garantías se integran entonces en la búsqueda de la protección del más débil frente al más fuerte, por eso la prohibición general de la irretroactividad penal que tiene por objeto impedir que el Estado establezca discrecionalmente en cualquier momento la punibilidad de una conducta; por eso la prohibición de que el mero paso del tiempo otorgue un marco de impunidad a las personas que usufructuando el aparato estatal y ejerciendo un abuso de derecho público cometieron crímenes atroces que repugnan a toda la humanidad.-

USO OFICIAL

El deber de punición del Estado Argentino

La reforma constitucional de 1994 al otorgarles jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos ha desarrollado una política constitucional de universalización de los derechos humanos que acepta sin cortapisas la responsabilidad del Estado argentino frente a graves violaciones a los derechos humanos.-

En el sentido apuntado en el fallo de la C.S.J.N. "Arancibia Clavel, Enrique L." se ha sostenido "*...la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras en el sentido de aceptar la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Correlativamente la negativa a la prosecución de las acciones penales contra los crímenes de lesa humanidad importa, de modo evidente, un apartamiento a esos principios e implica salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas especialmente desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas.*" (Del considerando 63 del voto del doctor Maqueda).-

Precisando los efectos de la ratificación por un Estado de una norma del derecho internacional convencional, en específica referencia a la función jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "*es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella,*

Poder Judicial de la Nación

lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, párrafo. 124)". (C.S.J.N., "Mazzeo, Julio L. y otros, considerando 21")

En la materia *sub examine* es importante además tener en cuenta que a la hora de analizar el alcance concreto de la responsabilidad del Estado argentino frente a violaciones graves a los derechos humanos en el sistema regional de protección de los derechos humanos tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

Desarrollando lo que ya había establecido en el caso "Arancibia Clavel, Enrique L.", en el caso "Simón, Julio Héctor y otros", Fallos 328:2056, considerandos 18 y 19, la C.S.J.N. ha señalado "...ya en su primer caso de competencia contenciosa, 'Velázquez Rodríguez', la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual, 'en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida

por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención'. Si bien el fallo citado reconoció con claridad el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras de ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones concretas de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos".-

En tal sentido en el fallo que se examina en el considerando 65 del voto del doctor Maqueda se establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos "...ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25 en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a

Poder Judicial de la Nación

garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido. En particular ha impuesto las siguientes obligaciones: a. El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto (Barrios Altos, Serie C N 451, del 14 de marzo de 2001, considerando 48, y Velásquez Rodríguez, 29 de julio de 1988, considerandos 50 a 81); b. Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (Loayza Tamayo, Serie C N 33, del 17 de septiembre de 1997, considerando 57 y Castillo Páez, del 27 de noviembre de 1988, considerando 106); c. La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (Blake, del 22 de noviembre de 1999, considerando 61); d. La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Loayza Tamayo, Serie C N 42, del 27 de noviembre de 1998, considerando 171, Blake, considerando 65, Suárez Rosero, Serie C N 35, del 12 de noviembre de 1997, considerando 80, Durand y Ugarte, Serie C N 68, del 16 de agosto de 2000, considerando 143); e. La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones (Suárez Rosero, parr. 79; Villagrán Morales, Serie C N 63, del 19 de noviembre de 1999, considerando 225, Velásquez, párr. 176); f. La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las

víctimas y de sus familiares para que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades (Blake, párr. 97, Suárez Rosero, considerando 107, Durand y Ugarte, considerando 130, Paniagua Morales, del 8 de marzo de 1998, considerando 94, Barrios Altos, párr. 42, 43, y 48)."-

Que este Tribunal entiende que la investigación, persecución y sanción de los delitos de lesa humanidad resultan cruciales para robustecer el estado democrático de derecho, uno de cuyos bastiones es la lucha contra la impunidad; impunidad que puede ser definida como "*...la imposibilidad de investigar, individualizar y sancionar, a los presuntos responsables de graves violaciones de los derechos humanos, en forma plena y efectiva.*" (Cfr. Wlasic. Juan C., *Manual crítico de los derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 132), o como "*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.*" (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Castillo Páez, Serie C N° 43, párrafos 106 y 107 y Loayza Tamayo, Serie C N° 42, párrafos 169 y 170 del 27 de noviembre de 1998; Informe Anual, 2001, párr. 123).-

8.2.11. CONDUCTAS GENOCIDAS NO TIPIFICADAS

La cuestión que ahora se abordará tiene por objeto examinar si los delitos perpetrados en perjuicio de la víctima como integrante del colectivo "grupo político" resultan subsumibles en el delito de genocidio.-

El delito de genocidio es regulado en el derecho penal internacional por la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito de

Poder Judicial de la Nación

Genocidio (en adelante CONUG), aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Este instrumento internacional ha sido ratificado por la República Argentina por el decreto-ley 6286/56 promulgado el 9 de abril de 1956 y se ha incorporado al ordenamiento jurídico argentino con jerarquía constitucional al ser incluido en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución por la reforma constitucional de 1994.-

El artículo 2 de la Convención define cuales son las conductas que considera comprendidas por la figura de Genocidio: *"En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo"*.

La definición de la CONUG ha recibido múltiples críticas por parte de los juristas expertos en genocidio que entienden que resulta excesivamente exclusivista y estrecha por, entre otras circunstancias, proteger a un escaso número de grupos. Se afirma que resulta preocupante, en particular, la exclusión de los grupos políticos.

Un examen del concepto de genocidio en el contexto de surgimiento de la definición de la CONUG permite advertir que aún cuando esta no incluye entre los grupos protegidos a los grupos políticos, originalmente se había previsto su inclusión. Así, un par de años antes del nacimiento del citado instrumento internacional Naciones Unidas en la resolución 96 (I) por la que se convocaba a los Estados miembros a reunirse para definir un

nuevo tipo penal como consecuencia directa de los asesinatos llevados a cabo por el nazismo se establece: *"el genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas. Muchos crímenes de genocidio han ocurrido al ser destruidos completamente o en parte grupos raciales, religiosos, políticos y otros. El castigo del crimen de genocidio es cuestión de preocupación internacional"*.

Tal como se constata, en la resolución de Naciones Unidas los grupos políticos se encontraban presentes y, lo que resulta más importante, en el marco de una enumeración de carácter enunciativo y no taxativo que hacía que la tipificación del delito de genocidio que proponía no fincara en la identidad de la víctima. No obstante, ya el jurista Rafhael Lemkin (autor del neologismo "genocidio") en ocasión de elaborarse el primer proyecto de Convención había manifestado sus dudas en torno de la inclusión de los grupos políticos por entender que estos "carecen de la persistencia, firmeza o permanencia que otros grupos ofrecen", dudas que se reforzaron frente a la posibilidad de que la inclusión del colectivo considerado pudiera poner en riesgo la aceptación de la Convención por parte de muchos Estados que no querrían implicar a la comunidad internacional en sus luchas políticas internas. En este marco es que el primer proyecto de Convención dispone en su artículo 2: *"En esta Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos deliberados siguientes, cometidos con el propósito de destruir*

Poder Judicial de la Nación

un grupo nacional, racial, religioso o político, por motivos fundados en el origen racial o nacional, en las creencias religiosas o en las opiniones políticas de sus miembros: 1) matando a los miembros del grupo; 2) perjudicando la integridad física de los miembros del grupo; 3) infligiendo a los miembros del grupo medidas o condiciones de vida dirigidas a ocasionar la muerte; 4) imponiendo medidas tendientes a prevenir los nacimientos dentro del grupo". Según se observa, esta definición si bien incluye a los grupos políticos resulta más limitativa que la contenida en la resolución 96 (I) de Naciones Unidas ya que restringe el número de grupos protegidos: son solo cuatro casos que, asimismo, revelan una tipificación que se sustenta en la identidad de la víctima. Finalmente, luego del desarrollo reseñado es que se llega a la definición de la CONUG que no incluye a los grupos políticos e incluye como un elemento tipificador a características personales de las víctimas -su pertenencia a determinado colectivo- (Cfr. Feierstein, Daniel, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, p. 37-42).

De otra parte, resulta pertinente advertir que, tal como algunos especialistas han señalado, la exclusión de los grupos políticos del universo de grupos protegidos por la CONUG constituye mucho más que un mero defecto de técnica legislativa, por cuanto conduce a un tipo penal de contenido posiblemente desigualitario en la medida en que la misma práctica, desarrollada con la misma sistematicidad y horror, solo se identifica como genocidio si las víctimas tienen determinadas características en común (constituir un grupo étnico, nacional, racial o religioso), pero no otras (constituir, por caso, un grupo político). Por lo demás, resulta criticable la construcción de un tipo penal que en su forma

básica se sustenta no en la definición de una práctica, sino en las características de la víctima (Cfr. Feierstein, Daniel, ob. cit., p. 42-47).

Por último, debe tenerse en cuenta que al margen de la definición jurídica de genocidio que establece la CONUG, las definiciones no jurídicas de genocidio desarrolladas en el ámbito de la historia, la filosofía, la sociología y la ciencia política en general tienden a resultar más comprensivas continuando la propia línea de Lemkin, para quien la esencia del genocidio era la denegación del derecho a existir de grupos humanos enteros, en el mismo sentido en que el homicidio es denegarle a un individuo su derecho a vivir. (Cfr. Bjørnlund, Matthias, Markusen, Eric, Mennecke, Martin, "¿Qué es el genocidio? En la búsqueda de un denominador común entre las definiciones jurídicas y no jurídicas" en Feierstein, Daniel (Comp.), *Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad*, Eduntref, Argentina, 2005, p. 23-26).

Sin embargo, más allá de que un examen del contexto de surgimiento de la definición de genocidio de la CONUG revele que inicialmente no se había previsto excluir de sus alcances a los grupos políticos; que resulte plausible considerar que tiene escaso sustento técnico-jurídico la exclusión de los grupos políticos de los grupos protegidos por la CONUG y, finalmente, que se constate la circunstancia de que las definiciones no jurídicas tienden a incluir a los grupos políticos en la definición de genocidio, este Tribunal entiende que el delito perpetrado contra la víctima como integrante del colectivo "grupo político" constituyendo crimen de lesa humanidad, no se subsume en el tipo del derecho penal internacional delito de genocidio, al menos en su formulación actual en la CONUG.

Arriba el Tribunal a esta conclusión por considerar que:

1) No puede afirmarse categóricamente que el delito de genocidio en

Poder Judicial de la Nación

un alcance que resulte comprensivo de los grupos políticos se encuentre previsto en el *ius cogens* con anterioridad al surgimiento de la CONUG (como lo entiende, por ejemplo, Beth Van Schaack al afirmar que el aniquilamiento sistemático de poblaciones se encuentra incorporado al derecho consuetudinario internacional -Cfr. Feierstein, Daniel, ob. cit., p. 54-55-) por cuanto la definición de genocidio es una construcción eminentemente moderna surgida en el plano académico solo a comienzos del siglo XX, a propósito del aniquilamiento de la población Armenia llevada a cabo por el Estado Itthadista turco - Cfr. Feierstein, Daniel, ob. cit., p. 31-32- y que solo se incorpora al derecho penal internacional con la CONUG en el contexto del espanto provocado por los crímenes cometidos por el nacionalsocialismo alemán.-

2) La jurisprudencia internacional -en particular se hace referencia a la desarrollada a partir del establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia "TPIY", el Tribunal Penal Internacional para Ruanda "TPIR" y la Corte Penal Internacional "CPI" cuyos estatutos se sujetan a la definición de genocidio de la CONUG- no ha dado concluyentes signos de encaminarse a la inclusión de los grupos políticos entre los grupos protegidos por el delito de genocidio de la CONUG. En el caso del TPIR, si bien en su primer fallo, en la causa Akayesu, consideró que la CONUG protegía a cualquier "grupo estable y permanente" -excluyendo a los grupos móviles, los que se forman por compromisos voluntarios, como los políticos o económicos- en fallos posteriores -causas Kayishema y Semanza- retrocedió para considerar como contemplados por la CONUG a los cuatro grupos previstos por su artículo 2, más allá de que haya establecido criterios flexibles de adscripción a los mismos al sostener que la configuración de los grupos puede resultar de la autopercepción de las

víctimas, la percepción de los perpetradores y que, en todo caso, la circunstancia evaluada debe ser considerada contemplando las particularidades sociales e históricas de cada caso. Tratándose del TPIY, en sus causas ha seguido un criterio semejante al del TPIR aunque en la causa Jelisic la Sala de Primera Instancia ha confirmado que la definición jurídica de genocidio deliberadamente "excluye a los miembros de grupos políticos" (Cfr. Bjørnlund, Matthias, Markusen, Eric, Mennecke, Martin, ob. cit., p. 34-38; O'Donnell, Daniel, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano", Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2012, p. 119/120; puede consultarse también en Revista digital de la Asociación de Pensamiento Penal, en del 04/11/2013).-

3) A pesar de que la definición de la CONUG ha sido duramente criticada desde su nacimiento, los Estados han tendido a aceptarla ampliamente; como en la causa Jelisic los jueces del TPIY han afirmado: "*...la Convención se convirtió en uno de los instrumentos más aceptados con relación a los derechos humanos*" (Cfr. Bjørnlund, Matthias, Markusen, Eric, Mennecke, Martin, ob. cit., p. 18 y Wlasic, Juan C., *Manual crítico de derechos humanos*, La ley, Buenos Aires, 2006, p. 62).-

4) La exclusión de los grupos políticos del alcance de la CONUG en la letra de su definición de genocidio. No se trata de un compromiso fetichista con la mencionada definición, se trata de la circunstancia de que incluir en su ámbito los grupos políticos no se compadece con los estrechos límites que marca la tipicidad en el proceso penal (Cfr. Bjørnlund, Matthias, Markusen, Eric, Mennecke, Martin, ob. cit., p. 23 y 36).-

Adicionalmente, este Tribunal entiende que tampoco los delitos perpetrados contra la víctima pueden subsumirse en el tipo del derecho

Poder Judicial de la Nación

penal internacional delito de genocidio considerando a la víctima como integrante de un grupo nacional, por entender que ello implicaría asignarle a tal colectivo una significación que no es la que recoge el derecho internacional y, en tal inteligencia, la CONUG. El derecho internacional con la expresión "grupo nacional" siempre refiere a conjuntos de personas ligadas por un pasado, un presente y un porvenir comunes, por un universo cultural común que inmediatamente remite a la idea de nación. El significado explicitado, a su vez, se asocia con la preocupación de la comunidad internacional por brindar protección a las minorías nacionales en el contexto de surgimiento de Estados plurinacionales al término de la Segunda Guerra Mundial. Pues bien, resulta difícil sostener que la República Argentina configure un Estado plurinacional que en la época en la que tuvieron lugar los hechos objeto de esta causa cobijara, al menos, dos nacionalidades, la de los golpistas y la de los perseguidos por el gobierno de facto de modo tal de poder entender a las atrocidades de las que han sido las víctimas como acciones cometidas por el Estado -bajo control de un grupo nacional- contra otro grupo nacional.-

Asimismo, este Tribunal considera que por la significación que para el derecho internacional tiene la expresión "grupo nacional" tampoco resulta posible incluir a toda la nación argentina como integrante de un grupo nacional comprendiendo a los delitos cometidos contra las víctimas como acciones cometidas contra unos integrantes de un grupo nacional por otros integrantes del mismo.-

Quizás debiera optarse, desde el punto de vista estrictamente teórico y siguiendo a Vezzetti (Vezzetti, Hugo, *Pasado y presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002), por la noción "masacre represiva" por sobre la más difundida de "genocidio",

ya que el empleo de esta última ha excedido la calificación jurídica para ser empleada tanto en la descripción de los efectos del terrorismo de Estado como en la de los efectos de pobreza, precarización y exclusión social de determinadas políticas económicas. A diferencia de lo que implica la definición estricta de genocidio, que supone que “la víctima es elegida sólo por lo que es sin ninguna posibilidad de elegir o actuar para evitar su destino: no hay profesión de fe, compromiso con el enemigo o incluso colaboración con sus verdugos que pueda ahorrarles la muerte”, entendemos que la “lucha antisubversiva” fue una “masacre represiva” porque fue el producto de una decisión política, llevada adelante por motivos políticos, y dirigida contra las víctimas por lo que hacían o pensaban (o por lo que se creía que pensaban y lo que se temía que pudieran hacer) (cita de Canelo, Paula, *El Proceso en su Laberinto. La interna militar de Videla a Bignone*, Prometeo Libros, 2008, Buenos Aires, Argentina, p. 42).-

Este Tribunal reconoce que el grado de reproche de los delitos cometidos contra la víctima es el mismo que el que merecen las acciones que tipifican el delito internacional de genocidio previsto por la CONUG y en este sentido configuran prácticas genocidas y, asimismo, que sus autores mediatos son claramente *genocidas* en el marco de una definición no jurídica del genocidio pero, por las consideraciones *ut supra* expuestas, entiende que la víctima no puede incluirse en ninguno de los grupos que tipifican la figura. Todo ello sin perjuicio de considerar que sería altamente recomendable que tuviera lugar una enmienda formal de la CONUG que incluya a los grupos políticos, el desarrollo de una jurisprudencia internacional que de modo concluyente decida su inclusión, la incorporación del delito de genocidio por una ley argentina que incluya a

Poder Judicial de la Nación

los grupos políticos reconociendo jurídicamente la especificidad de los politicidios y el reproche como genocidios que merecen o el desarrollo jurisprudencial en el orden local que explícitamente los incluya. Tales estrategias permitirían especialmente en Latinoamérica resignificar jurídicamente los delitos cometidos en el curso de sus dictaduras del último tercio del siglo XX en su alcance más justo.-

8.3. TERCERA CUESTIÓN

8.3.1. DETERMINACIÓN DE LA PENA APLICABLE

Definida la materialidad del evento, su calificación jurídica y su autoría culpable corresponde establecer la medida de la sanción que deberá imponerse al imputado teniendo en cuenta el marco punitivo que consagra el tipo penal del art.80 incisos 2, 6 y 7 del Código Penal según Ley 21. 338 –vigente al momento de los hechos-.

Conforme se expresó al resolver las cuestiones previas en estos fundamentos, no corresponde en el presente caso hacer lugar al planteo de la defensa respecto a la inconstitucionalidad del artículo 80 del Código Penal.-

La obligación del juez de fundar las penas en el sistema republicano, surge de la circunstancia de que ésta constituye la concreción del ejercicio más grave del poder punitivo del Estado.

Se trata pues, de que *“la decisión que individualiza la pena se realice siguiendo ciertas reglas que implican un deber de fundamentación explícita que permita el control crítico del proceso de decisión”* (Código

Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial- David Baigun, Eugenio R. Zaffaroni, Marco Terragni, T. II p. 59).-

Así, las pautas impuestas se relacionan unas, estrictamente con el hecho cometido y otras, con la persona y circunstancias en que actuó el autor y, específicamente, con su condición jefe de compañía del Batallón Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero; las primeras refieren a la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado, las segundas pueden distinguirse en circunstancias especiales del autor en el caso concreto que para nada importa diseñar pautas de peligrosidad a priori propias del derecho penal de autor .-

En esta causa se ha considerado como un hecho especialmente agravante para el imputado, la naturaleza de la acción delictual realizada, la juventud de la víctima, la condición de funcionario público que tenía a la fecha de los hechos, la magnitud y gravedad de los ilícitos como así también la naturaleza de las acciones que llevó a cabo, habiendo contado con la posibilidad exigible de comprender el disvalor de su conducta que lesionó gravemente los bienes jurídicos tutelados. Asimismo, la extensión del daño causado con su conducta -daño que persiste en los familiares directos de la víctima de esta causa Germán Francisco Cantos-, el nivel de educación y la marcada utilización del aparato del Estado para la comisión de los hechos que evidencian la labor sistemática funcional en el accionar del encartado.-

Una pauta decisiva para la valoración de la conducta como un elemento agravante de relevancia, es la elección de los medios utilizados para cometer el injusto. Al respecto la doctrina es uniforme al expresar que “... como regla general pueden decirse que agrava la penalidad la

Poder Judicial de la Nación

elección de un medio ofensivo que disminuye la posibilidad de defensa de la víctima o le causa un especial sufrimiento” (Conf. Fleming, Abel – Viñals, Pablo López, “Las Penas”, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 380).-

Así, se considera que en la especie el grado de reproche que necesariamente debe guardar relación con la entidad del injusto, debe ser mensurado respecto de Jorge Alberto D’Amico, en la pena de prisión perpetua, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor del delito de Privación ilegítima de la libertad (artículo 144 bis, inc. 1° -Ley 14.616- en función del art. 142 inc. 1° y 5° -Ley 20.642- del Código Penal), y partícipe necesario de los delitos de Tormento agravado (artículo 144 ter primer y segundo párrafo, Ley 14.616, del Código Penal) y Homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y por el fin de lograr impunidad (art. 80 inc. 2, 6 y 7 del Código Penal según Ley 21.338,) en perjuicio de Germán Francisco Cantos; todo en concurso real (Art. arts. 45, 55, 12, 19, 29 inciso 3° del Código Penal; arts. 530, 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal de la Nación),

Cabe destacar que con arreglo a la calificación legal que se propiciara para los hechos que se estiman acreditados (art. 80 inc. 2°, 6° y 7° del Código Penal vigente a la época de los hechos) y lo resuelto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación el 22/2/2005 en el caso “MENDEZ”, en el sentido que la diferencia entre la pena de reclusión y prisión, a los fines de la ejecución de la pena y según lo dispuesto por la ley 24.660, se encuentra virtualmente derogada, se sigue que en el caso que la respuesta penal es única: prisión perpetua, pena sobre cuya constitucionalidad se ha expedido la Cámara Undécima en lo Criminal de

Córdoba el 02/11/07, en la causa "BACHETTI, Sebastián Alejandro y otra p.s.a. Homicidio Calificado por el Vínculo"- Expte. Letra 8 N°135579-Año 2006.-

El homicidio calificado prevé la aplicación de una pena absoluta e indivisible, que no permite graduaciones: la prisión perpetua, que lleva inherente la inhabilitación absoluta por igual tiempo que el de la condena contenida en el art. 19 y demás accesorias legales previstas en el art. 12 del Código Penal. Debe tenerse presente en el caso de autos que el imputado es partícipe necesario de homicidio triplemente agravado. La sanción prevista aplica el principio constitucional de proporcionalidad entre la lesión producida por la conducta del autor y el castigo.-

Por ende, lo relevante para ponderar esa razonabilidad y proporcionalidad, radicará en la relación entre la magnitud de la pena con las características y gravedad de la infracción a la que se vincula, lo que habrá de establecerse en función del valor social del bien ofendido y del modo de ataque al mismo previsto en la figura penal respectiva.-

La culpabilidad, también funciona como fundamento de la determinación cuantitativa de la pena aplicable, cuyo contenido difiere de aquélla, en cuanto establece los criterios de la medición de la gravedad del reproche (principio de proporcionalidad). En otras palabras, la magnitud de la pena debe ser adecuada (proporcional) a la culpabilidad, lo que significa que se encuentra prohibido el exceso sobre la medida de la culpabilidad (prohibición de exceso).-

En el caso concreto no hay elemento alguno que permita inferir que la pena contenida en el art 80 del C.P. resulte desproporcionada al grado de culpabilidad establecido en los graves hechos que tuvieron al imputado como esencial colaborador (partícipe necesio).-

Poder Judicial de la Nación

Que al respecto, cuadra resaltar las consideraciones de Marcelo A. Sancinetti y Ferrante (Derecho Penal en la protección de los derechos humanos. Ed. Hammurabi 1999. pág. 459/63). “... A mi juicio, el fenómeno de la criminalidad gubernamental, ocurrido en la Argentina y otros países de su contexto, en desmedro de los derechos fundamentales, constituye la mejor prueba de que aquella explicación doctrinal del sentido de la pena es correcta y que no implica una concepción autoritaria del sentido del derecho penal. Si es que funcionarios estatales han recurrido en masa al secuestro, tortura y asesinatos por causas políticas, y, una vez restablecido el orden no se reacciona contra los responsables o se lo hace en una medida mendaz, queda reafirmado que lo que se ha hecho por entonces “estaba bien”: “secuestrar”, “torturar” y “matar”: es correcto...”.-

Señala de ese modo Sancinetti, que “... sólo es seguro que está en juego la medida en que la sociedad argentina cree, de verdad, en unos cuantos valores, entre los cuales, la dignidad del hombre, su libertad, su integridad corporal y moral y su vida, constituyen los más importantes. ...Estos son los valores comprometidos por la alternativa punibilidad-impunidad, ante el terrorismo de Estado” (Sancinetti, Marcelo, Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial. Lerner Editores Asociados, Bs.As. 1988, pp 10 y 11).-

Corresponde señalar lo oportunamente resuelto por el Dr. Enrique Santiago Petracchi al fallar el 5 de septiembre de 2006 en la causa Letra G, n° 560, Libro XL, caratulada “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa - causa n° 1573-”, cita textual que tomamos del dictamen del Dr. Eduardo Exequiel Casal en autos B., Sebastián Alejandro y otra s/ P.SS.AA. homicidio calificado por el vínculo -causa n° 57/10 B.327, L.XLVII, “...en su voto, este último magistrado recordó sobre la base

de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Alemán, que las condenas a encierro por tiempo indeterminado -incluidas las aplicadas a reincidentes o delincuentes habituales- son compatibles con la respectiva Convención Europea y con la Ley Fundamental de Alemania, sólo bajo la premisa que se asegure debidamente el control judicial periódico de las condiciones para la liberación y que haya existido un examen concreto de la situación del afectado...”.-

Así también, en autos "*Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa n° 1174-*" (expte. Letra M n° 1022, Libro XXXIX), al referirse a la figura del homicidio agravado cometido por mayores, se sostuvo *que "la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua".-*

En la misma línea de pensamiento el Tribunal considera que por tratarse de delitos de lesa humanidad, es razonable y justo que el reproche penal respecto a Jorge Alberto D'Amico sea establecido en la pena de prisión perpetua, en atención a las reglas del concurso real -art. 55 del C.P.-

8.3.2. MODALIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN

Que el Tribunal considera que al dictarse condena de privación de la libertad por delitos de lesa humanidad, cuando el condenado llega detenido al momento del fallo, resulta absolutamente razonable a los efectos de

Poder Judicial de la Nación

garantizar la ejecución de la pena aunque ésta no se encuentre firme, mantener el estado de detención hasta que la sentencia adquiriera firmeza. En esa ocasión el imputado pasará a ser penado o eventualmente podrá recuperar la libertad si se produce una revocatoria o modificación de la condena.

De allí entonces que se ha resuelto mantener la situación de detenido en unidad penitenciaria al condenado Jorge Alberto D'Amico.

Ello resulta de la aplicación de los criterios que surgen de los fallos de la Corte Suprema de Justicia “*Olivera Robere, Jorge*” -sentencia del 21/08/2013- y “*Vigo, Alberto Daniel*” -sentencia del 14/09/2010-, en cuanto al especial deber de cuidado que pesa sobre los Magistrados para neutralizar toda posibilidad de fuga en esta clase de procesos en el que se juzgan delitos calificados de lesa humanidad y las implicancias que ello tiene con relación a la posibilidad de sustraerse al proceso (art. 10 del C.P. y fallos de la C.S.J.N Olivera Rovere S/ recurso de Casación y Vigo, Alberto Gabriel S/causa 10.919, en materia de delitos de lesa humanidad).-

Todo ello en el marco de las obligaciones del Estado Argentino de investigación, reparación y sanción de los hechos constitutivos de delitos de lesa humanidad.

DERECHO A LA VERDAD

Este Tribunal, con distinta integración, concordantemente con lo manifestado en pronunciamientos anteriores (“**Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A – 36/12 y J – 18/12)**”, Expte.: A - 81/12,, considera que resulta necesario formular algunas apreciaciones en

torno al derecho a la verdad en la presente causa habida cuenta de su particular impacto social.-

Acerca de la especial dimensión del derecho a la verdad en autos como los presentes es necesario advertir que mientras que en los procesos penales comunes -especialmente en el derecho anglosajón, pero también en el derecho continental- la verdad jurídica puede ser entendida como un producto secundario en la medida en que el cometido principal es procurar pruebas que demuestren la culpabilidad o la inocencia de los acusados; en los procesos penales en los que se investigan violaciones a los derechos humanos que configuran crímenes internacionales la verdad jurídica constituye un hallazgo de jerarquía semejante a la atribución de responsabilidad penal a los imputados en el marco del respeto pleno de sus garantías constitucionales.-

Ello en razón de que la verdad jurídica tratándose de crímenes internacionales impacta con especial intensidad en las víctimas, sus familiares y la sociedad toda en tanto tiene íntimo compromiso con la construcción de una sociedad democrática y la vigencia plena del Estado de Derecho.-

Lamentablemente no se pudo a lo largo de la audiencia, responder a los familiares de Germán Francisco Cantos dónde está su cuerpo, lo que constituye una dolorosa realidad para aquéllos, pero también para toda la ciudadanía.-

Este Tribunal hace suyos los fundamentos vertidos en el fallo “Urteaga” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que: *"Esta necesidad de saber, de conocer el paradero de la víctima constituye un principio que aparece en toda comunidad moral (Emile Durkheim, "Las reglas del método sociológico", México, Premia Editora, 1987, ps. 36/37,*

Poder Judicial de la Nación

48 y sigtes.; Max Weber, "Economía y sociedad", México, Ed. del Fondo de Cultura Económica, 1996, ps. 33 y 330 y sigtes.). Cuestionar ese derecho implica negar que un sujeto posee una dignidad mayor que la materia. Y ello afecta, no sólo al deudo que reclama, sino a la sociedad civil, que debe sentirse disminuida ante la desaparición de alguno de sus miembros; 'una sociedad sana no puede permitir que un individuo que ha formado parte de su propia sustancia, en la que ha impreso su marca, se pierda para siempre (Robert Hertz, "La muerte", Alianza Editorial Mexicana, 1990, p. 91). Es por ello que toda comunidad moral permite y protege la posibilidad del duelo, ya que a través de él 'se recobran las fuerzas, se vuelve a esperar y vivir. Se sale del duelo, y se sale de él gracias al duelo mismo' (E. Durkheim, "Las formas elementales de la vida religiosa", Madrid, Alianza Editorial, 1993 p. 630)". (Fallo Urteaga Facundo c/Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, Fallos 321:2767, Considerando 7, voto del Dr. Bossert).

Este derecho a conocer el destino de las víctimas es una de las conquistas del humanismo ya que está estrictamente vinculado con la dignidad humana y su vulneración configuró en todos los tiempos la perpetración de una impiedad y nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres cercanos, lo que requiere el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias.

El esclarecimiento de los hechos es fundamental para satisfacer el derecho a la verdad sobre personas desaparecidas de modo tal que, aún sin poder saber donde está el cuerpo de la víctima, permite morigerar el dolor de la incertidumbre y abrir la posibilidad de un duelo, obrando la justicia de los hombres como un modo de reparación, que, aunque imperfecto, opera

como una sanación.-

Dentro de los derechos protegidos por la cláusula del art. 33 de nuestra Constitución Nacional se encuentra el derecho a conocer la verdad sobre personas desaparecidas. Este derecho lo titularizan quienes tienen vínculos jurídicos familiares. Sin embargo es un derecho que tiene una perspectiva colectiva porque concierne a la sociedad en su conjunto. Así lo sostiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que *"el derecho a la verdad sobre los hechos, como obligación del Estado no es sólo con los familiares de las víctimas sino también con la sociedad y ha sido diseñado como sistema de protección capaz de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables y tiene un fin no sólo reparador y de esclarecimiento sino también de prevención de futuras violaciones"* (Informe n° 25/98 casos 11.505, Chile, del 7 de abril de 1998, párr. 87 y 95 e Informe n° 136/99 caso 10.488 Ignacio Ellacuría y otros, El Salvador, del 22 de diciembre de 1999, párrs. 221 a 226" (Considerando 25 del voto del Dr. Boggiano en el Fallo "Simón, Julio Héctor y otros").

El derecho a la verdad ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el dictado de su primera sentencia donde sostuvo que *"El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance"* (Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/07/1988,

Poder Judicial de la Nación

párr. 181) Y fue sostenido posteriormente en otros pronunciamientos. (caso Bámaca Velásquez, del 25/11/00, caso Barrios Altos del 14 de Marzo de 2001, caso Las Palmeras del 6/12/01).-

Que frente a un pasado dictatorial un Estado de Derecho no debe aspirar a "superarlo", "elaborarlo" o a cualquier otra estrategia que se traduzca en la búsqueda de un proceso más bien técnico como si el pasado pudiera "dominarse", "solucionarse", "vencerse", "terminarse". Por el contrario, debe encaminarse a confrontarlo y en esa tarea la vigencia del derecho a la verdad cumple un rol protagónico. (Cfr. Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 105-110).-

VOTO DEL DR. MARIO MARCELO JUAREZ ALMARAZ

Que al momento de la deliberación llevada a cabo en los términos del art. 398 del C.P.P.N, se difirió la redacción de la sentencia y sus fundamentos conforme lo prevé el Art. 400 del Ídem.-

En fecha 4 de septiembre 2009, se dio la lectura a la parte dispositiva de la sentencia, correspondiendo en esta oportunidad el dictado de sus fundamentos.-

Que como cuestión de orden lógico y en cumplimiento con lo dispuesto por el art. 399 del C.P.P.N, se efectuará adhesión o valoración de las diversas cuestiones exigidas por la norma con relación a la enunciación del hecho, las circunstancias que hayan sido materia de acusación; la exposición de hecho y derecho en que se fundamenta y la calificación legal que en consecuencia corresponda.-

Para arribar a una conclusión en las cuestiones indicadas, el Tribunal hizo un análisis concreto de los hechos, valorando la prueba de manera racional, respetándose las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común.-

En definitiva, como en todo juicio criminal, merced al sistema acusatorio vigente en Argentina a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y por imperio de lo preceptuado en el artículo 398 del CPPN, la prueba será aquí apreciada conforme las reglas de la sana crítica.-

Ahora bien, estas reglas, en un caso como el que nos convoca en esta oportunidad, exigen valorar todo el corpus probatorio en conjunto y en forma armónica- como en cualquier otro caso- pero exige, además, considerar el contexto dentro del cual tuvieron materialidad los hechos, pues tiene la particularidad de referirse a hechos delictivos -delitos de lesa humanidad- que se hallan encastrados como piezas que conformaron un todo: el plan sistemático de represión ilegal ejecutado en Argentina en el período comprendido entre 1975 y 1983.-

En igual sentido a lo que vengo sosteniendo, en tiempos más recientes, se ha resuelto en la causa “Vesubio” -al decidir sobre hechos de similar característica a los aquí ventilados- que : *“...la clandestinidad procurada en todos los planos posibles provocaba una sólida cobertura de impunidad, habilitando entonces a los operadores del aparato organizado para la represión ilegal a disponer, no sólo de la libertad ambulatoria de las víctimas, sino también de su propia vida e identidad, circunstancia que en este último supuesto se tradujo en un creciente número de casos de desaparición forzada de personas, que luego, con el tiempo, se tradujeron en el hallazgo de numerosos cadáveres humanos en fosas comunes y como*

Poder Judicial de la Nación

NN, muchos de los cuales pudieron ser identificados con el esfuerzo judicial y del estimado aporte de los médicos y asistentes especializados en antropología forense. (...) En definitiva, todo lo expuesto generó cierta dosis de dificultad en las actividades de prueba que, de ordinario, se despliegan para la acreditación de este tipo de sucesos” (causa Nro. 1487-TOCF 4- caratulada —ZEOLITTI, Roberto Carlos y otros s/inf. art. 144 bis inciso -ley 20.642-Penall, dictada el 23 de septiembre de 2011).-

Así las cosas, cobran especial importancia los relatos de las víctimas sobrevivientes, hoy testigos- tanto las afectadas en forma directa por los hechos, como las que sin serlo han podido aportar datos merced a circunstancias como haber estado detenidas en el mismo lugar en aquella época, por ejemplo- pues la impresión que tan traumáticos hechos dejaron en sus sentidos, constituyen una de las pocas huellas que la mano del aparato represivo no pudo adulterar ni borrar. A su respecto se evaluó su concordancia en lo medular -teniendo siempre presente el tiempo transcurrido- y su correspondencia con las circunstancias que tenemos por probadas respecto al contexto y prácticas represivas habituales de la época.

-

La prueba indiciaria, que es siempre admisible y admitida en procesos criminales, reviste en estos casos una importancia inusitada, habida cuenta del ya mencionado tiempo transcurrido y de la deliberada práctica de borrar rastros que tenemos por probada, como hecho notorio.-

Así, por ejemplo, los indicios de tiempo y lugar, las funciones propias del imputado en aquel particular contexto, y otros indicios recogidos de las involuntarias y casi accidentales huellas que dejó la propia burocracia del aparato represivo, cobran valor fundamental cuando son puestas en contexto y vinculadas con los relatos recogidos en los

testimonios dados bajo juramento en el debate oral.-

Ahora bien conforme lo vertido en párrafo anterior corresponde efectuar adhesión o valoración de las cuestiones indicadas por el Art. 399 del C.P.P.N.-

I.- Marco Histórico y Lesa Humanidad:

Con relación al marco histórico de los presentes obrados, y a la valoración como delito de Lesa Humanidad de la causa objeto de tratamiento y que tuviera como víctima a German Francisco Cantos, me adhiero a las consideraciones vertidas por los señores jueces Dr. Juan Carlos Reynaga y Dr. Hugo Norberto Cataldi.-

II.- Genocidio:

La querrela y el Ministerio Publico Fiscal requirieron al momento de sus alegatos que la conducta de Jorge Alberto D Amico se encuadrara también en la figura de genocidio prevista en el art. 2º de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio aprobada por las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (el 9 de abril de 1956, Argentina ratificó el texto de la Convención y a partir de la reforma constitucional de 1994, adquirió rango constitucional debido a su expresa previsión en el art. 75 inc. 22, C.N.).-

Como es sabido, durante los trabajos preparatorios de la Convención, los grupos políticos se encontraban incluidos dentro de los sujetos pasivos susceptibles de ser alcanzados por las conductas catalogadas como genocidio.-

Poder Judicial de la Nación

Sin embargo, muchos de los Estados que avalaban la Convención expresaron que la inclusión de los grupos políticos podría poner en riesgo la aceptación de ésta por parte de gran cantidad de Estados, bajo la alegación de que la inclusión abriría las puertas para que la comunidad internacional se involucrara en sus luchas políticas internas. Finalmente, luego de arduas negociaciones y en particular por la oposición de la Unión Soviética, los grupos políticos fueron final y deliberadamente excluidos de la definición (cfr. Feirstein, Daniel; *El Genocidio como Práctica Social*; Fondo de Cultura Económica; Buenos Aires, 2007; pp. 37/49).-

Como bien lo señala Daniel Rafecas, al resolver el 25 de julio de 2008 respecto de la situación procesal de Jorge Rafael Videla en la causa nro. 14.216/03 caratulada “Suárez Mason Carlos y otros sobre privación ilegal de la libertad...I del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3” “....*existe cada vez mayor evidencia, a partir de las investigaciones históricas y judiciales, entre ellas las llevadas a cabo en el marco de esta misma causa relacionada con los hechos cometidos por el I Cuerpo de Ejército, que la dictadura militar que asumiera el 24 de marzo de 1976, liderada por Videla, en su afán de obtener lo que podríamos denominar la solución final a la cuestión subversiva, decidida de modo previo al golpe de Estado, llevó adelante una metodología de secuestro en centros clandestinos, de secuestros, torturas, asesinatos y desaparición forzada de personas, que se fue guiando eminentemente por consideraciones políticas a los efectos de determinar quiénes eran los destinatarios sobre los que hacer recaer el poder punitivo ilegal desplegado; la maquinaria de información de inteligencia, alimentada básicamente a partir de la tortura sistemática de los cautivos, que activaba las operaciones de los grupos de tareas, hoy sabemos que*

apuntaba a dismantelar los circuitos de militancia política y de sostenimiento económico de las organizaciones armadas, y de lo que los militares consideraban sus organizaciones de superficie, de cobertura, de encubrimiento o de apoyo material o discursivo: docentes, estudiantes, intelectuales, políticos, gremialistas y demás representantes de los trabajadores, abogados, religiosos, en fin, toda clase de reales o potenciales disidentes políticos”.-

Siguiendo el camino trazado por otras dictaduras militares de derecha de la región, encolumnadas bajo la Doctrina de la Seguridad Nacional que pretendía frenar la avanzada comunista en el continente americano tras la revolución cubana, la ideología dominante separaba de la comunidad occidental y cristiana bajo la égida del Ejército y de la Iglesia Católica a los que se consideraban extraños a la comunidad, básicamente los detentadores de ideologías contrarias a lo que desde el poder se consideraba el sano sentir argentino, especialmente las que comúnmente se identifican con el socialismo y el comunismo en sus distintas vertientes.-

Poco y nada tenía que ver en los motivos que llevaban al secuestro de una persona en aquel régimen, la condición de pertenencia a un grupo nacional, étnico o racial, así como tampoco religioso, por ejemplo, por que la víctima fuera judía.-

Nada hay que decir desde el punto de vista fáctico en punto a las consideraciones nacionales, étnicas o raciales, pues es evidente y ciertamente indiscutible la homogeneidad en tal sentido entre perpetradores y víctimas, o si se quiere entre desviados y no desviados según la particular lógica del modelo autoritario en estudio.-

Si hubo un móvil objetivo que guió la persecución de las víctimas, no fue por su portación de nacionalidad (argentina, o bien extranjera en

Poder Judicial de la Nación

cientos de casos), y menos, por pertenecer a una etnia en particular o por habersele asignado atributos raciales específicos (cfr. pp. 1490/1490; a su vez, para un exhaustivo análisis de los antecedentes y del concepto jurídico de genocidio, v. pp. 1494/1509).-

En atención a las consideraciones expuestas, que se comparten, en tanto ya desde el Plan Contribuyente se advierte que el grupo de sujetos a los que encontraría dirigido el accionar delictivo estatal estaría conformado por aquellos que fueran catalogados como oponentes políticos del régimen, es que corresponde, más allá de nuestra opinión acerca de la forma en que ha sido legislada la figura, desechar la pretensión de la parte acusadora consistente en subsumir la conducta de Jorge Alberto D`Amico en el tipo previsto en el art. 2º de la Convención.-

III.- Nulidades:

El nexo entre garantías penales y procesales, se manifiesta en la perfecta correspondencia entre garantismo y sustancialismo.-

Así y en atención al planteo nulificante, entiendo que deben ser resueltos en primer orden, dado que, del resultado de la resolución que se arribe, dependerá el tratamiento o no de las cuestiones relativas al hecho, la autoría, calificación legal, pena y costas.-

Nulidad del requerimiento de la querrela :

Este planteo fue diferido para la definitiva, y en atención a lo resuelto por el tribunal con fecha 15 de Mayo y en audiencia del 1 de agosto del corriente año, me remito a los fundamentos allí expuestos y en

mérito a que se determinó la materia de acusación y el objeto del proceso, la cuestión deviene en abstracta y voto por el rechazo del planteo de nulidad.-

Nulidad a los requerimientos de elevación de la causa a juicio del Ministerio Publico Fiscal y la Querella:

La defensa, al momento de formular sus alegatos insistió con el planteo nulificante, reeditando el anterior.-

En este sentido, entiendo que en los fundamentos dados en el incidente N° 401304/2007/TO1/2, por Resolución de fecha 15 de Mayo de 2014 (fs. 24/26 vta.), se hace estricta referencia al requerimiento de elevación a juicio y en los considerandos, se determinan los hechos objetos del proceso y por resolución del 1 de Agosto del corriente año se dijo la calificación legal en los presentes autos y se transcribió lo manifestado por el agente fiscal en el capítulo V del requerimiento de elevación de la causa a juicio de fs. 36/39 de autos. También se expresó que la pieza procesal de fs. 44/vta. solo refiere al contexto general de ocurrido los hechos y a la desaparición de Germán Francisco Cantos y que el objeto material del proceso de este debate y acusación fiscal lo es el capítulo V “participación criminal de los encartados y calificación legal de sus conductas”, ello es: Autor material de la privación ilegítima de la libertad, art. 144bis, inc 1° y 2°-Ley 14.616- en función del art. 142 inc. 1° y 5°-Ley 20.642-, imposición de torturas, art. 144 ter y como autor del delito de asociación ilícita agravada art. 210 y 210 bis, en perjuicio de German Cantos. Por los fundamentos dados en dichas resoluciones, el planteo defensivo debe ser rechazado por improcedente.-

Poder Judicial de la Nación

Nulidad de los alegatos formulados por la Querella y el Ministerio Publico Fiscal:

Se planteó la nulidad de los alegatos de la querella y la fiscalía, por considerarse que serían contradictorios y se afectaría el principio de congruencia.-

Que al momento de alegar se formuló la acusación del homicidio agravado, pero por mi parte entiendo que al no variar en mi decisión en el marco objeto del proceso que propicié en mi disidencia respecto de los tipos penales aplicables, sujeto al requerimiento de elevación de la causa a juicio que tuve como base de acusación y que se determina de la resolución del 15 de Mayo del 2014, considero que la nulidad no puede prosperar.-

En orden a la argumentación jurídica debemos señalar que la regla general es la estabilidad de los actos jurisdiccionales, en la medida que su manutención no conlleve la violación de las normas constitucionales. Ello por cuanto las nulidades son remedios de excepción que ceden frente al principio de conservación, fundado axiológicamente en la seguridad y la firmeza, de encumbrada significación en materia jurisdiccional.-

Nuestro ordenamiento procesal prevé la nulidad absoluta si los actos procesales cuestionados afectan o colisionan con las garantías fundamentales, entre ellas el debido proceso y la defensa en juicio y a esta altura no advierto violación concreta de los derechos del justiciable.-

No puede, quien aparece sindicado de cometer delito, ampararse en una simple disconformidad con la forma en como puedan acusar la querella y el Ministerio Publico Fiscal. No se advierte que se vulnere un principio constitucional, tampoco la defensa lo expresó y no corresponde pretender,

con un simple planteo, hacer tambalear toda una estructura jurídica que tiende a esclarecer los distintos hechos delictivos, y a resguardar el interés propio de una sociedad y más aún cuando el bien jurídico del que se trata tiene las características del que se abordó en este juicio -delitos de lesa humanidad-.

Asimismo, es necesario enfatizar que *“la nulidad se vincula íntimamente con la idea de defensa (art. 18, CN). Solo cuando surge algún vicio, defecto u omisión que haya privado a quien lo invoca ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión, se produce una indefensión configurativa de la nulidad. Si no media tal perjuicio, la invalidez del acto por nulidad queda descartada. Su procedencia está limitada -restringida- por el grado de afectación de esa garantía. Además debe existir interés respecto de quien la aduce; si se omite puntualizar las oposiciones de que se privó al ejercer la pretensión nulificante, deviene abstracto”*. (D´Albora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, Tomo II, VII ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, pag. 299.)-

En torno a estos principios enunciados, no se advierte perjuicio alguno al ejercicio concreto del derecho de defensa en juicio toda vez que la pretensión de la querrela de que se condene por el delito de genocidio no configura una violación a las reglas del debido proceso legal en tanto es el tribunal, por el principio *iura novit curia*, el que tiene que ponderar en el caso concreto el encuadre jurídico de las conductas probadas.-

Por los fundamentos en lo que aquí interesa y a las conclusiones arribadas por mis pares a las cuales adhiero, voto por el rechazo de la nulidad articulada.-

IV.- Planteo de Inconstitucionalidad:

Poder Judicial de la Nación

Si bien en mi voto en disidencia la pena, en base al hecho y calificación que propuse, no tiene contemplada la escala por la cual se plantea la inconstitucionalidad -prisión perpetua-, es menester dejar sentada mi posición al respecto en virtud de imponerse la mayoría. En este sentido me adhiero en lo que aquí interesa a los fundamentos expuestos por los vocales preopinantes para sostener la constitucionalidad y rechazar la pretensión de la defensa (inconstitucionalidad de la pena prevista en el art. 80 del C.P.).-

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, es decir; dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la ley fundamental, gozan de presunción de legitimidad permitiendo que operen plenamente, y que obliga ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (ver Fallos: 226:688, 242:73, 285:639, 300:241 y 1087, 314424).-

Ha dicho la CSJN que cabe agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que solo puede operar

cuando resto posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (Ver Llerena, Luis Horacio s/ abuso de armas y lesiones).-

Estudiando una vez más la pretensión de la defensa, y solo en lo que aquí interesa, con relación a la inconstitucionalidad del tipo penal del art. 80 del C.P; surge claro que tal pedido se concreta porque la Ley no satisface las aspiraciones de quien lo plantea. En tal sentido debo recordar que: *“la misión de los jueces no es fiscalizar el mérito, eficacia de las leyes o decretos, ni descalificar los medios elegidos por el legislador con el argumento de que hay otros mejores”* (Ver José Roberto Dromi - Curso de Derecho Administrativo- Pagina 110- Editorial Astrea).-

V.- Pedido de falso testimonio:

Adhiero a mis pares en lo referente a la pretensión de la defensa de remitir las actuaciones por falso testimonio de María Cristina Rodríguez Román de Fiad al juez de instrucción.-

En tal sentido, cabe agregar al respecto que se ha acuñado en la jurisprudencia nacional una doctrina coherente que puede resumirse en lo dicho por la CNCP en la causa “Simón” en cuanto que: *“por otra parte, la condición de víctimas de los testigos no implica que sus dichos per se puedan ser tachados de parcialidad. De la lectura de los testimonios volcados en la sentencia se advierte su concordancia, y si bien pueden advertirse algunas alteraciones, resultan razonables a tenor del tiempo transcurrido y de la perspectiva que han tenido distintas personas sobre los*

Poder Judicial de la Nación

hechos que les tocaron vivir. Lo contrario, esto es si hubiesen sido exactamente iguales, se habrían tornado sospechosas. Cabe aclarar que para arribar a un juicio de incriminación penal resulta necesario, de acuerdo con las reglas de la sana crítica establecidas en el artículo 398, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, evidenciar la responsabilidad del enjuiciado en el hecho que se le hubo imputado con pruebas indubitables, que ponderadas en conjunto, conduzcan de manera inequívoca a la conclusión -conf., esta Sala, in re: -Visillac, Oscar Hérrnan s/recurso de casación, causa n° 6927, Reg. N° 9044, rta. el 15 de junio de 2006-“ (causa 7758, caratulada Simón, Julio Héctor s/ recurso de casación).-

Asimismo, tiene dicho ese alto cuerpo que: “...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. Así se ha dicho que —este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia” (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. 48; y Herrera Ulloa v. Costa Rica sentencia del 2 de julio de 2004, parág 57)¶

(Cfr. causa N° 7896- Sala I- CFCP in re Etchecolatz, Miguel Osvaldo Roberto s/recursos de casación e inconstitucionalidad|| dada en mayo de 2007. En Igual sentido: causa N° 9822- sala IV- CFCP -Bussi, Antonio Domingo s/ recurso de casación, registro 13.073.4, del 12/03/2010; causa Nro. 11.076 -Sala IV-CFCP, caratulada- PLÁ, Carlos Esteban y otros s/recurso de casación|| del 02/05/2011, entre otros).-

VI.- Hecho, Autoría y Calificación legal:

Que al momento de la deliberación conforme las reglas previstas en el Art. 396 y cctes. del C.P.P.N., se tuvieron en cuenta la determinación del o los hechos, autoría y calificación legal.-

En ese orden de ideas se consideraron de manera coincidente los hechos de Privación Ilegítima de la Libertad y Tortura, por ello en lo que se refiere a la ponderación que efectúan los Dres. Juan Carlos Reynaga y Hugo Norberto Cataldi me adhiero en todo a la valoración de los hechos, autoría, responsabilidad y calificación legal a la que arriban los mismos y solo en lo pertinente a las consideraciones que efectúan al determinar la existencia de los hechos, autoría y responsabilidad, con relación a la privación ilegítima de la libertad y tormentos.-

A título de contribuir con una mayor fundamentación, recordemos que desde el dictado de la sentencia en la causa n° 13/84 ha quedado establecido que la ilegitimidad de este sistema, su apartamiento de las normas legales aún de excepción, surge no del apresamiento violento en sí mismo, sino del ocultamiento de la detención, del destino de las personas apresadas, y de su sometimiento a condiciones de cautiverio inadmisibles cualquiera fuera la razón que pudiera alegarse para ello. En confirmación

Poder Judicial de la Nación

de lo dicho, confluye toda, en la valoración hecha por mis pares en la privación ilegítima de la libertad y tortura que fuera objeto Francisco German Cantos.-

Quedó acreditado, que Jorge Alberto D'Amico ocultó y privó de toda posibilidad de que la familia de la víctima supiera la verdad de los acontecimientos, se valió del aparato represor para lograr esa finalidad, de lo que se desprende que el procesado deliberadamente ocultó lo que sucedía.-

Ello, no surge cuestionado y encuentra su razón de ser si partimos del testimonio de María de los Ángeles Petra Cantos, al decir, “...*con relación a las gestiones realizadas por la familia para dar con el paradero de su hermano sus padres lo primero que hicieron fue tomar contacto con Jorge Alberto D'Amico, porque les constaba que Germán Francisco dependía de él*”.-

Que, “...*al entrevistarse con D'Amico sus padres le explicaron que era impensable que su hermano hubiera salido del Batallón y no se hubiese dirigido a la casa familiar. Según sus padres se lo relataron, D'Amico, al ser requerido respecto de la ausencia de su hermano, se puso nervioso y no les dio ninguna respuesta*”.-

La versión de este testimonio no presenta ningún aspecto negativo en el relato de sus dichos, resultan totalmente creíbles con solo reparar en el legajo personal del procesado, allí se da cuenta que D'Amico, durante su desempeño en el Batallón Ingenieros de Combate 141 realizó viajes en comisión a la Zona de Operaciones del Operativo Independencia, San Miguel de Tucumán, el 26/12/75 -regresando de allí el 27/01/76-, el 10/03/76 -regresando de allí el 10/05/76- y el 01/08/77 -regresando de allí 02/09/77-.-

Ello quiere decir que el aquí condenado D'Amico conocía del acontecimiento histórico y que Germán Francisco Cantos dependía del Batallón de Ingenieros de Combate 141; que D'Amico era el responsable directo de la víctima al momento del secuestro por estar a cargo de la compañía en la cual prestaba el servicio militar la víctima y su vez quedo acreditado que se encontraba en el regimiento al momento de ser privado de la libertad.-

Tales circunstancias también surgen corroboradas por la declaración en el debate de Ramón José Eladio Iglesias, quien nos dijo que hizo el servicio militar en la Compañía de Comandos y Servicios del Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero, que vio a Germán Cantos en la esquina de la plaza donde estaba la compañía y ese día quedaron de acuerdo en salir juntos porque la víctima le dijo que tenía miedo, aunque no le expresó cuál era la causa de su temor. Agregó que congeniaron con Germán en encontrarse en el bar de la esquina del batallón, que allí lo esperarían.-

Lo hasta aquí narrando encuentra perfecta correlación y coherencia con el testimonio de Rafael Guido Garnica, quien dijo haber visto a la víctima mientras hacía el servicio militar en el Batallón de Ingenieros de Combate 141 de Santiago del Estero y fundamentalmente a que tanto como Iglesia, vio a la víctima en lo que respecta a tiempo, modo y lugar.-

La prueba descripta, nos lleva a concluir, sin esfuerzo, que el día del hecho Germán Francisco Cantos fue secuestrado por el justiciable, en el cuartel, que de los testimonios transcritos precedentemente, D'Amico, a pesar del conocimiento acabado y de su participación activa en el hecho, no dio respuesta a sus familiares, en plena conciencia en la ejecución del plan, en ejercicio pleno y libre de la voluntad en la ejecución del hecho, en tanto

Poder Judicial de la Nación

estaba a cargo de la compañía donde revista la víctima.-

Por otro lado resulta relevante lo dicho por María Cristina Rodríguez Román de Fiad, al decir: “...que Pereyra le aconsejó que no fuera a la Jefatura de Policía, que el turco Musa Azar manejaba toda la policía y que no anduviera sola, y le contó que hacía unos diez días había desaparecido un chico Cantos, que nadie sabía dónde estaba”; “...que cuando estaba yéndose, justo llegó el hijo de Pereyra, y al ser preguntado por su padre sobre el chico Cantos les contó que se llamaba Germán y que lo único que se sabía era que D’Amico lo había hecho desaparecer. Que al verlo en Arsenal, le preguntó si era Germán Cantos y si había sido secuestrado por D’Amico, y él le respondió “Ese hijo de puta”.-

Los dichos de los testigo referenciados a todas luces resultan corroborados por Osvaldo Humberto Pérez, al decir que Germán Cantos no le relató pormenorizadamente las circunstancias de su secuestro, que sólo le comentó que mientras estaba haciendo el servicio militar en Santiago del Estero había sido detenido.-

Se tiene dicho, que esta garantía de impunidad para los autores materiales de los procedimientos ilegales, a través del ocultamiento de prueba, de la omisión de denuncia y de la falsedad o reticencia en las informaciones dadas a los jueces, constituyó un presupuesto ineludible del método ordenado. Integró también la impunidad asegurada, la no interferencia de las autoridades encargadas de prevenir los delitos, la que también dependía operacionalmente del enjuiciado.-

En efecto, es de público y notorio que en la época de los hechos regía, y se estaba ejecutando, un plan sistemático que tenía como objetivo la eliminación de los opositores al régimen imperante, merced a una serie de procedimientos instituidos y replicados a lo largo y a lo ancho de todo el

país consistentes en: detenciones ilegales, interrogatorios bajo constricciones que iban desde apremios a torturas físicas y psicológicas, sometimiento a formas inhumanas de vida de las personas privadas de su libertad, o inclusive la desaparición forzada o eliminación en fraguados enfrentamientos o evasiones de los detenidos. Como quedó dicho ya desde el juicio a las cúpulas en el año 1985: *“En suma, puede afirmarse que los comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física”*.-

Más tarde, con la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos al amparo de este régimen de terror, se logró comprobar la sistematicidad de prácticas como la apropiación de bebés nacidos durante el cautiverio de sus madres -supresión de identidad mediante- como otro eslabón del macabro plan.-

No puede ignorarse, entonces, que parte fundamental del plan implementado consistía en diversas medidas tendientes a borrar los rastros del accionar que se sabía criminal, a fin de garantizar la impunidad de sus ideólogos y ejecutores.-

Obsérvese al respecto que la privación ilegítima de la libertad y tortura de Germán Francisco Cantos guarda una identidad descriptiva con otros sucesos ocurridos en distintas partes del territorio nacional que, a la

Poder Judicial de la Nación

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” 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.-

En el punto de los tormentos, es importante precisar la distinción con las severidades, que es una distinción principalmente de grado: se trata de una mortificación más intensa y por la presencia de dolor físico o moral. Podemos decir con Soler que, si bien el caso típico de torturas es el que implica someter a la víctima a padecimientos con el fin de obtener determinadas declaraciones, dado que la ley no realiza este distingo y en cambio sanciona el acto de imponer cualquier especie de tormento, admite la comisión del delito con independencia de todo propósito probatorio o procesal. En este caso, la calificación de tormento estará dada por la intensidad -con relación a las severidades, vejaciones y apremios- y por la presencia de dolor físico o moral. (Soler Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1988, Tomo IV, p.p. 52 a 55).-

En la magnitud del daño resulta significativo lo escrito por Jean Améry, el filósofo austríaco que fue torturado por la Gestapo y después deportado al campo de concentración de Auschwitz: *“quien ha sido torturado lo sigue estando (...). Quien ha sufrido el tormento no podrá ya encontrar lugar en el mundo, la maldición de la impotencia no se extingue jamás. La fe en la humanidad, tambaleante ya con la primera bofetada, demolida por la tortura luego, no se recupera jamás”*. La cita transcripta fue tomada del conocido libro “Los hundidos y los salvados” (1986) de

Primo Levi, también sobreviviente de los campos de concentración nazis.

La conducta de D'Amico es reprochable por una serie de mortificaciones y padecimientos que por su intensidad, contexto, y acumulación provocaron en la víctima dolor físico y moral que excedía ampliamente el provocado por la sola condición de privado de su libertad.-

Prueba acaba de ello, surge del propio legajo personal del procesado, donde se determina que durante su desempeño en el Batallón Ingenieros de Combate 141 realizó viajes en comisión a la Zona de Operaciones del Operativo Independencia, San Miguel de Tucumán, el 26/12/75 - regresando de allí el 27/01/76-, el 10/03/76 -regresando de allí el 10/05/76- y el 01/08/77 -regresando de allí 02/09/77-.-

Y todo esto fue perpetrado a la víctima en total aislamiento, con la indefensión absoluta de quien se ha visto privado de su libertad por la fuerza, sin orden legal alguna, sin que exista ninguna autoridad a la cual recurrir, en la incertidumbre total de quien no sabe por qué o hasta cuando seguirá retenido o cual será su destino, máxime cuando el contexto estaba dado por el plan criminal de represión ilegal y se iba conociendo sobre la desaparición de otras personas que habían estado en idénticas condiciones que las que, en ese momento, les tocaba atravesar.-

Así, al declarar en audiencia María Cristina Rodríguez Román de Fiad dijo que vio a Germán Francisco Cantos mientras permaneció cautiva, ello por cierto tampoco cambia la situación de detención de la víctima, pues se encontraba en igual estado de cautiverio que la declarante. Dijo de manera clara saber que era un perseguido político.-

En este hecho -torturas-, Osvaldo Humberto Pérez, dijo que estuvo secuestrado en el mencionado centro clandestino de detención desde las primeras horas del 1 de julio de 1976 hasta el 30 de junio de 1977. Allí

Poder Judicial de la Nación

pudo ver a Germán Francisco Cantos entre fines de agosto o comienzos de septiembre de 1976 y hasta el abril de 1977. Preciso que cuando lo vio por primera vez su estado físico era lamentable, que tenía signos evidentes de haber sido torturado -quemaduras, rastros de golpes, cortes- y que su ropa estaba hecha era piltrafa -recordó haberlo visto primero con unos calzoncillos o un short blanco y una camiseta, luego con la ropa de otros detenidos que habían sido fusilados-.-

Preciso que Germán Cantos no le relató pormenorizadamente las circunstancias de su secuestro, que sólo le dijo que mientras estaba haciendo el servicio militar en Santiago del Estero había sido detenido y torturado para sacarle información, que en el hecho habían participado personas de la SIDE de inteligencia de la Policía de Santiago del Estero y también del Ejército, y que luego lo habían llevado al Arsenal. Al respecto el testigo preciso que en el Arsenal pudo ver a muchos santiagueños que conocía, todos detenidos por personal de la SIDE de la Policía de Santiago del Estero y luego conducidos al Arsenal.-

A este respecto, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la persona privada ilegítimamente de su libertad o ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad (Cita al caso Maritza Urrutia, en “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Landa Arroyo, César (Compilador), Lima, Palestra Editores, 2005 . p. 1244).-

En tal contexto, resulta coherente la valoración conjunta de condiciones de detención y la sumatoria de mortificaciones, teniendo especialmente en cuenta el dolor físico o moral que se ve acrecentado en

las víctimas con la repetición, y sostenimiento en el tiempo de las condiciones gravosas de detención y los maltratos, incluso aquellos que en forma aislada y fuera de este contexto de incertidumbre e indefensión, no serían tan graves.-

Del propio contexto histórico y en el juicio “Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones (Acumuladas Expte. A- 36/12, J- 18/12 y 145/09, quedo descripto el centro clandestino.-

Allí así, entre otras consideraciones se estableció “...*el Arsenal es un predio militar de varios cientos de hectáreas ubicadas en las afueras de la ciudad de San Miguel de Tucumán, sobre Ruta Nacional 9, en el municipio de Las Talitas, Departamento Tafí Viejo. A la fecha de los hechos el predio se encontraba ocupado parcialmente, en su extremo sur, por la Compañía de Arsenales 5, dependiente de la Vº Brigada de Infantería de Tucumán. El centro clandestino de detención (llamado Galpón 9), por su parte, se encontraba hacia el norte y hacia el este de dicha unidad... (El) Galpón 9 ...estaba rodeado de un cerco perimetral de alambre tejido... En el interior del cerco perimetral se ubicaba un galpón en el que se alojaba a los detenidos, un baño de material, un rancho o carpa en el que había un fogón, un mangrullo con un tanque de agua y casillas de madera donde se practicaban los interrogatorios con torturas... El galpón donde se encontraban detenidos se trataba de una estructura rectangular techada, de material, de considerables dimensiones (alrededor de 20 metros de largo por 10 de ancho). Tenía escasa ventilación por cuanto solo contaba con algunas pequeñas aberturas hacia el exterior. En su interior se encontraba dividido por una pared que se extendía entre sus muros más cortos desde el suelo al techo. A su vez, al interior de cada una de esas*

Poder Judicial de la Nación

divisiones, existían muros bajos o tabiques de aproximadamente un metro veinte de altura por un metro cincuenta de ancho – de madera o de ladrillos de canto- que se apoyaban en los muros exteriores más largos y en el muro divisorio central que corría entre los muros más cortos. Se conformaban así al interior de cada una de las divisiones pequeños boxes enfrentados – que algunos testigos también llaman celdas o calabozos- entre los cuales corría un pasillo de aproximadamente 1,50 metros de ancho por donde se podía caminar... En lo que refiere a las condiciones de detención en Arsenal, la información que surge del informe de la Comisión Bicameral de la legislatura de la provincia de Tucumán y la que resulta de las denuncias de la CONADEP oralizadas en la audiencia es extensa, pormenorizada, y da cuenta de un padecimiento extremo....”.-

Recordemos lo que dijo, María Cristina Rodríguez Román de Fiad, que mientras permaneció cautiva en el Arsenal, estuvo alojada en el Galpón N° 9, en una de sus alas, en el primer box de la mano izquierda, y que en el primero de la derecha se encontraría German Cantos.-

Por otra parte, según las normas internacionales de protección y la posición pacífica de la doctrina nacional, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo, y tal es así que, el padecimiento de quien es amenazado, u oye el suplicio de otro preso sufriendo torturas físicas- con el consecuente temor de sufrirlas él mismo- en el contexto que venimos refiriendo, ha sido calificado por CIDH como tortura psicológica, en tanto ha considerado que la amenaza y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que así permite considerarlo. En igual sentido, el comité de Derechos

Humanos de Naciones Unidas ha calificado la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una tortura psicológica.-

Por lo demás, en cuanto a las condiciones de detención, hablando de supuestos en que la detención fuera legítima, la jurisprudencia de la CIDH ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación o luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal. No es difícil inferir que, cuando la situación de base está dada por una privación ilegítima de libertad en el contexto de un plan sistemático de represión ilegal, la gravedad de tales violaciones se agrava exponencialmente.-

El sujeto pasivo revestía al momento de los hechos el carácter de perseguido político y era justamente en razón de dicha persecución que se encontraba privado de su libertad y que fue sometido a tormentos.-

De la disidencia:

Ahora bien al momento de tratarse la desaparición forzada de German Francisco Cantos y el hecho concreto del homicidio, manifesté mi disidencia con la conclusión arribada por mis pares, quienes tuvieron por probado el hecho, la autoría, responsabilidad y en consecuencia calificaron la conducta del justiciable como homicidio agravado.-

En esa oportunidad (deliberación) considere que este hecho (homicidio), no podía ser tratado por existir auto de falta de mérito y no cumplirse con la exigencia del Art. 346 del C.P.P.N., requisito esencial para la elevación de la causa a juicio.-

Poder Judicial de la Nación

Ahora bien, el fundamento a la posición que sostengo en mi disidencia es por considerar que su tratamiento excede el marco objeto procesal del debate al no existir auto de procesamiento por el hecho del homicidio y encontrarse vigente, firme y consentido, el auto de falta de mérito dictado por la Cámara Federal de Apelaciones en resolución agregada a fs. 103/153 de autos.-

Adentrándonos al análisis de mi posición considero, para dotar de mayor fundamentos a mi postura, que se debe tener presente que la instrucción penal puede ser llevada a cabo por dos vías, Instrucción del fiscal -cfr. art. 196 párrafo 1º y 2º del C.P.P.N.- ó por el propio juez -cfr. art.194 del C.P.P.N..-

Si partimos del primer supuesto, en Acuerdo N° 1/2009, Plenario N° 14 (Causa N° 7618 María Virginia Blanc), la Excma. Cámara Federal de Casación Penal concluyó, por mayoría, que era necesario el dictado del auto de procesamiento en los supuestos contemplados por el art. 215 del C.P.P.N..-

En ese Acuerdo, el Dr. Hornos afirma que en aquellos supuestos del art. 215 del C.P.P.N. en los que se hubiera delegado la instrucción en el fiscal, no se exige la existencia del auto de procesamiento como requisito previo al requerimiento de elevación a juicio en aquellos casos en los que no se dicta prisión preventiva.-

Agrega que “... ello no implica desconocer la manda del art. 346... puesto que se aplica a otro tipo de supuestos”. Continúa sosteniendo que “este precepto reza “Cuando el Juez hubiere dispuesto el procesamiento del imputado y estimare completa la instrucción correrá vista sucesiva a la parte querellante y al agente fiscal...” De allí se desprende que se trata de una regulación aplicable solo a los casos en los que la instrucción se

encuentra en manos del juez”.-

En otro apartado de su voto, el Dr. Hornos sostiene que “... *ambas disposiciones regulan, de manera diferente, un mismo momento del procedimiento. Así, el art. 346 se refiere a los supuestos en los que la instrucción está a cargo del juez, en tanto que el art. 215 es de aplicación a aquellos otros en los que la instrucción fue delegada en el agente fiscal*”.

Concluye afirmando que “La distinción aquí efectuada entre la investigación a cargo del juez y aquella a cargo del fiscal, está acorde con esta necesidad de interpretar el código de manera tal que se resguarde la garantía de imparcialidad del juzgador. Así cuando la investigación es llevada a cabo por el juez, la existencia del auto de procesamiento y su eventual revisión por la cámara de apelaciones, es necesaria para asegurar el control por parte de un órgano ajeno a la instrucción, en este caso la cámara mencionada....”.-

Así las cosas, en un primer tramo, se puede colegir de la propia postura del Dr. Hornos, que en el supuesto de autos, esto es cuando la instrucción queda a cargo del juez, se requiere el auto de procesamiento en aras al irrestricto cumplimiento de la garantía de la defensa en juicio, el debido proceso legal y la jurisdiccionalidad estricta -acusación, prueba, defensa y sentencia-.-

Por su parte, en el voto de la mayoría, la Dra. Liliana E. Catucci, dijo que “*la remisión de esta norma al artículo 196, párrafo primero, para el caso de que delegue en el fiscal la dirección de la investigación, y la del 196, párrafo segundo para el supuesto de que se lo autorice a continuar con esa investigación, nos da la pauta de que se está en un proceso de acción pública de competencia criminal y que puede haber sido iniciado por denuncia ante la prevención o información judicial o por*

Poder Judicial de la Nación

requerimiento fiscal según lo tiene dicho esta Cámara reiteradamente” (conf. Sala I, "Frutos, Norberto y Blanco, Luis s/ rec. de casación", Reg. n° 4883, causa n° 4022, rta. el 7 de marzo de 2002 y sus citas).-

Continúa afirmando la Dra. Catucci que *“aún en esta segunda posibilidad, después de tomadas las medidas de investigación ineludibles y de solicitado al juez que tome la declaración indagatoria si corresponde, es a éste a quien le cabe decidir si continúa el fiscal con el trámite de la causa, o si se hace cargo directamente él, alternativa que sin duda, impone el dictado del auto de procesamiento y que autoriza a entender que ello debe suceder aún en caso de que el juez no la retome hasta el final”.-*

Agrega el voto citado que *“además, y anticipando la respuesta final, cabe reparar en que el mentado artículo 196 del Código Procesal Penal hace expresa mención de que si al Fiscal se lo autoriza a proseguir la investigación debe ajustar su proceder a las reglas establecidas en la sección segunda de este título. Sección en la que precisamente se encuentra el cuestionado artículo 215 del Código Procesal Penal”.-*

En otro apartado, continuando con el voto de cita, se sostiene que *“el análisis contextual de la normativa involucrada demuestra claramente que la prestación de declaración indagatoria requiere la resolución de la situación procesal del imputado -arts. 294, 306 y 307 del C.P.P.N.- y, a su vez, el artículo 346 del código citado dispone categóricamente que el requerimiento de elevación a juicio sólo podrá concretarse cuando el juez hubiera dispuesto previamente el procesamiento del encartado”.-*

En este sentido, Clariá Olmedo en "Tratado de Derecho Procesal Penal", (Bs. As., 1960, Ediar, T. IV, pag.351 y ss.) dijo que *“....el procesamiento consiste en la declaración jurisdiccional que, haciendo mérito de las constancias reunidas en los primeros momentos de la*

investigación sumarial, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquél contra quien va dirigida sea penalmente responsable del delito que se investiga...". Entre los caracteres señala que "se trata de una resolución jurisdiccional dictada en forma de auto, y por tanto motivada. No puede emanar del agente fiscal cuando practica la instrucción o información sumaria. Esto se debe a la necesidad de la garantía jurisdiccional ante un pronunciamiento de esta naturaleza, que exige una imputación previamente formulada".-

Similares palabras se extraen del "Código Procesal Penal de la Nación" de Guillermo Navarro y Roberto Raúl Daray (Bs. As., Hammurabi, 2004, 2, pág. 839 y ss.) quienes más expresamente sostienen que: *"Es ineludible, aún en el caso de que la instrucción hubiere sido delegada en el fiscal (art.196...) pero no de tratarse de instrucción sumarial (...arts. 335 bis y ter). Como no se trata de un sistema acusatorio puro, la circunstancia de haber concluido la instrucción delegada con una solicitud de sobreseimiento por parte del fiscal, no impide su dictado..."*.-

En la segunda hipótesis, esto es la instrucción del Art. 194 del CPPN, el marco legal de regulación lo establece el art. 346 del ídem, norma que impone el procesamiento como requisito previo a la elevación de la causa a juicio.-

Ahora bien, en el análisis concreto de las instancias de la instrucción en estos autos, se advierte que la misma estuvo en todo momento a cargo del juez de instrucción, por lo que, y conforme lo vengo sosteniendo, resultó una condición necesaria e indispensable el dictado del auto de procesamiento -y en su caso la confirmación por la instancias revisora de la instrucción- para la habilitación de la clausura de la investigación y la elevación de la causa a juicio.-

Poder Judicial de la Nación

La garantía del debido proceso legal, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, exige el cumplimiento de las formas debidas relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, y cualquier vulneración a estas instancias del proceso trae aparejada su nulidad.-

Pero además, esta garantía implica, como exigencia fundamental, que se encuentre verificado en el proceso penal el principio de congruencia fáctica, por lo que el hecho objeto del proceso debe estar contenido en el acto de la declaración indagatoria, en el auto de procesamiento, en el requerimiento de elevación de la causa a juicio y finalmente en la sentencia, en tanto cada una de estas etapas constituye el presupuesto necesario para la siguiente. Este principio es el que da sustento a la plataforma fáctica sobre la que versará el juicio. Tal plataforma de hechos no solo debe estar contenida en los actos esenciales de la instrucción sino también mantenerse incólume en todas sus etapas, pues de lo contrario no se habilitan las progresivas que permiten el transcurrir de las secuencias del proceso penal hacia la sentencia definitiva.-

Pues bien, en el presente proceso el Sr. Juez Instructor dictó falta de mérito de Jorge Alberto D'Amico en relación a la imputación de homicidio en perjuicio de Germán Francisco Cantos (fs. 103/153). El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, actuando como Cámara de Apelaciones, resolvió en fecha 19 de mayo de 2.009 (fs. 161/239vta. y sigs.) no hacer lugar al recurso de apelación incoado por el Ministerio Público Fiscal en cuanto a la pretensión de que se lo procese por el delito de homicidio calificado.-

El dictado de falta de mérito implicó que la instrucción penal no se encuentra concluida en relación a ese hecho en particular -homicidio de German Francisco Cantos-, toda vez que no puede interpretarse que el a-

quo declaró que a ese respecto la investigación estuviese agotada. En este orden de razonamiento resulta claro que el Sr. Juez de Instrucción clausuró la instrucción en relación a los hechos que dieron origen al dictado del procesamiento. Eso fue lo que entendió el Agente Fiscal cuando requiere de elevación a juicio a fs. 36/39, pues no hace mención alguna del homicidio de Germán Cantos.-

Por su parte, pero siempre en relación a la verificación del cumplimiento de las prescripciones de la instrucción, cabe tener presente que “...*el procesamiento fija la situación del imputado (art. 306) y, a la par, configura un presupuesto para la elevación a juicio. Sin procesamiento con respecto a cada uno de los hechos investigados, si el objeto procesal es múltiple, el acto aquí contemplado se resiente en su validez y deviene nulo en cuanto al imputado por aplicación de lo prescripto por el art. 167 inc. 3º; mengua su intervención, pues se pretende llevarlo a juicio sin estabilizar su situación procesal durante la instrucción... Por eso resulta imposible cumplir con el acto de comunicación aquí analizado (art. 346), si se hubiera dispuesto la falta de mérito (art. 309)*”. (Francisco J. D’Albora, Código Procesal Penal de la Nación -Anotado. Comentado. Concordado- 9º Ed. Pág. 626).-

En este sentido, el derecho a la doble instancia no sólo ampara a la sentencia penal condenatoria sino a todo auto importante que agravie al imputado -cfr. CIDI, Informe 17/94, caso "Maqueda" del 9/2/94, de adecuada cita en "¿Elevación de la causa a juicio sin procesamiento?", de Miguel Ángel Almeyra, publicado en La Ley 2005-A, 539-. En estas condiciones, resulta claro que la omisión del dictado del auto de procesamiento conlleva un cercenamiento al derecho de defensa en juicio, pues impide la revisión de la situación procesal del encartado.-

Poder Judicial de la Nación

Por su parte, la Excma. Cámara Federal de Casación Penal ha dicho que *“No se advierte agravio actual si no es posible concluir a priori que la falta de mérito por los cuatro hechos por los que se separó la causa, en el futuro se convierta en procesamiento y luego se eleve a juicio, pues sólo implica dejar abierta la investigación, justamente porque el juez no cuenta con los elementos suficientes para afirmar la existencia del hecho, su autoría y responsabilidad, y lo contrario implicaría un grave retardo para la continuidad de las causas que sí están en condiciones de ser elevadas a juicio”* (Registro n° 13105.4, Causa n° 11849 “Saint Jean, Ibérico Manuel s/recurso de queja”, 18/03/10, Sala IV).-

Miguel Ángel Almeyra en “Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado”, La Ley, tomo III, Noviembre de 2007, pag. 33, sostiene: *“La necesidad del dictado del auto de procesamiento queda una vez más de manifiesto en la intención del legislador. Por otra parte, cabe resaltar que tiene dicha nuestra Corte Suprema que las leyes deben interpretarse y aplicarse buscando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y a los fines que se informan de modo que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre sí, por lo cual debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos con lo cual para materializar esta etapa crítica de la instrucción es condición imprescindible que el juez haya dictado el auto de procesamiento”*.-

Siendo ello así, considero que existe ausencia de un requisito esencial que impide mi pronunciamiento en orden al hecho del homicidio. En lo concreto no existe en relación a este hecho un auto de procesamiento que habilite las consecuentes etapas del proceso de instrucción y que permita superarla para ingresar a la etapa del juicio propiamente dicho como integrante de la plataforma fáctica del debate.-

El Sr. Fiscal General yerra al pretender introducir el homicidio en los fundamentos dados a fs. 44/vta., cuando sostiene que “...se debe elevar a juicio con este hecho de Homicidio Calificado, por solo considerar que el encuadre factico aplicable al encartado comprende el hecho del asesinato de German Cantos”. En esta misma lógica, tampoco puede considerarse que es aplicable en autos el fallo “Losito, Horacio”, pues la cuestión no ronda en torno a si el hecho fue intimado, sino en cuanto a la circunstancia de que tanto el juez de instrucción como la cámara revisora consideraron que en relación al homicidio existe falta de mérito para procesar ni tampoco para sobreseer, con lo cual este hecho intimado en el acto de la indagatoria no superó la etapa de declaración jurisdiccional de probabilidad en cuanto su existencia y a la eventual responsabilidad penal del imputado.-

Con independencia de la interpretación que pueda darse a la intimación del hecho como “desaparición forzada” y si ello es suficiente para considerar intimado el homicidio, lo concreto es que la falta de mérito y la consecuente ausencia de procesamiento aparece como un impedimento insuperable para habilitar la instancia de un pronunciamiento definitivo acerca de la existencia del hecho y emitir un veredicto de culpabilidad.-

Pero también resulta de fundamental importancia en el análisis que se me presenta en estos obrados, determinar si los actos procesales, tales como la vista al fiscal, el decreto de cierre de elevación, las notificaciones al defensor sobre las vistas del cierre y elevación, entre otros, se encuentran precluidos al momento de este pronunciamiento y si, de ser así, se puede superar el obstáculo y dictar fallo.-

La Cámara Federal de Casación Penal, sala III, en la causa “Bensadon, Germán”, dijo que “tanto el principio de progresividad como de preclusión tienen fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la

Poder Judicial de la Nación

necesidad de lograr una administración de justicia rápida, dentro de lo razonable, para evitar la prolongación indefinida de los procesos. En consecuencia, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio, el derecho de todo imputado a obtener, luego de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el juicio penal”.-

Aquí no se trata de razonabilidad o del derecho del imputado a que se resuelva su situación de incertidumbre, sencillamente se trata de que su situación procesal, para requerir su elevación por el hecho del homicidio calificado, no se encuentra resuelta en los términos del art. 346 C.P.P.N.-

En ese orden de ideas, si nos remitimos a fs. 103/153 corre agregado Auto de Procesamiento de fecha 30 de Diciembre del 2008 en el que se concluye que “no existe mérito, por ahora, para ordenar su procesamiento en orden al delito de Homicidio Calificado...”. A fs. 243 obra aclaratoria de la Resolución de fecha 11 de Mayo de 2009 (de fs. 161/239 vta.) por la que se rechaza, en el punto IX, el recurso incoado por el Ministerio Público Fiscal en contra del auto de fs. 784/834 vta., en cuanto se dispone la falta de mérito y no se hace lugar a la pretensión de que se lo procese a Jorge Alberto D’Amico en el caso (German Cantos) por el hecho del homicidio calificado.-

El día 18 de setiembre de 2012, en el escrito de constitución como querellante -fs. 1/13-, se solicita que se encuadre la conducta del imputado en autos, entre otras figuras penales, en el delito de homicidio calificado. Ello motiva al Sr. Juez Federal de Instrucción a dictar la providencia de fecha 1 de octubre de 2012 (fs. 40) que en lo que aquí interesa, apartado segundo, dice: “Siendo que la imputación que efectúa la querrela excede el

marco del procesamiento del encartado Jorge Alberto D'Amico: Previo a resolver el cierre de la instrucción peticionado por el Ministerio Fiscal, córrase nueva vista a dicho ministerio a fin de que emita opinión sobre la ampliación de imputación que peticona la querella.”. Adviértase que ello ocurre luego de un mes de que el Sr. Agente Fiscal formulare el requerimiento de elevación de la causa a juicio en la oportunidad del Art. 346 del C.P.P.N., donde nada dice respecto a la imputación de homicidio calificado (fs. 36/39), que al momento formular el requerimiento fiscal el escrito de la querella ya obraba en autos y sin que se formule ampliación alguna en los términos del art. 381 del CPPN, tema que será abordado en otro acápite.-

En fecha 9 de Octubre de 2012, (fs. 44/vta.) el Sr. Agente Fiscal contesta la vista afirmando que el encuadre factico aplicable al encartado comprende el hecho del asesinato de German Francisco Cantos y por ello debe ser elevado a juicio y cita el fallo “Losito Horacio” causa 10.431 de la CFCP Sala II; a fs. 51/56. Posteriormente la querella requiere de juicio conforme art. 346 acusando entre otros delitos por el homicidio calificado y se decreta la clausura de la instrucción.-

La defensa planteó la nulidad del requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio y el tribunal en el incidente N° 401304/2007/TO1/2, dicta resolución en fecha 15 de Mayo de 2014 (fs. 24/26vta.), en la cual se hace estricta referencia al requerimiento de elevación a juicio y en los considerandos se determinan los hechos objetos del proceso.-

En el marco de las cuestiones preliminares en el debate oral, la defensa insistió con la nulidad, reeditando el planteo que diera motivo a la resolución a que se refiere en el párrafo precedente. El tribunal estuvo a lo resuelto en aquella oportunidad. Sin perjuicio de ello, la defensa planteó

Poder Judicial de la Nación

aclaratoria en contra de ésta última y el tribunal resolvió: *“No obstante la improcedencia del planteo de aclaratoria traído por la defensa, cuadra resaltar que en la resolución de fecha 15 de Mayo de 2014 en incidente FTU401304/2007/TO1/2 (integrada a fs. 24/26) el tribunal estableció cual es la calificación legal en estos autos y es así que se transcribió lo manifestado por el Agente Fiscal en el capítulo V del requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio de fs. 36/39 -principal-, expresándose asimismo que la pieza procesal de fs. 44/vta -principal- sólo refiere al contexto general de ocurrido los hechos, que conforme lo ya resuelto por este tribunal con distinta integración refieren a la desaparición de Germán Cantos. Por lo que el objeto material del proceso de este debate y acusación fiscal lo es: Capítulo V “Participación criminal de los encartados y calificación legal de sus conductas”, se consigna que Jorge Alberto D’Amico al momento de los hechos con el grado de Capitán ejerció la Jefatura de la Compañía “A” del Batallón de Ingenieros de Combate 141 con asiento en la ciudad de Santiago del Estero siendo autor material de la privación ilegítima de la libertad (art. 144bis, inc 1º y 2º-Ley 14.616- en función del art. 142 inc. 1º y 5º-Ley 20.642-), imposición de torturas (art. 144 ter), y como autor del delito de asociación ilícita agravada (art. 210 y 210 bis), en perjuicio de German Cantos”.-*

De la secuencia procesal descrita y concretamente de lo resuelto por el Tribunal al expedirse en relación a los hechos que integran la plataforma fáctica objeto del debate, surge claro que para el suscripto los hechos motivos de acusación han sido fijados con anterioridad a la producción de la prueba en el debate. Asimismo, debo aclarar que la mención que se realiza acerca *“del marco histórico y en referencia a la desaparición de Cantos...”*, al momento de resolverse la incidencia de nulidad del

requerimiento de elevación a juicio, no refiere al requerimiento de acusación por el hecho de homicidio calificado, ni cumple una ampliación de acusación del Art. 381, tal como lo dije. Sin embargo, el Sr. Fiscal, en la presentación de fs. 44/vta., introduce esta calificante, que no fue tomada en cuenta por el tribunal en ningún momento.-

Surge evidente entonces que el Tribunal se expresó en torno a la legalidad de la pieza acusatoria obrante a fs. 36/39, descartando que contenga vicios invalidantes y es ésta la acusación formulada conforme al debido proceso legal, que delimita la plataforma fáctica que se circunscribe objetiva y subjetivamente al hecho y a la persona imputada.-

El art. 381 del C.P.P.N. implica una excepción a la regla de la inmutabilidad de la acusación y faculta al titular de la acción penal a ampliar la acusación sólo en dos supuestos taxativos. Esto es, cuando surgen, a partir de las declaraciones de los imputados o del debate, hechos que integren el delito continuado atribuido ó circunstancias agravantes de la calificación no contenidas en el requerimiento de elevación a juicio o auto de remisión, pero vinculadas con el delito que las motiva.-

Esa ampliación de la acusación tiene carácter excepcional, pues no puede modificarse su objeto. El hecho en que se funda aquella debe ser idéntico a los ya intimados, a menos que se trate de un delito continuado, tal como se desprende del artículo de mención.-

En virtud de lo expuesto, la formulación efectuada por el Sr. Fiscal a fs. 44/vta. no constituye una ampliación del requerimiento de elevación de la causa a juicio ni tampoco puede considerarse que la integra, por lo que no tiene virtualidad jurídica en estos autos. En idéntico sentido de razonamiento, la querrela no puede introducir con efectos legales un hecho que no está contenido en el auto de procesamiento, con lo cual tampoco

Poder Judicial de la Nación

tiene efectos jurídicos en autos la inclusión de la acusación por homicidio agravado.-

Cierto y probado surge que, al momento de la vista conferida a la defensa del procesado, ésta nada dijo con relación a la acusación pretendida por la querrela y el fiscal, sin embargo, ese silencio no significa convalidar actos que no se cumplen en el marco del debido proceso legal consagrado constitucionalmente.-

Dicho de otro modo, el cumplimiento de ciertos y concretos actos procesales no pueden ser convalidados por las partes ni pueden considerarse saneados por la inacción o el silencio ni encuadrar en supuestos de preclusión procesal, pues ellos significaría dejar al arbitrio de las partes la verificación del cumplimiento de garantías constitucionales que operan como pilares que sostienen principios fundamentales indelegables e irrenunciables, que por tales trascienden el interés de las partes y operan como garantías básicas que interesan a la comunidad en su conjunto. El debido proceso legal y su correlato directo, el concreto ejercicio del derecho de defensa en juicio son principios indisponibles.-

Interpretar lo contrario es no respetar la legalidad del procedimiento, más aún cuando el suscripto fijó como pieza acusatoria válida la que obra a fs. 36/39 de autos.-

En relación a lo considerado, surge evidente que el dictado de falta de mérito en relación a la imputación de homicidio es el que a esta altura perdura vigente, sin modificación alguna. El silencio de la defensa ante la pretensión de los acusadores de incluir el hecho al formular los requerimientos o posteriormente, no habilita a pronunciarse en relación al homicidio de Germán Francisco Cantos. Es que ni por acción ni por omisión se pueden hacer desaparecer obstáculos procesales que constituyen

requisitos esenciales del sistema de enjuiciamiento penal a través del debido proceso legal.-

Y si partimos del principio *Pro Homine*, este tiene dos variantes principales:

A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etc).-

B) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.-

Dentro de esta variante se encuentra a su vez el principio “posición preferente de los derechos fundamentales (*preferred freedoms*)”, de acuerdo con el cual, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos distintos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente algunos de ellos, siempre y cuando haya realizado antes un ejercicio de ponderación entre ellos. Así por ejemplo, varios tribunales constitucionales han sostenido que la libertad de expresión y la libertad de prensa tienen un valor preferente frente a derechos como el de intimidad u honor, en virtud de que tales libertades tienen un papel esencial para la construcción de una opinión pública libre, que a su vez es condición necesaria de todo sistema democrático.-

Poder Judicial de la Nación

De esta manera podemos concluir que en una interpretación de la ley de una manera más desfavorable al reo el principio de preclusión procesal se aplica de manera evidente ante circunstancias que involucran principios constitucionales esenciales. En efecto, la preclusión o el consentimiento no operan ante la evidencia que en estos autos persiste la falta de mérito dictada y que por tanto se debe continuar la instrucción y cumplir con lo estatuido por el art. 346 y 347 del C.P.P.N.-

Por otro lado, la circunstancia de que el auto de procesamiento es provisorio y que por ello el tribunal se encuentre habilitado a dar al hecho otra calificación jurídica no es de aplicación al caso, toda vez que no se puede desconocer que por el homicidio de Germán Francisco Cantos no existe un auto de procesamiento que lo incorpore al proceso y en consecuencia pase a integrar la plataforma fáctica del debate.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde antiguo, tiene dicho que *"en orden a la justicia represiva, es deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, pero este deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio"* (Fallos 316:2713). De esa doctrina debe recogerse que el principio de congruencia no se verá transgredido siempre que exista identidad entre el hecho imputado en la indagatoria, el incluido en el auto de procesamiento, el que fue materia de acusación y el que la sentencia tuvo por probado. Así el más alto tribunal de la Nación establece la necesidad del dictado del auto de procesamiento.-

Para concluir, si bien en el presente de este Tribunal *"Vargas*

Aignasse Guillermo s/ Secuestro y Desaparición”. Expte V - 03/08, se omitió el dictado del auto de procesamiento como previo al requerimiento de elevación a juicio y dicto una sentencia condenatoria, debo efectuar dos consideraciones. En primer lugar, la expresa mención de que cada causa debe ser analizada de manera particular y que para el presente, la integración del tribunal no es la misma, por lo que no me obliga a adoptar idéntico criterio. En segundo término, no surge de los autos citados que tal circunstancia fuera tratada expresamente por el tribunal que dictó sentencia, ni por los tribunales que intervinieron en el curso de las revisiones, con lo cual no puede ser considerado como precedente jurisprudencial aplicable en tanto no sienta doctrina alguna al respecto.-

Como cuestión final, surge claro que en ningún tramo del debate el tribunal en sus decisiones advirtió al procesado que se defendiera de la acusación de homicidio agravado a pesar del dictado del auto de falta de mérito, o que no era necesario el procesamiento como requisito esencial para que se considere válida la acusación por el hecho del homicidio, tampoco ello fue peticionado por la querrela ni por el Ministerio Público Fiscal a lo largo del debate.-

Entiendo, por lo demás, que no alcanza con considerar las calificaciones legales, puesto que la descripción de los hechos entre unas y otras distan en lo sustancial.-

Por lo considerado, entiendo que en la inobservancia del debido proceso legal se incurre a su vez en un evidente perjuicio al ejercicio del derecho de defensa en juicio, en tanto se incorpora al debate y al veredicto un hecho no contenido en el auto de procesamiento y convierte al fallo del tribunal en sorpresivo para el acusado.-

Por los fundamentos dados voté en el sentido de que la causa en

Poder Judicial de la Nación

relación al hecho del homicidio calificado sea girada al instructor para que cumpla con lo previsto por el art. 346 del C.P.P.N.-

VII.- Penas y costas del proceso:

Adhiero a la Inhabilitación absoluta y perpetua, accesoria legales y costas, que proponen mis pares.-

Con respecto a la pena de prisión, si bien al momento de considerar la autoría, responsabilidad y calificación legal que correspondía asignarle a Jorge Alberto D'Amico, por los hechos que mi parte le atribuye, la misma era divisible y de imponerse mi posición entendía ajustado a derecho una pena de veinte años de prisión.-

Pero siendo el resultado adverso a mi pretensión y como la mayoría consideró también encuadrar su conducta en el homicidio agravado, la pena resulta indivisible.-

Vencido en la deliberación por la mayoría, se impuso la prisión perpetua y dejando a salvo mi opinión personal en función del voto emitido en la primera cuestión; sin introducir valoración, corresponde por un principio lógico secuencial, la adhesión a la decisión de la mayoría del tribunal en cuanto a la determinación e individualización de la pena.-

Así Voto.-

Por lo que se:

RESUELVE:

I) NO HACER LUGAR a las nulidades planteadas por la defensa

de **JORGE ALBERTO D'AMICO** respecto de los requerimientos de elevación a juicio y de los alegatos de la querrela y del Ministerio Público Fiscal, conforme se considera.-

II) NO HACER LUGAR al planteo de la defensa respecto a la **INCONSTITUCIONALIDAD del ARTÍCULO 80 del CÓDIGO PENAL**, conforme se considera.-

III) NO HACER LUGAR a la solicitud de falso testimonio de María Cristina Rodríguez Román de Fiad, conforme se considera. **PONER A DISPOSICIÓN** de las partes el acta y la versión audiovisual del presente debate, a los efectos que fuere pertinente.-

IV) DECLARAR que los hechos de que fue víctima Germán Francisco Cantos constituyen **DELITOS DE LESA HUMANIDAD**, conforme se considera.-

V) CONDENAR a **JORGE ALBERTO D'AMICO**, de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de **PRISIÓN PERPETUA, INHABILITACIÓN ABSOLUTA y PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS**, por ser **coautor** del delito de **i) Privación ilegítima de la libertad** (artículo 144 bis, inc. 1º -Ley 14.616- en función del art. 142 inc. 1º y 5º -Ley 20.642- del Código Penal), y **partícipe necesario** de los delitos de **ii) Tormento agravado** (artículo 144 ter primer y segundo párrafo, Ley 14.616, del Código Penal) y **iii) Homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas y por el fin de lograr impunidad** (art. 80 inc. 2, 6 y 7 del Código Penal según Ley 21.338,) en perjuicio de **Germán Francisco Cantos**; todo en **concurso real** (Art. arts. 45, 55, 12, 19, 29 inciso 3º del Código Penal; arts. 530, 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal de la Nación), conforme se considera.

Poder Judicial de la Nación

VI) DISPONER que el condenado se mantenga en prisión tal como se encuentra al día de la fecha en el Instituto Penal Federal Colonia Pinto, Provincia de Santiago del Estero, conforme se considera.-

VII) TENER PRESENTE las reservas de casación y de caso federal (art. 14 Ley 48) deducidas por las partes durante el transcurso del presente debate.-

VIII) COMUNICAR al **MINISTERIO DE DEFENSA DE LA NACIÓN** la presente sentencia y sus fundamentos, para los fines que considere pertinente.-

IX) PROTOCOLÍCESE - HÁGASE SABER.-

Hugo Norberto Cataldi
Juez de Cámara
Subrogante

Juan Carlos Reynaga
Juez de Cámara
Subrogante

Mario M. Juárez Almaraz
Juez de Cámara
Subrogante

USO OFICIAL

ANTE MI:

Mariano García Zavalía
Secretario de Cámara